

HORÁCIO LOPES MOUSINHO NEIVA

O Direito como Interpretação

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Ronaldo Porto Macedo Júnior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

HORÁCIO LOPES MOUSINHO NEIVA

O Direito como Interpretação

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Titular Ronaldo Porto Macedo Junior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Neiva, Horácio Lopes Mousinho
O Direito como Interpretação ; Horácio Lopes
Mousinho Neiva ; orientador Ronaldo Porto Macedo
Júnior -- São Paulo, 2023.

319

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2023.

1. Interpretação Jurídica. 2. Andrei Marmor. 3.
Joseph Raz. 4. Ronald Dworkin. 5. Positivismo
Jurídico. I. Macedo Júnior, Ronaldo Porto, orient.
II. Título.

Nome: NEIVA, Horácio Lopes Mousinho Neiva

Título: O Direito como Interpretação

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Titular Ronaldo Porto Macedo Junior

Depósito em 2023. Aprovação em: __ / __ / __

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Isn't it like this: so long as one thinks it can't be otherwise, one draws logical conclusions. This presumably means: so long as such-and-such is not brought in question at all (Ludwig Wittgenstein, *Remarks on the Foundations of Mathematics*).

So easy cases are, for law as integrity, only special cases of hard ones, and the critic's complaint is then only what Hercules himself would be happy to concede: that we need not ask questions when we already know the answer (Ronald Dworkin, *Law's Empire*).

AGRADECIMENTOS

Escrever esta tese não foi fácil. De quando iniciei o Doutorado até o depósito, passei por mudanças significativas em minha vida – mudanças de casa, de estado civil, de saúde mental – que tornaram o caminho mais árduo do que esperava. Mas se consegui concluir este trabalho, foi graças ao apoio e orientação incondicional de algumas pessoas.

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador, professor Ronaldo Porto Macedo Júnior. Sem sua orientação, conselhos e, sobretudo, amizade, jamais conseguiria entregar esta tese. Não consigo contar nos dedos as inúmeras vezes em que a compreensão e disposição do professor Ronaldo me mantiveram nos trilhos do doutorado, e o quanto os seus conselhos me ajudaram a atravessar um mar nem sempre calmo em que muitas ondas me puxavam em direções contrárias.

Agradeço, ainda, ao apoio incondicional da minha família e dos meus amigos. Meus pais, Martin e Jesus, minha irmã, Hillana, meus sogros, cunhado e cunhadas, tios, avós, amigos próximos e distantes. Todos, sem exceção, compreenderam as dificuldades e me ajudaram a superá-las. Em pequenos gestos, como ligações, a grande gestos, que eles sabem quais são, estas pessoas foram decisivas não só para a tese – mas para minha vida.

Agradeço, também, aos amigos do Escritório, que seguraram as pontas quando precisei, e ao iCEV, faculdade que me ofereceu todas as condições para cursar o doutorado e escrever uma tese – mesmo quando a tese parecia ainda um projeto distante.

Por fim, devo deixar um espaço especial para agradecer à Leilanne. Digo sem qualquer dúvida que este trabalho é também dela. Foi ela quem me segurou quando tudo parecia cair, quem disse que eu conseguiria, quando, na minha cabeça, tudo parecia impossível, que me ouviu ler trechos da tese, mesmo sem entender muito bem do que eu estava falando. Foi ela, acima de tudo, quem me trouxe até aqui. Essa tese não seria nada sem ela, porque eu não seria nada sem ela. O seu amor está presente em cada palavra, em cada letra e cada vírgula deste trabalho.

RESUMO

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. O Direito como Interpretação. 2023. 319 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O objetivo desta tese é discutir a relação entre fontes, conteúdo do direito e interpretação. A partir da apresentação do modelo comunicacional do direito - a ideia de que o direito é comunicação, e que o conteúdo do direito equivale ao conteúdo comunicado pelas autoridades - a tese examina se seria possível identificar um fato em virtude do qual o direito possui o conteúdo que tem. Para isso, são analisados os trabalhos de Andrei Marmor e Joseph Raz acerca da relação entre fontes e conteúdo do direito. Marmor parte da ideia de que a legislação é uma espécie de ato de fala. Raz, por sua vez, baseia seu argumento nos conceitos de interpretação e legislação. A tese analisa os argumentos de cada um para, ao final, rejeitá-los. A principal razão para essa rejeição é que há vários candidatos possíveis para qual é o conteúdo comunicado pelas autoridades, e não há um critério externo à prática jurídica que nos permita identificar um deles como decisivo. O caráter interpretativo da prática jurídica, por sua vez, mostra que inexiste um fato externo à prática que sirva como fundamento metafísico para a fixação do conteúdo do direito. Em oposição ao modelo comunicacional, defende-se o interpretativismo, a ideia de que a interpretação de práticas sociais dotadas de intencionalidade exige argumentação valorativa e que só a partir da forma como os juristas interpretam as fontes que podemos identificar o conteúdo do direito. A tese defende que não há um conteúdo do direito independente da interpretação e a interpretação não é uma simples atividade epistêmica de “descoberta” do direito: o conteúdo do direito surge a partir das práticas interpretativas. A conclusão é que o direito não é uma prática de comunicação: ele é uma prática de interpretação.

Palavras-chave: Interpretação jurídica; Andrei Marmor; Joseph Raz; Ronald Dworkin; Positivismo Jurídico.

ABSTRACT

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Law as Interpretation**. 2023. 319 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

The aim of this thesis is to discuss the relationship between sources, content of law and interpretation. Starting from the communicational model of law - the idea that law is communication, and that the content of law is equivalent to the content communicated by authorities - the thesis examines whether it would be possible to identify a fact according to which law has the content it has. To this end, the works of Andrei Marmor and Joseph Raz on the relationship between sources and content of law are analyzed. Marmor starts from the idea that legislation is a kind of speech act. Raz, on the other hand, bases his argument on the concepts of interpretation and legislation. The thesis analyzes the arguments of each to ultimately reject them. The main reason for this rejection is that there are several possible candidates for what is the content communicated by authorities, and there is no external criterion to legal practice that allows us to identify one of them as decisive. The interpretive character of legal practice, in turn, shows that there is no fact, external to the practice, that serves as a metaphysical foundation for the fixation of the content of law. In opposition to the communicational model, interpretivism is defended, the idea that the interpretation of intentional social practices requires evaluative argumentation and that only from the way in which jurists interpret sources can we identify the content of law. The thesis argues that there is no content of law independent of interpretation and interpretation is not a simple epistemic activity of "discovering" law: the content of law arises from interpretative practices. The conclusion is that law is not a practice of communication: it is a practice of interpretation.

Keywords: Legal interpretation; Andrei Marmor; Joseph Raz; Ronald Dworkin; Legal positivism.

RÉSUMÉ

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Le Droit en tant qu'interprétation**. 2023. 319 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Le but de cette thèse est de discuter de la relation entre les sources, le contenu du droit et l'interprétation. À partir de la présentation du modèle de communication du droit - l'idée que le droit est une communication, et que le contenu du droit est équivalent au contenu communiqué par les autorités - la thèse examine s'il serait possible d'identifier un fait en raison duquel le droit a le contenu qu'il a. Pour cela, les travaux d'Andrei Marmor et Joseph Raz sur la relation entre les sources et le contenu du droit sont analysés. Marmor part de l'idée que la législation est une sorte d'acte de parole. Raz, quant à lui, fonde son argument sur les concepts d'interprétation et de législation. La thèse examine les arguments de chacun pour enfin les rejeter. La principale raison de ce rejet est qu'il y a plusieurs candidats possibles pour déterminer le contenu communiqué par les autorités, et qu'il n'y a pas de critère externe à la pratique juridique qui nous permette d'en identifier un comme décisif. Le caractère interprétatif de la pratique juridique montre également qu'il n'y a pas de fait externe à la pratique qui serve de fondement métaphysique à la fixation du contenu du droit. En opposition au modèle de communication, l'interprétativisme est défendu, c'est-à-dire l'idée que l'interprétation des pratiques sociales dotées d'une intentionnalité exige une argumentation valorisante et que ce n'est qu'à partir de la façon dont les juristes interprètent les sources que nous pouvons identifier le contenu du droit. La thèse défend qu'il n'y a pas de contenu du droit indépendant de l'interprétation et que l'interprétation n'est pas une simple activité épistémique de "découverte" du droit : le contenu du droit émerge des pratiques interprétatives. La conclusion est que le droit n'est pas une pratique de communication : c'est une pratique d'interprétation.

Mots-clés: Interprétation juridique; Andrei Marmor; Joseph Raz; Ronald Dworkin; Positivisme juridique.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Processo comunicacional de criação de normas	97
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	23
O CONTEXTO DO PROBLEMA	29
BREVE ROTEIRO DOS ARGUMENTOS DA TESE	36
JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DO TEMA	44
1. DA VALIDADE JURÍDICA AO CONTEÚDO DO DIREITO	53
1.1. O POSITIVISMO JURÍDICO COMO UMA TEORIA SOBRE AS CONDIÇÕES DE VALIDADE JURÍDICA	54
1.2. O ESCOPO DA TESE DAS FONTES	58
1.3. JOSEPH RAZ E AS FONTES DO DIREITO: EXISTÊNCIA E CONTEÚDO	61
1.4. QUESTÕES DE VALIDADE E QUESTÕES DE INTERPRETAÇÃO	64
1.5. DE VOLTA À REGRA DE RECONHECIMENTO	65
1.6. CONCLUSÃO	75
2. O MODELO COMUNICACIONAL DO DIREITO	77
2.1. O RETRATO PADRÃO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE FONTES E CONTEÚDO DO DIREITO	77
2.2. DA TESE DO CONTEÚDO LINGÜÍSTICO AO MODELO COMUNICACIONAL DO DIREITO	85
2.2.1. Nos limites do modelo comunicacional	86
2.2.2. Teorias híbridas e o modelo comunicacional	90
2.2.3. O problema central: a rejeição do modelo comunicacional	94
2.3. AUTORIDADE E COMUNICAÇÃO	95
2.3.1. O conceito de autoridade prática e o exemplo do árbitro	97
2.3.2. Três teses sobre a autoridade	102
2.3.3. Requisitos não-normativos para a posse de autoridade	105
2.3.4. Autoridade, autoria e comunicação	110
2.4. CONCLUSÃO	112
3. ANDREI MARMOR: LEGISLAÇÃO COMO COMUNICAÇÃO	113
3.1. ATOS DE FALA E A ATIVIDADE LEGISLATIVA	114
3.1.1. O conceito de ato de fala	115
3.1.2. Paul Grice e o significado do falante	118
3.1.3. Intenções comunicativas	120
3.2. COMUNICAÇÃO E ATOS COLETIVOS DE FALA	126
3.3. VOTAÇÃO E COMUNICAÇÃO	132
3.4. VARIAÇÕES DO CONTEÚDO COMUNICACIONAL	136
3.5. CRÍTICAS AO ARGUMENTO DE MARMOR	146

3.5.1.	O problema das intenções comunicativas	147
3.5.2.	O papel decisivo do texto escrito na atividade legislativa.....	153
3.5.3.	Pode a legislação ser concebida como um ato de fala?	159
	CONCLUSÃO.....	168
4.	JOSEPH RAZ: INTENÇÃO, INTERPRETAÇÃO E AUTORIDADE.....	171
4.1.	INTENÇÃO E INTERPRETAÇÃO	172
4.2.	A TESE DA INTENÇÃO AUTORITATIVA	177
4.3.	MODELO COMUNICACIONAL E MODELO COERENTISTA DO DIREITO	185
4.3.1.	Coerência constitutiva: o direito como coerência	186
4.3.2.	Os problemas do modelo coerentista.....	188
4.4.	RACIOCÍNIO JURÍDICO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DO MODELO COMUNICACIONAL	194
4.5.	O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO NA PRÁTICA JURÍDICA	200
4.5.1.	A centralidade da interpretação	201
4.5.2.	O objeto da interpretação e suas implicações para a teoria do direito	202
4.5.3.	Inovação e continuidade: interpretações inovadoras e conservadoras	206
4.5.4.	Interpretação, modificação do direito e a tese das fontes.....	210
4.6.	DE VOLTA A HERMES E HÉRCULES.....	213
	CONCLUSÃO.....	215
5.	A CRÍTICA INTERPRETATIVA AO MODELO COMUNICACIONAL DO DIREITO	217
5.1.	AUTORIDADE E COERÊNCIA: UMA RESPOSTA À CRÍTICA DE RAZ AO MODELO COERENTISTA.....	218
5.2.	OS ERROS DA TESE DA INTENÇÃO AUTORITATIVA: PARA ALÉM DAS INTENÇÕES DAS AUTORIDADES.....	227
5.3.	CENTRALISMO, NÃO-CENTRALISMO E O MODELO COERENTISTA DE DIREITO..	234
5.4.	O MODELO COMUNICACIONAL COMO UM MODELO ARQUIMEDIANO DE DIREITO	242
5.5.	INTERPRETATIVISMO.....	256
5.5.1.	Interpretação como uma prática interpretativa.....	256
5.5.2.	A teoria valorativa e o modelo comunicacional.....	261
5.5.3.	Problemas para o conceito de autoridade.....	267
5.6.	CLAREZA E INTERPRETAÇÃO	282
5.6.1.	Interpretação e compreensão	282
5.6.2.	Leituras equivocadas de Wittgenstein.....	287
5.6.3.	Explicando os casos fáceis	294

CONCLUSÕES	301
REFERÊNCIAS	311

INTRODUÇÃO

No capítulo 9 de *Law's Empire*, Ronald Dworkin põe, frente a frente, num debate sobre interpretação jurídica, dois juízes mitológicos¹. De um lado, Hércules, o juiz sobre-humano, de habilidades e paciência infinitas, representando a disciplina da integridade e o método de interpretação construtiva. Desde *Hard Cases*², Hércules é um colaborador assíduo de Dworkin em seu projeto de elucidar a natureza da argumentação jurídica. Mas, desta vez, Hércules enfrenta um rival: Hermes, juiz igualmente inteligente, paciente e capacitado, mas que, ao contrário de Hércules, defende uma concepção rival sobre a interpretação jurídica e sobre o direito em geral. A disputa entre ambos começa como uma disputa sobre a interpretação do direito *legislado*. Hércules, ao interpretar textos legislativos, segue o conhecido caminho sugerido por Dworkin da interpretação construtiva: ele trata o Congresso não só como um autor, mas como um parceiro numa cadeia de história jurídica em que cada participante é responsável por escrever um novo capítulo, coerente, em princípio, com aqueles que foram escritos por seus antecessores. O Congresso, nessa história, tem responsabilidades especiais, de modo que aquilo os parlamentares disseram e fizeram, bem como o texto que aprovaram, tem importância fundamental. Mas Hércules não se limita a isso, e pergunta-se qual a leitura do texto legislativo coloca essa história política em sua melhor luz. Nesse processo, a resposta à pergunta sobre como interpretar aquele documento legislativo dependerá não só do conteúdo do texto produzido, mas da resposta a algumas questões de moralidade política relevantes, como as condições de legitimidade da atuação do Legislativo e o papel dos juízes ao interpretarem e aplicarem o direito. Interpretar o direito e determinar seu conteúdo, portanto, são atividades que, invariavelmente, dependerão de argumentos de morais. Não é este o método de Hermes – e aqui começa a disputa. Hermes, ao contrário de Hércules, acredita que “legislação é comunicação”³. Portanto, um juiz deve interpretar as leis e os dispositivos legais com o objetivo de descobrir a vontade – a intenção – comunicativa dos legisladores: o que eles estavam tentando dizer, ou o que efetivamente disseram, ao aprovarem a lei que, de fato, aprovaram. Incursões em moralidade política podem ser relevantes para filósofos ou para Deuses com pendores filosóficos, mas não para juízes. Se a legislação é *comunicação*, Hermes está certo e Hércules, errado: o método de interpretação construtiva não é adequado para determinar o conteúdo do direito.

¹ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Mass: Belknap Press, 1986, p. 314–318.

² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978, p. 131.

³ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 317.

Na mitologia grega, Hermes é o mensageiro dos deuses: a ele cabe a responsabilidade, após a interrupção da comunicação direta entre o mundo divino e o humano⁴, de levar as mensagens oficiais dos deuses do Olimpo aos homens. Com a quebra da linha dessa comunicação direta, Hermes entra em cena: seguindo os planos de Zeus, ele passa a ser o responsável por realizar a intermediação entre a comunicação dos deuses e seus destinatários humanos⁵. Embora seja, também ele, um deus, sua função é limitada por aquilo que os demais deuses comunicaram. Hermes deve ser fiel às mensagens divinas – do contrário, qual seria o seu papel? Esperamos de um mensageiro que ele transmita uma mensagem enviada por outra pessoa e não que ele crie outra mensagem ou distorça o que lhe foi transmitido. O juiz Hermes trabalha numa lógica parecida: o seu papel é identificar o que os legisladores comunicaram – o que disseram ou queriam dizer – e não o que deveriam ter comunicado sob as mesmas condições. O ato de legislar é a forma encontrada pelos legisladores para *comunicar* àqueles subordinados a eles a sua intenção de modificar o direito. Se admitimos que o papel do juiz não é o mesmo do legislador, nada mais natural do que imaginar que, para ser fiel ao direito legislado, ele deve interpretar os textos com vistas a identificar aquilo que os legisladores disseram ou quiseram dizer, mas não mais do que isso. O apelo da posição metodológica de Hermes é evidente. Mas será ela correta?

Como resolver a disputa entre Hermes e Hércules? Trata-se apenas de uma disputa sobre métodos de interpretação jurídica, ou há algo mais fundamental em jogo nesta contenda mitológica? Existe alguma relação entre este debate e aquele travado entre o positivismo jurídico e seus rivais? Podemos dizer que a disputa é entre ser fiel ao direito ou defender que os juízes podem modificá-lo? E o que, afinal de contas, separa Hermes e Hércules: uma controvérsia sobre como interpretar o direito ou visões diferentes sobre o que o direito é? O objetivo desta tese é responder a todas essas perguntas. Irei argumentar que o debate entre Hermes e Hércules é mais do que uma disputa sobre interpretação do direito ou sobre critérios de validade jurídica (o *locus* clássico da controvérsia entre positivistas e não-positivistas): o debate envolve, na verdade, a aceitação ou rejeição, pelos dois juízes mitológicos, do que chamarei de *modelo comunicacional do direito*. Este modelo sustenta, como Hermes, que a legislação é *comunicação*. Hércules, mais do que defender um método alternativo de interpretar o direito ou a ideia de que cabe aos juízes modificá-lo, rejeita o próprio modelo comunicacional.

⁴ ALLAN, Arlene. **Hermes**. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, p. 4.

⁵ *Ibid.*, p. 4–8. Arlene Allan observa que Hermes era mais do que um mensageiro: ele era também um “arauto” dos deuses. Isso significa que ele não apenas levava as mensagens, mas era o *intermediário oficial* dos deuses. A autoridade dos deuses era, portanto, transmitida ao seu mensageiro. Cf. *Ibid.*, p. 40–41.

Para ele, mesmo que a ideia pareça atraente, não podemos equiparar o direito com o produto dos *atos de comunicação* das autoridades. Na verdade, não há algo como um conteúdo fixo e determinado do direito, independente da forma como o interpretamos no interior da prática jurídica. Enquanto Hermes defende que a comunicação fixa o conteúdo do direito e que, portanto, a *interpretação vem depois*, Hércules defende que o que o direito depende essencialmente das nossas práticas interpretativas: da forma como, em última instância, construímos argumentos acerca do seu conteúdo. Resolver a disputa entre ambos exige, portanto, analisar a adequação e correção do próprio modelo comunicacional. É isto que proponho nesta tese. Meu objetivo é mostrar que o modelo comunicacional não explica adequadamente a maneira como o direito é criado e nem o seu conteúdo, e que este debate, além de interessante em si mesmo, tem impactos importantes nas disputas sobre métodos de interpretação jurídica, de um lado, e entre o positivismo jurídico e o não-positivismo (aqui ilustrado pela teoria de Dworkin), de outro.

A passagem de um debate sobre como interpretar o direito para uma discussão sobre o que o direito é (ou sobre o modelo explicativo adequado para explicar o conteúdo do direito) exige algumas explicações iniciais sobre o conceito de *interpretação* que estou utilizando. Hermes e Hércules discordam sobre como interpretar o direito. Mas, podemos dizer que também discordam sobre os seus *fundamentos*? Fundamentos do direito, na forma como utilizo a expressão, são os fatos (ou, mais precisamente, as proposições) em virtude dos quais podemos dizer que proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas⁶. De modo mais específico, um debate sobre fundamentos diz respeito à forma como podemos passar de um *input* – no caso, uma fonte do direito – para um *output* – no caso, uma proposição sobre direitos e obrigações que pode ser considerada verdadeira ou falsa. Pois bem. Podemos dizer que o *output* da interpretação é uma proposição sobre o que o direito é? Tudo depende, por óbvio, do nosso conceito de interpretação jurídica. Há pelo menos três posições possíveis acerca do significado deste conceito, definidas a partir daquilo que a interpretação busca alcançar: 1) a interpretação jurídica busca chegar ao *conteúdo linguístico* de uma disposição legislativa⁷; 2) a interpretação jurídica busca a melhor resolução para uma determinada disputa jurídica (seja ou não esta solução determinada pelo próprio direito); 3) a interpretação jurídica, por fim, busca a contribuição de uma disposição

⁶ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 4.

⁷ Utilizo o termo disposição legislativa em sentido bastante amplo, para abranger as ideias de “diploma legislativo” (uma lei, em sentido amplo, contendo diversos dispositivos); um dispositivo legislativo (um determinado artigo, inciso ou parágrafo de uma lei); um conjunto de dispositivos (diversos artigos ou parágrafos, combinados), seja de uma lei específica ou de um conjunto de leis.

legislativa (ou qualquer ato jurídico) para o *conteúdo do direito*⁸. Qual destes três sentidos devemos adotar? Existem discussões sobre qual deles melhor reflete o objetivo da atividade interpretativa e teremos oportunidade de discutir esse tema em tópico próprio desta tese. Mas, por ora, irei utilizar o termo interpretação jurídica no terceiro sentido mencionado, para me referir ao processo por meio do qual podemos estabelecer o conteúdo do direito ou, em outras palavras, o processo pelo qual passamos das fontes jurídicas (os atos institucionais reconhecidos como aptos a criar o direito) ao conjunto de direitos e obrigações criados por estes atos (o que estou chamando, no trabalho, de *conteúdo do direito* ou, de modo similar, de *significado jurídico*⁹). Este é, de fato, um sentido amplo de interpretação, com o qual nem todos os teóricos do direito iriam concordar¹⁰. A despeito disso, essa não é uma definição incomum. Fábio Shecaira, por exemplo, define a interpretação como “qualquer tentativa de derivar o significado de uma fonte do direito”¹¹. Assim, mesmo nos casos em que o significado jurídico de uma fonte pareça claro, “a interpretação está acontecendo”¹². Giorgio Pino, ilustrando uma posição típica da teoria continental, considera que “uma norma jurídica não é, em si mesma, produzida por uma fonte, mas, ao invés disso, pela *interpretação* de uma fonte”¹³. Deste modo, a norma jurídica é resultado da interpretação e não decorre, de forma automática e não-interpretada, das fontes do direito. Onde quer que falemos do conteúdo do direito, portanto, estamos falando de interpretação.

Esta leitura generosa do conceito de interpretação é o ponto de partida da discussão de Dworkin em *Justice for Hedgehogs*. Para Dworkin¹⁴, enquanto lemos um texto, nós o estamos interpretando – mesmo quando, no mais das vezes, o seu sentido pareça claro¹⁵. Isso significa que não identificamos a atividade interpretativa pelo esforço intelectual necessário (mesmo

⁸ GREENBERG, Mark. Legal Interpretation. In: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021.

⁹ O termo *significado jurídico* é utilizado por Maris Tinturé, e refere-se ao “conjunto de posições jurídicas que [um determinado ato] modifica”. KÖPCKE TINTURÉ, Maris. **Legal validity: the fabric of justice**. Oxford [UK]; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2018, p. 47.

¹⁰ Andrei Marmor e Dennis Patterson são exemplos de autores que adotam um sentido mais restrito de interpretação, segundo o qual ela é uma atividade que ocorre apenas nos casos em que o significado de um texto é vago ou incerto. Analisarei a posição de ambos na tese, e oferecerei uma crítica ao conceito restrito de interpretação utilizado por ambos. Cf. MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2nd ed. Oxford; Portland, Or: Hart, 2005; PATTERSON, Dennis M. **Law and truth**. 1. issued as an Oxford Univ. press paperback. New York, NY: Oxford Univ. Press, 1999.

¹¹ SHECAIRA, Fábio Perin. Sources of Law Are not Legal Norms. **Ratio Juris**, v. 28, n. 1, p. 15–30, 2015, p. 5.

¹² *Idem*.

¹³ PINO, Giorgio. Sources of Law. In: GARDNER, John; GREEN, Leslie; LEITER, Brian (Orgs.), **Oxford studies in philosophy of law volume 4**. New York: Oxford University Press, 2021, p. 68.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 123.

¹⁵ Assim espero!

quando, aparentemente, captamos um significado sem esforço, estamos interpretando) e nem pela sua ocorrência apenas em casos duvidosos (os casos fáceis também são decididos por meio da interpretação). É neste sentido de interpretação que quero encarar o debate entre Hermes e Hércules: ambos sabem quais são as fontes do direito. No mais das vezes, eles conhecem muitíssimo bem quais os textos relevantes para um caso e o que esses textos dizem (ou querem dizer). Ao discordarem sobre como interpretá-los, Hermes e Hércules discordam sobre qual a contribuição destes dispositivos para o conteúdo do direito. Esta é, assim irei argumentar, a questão fundamental colocada pelo debate entre os dois.

Mas, ao definirmos a interpretação como a atividade que procura a contribuição de uma disposição legislativa para o conteúdo do direito, é fácil perceber como o debate entre Hermes e Hércules envolve *mais* do que uma simples disputa sobre métodos interpretativos. Este ponto foi bem capturado por Greenberg. Segundo ele, fatos sobre o conteúdo do direito – direitos, deveres, obrigações etc. ou, simplesmente, *fatos jurídicos* – não estão entre os fatos mais “básicos” do universo: eles existem em razão de outros fatos, mais básicos, a partir dos quais são explicados. Dentre estes fatos mais básicos podemos mencionar aquilo que várias pessoas disseram, fizeram e decidiram, o significado de certos textos, e, ainda, para alguns, os princípios de moralidade política relevantes. Se o objetivo da interpretação jurídica é chegar ao conteúdo do direito, “quais métodos de interpretação jurídica são corretos depende, em última instância, da forma como os fatos jurídicos são determinados por fatos mais básicos”¹⁶. De forma simples: precisamos saber o que faz com que o direito tenha o conteúdo que ele tem para que possamos, por meio da interpretação, chegar a este conteúdo.

O ponto pode ser colocado de outra forma: diante de um mesmo texto legislativo, o que explicaria a adoção, por Hermes e Hércules, de métodos de interpretação tão diversos? Seria uma leitura superficial imaginar que Hércules, ao contrário de Hermes, defende que juízes não sejam “fiéis” ao direito ou que devem modificá-lo. Não é que Hércules conhece o conteúdo comunicativo do texto legislativo, mas pretende alterá-lo por meio da interpretação: é que Hércules considera que o conteúdo comunicativo daquele texto não equivale, de forma direta, ao que o direito é. A hipótese desta tese, portanto, é que a divergência, no nível do método, decorre de uma divergência no nível dos *fundamentos*. Hermes e Hércules não divergem sobre o significado das palavras e enunciados proferidos por uma autoridade através de um dado texto legislativo. Na verdade, eles concordam sobre as palavras que fazem parte do dispositivo

¹⁶ GREENBERG, Mark. What Makes a Method of Legal Interpretation Correct: Legal Standard vs. Fundamental Determinants. *Harv. L. Rev. F.*, v. 130, p. 105, 2016.

jurídico, mas discordam sobre o “impacto dessas palavras” no conteúdo do direito¹⁷. A divergência entre ambos não é – esta é a minha hipótese – acerca do significado de um termo vago, mas sim sobre “como os juízes devem decidir que direito foi produzido por um texto particular promulgado pelo Congresso”, mesmo nas hipóteses em que “os parlamentares tinham os tipos de crenças e intenções que ambos os juízes concordavam que eles tinham”¹⁸.

Hermes adota a premissa – que, como veremos, muitos autores admitem sem discussões – de que o impacto dessas palavras corresponde ao seu significado comunicativo (aqui entendido em sentido amplo para referir-se ao significado semântico e pragmático do texto¹⁹). Direito criado, nesta concepção, é direito *comunicado*. É em razão desta posição acerca do que o direito é que Hermes defende métodos de interpretação que busquem identificar as intenções comunicativas dos legisladores. Interpretar o direito é o mesmo que interpretar o conteúdo que alguma pessoa nos comunicou numa dada ocasião de discurso justamente porque o direito equivale a esse conteúdo comunicativo. Hércules, ao contrário de Hermes, rejeita essa concepção: o método de interpretação construtiva não está fundado numa visão sobre como os juízes devem agir diante de leis com as quais não concordam, nem sobre como interpretar o direito quando o texto de algum dispositivo legislativo é vago ou ambíguo; ao contrário, Hércules baseia seu método numa visão distinta sobre qual o impacto do ato de legislação – a produção de uma fonte formal do direito – no *conteúdo* do direito como um todo.

Essa divergência interpretativa nos levará, contudo, a um exame sobre a própria possibilidade de uma teoria do conteúdo jurídico que seja independente de uma teoria da interpretação. Escrevi acima que precisamos saber o que faz com que o direito tenha o conteúdo que ele tem para que possamos identificar esse conteúdo por meio da interpretação. Mas essa é uma formulação excessivamente simples e que, como veremos ao longo desta tese, enganosa. Como veremos, uma das razões pelas quais devemos rejeitar o modelo comunicacional é o fato de ele nos exigir compromissos filosóficos arquimedianos. Ao rejeitar esse compromisso – essa será a conclusão deste trabalho – rejeitaremos também qualquer teoria que separe metodologicamente conteúdo do direito e práticas interpretativas. É na interpretação que encontraremos a resposta para o que o direito é.

¹⁷ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 17.

¹⁸ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 23.

¹⁹ Em momento oportuno, irei explicar em mais detalhes as diversas acepções possíveis para o termo “significado comunicativo”.

O CONTEXTO DO PROBLEMA

A teoria do direito lida com várias questões, mas nenhuma é tão importante e tem ocupado tanto tempo e espaço entre os teóricos da área quanto a questão “o que é o direito?”. H.L.A. Hart, logo no início de *The Concept of Law*, escreveu que “poucas questões sobre a sociedade humana têm sido levantadas com tal persistência e respondidas por pensadores sérios de formas tão variadas, estranhas e mesmo paradoxais quanto a questão ‘o que é o direito?’”²⁰. A persistência dessa questão, combinada com “a habilidade da maioria das pessoas de citar, com facilidade e confiança, exemplos de direito”²¹, é uma das fontes da perplexidade apontada por Hart no primeiro capítulo do seu livro clássico: como explicar - eis a perplexidade - que a pergunta “o que é o direito?” ocupe um espaço tão central na literatura jurídica quando as pessoas comuns não parecem encontrar dificuldades de dar exemplos e listar características marcantes dessa instituição? Hart sugere que, para responder essa pergunta, precisamos deixar de lado a própria questão central (“o que é o direito”) e nos dedicarmos a identificar os “aspectos do direito que parecem, naturalmente, e em qualquer tempo, dar origem a má compreensões”²². Um desses aspectos - que Hart chama de “questão persistente” - envolve a relação entre direito e moral: “como a obrigação jurídica difere da, e como ela se relaciona com, a obrigação moral?”²³.

Muito embora a relação entre direito e moral fosse apenas uma das três questões persistentes que precediam a resposta à questão central “o que é o direito?”, ela acabou dominando o debate teórico. Duas posições se construíram, inicialmente, em torno do problema: o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. Hart apresenta essa última posição como aquela que defende que “o direito é melhor entendido como uma ‘parte’ da moralidade ou da justiça, e que sua congruência com os princípios da moralidade ou da justiça, ao invés de sua incorporação de ordens e ameaças, é da sua essência”²⁴. Para ele, no entanto, “teorias que fazem essa assimilação estreita do direito à moralidade parecem, ao final, não raro confundir um tipo de conduta obrigatória com outro, e de deixar pouco espaço para diferenças de tipo entre regras jurídicas e morais, e para divergências entre suas exigências”²⁵. O positivismo jurídico seria,

²⁰ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 1.

²¹ *Ibid.*, p. 2.

²² *Ibid.*, p. 6.

²³ *Ibid.*, p. 13; Sobre as três questões persistentes analisadas por Hart, cf. FINNIS, John. How Persistent are Hart’s ‘Persistent Questions’? In: DUARTE D’ALMEIDA, Luís; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Orgs.). **Reading HLA Hart’s The concept of law**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

²⁴ HART, **The concept of law**... op. cit., p. 7–8.

²⁵ *Ibid.*, p. 8. Para uma síntese sobre os equívocos dessa leitura do jusnaturalismo, cf. FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2011, p. 23–49.

assim, a teoria que (corretamente, para Hart) separa direito e moralidade, evitando a confusão entre as exigências jurídicas e as exigências derivadas de princípios morais ou de justiça.

A disputa entre positivismo e jusnaturalismo transformou-se, com a entrada em cena de Ronald Dworkin, numa disputa entre positivismo e não-positivismo²⁶. A partir desse novo fôlego, a disputa passou a ser apresentada, em especial por autores positivistas, da seguinte forma: enquanto positivistas defenderiam a tese dos fundamentos sociais do direito, não-positivistas defenderiam uma relação mais próxima entre direito e moralidade. Essa relação poderia ser entendida de duas formas: ou a moralidade *complementaria* as normas jurídicas derivadas de fontes sociais, ou ela forneceria um *filtro* a essas normas. No primeiro caso, seria possível existir normas jurídicas não derivadas de fontes sociais; no segundo, não seria possível existir normas que, mesmo dotadas de fontes, violassem princípios morais. Em ambos os casos, contudo, a discussão relevante sobre as relações entre direito e moralidade concentrar-se-ia no conceito de *validade jurídica*: examinar se os critérios de validade jurídica incluem (e, caso incluam, como incluem) princípios de moralidade. Andrei Marmor, por exemplo, afirma que “de acordo com o positivismo jurídico, as condições de validade jurídica são determinadas por regras sociais e convenções prevaletentes numa dada comunidade”²⁷. Além disso, ainda de acordo com os positivistas, “o direito é essencialmente baseado em fontes”, isto é, “uma norma não pode ser juridicamente válida a menos que ela derive sua validade de uma das fontes identificadas pelas regras convencionais pertinentes”²⁸. Para o mais conhecido crítico do positivismo, Ronald Dworkin, no entanto, “essa explicação convencional da validade jurídica não pode explicar como o direito é capaz de impor obrigações em casos controversos”²⁹. Assim, na forma como Marmor apresenta o argumento de Dworkin, a tese positivista de que os critérios de validade jurídica estariam baseados em fontes sociais não conseguiria, para este último, explicar a existência de “direito vinculante em casos controversos”, o que a tornaria “patentemente falsa”³⁰.

²⁶ O universo das críticas ao positivismo é mais amplo do que o oferecido pelo jusnaturalismo, que possui um conjunto próprio de preocupações substantivas e metodológicas. Assim, nem todo anti-positivista é um jusnaturalista. Himma refere-se à teoria de Dworkin como uma “terceira teoria”, cf. HIMMA, Kenneth Einar, **Natural Law | Internet Encyclopedia of Philosophy**, disponível em: <<https://www.iep.utm.edu/natlaw/#H5>>. acesso em: 16 jul. 2022). Dworkin escreveu sobre o jusnaturalismo em *Natural Law Revisited* afirmando que, se por jusnaturalismo entende-se a teoria que faz com que o conteúdo do direito dependa, algumas vezes, da resposta correta a questões morais, então ele próprio é um jusnaturalista. Cf. DWORKIN, Ronald A. “Natural” Law Revisited. **Florida Law Review**, v. 34, 1982.

²⁷ MARMOR, **Interpretation...** op. cit., p. 7.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Ibid.*, p. 7–8.

Em outro trabalho sobre o tema, Marmor assinala que o que os filósofos do direito procuram entender é “quais são, em geral, as condições que constituem a ideia de validade jurídica”³¹. Segundo ele, para o positivismo jurídico “as condições de validade jurídica são constituídas por fatos sociais. A legalidade é constituída por um conjunto complexo de fatos relacionados às ações, crenças e atitudes das pessoas, e esses fatos sociais basicamente exaurem as condições de validade jurídica”³². Para os partidários da teoria do direito do natural, ao contrário, “as condições de validade jurídica (...) não são exauridas por aqueles atos/eventos de criação do direito. O conteúdo da norma putativa, em especial seu conteúdo moral, também é relevante para sua validade jurídica”³³. Por fim, haveria, ainda, uma terceira posição, associada ao trabalho de Ronald Dworkin, segundo a qual “o conteúdo moral não é uma condição necessária de legalidade, mas pode ser uma condição suficiente”³⁴. Uma norma pode ser uma norma *válida* por derivar de uma fonte, mas também por ser uma norma com o conteúdo correto. As três posições, como se pode observar, são apresentadas e construídas em torno da ideia central de *condições de validade jurídica*. O debate sobre o papel da moral no direito, portanto, é o debate sobre o papel da moralidade como uma das possíveis condições de validade jurídica.

O foco em condições de validade jurídica sugere, entretanto, que a relação entre as fontes sociais e o conteúdo do direito seria incontroversa. A questão relevante seria apenas saber em que medida a moralidade pode desempenhar um papel adicional ao lado dessas fontes na determinação do conteúdo do direito, seja como filtro, seja como complemento, seja, ainda, como um critério adicional – e sempre presente – de validade jurídica. Se consideramos que a questão padrão colocada pelo problema da relação entre direito e moral é saber se “o direito depende, em última instância, apenas de fatos sociais institucionais ou [se] fatores morais também desempenham um papel fundamental”³⁵, teríamos duas possibilidades típicas de resposta: de um lado, “fatores morais não desempenham qualquer tipo de papel”³⁶ na determinação das normas jurídicas válidas. De outro, devemos considerar se a moralidade “pode ser uma fonte separada, não-institucional, do direito”³⁷. Nessa última hipótese, que confere à moralidade um papel importante na definição do conteúdo do direito, “a moralidade pode filtrar leis más ou preencher as lacunas em outras leis produzidas pelas instituições, ou,

³¹ MARMOR, Andrei. **Philosophy of law**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011, p. 3.

³² *Ibid.*, p. 4.

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibid.*, p. 5.

³⁵ STAVROPOULOS, Nicos. The Debate that Never Was. **Harvard Law Review**, v. 130, 2017, p. 2090.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

de outro lado, ajudar a fazer as leis produzidas dessa forma melhor coerirem umas com as outras³⁸. Em qualquer das alternativas, contudo, o papel relevante da moralidade é como uma fonte *complementar* a qual, ainda que relevante, não contribui para a explicação acerca da relação entre as fontes sociais e o conteúdo do direito. Stavropoulos resume este ponto de modo claro:

Se *esse* é o papel possível para fatores morais na explicação fundamental do direito, não há sentido em investigar como as instituições modificam direitos e deveres jurídicos. Podemos tratar como terreno comum entre as teorias de qualquer lado do debate que, qualquer que seja a resposta à questão sobre como as instituições moldam o direito, ela é não-moral. Teorias que estão de um lado dizem que esse é o único tipo de mecanismo explicativo em funcionamento. Aqueles que estão do outro lado assumem esse mecanismo como básico, mas postulam um mecanismo moral separado que opera em paralelo ao mecanismo institucional³⁹.

Mas será que a relação entre os fatos sociais que constituem as fontes do direito e o conteúdo do próprio direito é tão incontroversa a ponto de não levantar, ela mesma, problemas para a teoria do direito? Quando concentramos nossas atenções no papel que a moralidade pode ou não desempenhar no Direito, em geral, e nas condições de validade jurídica, em particular, admitimos implicitamente que não há dificuldades em explicar a relação entre fatos e normas. É bem verdade que a determinação de quais fatos sociais seriam relevantes para a determinação do conteúdo do direito é um tópico importante de discussões na teoria do direito. A poderosa crítica de Hart à teoria de Austin ilustra este ponto. O que chamo atenção, contudo, é que, qualquer que seja a explicação acerca dos fundamentos sociais do direito, ela não parece envolver uma discussão sobre o papel da moralidade nessa explicação. Em outras palavras: se é relevante discutir se a moralidade pode ou não funcionar como uma fonte adicional de normas jurídicas, parece ser um pressuposto amplamente aceito entre autores positivistas que essa relevância não decorre da necessidade de explicar como as fontes sociais *criam* direito ou impactam no seu conteúdo. A moralidade pode desempenhar um papel complementar, ainda que necessário, na explicação do conteúdo do direito. Ela, contudo, não desempenha um papel na própria explicação da relevância das fontes sociais para a determinação do que o direito é.

³⁸ STAVROPOULOS, The Debate... op. cit., p. 2090.

³⁹ *Idem*.

A visão ilustrada acima tem sido descrita de variadas formas em trabalhos recentes. Greenberg⁴⁰ a chama de *retrato padrão*, enquanto Stavropoulos⁴¹ utiliza a expressão *visão ortodoxa*. Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin refere-se a ela tanto como a *visão clássica*⁴² quanto como o *retrato ortodoxo*⁴³ da relação entre direito e moral. De acordo com essa visão, direito e moral seriam dois conjuntos normativos distintos, cabendo aos teóricos do direito investigar como esses conjuntos podem estar relacionados. Para os positivistas, “o que o direito é depende apenas em questões históricas de fato: ele depende, enfim, do que a comunidade em questão, como uma questão de prática e costume, aceita como direito”⁴⁴. O interpretativismo⁴⁵, por outro lado, “argumenta que o direito inclui não apenas regras específicas produzidas de acordo com as práticas aceitas da comunidade, mas também princípios que fornecem a melhor justificação moral para essas regras promulgadas”⁴⁶. O problema teórico relevante na disputa entre positivistas e interpretativistas, portanto, é saber se o direito inclui *apenas* ou inclui *mais* do que as regras específicas produzidas por autoridades com poder de criar direito. Essa visão é compatível com a ênfase de autores positivistas no debate sobre condições de validade jurídica e no possível papel que a moralidade pode desempenhar como critério relevante de validade.

O problema que quero examinar nesta tese, contudo, não envolve a disputa entre positivistas, jusnaturalistas e interpretativistas. Quero enfrentar o problema anterior – e, a meu ver, mais fundamental – sobre a disputa entre dois modelos sobre a relação entre fatos e normas. De fato, muitos trabalhos recentes têm observado a importância de se analisar a disputa entre Dworkin e positivistas em termos de disputa sobre modelos acerca da relação entre fontes e conteúdo do direito. Mark Greenberg foi talvez quem melhor apresentou esse debate em seu *The Standard Picture and Its Discontents*⁴⁷. Nele, Greenberg argumenta que “há um retrato de como o direito funciona com a qual a maior parte dos teóricos está implicitamente comprometida e toma como fundamento comum”⁴⁸. De acordo com esse “retrato padrão”, “o

⁴⁰ GREENBERG, Mark. *The Standard Picture and Its Discontents*. In: GREEN, Leslie; LEITER, Brian (Orgs.), **Oxford Studies in Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁴¹ STAVROPOULOS, Nicos. *Legal Interpretivism*. In: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021.

⁴² DWORKIN, *Justice...* op. cit., p. 400.

⁴³ *Ibid.*, p. 401.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ O termo é de Dworkin.

⁴⁶ DWORKIN, *Justice...* op. cit., p. 402.

⁴⁷ GREENBERG, *The Standard Picture...* op. cit. Ver, também: GREENBERG, Mark. *The Moral Impact Theory, the Dependence View and Natural Law*. In: DUKE, George; GEORGE, Robert P. (Orgs.). **The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 275–312; GREENBERG, Mark, *The moral impact theory of law*, **Yale Law Journal**, v. 123, p. 1288, 2013.

⁴⁸ GREENBERG, *The Standard Picture...* op. cit., p. 39.

conteúdo do direito é o significado de certos textos (ou afirmações) jurídicas”⁴⁹, de modo que uma “obrigação jurídica é criada simplesmente porque uma autoridade disse algo”⁵⁰. Em resumo: “o que foi autoritativamente pronunciado torna-se uma norma jurídica - ou, de modo equivalente, torna-se juridicamente válido - simplesmente porque ele foi autoritativamente pronunciado”⁵¹.

Stavropoulos também examina e critica o que chama *visão ortodoxa* segundo a qual “as instituições moldam o direito pela comunicação. O fato que uma certa lei foi promulgada e o que o seu texto significa em conjunto explicam o impacto da sua promulgação para o direito”⁵². Em outras palavras: tal qual a descrição que apresentei acima, a visão ortodoxa sustenta que o conteúdo do que foi comunicado pelas autoridades – através das leis por ela produzidas – equivale ao conteúdo do direito. “O que o texto de uma lei diz”, escreve Stavropoulos, “incluindo o que ele logicamente implica, corresponde a uma ou mais novas normas que a lei criou ou determina a extensão na qual sua promulgação altera normas existentes”⁵³.

Diversos outros trabalhos também chamaram atenção, nos últimos anos, para o problema da relação entre fatos e conteúdo do direito⁵⁴. Contudo, a constatação de que a relação entre os atos de autoridade e o conteúdo do direito é um problema central e mais importante do que a disputa sobre validade jurídica já estava presente nos trabalhos tanto de Raz quanto de Dworkin. *The Relevance of Coherence* é o trabalho em que Raz deixa mais claro o ponto central de sua divergência com Dworkin. Se em *Authority, Law, and Morality* Raz estava interessado em refutar, com base no seu argumento da autoridade, a ideia de que é possível existirem padrões jurídicos não dotados de fontes sociais, em *The Relevance* Raz enfrenta o debate com Dworkin sob um ângulo diverso. De fato, Raz observa, na linha do que já expus, que “a existência do direito depende de práticas sociais”⁵⁵. Mas isso ainda não é suficiente, tendo em vista que essa é uma relação de *dependência* e não de *identidade*. Em razão disso, Raz avança na sua exposição para fixar a seguinte proposição: “o direito é uma *função* de atos humanos e

⁴⁹ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. 42.

⁵⁰ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. 43.

⁵¹ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. 44.

⁵² STAVROPOULOS, Nicos. Obligations, Interpretivism, and the Legal Point of View. In: MARMOR, Andrei (Org.). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015, p. 76.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ HERSHOVITZ, Scott. The End of Jurisprudence. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 1160, 2014; PLUNKETT, David. A positivist route for explaining how facts make law. **Legal Theory**, v. 18, n. 2, p. 139–207, 2012; WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, n. 13–45, 2013; STAVROPOULOS, The Debate... op. cit.

⁵⁵ RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics**. Rev. ed., repr. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 291.

práticas sociais”⁵⁶. A ideia de uma *função* é usada para se referir a uma explicação sobre a relação existente entre o direito e os atos humanos e práticas sociais dos quais depende. O ponto importante, portanto, é explicar essa relação – ou essa função – não só para os casos controversos, mas para todos os casos. Em outras palavras: explicar que tipo de função é essa. O modelo comunicacional oferece uma solução justamente para esse problema. “Quando discutimos o direito”, escreve Raz, “nós estamos frequentemente preocupados com a promulgação de leis ou instrumentos legislativos, e com decisões judiciais estabelecendo razões para chegar a algum resultado num processo. Tais atos têm um conteúdo: a lei, as razões judiciais. As teorias coerentistas [e o modelo comunicacional] oferecem uma solução para a *relação entre ações humanas e direito*”⁵⁷. Mas a solução das teorias (ou do modelo) coerentistas não é a única solução possível. Uma outra solução possível para a explicação desta função sugere que “leis e decisões judiciais têm o conteúdo que os seus criadores tinham a intenção que tivesse (...) o direito é a soma total de todas as leis e daquelas decisões judiciais que têm força de precedente”⁵⁸. Raz chama essa explicação, neste trabalho, de *tese da intenção*. Em *Dworkin: A new link in the chain* ele refere-se a ela como *modelo comunicacional*⁵⁹, e será este o termo que utilizarei neste trabalho.

O modelo comunicacional oferece uma explicação sobre a função existente entre atos legislativos e o conteúdo do direito. Segundo ela, o conteúdo jurídico dos atos legislativos é o conteúdo *comunicado* pelos legisladores. Esse conteúdo comunicado, por sua vez, pode ser determinado como uma questão exclusivamente factual, recorrendo-se seja a convenções semânticas, a fatos mentais sobre as intenções dos legisladores ou convenções interpretativas vigentes numa comunidade (e conhecidas pelos legisladores). É nesse sentido que a tese das fontes convencionais do direito – chave do positivismo jurídico – precisa ser complementada pelo modelo comunicacional: o direito possui fontes sociais, e devemos poder identificar o conteúdo dessas fontes a partir de critérios puramente factuais. Mas – e aqui está o cerne da questão – podemos questionar o caráter convencional do positivismo justamente negando o modelo comunicacional: Hércules, afinal de contas, aceita que as leis são fontes formais e convencionais do direito. O que ele rejeita é que haja um *fato* que fixe o conteúdo jurídico dessa fonte. Portanto, ao invés de discutir se há direito não baseado em fontes, devemos discutir como as fontes, afinal de contas, criam direito. É este o problema a que me dedicarei neste trabalho.

⁵⁶ RAZ, *Ethics*... op. cit., p. 293 grifos meus.

⁵⁷ *Idem*. grifos meus.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ RAZ, Joseph. Dworkin: A New Link in the Chain. *California Law Review*, v. 74, n. 3, p. 1103-1119, May 1986.

Entendo que esse problema é mais básico – e, do ponto de vista teórico, precedente – ao problema da relação entre direito e moral. Como expus acima, quando investigamos a relação existente entre direito e moralidade, supomos ser incontroverso qual a relação entre os atos humanos que constituem as fontes do direito e o conteúdo do direito criado por esses atos. De algum modo, queremos saber qual o papel da moral num sistema normativo cujo funcionamento é razoavelmente incontroverso. Essa leitura, no entanto, ignora o problema sugerido por Raz sobre a explicação da *função* existente entre atos humanos e práticas sociais, de um lado, e direito, de outro. Quando nos concentramos neste problema, percebemos que há um espaço de controvérsia teórica pouco explorado e que coloca em xeque a relação entre as fontes e o conteúdo do direito *mesmo nos casos fáceis*. É por isso que afirmo que o tema deste trabalho tem precedência teórica sobre a questão da relação entre direito e moral: na medida em que o que está em jogo é a própria relação entre os atos humanos, práticas sociais e o conteúdo do direito, não podemos saber qual a relação entre direito e moral antes de saber qual a relação entre aqueles atos e o direito que por eles é criado. Mais ainda: como Dworkin observa em *Justice for Hedgehogs*, é possível que a moral não “se relacione” com o direito - no sentido de ser um sistema normativo em relação com um outro sistema diferente. É possível que a moral desempenhe um papel na própria explicação da *função* entre fatos e normas. É essa a hipótese que irei explorar. Argumentarei que o modelo comunicacional não oferece uma explicação adequada do direito, e que a função existente entre fatos e normas é uma função *interpretativa*: não há algo como um conteúdo do direito determinado metafisicamente de forma independente da maneira como as fontes são interpretadas e utilizadas na construção de argumentos a favor da verdade de proposições jurídicas. No tópico seguinte, apresentarei um roteiro dos argumentos que desenvolverei na tese, com o objetivo de tornar mais claro as posições teóricas que irei criticar e defender.

BREVE ROTEIRO DOS ARGUMENTOS DA TESE

É possível sintetizar as posições que pretendo defender nesta tese da seguinte forma: o modelo comunicacional – a ideia de que o direito é produto direto de atos de comunicação de autoridades e que o conteúdo do direito equivale ao conteúdo comunicado por elas – é inadequado para explicar a prática jurídica. Isso ocorre porque, em primeiro lugar, há vários candidatos possíveis para qual é o conteúdo comunicado pelas autoridades, e não há um critério externo à prática que nos permita identificar um deles como decisivo. Em segundo lugar, o caráter *interpretativo* da prática jurídica mostra que inexistem fatos externos à prática que sirva

como fundamento metafísico para a fixação do conteúdo do direito: convenções semânticas, convenções interpretativas, fatos mentais ou intenções coletivas não explicam como, na prática, juristas argumentam a favor de proposições acerca do que o direito é. O modelo comunicacional incorre, portanto, no erro filosófico que Ronald Dworkin chamou de *arquimedianismo* e que Susan Hurley chamou de “centralismo”: a tentativa infrutífera de colocar-se fora da prática para julgá-la de fora. Esse ponto arquimediano permitiria ao teórico realizar distinções que os participantes da prática não estão dispostos a fazer e que, na verdade, distorcem a forma como eles argumentam no seu interior. Em oposição ao modelo comunicacional, defenderei o que, em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin chamou de teoria valorativa da interpretação: a ideia de que 1) a interpretação de práticas sociais dotadas de intencionalidade exige argumentação valorativa e 2) que é só a partir da forma como os juristas interpretam as fontes que podemos identificar o conteúdo do direito. Não há um conteúdo do direito independente da interpretação e a interpretação não é uma simples atividade epistêmica de “descoberta” do direito: contrariamente aos defensores do modelo comunicacional, que entendem que a interpretação *vem depois* do conteúdo, na teoria de Dworkin o conteúdo surge a partir das próprias práticas interpretativas. O direito não é uma prática de comunicação: ele é uma prática de interpretação.

Podemos sintetizar as posições que pretendo defender nesta tese da seguinte forma: o modelo comunicacional – a ideia de que o direito é produto direto de atos de comunicação de autoridades e que o conteúdo do direito equivale ao conteúdo comunicado por elas – é inadequado para explicar a prática jurídica. Isso ocorre porque, em primeiro lugar, há vários candidatos possíveis para qual é o conteúdo comunicado pelas autoridades, e não há um critério externo à prática que nos permita identificar um deles como decisivo. Em segundo lugar, o caráter *interpretativo* da prática jurídica mostra que inexistente um fato externo à prática que sirva como fundamento metafísico para a fixação do conteúdo do direito: convenções semânticas, convenções interpretativas, fatos mentais ou intenções coletivas não explicam como, na prática, juristas argumentam a favor de proposições acerca do que o direito é. O modelo comunicacional incorre, portanto, no erro filosófico que Ronald Dworkin chamou de *arquimedianismo* e que Susan Hurley chamou de “centralismo”: a tentativa infrutífera de colocar-se fora da prática para julgá-la de fora. Esse ponto arquimediano permitiria ao teórico realizar distinções que os participantes da prática não estão dispostos a fazer e que, na verdade, distorcem a forma como eles argumentam no seu interior. Em oposição ao modelo comunicacional, defenderei o que, em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin chamou de teoria valorativa da interpretação: a ideia de que 1) a interpretação de práticas sociais dotadas de intencionalidade exige argumentação valorativa e 2) que é só a partir da forma como os juristas interpretam as fontes que podemos

identificar o conteúdo do direito. Não há um conteúdo do direito independente da interpretação e a interpretação não é uma simples atividade epistêmica de “descoberta” do direito: contrariamente aos defensores do modelo comunicacional, que entendem que a interpretação *vem depois* do conteúdo, na teoria de Dworkin o conteúdo surge a partir das próprias práticas interpretativas. O direito não é uma prática de comunicação: ele é uma prática de interpretação.

Para chegar a essa conclusão, irei analisar os trabalhos de dois dos mais importantes autores positivistas que trataram do tema: Andrei Marmor e Joseph Raz. Marmor, especialmente no livro *The Language of Law*, ofereceu uma complexa defesa do modelo comunicacional, baseada nos conceitos de ato de fala e de significado do falante. Para ele, assim como o Hermes com que abrimos este trabalho, legislação *é comunicação* e entender o conteúdo do direito é parte do esforço teórico de compreender a comunicação em geral. Joseph Raz, ao contrário de Marmor, não parte da ideia de ato de fala, mas antes da ideia de autoridade para defender o modelo comunicacional. Para ele, o conceito de autoridade e, de modo mais específico, o conceito de *legislação* explica por que devemos dar peso decisivo às intenções dos legisladores na determinação do conteúdo do direito. A sua tese da intenção autoritativa serve para explicar como os legisladores têm controle sob o direito que produzem. Em sua teoria, Raz também oferece uma sofisticada explicação sobre o papel da interpretação no direito que servirá como uma forma de compatibilizar o modelo comunicacional com a centralidade da interpretação na prática jurídica.

As teorias de Raz e Marmor serão examinadas criticamente e confrontadas com a teoria de Ronald Dworkin. Como veremos, o próprio Raz reconhece que Dworkin avançou em sua teoria até o ponto de, em sua última fase, rejeitar radicalmente o modelo comunicacional. Essa rejeição será a base da parte construtiva desta tese. A partir das ideias de arquimedianismo (que oferece o argumento filosófico contra o modelo comunicacional) e de práticas interpretativas, veremos como Dworkin constrói uma teoria da interpretação baseada em valores (ou teoria valorativa da interpretação) e uma compreensão do direito baseado em interpretação que oferecem uma alternativa radical, e, a meu ver, superior, ao modelo comunicacional. Nessa teoria, a verdade de proposições jurídicas é constituída pela melhor interpretação que oferecemos dela – a verdade não é um dado externo, metafísico, mas antes resultado dos melhores argumentos em favor de uma determinada conclusão acerca do conteúdo do direito. Com base nessa teoria, veremos que a disputa entre métodos interpretativos – ilustrada, neste trabalho, pela disputa entre Hermes e Hércules – envolve, na verdade, uma disputa substantiva sobre o propósito da prática jurídica como um todo.

Para chegar a essas conclusões, dividi a tese em cinco capítulos (além desta introdução e de sua conclusão). No primeiro capítulo, *Da validade jurídica ao conteúdo do direito*, examino como o debate em teoria do direito foi especialmente dominado pelo conceito de validade jurídica. A partir de alguns trabalhos gerais de Marmor, mostro (em 1.1) como o positivismo jurídico delimitou sua disputa com Dworkin e os não-positivistas a partir do conceito de validade e da ideia de existência de normas jurídicas, e como a tese das fontes é usualmente entendida como uma tese sobre validade jurídica. O problema da validade, conquanto possa ser teoricamente relevante, não esgota, contudo, os problemas colocados pelas fontes do direito (1.2). Mostro, então, que o próprio Joseph Raz, em várias formulações da tese das fontes, considerava que ela era uma resposta para dois problemas distintos: um deles, sobre validade jurídica; e o outro, sobre o *conteúdo do direito*, i.e., o conjunto de direitos e deveres criados pelas fontes do direito (1.3). Explico a diferença entre esses dois problemas a partir da distinção entre questões de validade e questões de interpretação (1.4) e mostro que o caráter convencional das fontes não explica, por si só, o caráter convencional do *conteúdo das fontes*, uma vez que as fontes não equivalem às normas jurídicas. Com base nessas distinções teóricas, examino, então, a teoria da regra de reconhecimento que H. L. A. Hart desenvolveu em *The Concept of Law* e que foi tomada como um compromisso teórico fundamental dos autores positivistas (1.5). Na leitura que ofereço, a regra de reconhecimento, como uma regra secundária destinada a resolver o problema da incerteza sobre o direito, identifica tão somente as *fontes do direito* (v.g., os documentos oficiais de onde devemos extrair direitos e deveres), mas não a forma de identificar o conteúdo do direito criado por essas fontes. Assim, a defesa da regra de reconhecimento exige, como complemento, uma defesa de uma forma convencional de identificar o conteúdo das regras criadas pelas fontes. O modelo comunicacional oferece esse complemento.

No capítulo seguinte, intitulado *O modelo comunicacional do direito*, explico, então, o que seria esse modelo comunicacional. Para isso, introduzo (2.1), em primeiro lugar, a ideia de *retrato padrão*, desenvolvida por Mark Greenberg e que nos ajuda a entender, de forma mais clara, as ideias centrais do modelo comunicacional. O modelo comunicacional pode ser visto como o compromisso central do retrato padrão, e que, na formulação de Greenberg, é chamada de tese do conteúdo linguístico. Com essa compreensão mais adequada do modelo comunicacional em mãos, analiso (2.2) como Joseph Raz, no artigo *Dworkin: a new link in the chain*, explica o debate entre Dworkin e os positivistas a partir de uma disputa em torno deste modelo padrão. Raz divide a teoria de Dworkin em três fases: uma fase em que o modelo comunicacional é pressuposto; uma fase híbrida, em que ele oferece uma explicação para uma

parcela do direito; e uma última fase, em que o modelo é radicalmente rejeitado por Dworkin. A exposição de Raz é especialmente útil para demonstrar a centralidade do debate sobre o modelo comunicacional e como ele difere de outros debates marginais travados entre Dworkin e os positivistas. Por fim, na parte final do capítulo (2.3), mostro como a teoria da autoridade como serviço funciona como a base do modelo comunicacional na obra de Raz. Introduzo a teoria da autoridade já nesta etapa da tese pois ela é pressuposta por Andrei Marmor – que será objeto do capítulo seguinte – na sua própria formulação do modelo comunicacional.

No terceiro capítulo da tese – *Andrei Marmor: legislação como comunicação* – passo à análise específica dos argumentos de Marmor em favor do modelo comunicacional (cuja linha geral apresentei no capítulo anterior). Neste capítulo, procuro mostrar, a partir de uma análise dos trabalhos de Marmor sobre linguagem e comunicação, como ele utiliza o conceito de *ato de fala* para explicar o conteúdo do direito. Para tanto, explico brevemente a teoria dos atos de fala, na forma como foi desenvolvida por J. L. Austin e John Searle (3.1.1), bem como a teoria do significado desenvolvida por Paul Grice (3.1.2), uma vez que ela é a base para a teoria dos atos de fala de Searle. Com base nessas teorias, explico, no item seguinte (3.1.3) o conceito de intenção comunicativa, que servirá como ponto de partida para análise do papel das intenções na atividade legislativa. Como a teoria dos atos de fala acaba por concentrar-se em atos de fala individuais, e como a atividade legislativa é, usualmente, uma atividade coletiva, procuro mostrar (em 3.2) como Marmor defende a possibilidade de atos de fala coletivos. Em seguida, exponho o argumento de Marmor que considera que os atos de votação são atos de comunicação, uma vez que essa é uma premissa importante da sua teoria: como os legisladores não *falam*, e sim *votam*, é preciso explicar como votação e comunicação se relacionam para que possamos considerar que o conteúdo votado resulta num conteúdo comunicado. Após essa explicação, passo para a parte mais importante da exposição sobre a teoria de Marmor. Nesta seção (3.4) explico como Marmor diferencia o conteúdo semântico convencional, o conteúdo asserido e o conteúdo implicado. Todos eles podem ser candidatos possíveis para o conteúdo de um ato legislativo. Marmor, no entanto, argumenta que, dado o contexto da atividade de criação de leis, devemos considerar que, usualmente, o conteúdo asserido pelos legisladores é o conteúdo semântico convencional do texto que eles produziram (em conjunto com implicações semanticamente codificadas). Isso ocorre não porque o conteúdo semântico seja, por definição, o conteúdo comunicado, mas sim porque a *intenção dos legisladores* é que o texto por eles votado seja entendido de forma textual (i.e., a partir do seu significado semântico).

Após expor a teoria de Marmor, passo, ainda no terceiro capítulo, a um exame crítico de seus argumentos (3.5). Meu objetivo principal é mostrar que a equiparação de legislação como atos de fala não oferece um argumento adequado em defesa do modelo comunicacional. Nesse sentido, ofereço três argumentos principais contra a teoria de Marmor. O primeiro deles questiona a possibilidade de que os legisladores possam formar intenções comunicativas da mesma forma que falantes individuais as formam em contextos conversacionais (3.5.1). A partir da distinção entre intenções locucionárias, ilocucionárias e perlocucionárias, mostro que os legisladores não precisam ter (e geralmente não tem) intenções locucionárias sobre o conteúdo do texto que estão votando. Sua intenção é que aquele texto adquira força vinculante, e não de comunicar, exatamente, um conjunto específico de proposições contidas naquele texto. Esse argumento desdobra-se numa segunda crítica à teoria de Marmor, que apresento no item seguinte (3.5.2). Essa crítica está baseada na visão excessivamente simplista da atividade legislativa que Marmor pressupõe. Conforme argumento, a atividade legislativa é necessariamente medida por textos, e o papel do texto nessa atividade cria problemas para sua versão do modelo comunicacional: é que o texto tanto separa, temporalmente, o contexto dos legisladores do contexto dos intérpretes, como cria diversos contextos diferentes que podem igualmente servir para determinar o seu conteúdo: há o contexto daquele que escreveu o projeto de lei; o contexto daqueles que, mesmo sem nada saber sobre a matéria, votaram para aprová-lo e torná-lo parte do direito; o contexto dos juízes que, muito tempo depois, devem interpretá-lo; e o contexto dos cidadãos que, querendo seguir o direito, precisam saber o que ele proíbe, permite ou exige. A equiparação entre legislação e ato de fala produz, assim, duas falácias, que explico no último item (3.5.3): a falácia da sincronicidade e a falácia da a-discursividade. Elas oferecem a terceira crítica ao argumento de Marmor e, em conjunto com as demais, justificam rejeitá-lo.

Os problemas da teoria de Marmor não significam, no entanto, que não há outra forma de defender o modelo comunicacional. No capítulo quarto da tese – cujo título é *Joseph Raz: intenção, interpretação e autoridade* – apresento a teoria de Joseph Raz e mostro como ela oferece uma defesa alternativa e, em larga medida, superior para modelo comunicacional. Raz parte do papel que as intenções desempenham na interpretação para compreender como as intenções se relacionam ao conteúdo do direito. O ponto de partida de sua teoria está na pergunta *por que interpretar?* Raz examina os motivos que explicam o fato de a interpretação ser uma atividade central do direito e conclui que isso ocorre em razão de sua autoridade: interpretamos, no direito, em razão da autoridade daqueles que o criaram. Explico, então, como o papel decisivo das intenções na interpretação decorre do conceito mesmo de autoridade e da

ideia básica de que as autoridades criam *deliberadamente* o direito por meio de atos de legislação (4.1). Raz, no entanto, rejeita a ideia de que a interpretação deve buscar recuperar os estados mentais dos legisladores. No seu lugar, ele introduz a chamada *tese da intenção autoritativa* (4.2), segundo a qual as autoridades criam deliberadamente o direito por meio da manifestação da intenção de que um dado texto ou documento torne-se uma fonte jurídica vinculante, e que seja compreendido a partir de determinadas *convenções interpretativas* vigentes na comunidade e conhecidas pelos legisladores. Interpretar o direito com vistas a determinar seu conteúdo é, assim, interpretar suas fontes da forma como as autoridades tinham a intenção de que elas fossem interpretadas. Com essas distinções em mãos, passo, então, à análise dos argumentos de Raz contra o que ele chama de “modelo coerentista do direito” (4.3). O objetivo é oferecer uma defesa do modelo comunicacional mediante a crítica de um modelo rival: Raz parte daquilo que considera serem os erros do modelo coerentista para mostrar por que deveríamos aceitar a ideia de que as autoridades criam direito de forma deliberada e intencional e que esse direito deve ser identificado a partir de um critério duplamente convencional: tanto identificando fontes convencionais, quanto determinando, de modo convencional, o conteúdo dessas fontes.

A despeito de Raz defender o modelo comunicacional, contudo, ele tem uma visão mais complexa do raciocínio jurídico, em geral, e da interpretação em particular. Apresento essa visão na parte final do capítulo (4.5). Nela, mostro como Raz entende que, não obstante o direito seja, de modo constitutivo, limitado pelas fontes convencionais e pelo modelo comunicacional, os juristas fazem mais do que simplesmente argumentar sobre o direito e raciocinar acerca do seu conteúdo. É possível que o próprio direito exija dos seus intérpretes irem além dele. Raz reconhece, assim, o caráter marcadamente moral do raciocínio *a partir* do direito e o papel desempenhado, na prática jurídica, pelo que ele chama de interpretações inovadoras: interpretações das fontes que alteram o direito existente, na medida em que são guiadas por razões para interpretar distintas da autoridade. Embora reconheça que a prática jurídica é marcada por essa argumentação moral, Raz acredita ser possível traçar uma distinção conceitual entre os pontos da prática que estão dentro dos limites do direito, e aqueles nos quais os juristas criam direito novo. Assim, a disputa entre Hermes e Hércules com a qual iniciamos esta tese pode ser redefinida como uma disputa entre ser fiel ao direito existente e pretender ir além desse direito (4.6).

Raz oferece, portanto, uma poderosa defesa do modelo comunicacional. Sua versão desse modelo é colocada à prova no último capítulo da tese. Nele, procuro mostrar que o modelo comunicacional, na forma como Raz o desenvolve, incorre num erro filosófico fundamental, e

que a teoria de Dworkin, sintetizada na teoria valorativa da interpretação, oferece uma explicação mais adequada da prática jurídica. Na primeira parte do capítulo (5.1), mostro que há formas distintas de conceber a autoridade do direito e que argumentos de coerência – i.e., argumentos que não se limitam ao conteúdo comunicado pelas autoridades – são compatíveis com a atribuição de autoridade ao direito e às suas fontes. A narrativa que Dworkin introduz em *Justice for Hedgehogs* de um livro de regras familiares ilustra como é possível, ao mesmo tempo, reconhecer o papel da interpretação moral e a autoridade das fontes, sem necessariamente pressupor que os legisladores estejam no controle total do conteúdo das regras por ele criadas. Esse ponto é explorado em mais detalhes no item seguinte (5.2.), no qual desenvolvo um argumento mais longo contra a tese da intenção autoritativa de Raz. Minha estratégia nesta parte do capítulo é mostrar como a ideia de que a intenção das autoridades, combinada com uma convenção interpretativa vigente na época da promulgação da lei, não são capazes de explicar controvérsias interpretativas sobre o conteúdo de um determinado texto legislativo. A existência dessas controvérsias mostra tanto que não é necessário que as autoridades legislativas estejam no controle total do conteúdo do direito criado por seus atos (um ponto que também é explorado a partir da ideia de caráter sistêmico do significado jurídico) quanto que a interpretação do direito legislado está baseada em uma certa concepção de propósito que não depende dos estados mentais subjetivos dos legisladores. Por trás de todos esses erros, contudo, está um erro filosófico mais fundamental, que exploro nos itens seguintes do capítulo (5.3 e 5.4). Neles, desenvolvo a ideia de que o modelo comunicacional, seja na forma apresentada por Raz ou por Marmor, incorre num tipo de centralismo filosófico (segundo o qual, os conceitos gerais são definidos de forma anterior e independente das práticas conceituais particulares) e no que Dworkin chamou de *arquimedianoismo*: a tentativa de colocar-se de fora da prática para julgá-la de fora, inclusive fazendo distinções conceituais estranhas aos seus participantes.

No lugar do modelo comunicacional, e com o objetivo de evitar os erros filosóficos mencionados, apresento, na sequência, a *teoria valorativa da interpretação*. Essa ideia, desenvolvida por Dworkin em *Justice for Hedgehogs*, sugere que, ao invés de tomarmos a interpretação jurídica como uma etapa epistêmica posterior à determinação do conteúdo do direito, devemos tomá-la como nosso ponto de partida. Para determinarmos o conteúdo do direito, devemos entender como os juristas efetivamente o interpretam, as disputas interpretativas em que se engajam e como mobilizam as fontes do direito, em geral, e os textos legislativos, em particular, para construir seus argumentos a favor da verdade de determinadas proposições jurídicas. Nesse sentido, a principal conclusão da tese é que não podemos fixar um

conteúdo do direito (seja ele um fato linguístico, uma convenção interpretativa etc.) que deve ser “descoberto” por meio do processo legislativo. É só na atividade de dar e oferecer razões acerca de verdade de proposições jurídicas que encontraremos o conteúdo do direito: o conteúdo de uma lei equivale à melhor interpretação possível de seu texto, e a melhor interpretação de um texto ocorre no interior de uma prática interpretativa dotada de propósito. O direito não é comunicação: mas ele também não é, como sugerido por alguns, o “impacto moral” de atos de autoridade. O direito é interpretação, e é apenas nos engajando com a prática e produzindo argumentos no sentido de que certas proposições são verdadeiras e outras, falsas, que encontraremos uma resposta para o problema do conteúdo do direito.

JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DO TEMA

Justificar a relevância de uma tese de doutorado pode significar muitas coisas. Em primeiro lugar, pode significar justificar a relevância prática do seu tema: afinal de contas, estudar teoria do direito é importante para alguém que já não esteja interessado em teoria do direito? Em segundo lugar, em que medida o tema escolhido – o modelo comunicacional do direito – é relevante para outros debates tidos como centrais para a área? A teoria do direito pode ser relevante, mas precisamos justificar a relevância de responder a um dado conjunto de questões dentro do universo das questões possíveis enfrentadas pelos teóricos. Por fim, é necessário também justificar, contextualmente, a redação do trabalho: mostrar que há razões para que um trabalho sobre um tema relevante, e que lida com autores importantes, seja feito no contexto específico de seu autor. Afinal de contas, por que escrever uma tese sobre teoria do direito no Brasil?

Um bom ponto de partida para entendermos a relevância deste trabalho é a provocativa pergunta que David Enoch coloca no título de um de seus artigos: a teoria geral do direito é *interessante*? Enoch – um filósofo – responde que não, e nisso parece estar do lado de muitos juristas práticos que não veem grande interesse em teoria do direito. Para estes juristas, a própria ideia de que o tema deste trabalho possa ser relevante para além daqueles já interessados na área já é, em si mesma, questionável. Mas o ponto de Enoch não é que qualquer reflexão teórica sobre o direito é desinteressante, e sim que apenas um tipo delas é: as questões colocadas pelos autores da tradição positivistas que acreditam ser possível oferecer respostas gerais sobre as “condições necessárias e suficientes” para a existência de um sistema jurídico ou a validade de uma norma jurídica. Para Enoch, essas questões não colocam problemas práticos relevantes e

nem nos ajudam a responder questões normativas e morais colocadas pelo direito. Ele está certo nisso?

Sob certa perspectiva, a tentativa de identificar um *fato* que determine o conteúdo do direito em geral (e não apenas o conteúdo de uma lei particular) parece se inserir no contexto das perguntas desinteressantes que Enoch coloca. Mas, ao contrário do que ele sugere, essa não é – ou pelo menos, não deve ser – uma questão irrelevante. Se houver um critério determinado que fixe o conteúdo de uma fonte do direito, parece óbvio que esse fato será do interesse de todos aqueles que vivem sob ele. Discutimos, todos os dias, sobre o que direito exige de nós, sobre o que ele nos permite fazer e sobre as proteções que ele nos concede. Questionamos decisões judiciais e consideramos que os juízes devem decidir de acordo com o direito. A interpretação de cláusulas de dispositivos legais aprovados há anos, talvez décadas ou mesmo séculos, é fonte inesgotável de disputas políticas, e seria um absurdo imaginar que, para aqueles envolvidos nessas disputas, é irrelevante saber o que, afinal de contas, o direito é. Nesse sentido, Dworkin está certo quando afirma, logo na abertura do primeiro capítulo de *Law's Empire*, que “é importante como os juízes decidem os casos”⁶⁰. Para ele, “há uma dimensão inevitavelmente moral de uma ação no direito, e, dessa forma, um risco permanente de uma forma distinta de injustiça pública”⁶¹: para alguém que perdeu seus bens ou foi preso é de importância crucial saber, afinal de contas, se o juiz que lhe condenou seguiu o direito existente ou se criou um direito novo e aplicou, retroativamente, para o seu caso. Quando alguém é condenado em razão da interpretação de um dado texto legal, nenhuma questão é mais importante do que saber se aquela interpretação é, em última análise, verdadeira.

Importa, portanto, saber o que o direito é. Quando, então, observamos que, no contexto jurídico, muitas de suas grandes controvérsias giram em torno de interpretações possíveis das mesmas fontes, importa saber, também, o que significa interpretar; como interpretar o direito e se, ao fim e ao cabo, há interpretações corretas e interpretações erradas. Diante da multiplicidade de métodos interpretativos, Hans Kelsen afirmou, no capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, que “não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’”⁶². Para Kelsen, “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um

⁶⁰ DWORKIN. *Law's empire...* op. cit., p. 1.

⁶¹ *Idem.*

⁶² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 248.

resultado que seja o único correto”⁶³. Mas imaginemos, como faz Dworkin, um juiz que ao mandar o réu de um processo criminal para a cadeia, ou a conceder uma enorme indenização num processo civil, diga, ao final de sua decisão, que “outras interpretações do direito que exigissem decisões contrárias são tão válidas quanto as suas”⁶⁴; que, numa outra interpretação igualmente válida e possível do direito, o réu poderia estar solto e a empresa condenada nada teria que pagar. Não é preciso muitos argumentos para demonstrar o absurdo dessa posição. Discutir, portanto, o que qual é o conteúdo jurídico das fontes, que direitos e obrigações elas criam, em virtude de que o direito possui o conteúdo que tem e como, afinal de contas, devemos interpretá-lo, são questões de importância não apenas teórica, mas também prática.

Mas, para além desse sentido de relevância, o tema desta tese também possui importância teórica no contexto específico dos debates em teoria do direito, por algumas razões. A primeira delas é que, embora a *tese das fontes* tenha dominado o debate entre positivistas e não-positivistas (e também o debate interno entre positivistas inclusivos e exclusivos), o problema acerca do *conteúdo* dessas fontes nem sempre foi enfrentado com clareza. Em especial, nada obstante a ubiquidade da referência às fontes do direito na literatura sobre o tema, há uma notável falta de precisão sobre o conceito de “fonte” no direito, o que levou Fábio Perin Shecaira a afirmar que, na tradição anglo-americana de teoria analítica do direito, “a própria noção de fontes do direito recebeu pouca atenção”⁶⁵. Essa constatação, que poderia ser surpreendente a alguém que observasse a centralidade na literatura do debate sobre a tese das fontes, apenas reflete o fato de que “o termo é frequentemente usado, mas o conceito associado a ele permanece significativamente obscuro”⁶⁶. De fato, como Shecaira nota, a própria frase “fontes do direito” é ambígua, podendo ser usada para referir-se a (a) certos agentes ou instituições (como o legislativo, os tribunais etc.); aos produtos que resultam das atividades legislativas desses agentes (como as leis, decisões judiciais) ou, ainda, ao processo mesmo pelo qual as leis e as decisões são produzidas (nesse sentido, a fonte se refere à atividade de produção de textos)⁶⁷. De especial importância para esta tese é o fato de que a distinção entre fontes do direito e normas jurídicas é frequentemente ignorada ou, pelo menos, deixada de lado pelos teóricos positivistas. Conforme observa Shecaira, “fonte do direito não é direito (no sentido de uma norma jurídica); uma fonte do direito é algo, mais comumente um texto aprovado por

⁶³ Kelsen, *Teoria Pura...* op. cit., p. 248.

⁶⁴ Dworkin, *Justice...* op. cit., p. 125–126.

⁶⁵ Shecaira, *Sources...* op. cit., p. 15.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ Shecaira, *Sources...* op. cit., p. 16.

oficiais com poderes legislativos, a partir do qual uma norma pode ser derivada”⁶⁸. O ponto, portanto, é saber como se dá a relação entre essas fontes e as normas jurídicas delas derivadas, que tipo de relação é a “derivação” citada por Shecaira e que consequências essa distinção traz para o debate entre positivistas e não-positivistas. A relevância do trabalho justifica-se, portanto, na medida em que ele oferece clareza conceitual para um tema pouco analisado na literatura da área ou que, quando analisado, carece de distinções conceituais mais precisas e refinadas, como aquelas que desenvolvo nesta tese.

Em segundo lugar, o tema desta tese mostra-se de especial relevância para os debates entre o positivismo jurídico e seus críticos por outra razão. Com efeito, e conforme irei explicar no decorrer do trabalho, alguns autores limitam o escopo do positivismo jurídico a uma teoria sobre a validade jurídica. Nesse sentido, os positivistas discutem o que faz de uma norma uma norma *jurídica*, e se a moral desempenha algum papel entre os critérios de validade de normas cujo conteúdo é incontroverso. O problema dessa posição é que ela ignora um papel diverso que os argumentos morais substantivos podem desempenhar na determinação do conteúdo do direito. O caráter convencional das fontes não implica, necessariamente, o caráter convencional do direito criado por essas fontes, e é neste ponto que se insere o tema da tese. O positivismo jurídico, para que possa ser uma teoria consistente, precisa apontar algum fato em virtude do qual o direito possui o conteúdo que possui. Além disso, ele também deve apontar um método de interpretação que seja capaz de estabelecer esse fato, ainda que lhe seja dado defender que os juízes não se limitam a afirmar o conteúdo do direito existente. Ocorre, no entanto, que se a identificação desse fato não é possível – e o argumento central da tese é que não é – então o positivismo enfrenta um problema adicional e, a meu ver, mais importante do que aquele colocado pela existência dos chamados princípios jurídicos. Nesses termos, essa tese também pode ser vista como uma contribuição para o debate entre positivismo e não-positivismo, na medida em que (1) torna explícita uma questão nem sempre debatida, (2) articula a resposta de dois autores positivistas relevantes – Marmor e Raz – (3) oferece uma crítica a essas duas posições e (4) apresenta e defende uma forma alternativa de compreender o direito e sua interpretação.

Para chegar a essas conclusões, este trabalho foi construído a partir da discussão entre três autores centrais: de um lado, Andrei Marmor e Joseph Raz; de outro, Ronald Dworkin. Ainda que meus argumentos não tenham se limitado a uma simples reconstrução dos argumentos de cada um, são eles a base de toda a discussão do trabalho. A escolha dos autores

⁶⁸ SHECAIRA, Sources... op. cit., p. 16.

justifica-se por diversas razões: Marmor, por exemplo, dedicou-se, em muitos trabalhos, a tentar encontrar uma resposta para o problema do conteúdo do direito na literatura sobre linguagem humana e comunicação. Sua tentativa de explicar o conteúdo do direito a partir do conteúdo das comunicações humanas em contextos conversacionais parte de um fundamento filosófico relevante (os trabalhos sobre teoria dos atos de fala de Searle e sobre comunicação humana de Grice) e faz parte de uma importante tendência de tentar explicar o direito a partir da filosofia da linguagem⁶⁹. Além disso, Marmor é um dos mais destacados autores positivistas atuais, tendo se engajado diretamente com os trabalhos de Dworkin, e escrito textos importantes sobre interpretação e linguagem no direito⁷⁰, o que justifica sua inclusão no referencial teórico da tese. Joseph Raz, a seu turno, foi talvez o mais importante autor positivista depois de Hart, além de ter oferecido a formulação da tese central do positivismo contemporâneo: a tese das fontes. Em trabalhos mais recentes, sobretudo, nos artigos coligidos em *Between Authority and Interpretation*, Raz articulou modos de compatibilizar a tese das fontes e a autoridade do direito com a centralidade da interpretação na prática jurídica que ainda não foram adequadamente explorados na literatura. Assim, seja porque Raz oferece uma defesa substantiva e bastante completa do modelo comunicacional, seja porque ainda inexitem análises completas e abrangentes de seus escritos sobre interpretação (algo que faço nesta tese), a escolha por utilizá-lo como referência essencial da tese também se mostra justificada. Por fim, a escolha de Ronald Dworkin também está justificada: como o próprio Raz mencionou no já citado *Dworkin: a new link in the chain*, a teoria de Dworkin, especialmente em sua última fase, marca uma ruptura com o modelo comunicacional. Essa teoria, já desenvolvida desde *A Matter of Principle* e *Law's Empire*, ganhou novos elementos com a introdução e articulação da teoria geral da interpretação articulada em *Justice for Hedgehogs*. Ainda que a obra de Dworkin seja já bastante conhecida e discutida (inclusive no Brasil), não há muitas críticas articuladas ao modelo comunicacional (em especial na forma como ele é desenvolvido nos últimos trabalhos de Marmor e Raz) feitas a partir da teoria dworkiniana. Nesse sentido, acredito que as discussões sobre arquimedianoismo, centralismo e a análise do conteúdo do direito a partir da forma como ele é interpretado podem trazer novas luzes para o debate sobre o positivismo, além de iluminar caminhos que ainda não foram devidamente explorados por acadêmicos interessados em teoria analítica do direito. Dentre esses caminhos, um dos mais importantes está na ideia de que o caráter convencional das fontes, diante da natureza do processo legislativo

⁶⁹ Conferir, sobre o tema, os artigos reunidos em MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott (Orgs.). **Philosophical foundations of language in the law**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2011.

⁷⁰ Em especial, cf. MARMOR, **Interpretation...** op. cit., p.

e da persistência no tempo no significado jurídico, não implica o caráter convencional do conteúdo dessas fontes e, na verdade, exige a intermediação da atividade interpretativa para a determinação dos direitos e deveres que decorrem de um ato legislativo anterior no tempo. Essa intermediação interpretativa é um problema para o qual o positivismo ainda não ofereceu soluções adequadas.

Por fim, quanto à justificação contextual do trabalho, é preciso reconhecer que esta tese se insere num contexto mais amplo de pesquisas, tanto a nível de mestrado, quanto a nível de doutorado, que tem se engajado com os mais relevantes temas da teoria analítica do direito. Por teoria analítica do direito refiro-me, especialmente, ao tipo de teoria (identificada por um conjunto específico de questões e preocupações, bem como por certos compromissos metodológicos comuns) inaugurada por H. L. A. Hart⁷¹ e desenvolvida, no ambiente anglo-saxão, por autores como Raz, Finnis⁷², Dworkin e muitos outros. No Brasil, o interesse por esses autores e temas é crescente, o que tem se refletido em dissertações e teses que se inserem, de forma deliberada, nessa tradição. As obras de Joseph Raz, por exemplo, que, até pouco tempo, eram pouco conhecidas no Brasil, foram objeto de importantes pesquisas por autores brasileiros. Em ordem cronológica, é possível citar os trabalhos de Rubens Eduardo Glezer⁷³, João Fernando Sgarbi⁷⁴ e Caio Gentil Ribeiro⁷⁵, além da minha própria dissertação de mestrado⁷⁶, todas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Há, também, trabalhos produzidos por pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais, destacando-se a dissertação de Christina Vilaça Brina e a tese de doutoramento de Igor de Carvalho Enriquez⁷⁷. Daniel Peixoto Murata também enfrentou temas relacionados àqueles que

⁷¹ Para trabalhos brasileiros sobre a obra de Hart, cf. PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart**, text, Universidade de São Paulo, 2011. Republicado em livro como PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **Moral e Conceito de Direito em Herbert Hart**. 1. ed. [s.l.]: Grupo Almedina, 2022. Ver também: KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o Positivismo Jurídico - Textura Aberta do Direito e Discrecionabilidade Judicial**. 1. ed. [s.l.]: Juruá Editora, 2014.

⁷² Sobre Finnis, cf. a coletânea organizada por Victor Sales Pinheiro em PINHEIRO, Victor Sales. **Filosofia Do Direito Natural De John Finnis, A - 2020**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁷³ GLEZER, Rubens Eduardo. **O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social**. text, Universidade de São Paulo, 2015.

⁷⁴ SGARBI, João Fernando Baldassarri. **Os limites do positivismo exclusivista de Joseph Raz**. text, Universidade de São Paulo, 2018.

⁷⁵ RIBEIRO, Caio Gentil. **Interpretação e obrigação de obedecer: o papel da legitimidade no direito**. text, Universidade de São Paulo, 2019.

⁷⁶ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Uma crítica metodológica ao positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

⁷⁷ BRINA, Christina Vilaca. **Dworkin e Raz: uma análise comparada sobre o conceito de direito, a relação entre direito e moral, e a interpretação jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016; ENRIQUEZ, Igor de Carvalho. **Contribuições da teoria de Joseph Raz para a consolidação de uma teoria dos precedentes constitucionais: a ideia de discrecionabilidade forte e o contraste entre precedentes ordinários e precedentes constitucionais**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

discuto nesta tese em sua pesquisa de mestrado, em especial acerca da possibilidade (ou não) de uma metodologia descritiva para a teoria do direito⁷⁸. Murata engajou-se com os trabalhos de Raz e Marmor, embora sob ângulo diverso daquele que enfrente nesta tese, de modo que é importante mencioná-lo como um pesquisador relevante na área. Outro ponto importante nesta cronologia de pesquisas sobre o tema é a dissertação de Luciana Silva Reis, que analisou elementos centrais da metodologia interpretativa de Dworkin⁷⁹, bem como o trabalho de Eric Ribeiro Piccelli, que desenvolveu, em sua dissertação, uma crítica marcadamente metodológica à versão do positivismo jurídico defendida pelo teórico Scott J. Shapiro. Destaque-se, também, o trabalho de Vinícius Astolpho Vieira, que analisou o conceito de interpretação na obra de Dennis Patterson e o utilizou para formular uma crítica a Dworkin⁸⁰. Alguns dos resultados dessas pesquisas, bem como de outros autores que se engajaram em temas similares de teoria do direito e filosofia moral, foram reunidos na coletânea *Teoria do Direito: autores e temas*, organizada por Ronaldo Porto Macedo Junior⁸¹. Todas essas obras revelam um contexto nacional de interesse crescente em temas e autores de teoria analítica do direito, bem como contribuições importantes de autores nacionais para o debate.

É também de Ronaldo Porto Macedo Junior um dos marcos essenciais dos trabalhos sobre teoria analítica do direito no Brasil. O livro *Do Xadrez à Cortesia*⁸², fruto da tese de livre docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentou o debate metodológico contemporâneo em teoria do direito e uma nova leitura da obra de Dworkin ao público brasileiro. A obra já conta com considerável número de citações e é uma influência marcante nos trabalhos listados acima, bem como nesta tese. O livro de Ronaldo Macedo, contudo, faz expressa referência a um trabalho anterior igualmente relevante na apresentação dessa nova agenda de pesquisas em teoria do direito. Trata-se de *Aceitação e Objetividade*⁸³, dissertação de Cláudio Michelin defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tanto Macedo Junior quanto Michelin mostraram uma nova forma de fazer teoria do direito no Brasil, baseada em leituras rigorosas de autores relevantes e discussões interdisciplinares

⁷⁸ MURATA, Daniel Peixoto. **Em meio à tempestade**: valoração e descrição na Teoria do Direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

⁷⁹ REIS, Luciana Silva. **Direito e método**: a contribuição de Ronald Dworkin. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁸⁰ VIEIRA, Vinicius Astolpho. **Direito e interpretação na teoria de Dennis Patterson**. 2019. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

⁸¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (Org.). **Teoria do Direito Contemporânea**: autores e temas. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

⁸² MACEDO JUNIOR. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a teoria contemporânea do direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸³ MICHELON, Cláudio. **Aceitação e Objetividade**. São Paulo: RT, [s.d.].

com a filosofia da linguagem, filosofia moral e filosofia da ação contemporâneas. Uma abordagem de mesma natureza pode ser encontrada, também, no *Curso de Filosofia do Direito*⁸⁴ lançado por José Reinaldo de Lima Lopes, e na obra *Teoria da argumentação jurídica*⁸⁵, de Fábio Shecaira e Noel Struchiner. Ambas os trabalhos, de caráter didático, incorporam essa nova agenda de uma forma sistemática, e indicam que mesmo no nível da graduação já se pode observar uma mudança importante no eixo das questões, dos temas e dos autores discutidos no país.

A lista acima não tem o objetivo de ser exaustiva e nem configura uma revisão de literatura completa de trabalhos nacionais em teoria do direito. Meu objetivo é somente demonstrar, em primeiro lugar, que as temáticas discutidas neste trabalho tem sido objeto de intenso interesse por parte de pesquisadores brasileiros e, em segundo, que, no contexto desses trabalhos, a discussão que proponho é original e tem o potencial de contribuir para o diálogo acadêmico no país. Com efeito, nos trabalhos mencionados há discussões fundamentais para a teoria do direito no Brasil, mas ainda não há, neles, um enfrentamento do tema do modelo comunicacional do direito. Assim, ao mesmo tempo em que este trabalho se insere numa tradição de pesquisa que conta com inúmeras contribuições de outros pesquisadores – motivo pelo qual não reclamo para ele originalidade integral quanto a temas e autores - ele pretende oferecer uma contribuição a essa tradição – e, aí sim, pode ser visto como original – na medida em que enfrenta um problema que ainda não foi alvo de análise e crítica sistemática: o modelo comunicacional do direito.

⁸⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de Filosofia do Direito** - O Direito Como Prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

⁸⁵ STRUCHINER, Fabio P. Shecaira E. Noel. **Teoria Da Argumentação Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Contraponto, 2016.

1. DA VALIDADE JURÍDICA AO CONTEÚDO DO DIREITO

A formulação convencional do debate entre positivistas e não-positivistas toma a relação entre direito e moral como a relação entre dois sistemas normativos distintos⁸⁶ e procura analisar essa relação a partir da ideia de validade jurídica. Ao expor esse debate, Andrei Marmor escreve que a “explicação convencional da validade jurídica” defendida pelos positivistas é criticada por não “explicar como o direito é capaz de impor obrigações em casos controversos”⁸⁷. Em casos não-controversos, portanto, a tese positivista seria suficiente para explicar como fatos sociais determinam o conteúdo do direito. A dificuldade, nesse caso, reside em explicar os casos difíceis uma vez que, para os casos fáceis, a explicação positivista seria adequada. A objeção de Dworkin em *Law’s Empire* no sentido de que a teoria do direito “não tem uma teoria plausível dos desacordos teóricos”⁸⁸ sugere, nesta leitura, que haveria uma explicação plausível para os casos fáceis, e essa explicação seria a explicação positivista baseada na tese das fontes.

Em razão disso, parte da literatura apresenta o debate entre Dworkin e os positivistas como um debate sobre a tese das fontes, entendida apenas como uma tese sobre a validade jurídica. Os teóricos sustentam que o positivismo exclusivo – encabeçado por Raz – oferece uma interpretação de um dos sentidos da tese da conexão entre direito e moral. De acordo com Brian Bix, por exemplo, os positivistas exclusivos, dentre os quais Joseph Raz, defendem que “critérios morais não podem ser nem condições necessárias nem condições suficientes para o status jurídico de uma norma”⁸⁹. Kenneth Einar Himma apresenta a disputa entre positivistas exclusivos, inclusivos e dworkinianos como uma disputa envolvendo a “tese da incorporação moral”, segundo a qual “é logicamente possível, para um sistema jurídico, incorporar critérios morais de legalidade”⁹⁰. Afirmar que o positivismo aceita a tese das fontes e que Dworkin a rejeita significa afirmar que enquanto os positivistas defendem que critérios morais nunca podem funcionar como critérios de validade jurídica, Dworkin defende que isso é possível ou até mesmo necessário.

⁸⁶ DWORKIN, *Justice...* op. cit.

⁸⁷ MARMOR, *Interpretation...* op. cit., p. 7.

⁸⁸ DWORKIN, *Law’s empire...* op. cit., p. 6.

⁸⁹ BIX, Brian H. Legal Positivism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Orgs.). **The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell Pub, 2005, p. 36.

⁹⁰ HIMMA, Kenneth Einar. The Logic of Showing Possibility Claims. A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava**, n. 23, p. 77–104, 2014.

Neste capítulo, veremos o papel que a ideia de validade jurídica desempenha na forma como alguns autores positivistas compreendem o seu debate com Dworkin. Utilizarei, para isso, a exposição que Andrei Marmor faz sobre o tema. Mostrarei, contudo, que concentrar-se exclusivamente no conceito de validade é uma forma limitada de encarar o debate e, em razão desta limitação, deixa de lado um dos problemas centrais de uma explicação plausível sobre o direito: o problema sobre como determinar o seu *conteúdo*. É deste problema que trata esta tese e é por essa razão que, antes de passarmos à análise do modelo comunicacional, precisamos situá-lo no contexto mais amplo do debate sobre validade jurídica. O objetivo é, a partir da diferenciação entre problemas de validade e problemas de interpretação (ou conteúdo), tornar mais claras as questões para as quais o modelo comunicacional oferece uma resposta e, só então, avaliar a qualidade das respostas oferecidas.

1.1. O POSITIVISMO JURÍDICO COMO UMA TEORIA SOBRE AS CONDIÇÕES DE VALIDADE JURÍDICA

A ideia de validade jurídica desempenha um papel importante na autocompreensão dos autores positivistas sobre o seu debate com Dworkin. Por autocompreensão me refiro à forma como os positivistas entendem o tipo de questão e o tipo de divergência que eles próprios possuem com a obra de Dworkin e que Dworkin, portanto, mantém com o positivismo. Andrei Marmor é um autor ilustrativo desta abordagem. Embora, em trabalhos mais recentes⁹¹, Marmor tenha se concentrado em problemas relacionados à linguagem e o direito que se alinham ao tipo de discussão que enfrento neste trabalho, ele ainda apresenta o debate central do positivismo como um debate sobre a ideia de validade. Tomarei, portanto, a exposição de Marmor como ponto de partida para a minha análise.

Em *Philosophy of Law*, Marmor resume os debates tradicionais da teoria do direito em dois problemas centrais: o problema da *validade* e o problema da *normatividade jurídica*⁹². O primeiro deles é o mais importante para a definição da posição teórica conhecida por positivismo jurídico. Para ilustrar o *tipo de questão* que a ideia de validade levanta, Marmor

⁹¹ MARMOR, Andrei. **The language of law**. 1. ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014; MARMOR, Andrei. The pragmatics of legal language. **Ratio Juris**, v. 21, n. 4, p. 423–452, 2008; MARMOR, Andrei. Can the Law Imply More than it Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech. In: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott (Orgs.). **Philosophical Foundations of Language in the Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011; MARMOR, Andrei. Defeasibility and pragmatic indeterminacy in law. In: **Pragmatics and Law**, [s.l.]: Springer, 2016, p. 15–32.

⁹² MARMOR, **Philosophy of law**... op. cit., p. 2–3.

inicia seu livro com um exemplo: no início do verão de 2008, diversos sinais eletrônicos foram colocados nas rodovias da Califórnia mostrando o seguinte conteúdo: “Sem celular à mão, 1º de julho, é a lei”. Os sinais foram colocados em razão de uma lei, aprovada pelos legisladores californianos naquele ano, que proibia, a menos que o motorista usasse um dispositivo *hands free* como um fone bluetooth, o uso de celulares enquanto ele estivesse dirigindo. O sinal, em si mesmo, não é “o direito”: ele apenas nos lembra do que devemos fazer, e da razão de fazê-lo (“é a lei”)⁹³. A primeira questão que podemos colocar sobre ele – a questão da validade – seria, então, a seguinte: “o que faz ser o caso que este conteúdo normativo (que você deve usar um dispositivo *hands-free* enquanto estiver dirigindo) é, de fato, parte do direito?”⁹⁴.

No exemplo de Marmor, o conteúdo normativo é um *dado*, e a questão colocada pelo problema da validade é saber se aquele conteúdo faz ou não parte do direito de uma determinada comunidade, e por quê. A situação é similar a outro exemplo – mais geral e mais lúdico – oferecido por Michelle Dempsey para ilustrar o debate entre positivistas e não-positivistas. Eis o caso:

Imagine que um pedaço de papel se dirige até você e diz, “Oi, eu sou uma lei”. Seu trabalho é descobrir se aquele pedaço de papel está ou não mentindo para você. Esta coisa, que pretende ser uma lei, é, de fato, uma lei? Uma forma de entender as divisões metodológicas dentro da teoria do direito é descobrir que tipos de questões filósofos do direito diferentes poderiam fazer ao pedaço de papel. Na tradição de H.L.A Hart, alguns como John Gardner, Joseph Raz, Leslie Green, e outros começariam perguntando ao pedaço de papel de onde ele veio, quem o fez, quem o promulgou [...] Estes são os tipos de questões que seriam feitos pelos assim identificados positivistas jurídicos. Em resumo: eles gostariam de saber os fatos sociais que cercam a criação da alegada lei, e se estes fatos sociais são reconhecidos, no sistema jurídico relevante, como atos de criação do direito⁹⁵.

No exemplo de Dempsey, os positivistas estariam interessados em saber se um determinado pedaço de papel é ou não uma lei. O mais correto, contudo, seria um positivista, perguntar se aquele pedaço de papel – ou a proposição nele contida – é ou não uma *norma jurídica*. Uma lei, no sentido utilizado por Dempsey (um documento oficial produzido por uma autoridade investida em poder de criar direito), não é, ainda, uma norma jurídica, mas uma *fonte* para essas normas. Ela se aproximaria mais do sinal de trânsito das rodovias da Califórnia do que do conteúdo normativo que aquele sinal expressa.

⁹³ MARMOR, *Philosophy of law...* op. cit., p. 2.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ DEMPSEY, Michelle Madden. On Finnis’s Way In. *Villanova Law Review*, v. 57, p. 831–832, 2012.

Mas o exemplo é bom o suficiente para merecer o ajuste. A questão relevante para os positivistas seria a seguinte: diante de uma norma que diz “oi, eu sou uma norma jurídica”, como descobrir se ela está ou não mentindo. É exatamente esta a formulação que Marmor oferece ao problema da validade. Segundo ele, ao dizermos que “o direito exige que façamos X”, nós implicitamente utilizamos a ideia de validade jurídica. “Para qualquer conteúdo normativo, ele pode ser juridicamente válido numa dada jurisdição em um dado tempo, ou não ser juridicamente válido, ou, possivelmente, pode haver dúvidas se ele é juridicamente válido ou não”⁹⁶. A resposta concreta a este problema pode variar de jurisdição para jurisdição. Um determinado conteúdo normativo pode ser juridicamente válido no Brasil e não ser válido nos Estados Unidos, por exemplo. A questão filosófica, contudo, abstrai estes elementos contingentes, para se concentrar nas condições gerais de validade jurídica. Assim, para Marmor, a questão filosófica sobre a validade jurídica é a seguinte: “Quais as condições gerais que fazem de uma dada proposição da forma – “X [algum conteúdo normativo] é o direito no tempo T em C [com respeito a um determinado lugar e/ou população] – verdadeira (ou falsa)?”⁹⁷.

As respostas a essa pergunta central distinguem os três campos principais do debate em teoria do direito⁹⁸. Para os positivistas jurídicos, as condições de validade jurídica são exauridas pelos fatos sociais, ligados às ações, crenças e atitudes das pessoas relevantes. De forma mais precisa, os positivistas sustentam que as condições de validade jurídica são determinadas por “regras e convenções sociais prevalentes em uma dada comunidade”. Essas convenções identificam quais ações e procedimentos são aptos a criar o direito e, ao fazê-lo, identificam as fontes do direito. O positivismo sustenta, assim, que as fontes são convencionalmente determinadas, e que o direito está baseado (para alguns, exclusivamente baseado) nestas fontes. Em síntese: “uma norma não pode ser juridicamente válida a menos que derive sua validade de uma das fontes identificadas pelas regras convencionais relevantes”⁹⁹.

E quais seriam estas regras convencionais relevantes? A resposta clássica para essa pergunta foi aquela oferecida por H. L. A. Hart em *The Concept of Law*. Segundo Hart, um dos elementos fundamentais dos sistemas jurídicos é uma regra secundária de tipo especial, destinada à identificação das demais regras pertencentes ao sistema e introduzida para remediar problemas de incerteza, a chamada “regra de reconhecimento”¹⁰⁰. É na operação desta regra

⁹⁶ MARMOR, **Philosophy of law**... op. cit., p. 3.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 4-5.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ HART, **The concept of law**... op. cit., p. 95.

que, de acordo com ele, encontra-se “o germe da ideia de validade jurídica”¹⁰¹. De fato, na leitura tradicional de Hart, o papel da regra de reconhecimento é especificar os critérios últimos de validade jurídica daquele sistema e, assim, permitir identificar quais são suas regras jurídicas válidas. Gerald Postema, num texto em que analisa a obra de Hart, explica as funções da regra de reconhecimento da seguinte forma:

A função principal da regra de reconhecimento é fornecer critérios de validade de outras regras e normas. Isso pode ser pensado como duas tarefas: (1) ela define a adesão ao conjunto estruturado de normas que compõem o sistema jurídico que se baseia nela, e, portanto, define os limites desse sistema jurídico; (2) ela ancora a autoridade normativa das regras que ele considera membros do sistema. Ao definir critérios de adesão, a regra de reconhecimento parece fazer duas coisas ao mesmo tempo. (a) Ela seleciona alguma propriedade ou marca autoritativa como aquela que faz com que uma determinada regra seja um membro desse ou daquele sistema jurídico - seus critérios são constitutivos da adesão ao sistema jurídico. Além disso, (b) ela fornece testes públicos pelos quais os membros e os impostores são distinguidos - seus critérios permitem a identificação pública de regras e normas membros¹⁰².

A defesa do caráter convencional da regra de reconhecimento, bem como dos critérios de validade por ela identificados, é um elemento central da teoria positivista. Os jusnaturalistas, ao contrário, embora concordem que a validade jurídica é parcialmente determinada por fatos sociais, consideram que o conteúdo moral da possível norma jurídica também é relevante para sua validade. Assim, um jusnaturalista subscreve à ideia de que as fontes são convencionalmente identificadas e que o direito deriva das fontes. O que ele acrescenta – e que o diferencia dos positivistas – é que a moralidade também desempenha um papel na relação de validade. Na visão jusnaturalista tradicional, esse papel seria uma espécie de *filtro* que retira o carimbo de validade das normas que ultrapassem um certo limiar de injustiça ou imoralidade. Uma lei injusta não é uma lei¹⁰³.

Autores como Dworkin estão, contudo, num terceiro campo da disputa, diferente dos positivistas e jusnaturalistas, mas ainda assim identificados a partir de suas posições sobre os critérios de validade jurídica. Segundo esta terceira teoria do direito¹⁰⁴, a moralidade pode não ser uma condição necessária de validade (existe, ainda, o direito baseado em fontes convencionais) mas, em alguns casos, pode ser *suficiente*¹⁰⁵. O que isto quer dizer? Que

¹⁰¹ HART, **The concept of law**... op. cit., p. 95.

¹⁰² POSTEMA, G. J. **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2011, p. 310.

¹⁰³ Mas ela não se torna lei apenas por ser justa!

¹⁰⁴ MACKIE, John. **The Third Theory of Law. Philosophy & Public Affairs**, v. 7, n. 1, p. 3–16, 1977.

¹⁰⁵ MARMOR, **Philosophy of law**... op. cit., p. 5.

determinadas normas jurídicas – os princípios jurídicos – podem receber o carimbo de validade em virtude da sua conformidade com a moralidade, ainda que não sejam identificadas, diretamente, por uma fonte convencional do direito.

Na medida em que a noção de validade jurídica separa os lados do debate, é natural concluir que ela é o elemento central e definidor do positivismo. O próprio Marmor assim o reconhece quando afirma que “o *principal* insight do positivismo jurídico [é que] as condições de validade jurídica são determinadas por fatos sociais”¹⁰⁶. Mas o que seria a *validade jurídica*, neste contexto? A validade seria uma propriedade lógica das normas, tal como a verdade é uma propriedade lógica das proposições¹⁰⁷. Assim como perguntamos se uma dada proposição é verdadeira ou falsa, perguntamos, de uma dada norma, se ela é válida ou não. Uma afirmação sobre o direito, portanto, é uma afirmação sobre as normas que constituem um dado sistema jurídico e será verdadeira se, e somente se, a norma que a proposição descreve for *válida*.

O ponto central dessa forma de encarar o debate é que, em todos os casos, o conteúdo das normas (seja das normas jurídicas, seja das normas morais) não é objeto de controvérsia. Temos normas cujo conteúdo conhecemos, e queremos saber se elas são válidas ou não, e em virtude do que podem ser consideradas partes de um sistema jurídico. Dworkin chama essa visão, em *Justice for Hedgehogs*, de “visão clássica” ou de “retrato ortodoxo”¹⁰⁸. Segundo essa visão, o direito e a moralidade seriam coleções diversas de normas, e a questão relevante seria saber “como essas duas coleções de normas se relacionam ou se conectam”¹⁰⁹. Sob o ângulo da validade jurídica, isso significa que não há controvérsia sobre como as fontes convencionais criam direito, nem sobre como elas são identificadas. A única controvérsia entre os três campos mencionados por Marmor é saber se essas fontes são filtradas ou complementadas por um outro conjunto de normas: as normas da moralidade¹¹⁰.

1.2. O ESCOPO DA TESE DAS FONTES

No tópico anterior, mostrei como Andrei Marmor define o positivismo jurídico, o jusnaturalismo e a teoria de Ronald Dworkin a partir da ideia de validade jurídica. A resposta

¹⁰⁶ MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. The Nature of Law. In: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019; Ver também MARMOR, Andrei. The Nature of Law: an introduction. In: MARMOR, Andrei (Org.). **The Routledge companion to philosophy of law**. New York: Routledge, 2015.

¹⁰⁷ MARMOR, *Interpretation*... op. cit., p. 3.

¹⁰⁸ DWORKIN, *Justice*... op. cit., p. 400.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 401.

¹¹⁰ MARMOR; SARCH, The Nature of Law... op. cit.

positivista para o problema da validade é *tese das fontes*. Na visão de Marmor, esta tese possui dois elementos: o primeiro, que poderíamos chamar de tese social, afirma que o direito possui um fundamento convencional (em fatos sociais sobre o que as pessoas fizeram, disseram, sobre seus pensamentos, ações e atitudes); o segundo, que poderíamos chamar de tese das fontes em sentido estrito, afirma que as convenções identificam certas fontes como fontes produtoras de direito e que todo o direito é exclusivamente derivado destas fontes¹¹¹. Esta formulação é próxima da de John Gardner, talvez o autor que tentou identificar de forma mais clara os limites dos compromissos teóricos positivistas¹¹². De acordo com sua exposição clássica, a tese central do positivismo jurídico afirma que: “em qualquer sistema jurídico, uma norma ser juridicamente válida e, desta forma, formar parte do direito daquele sistema, depende de suas fontes, não dos seus méritos (onde os méritos, no sentido relevante, incluem os méritos das fontes)¹¹³”. Na visão de Gardner, o positivismo jurídico é tão somente uma teoria sobre as condições de validade jurídica¹¹⁴. Apesar disso, a própria exposição do autor indica que a tese das fontes tem um escopo maior e que o positivismo, enquanto teoria da validade, precisa, logicamente, ser complementado por uma teoria do conteúdo do direito. Gardner, mesmo afirmando que o positivismo é uma teoria sobre condições de validade jurídica, dá um passo além e identifica um segundo problema fundamental.

Gardner observa que um dos mitos em torno do positivismo jurídico é o de que os positivistas devem “favorecer métodos particulares de interpretação jurídica”¹¹⁵. Esses métodos devem utilizar tão somente os recursos presentes nos textos produzidos pelas autoridades do direito. Assim, só há dois candidatos possíveis para métodos de interpretação, de acordo com essa visão mítica do positivismo: ou os textos devem ser interpretados de acordo com o significado convencional das palavras, ou devem ser interpretados de acordo com as intenções de seus autores¹¹⁶. Por que exatamente esses métodos? “Porque, presumivelmente, o ato de positivamente que valida juridicamente uma norma [...] deve também identificar a norma que ele valida¹¹⁷”. Aqui está o ponto importante: embora Gardner considere que o positivismo jurídico não implica um determinado método de interpretação, ele subscreve à formulação anterior --

¹¹¹ MARMOR, The Nature of Law... op. cit.; MARMOR, **Philosophy of law**... op. cit., p. 4–10; MARMOR, **Interpretation**... op. cit., p. 1–8.

¹¹² GARDNER, John. Legal Positivism: 51/2 Myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, p. 199–227, 2001; GARDNER, John. **Law as a leap of faith: essays on law in general**. 1. ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2012, p. 19–53.

¹¹³ GARDNER, **Law as a leap of faith**... op. cit., p. 21.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 42.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 42–43.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 42.

de fato, o ato de positivação deve também identificar a norma que ele valida. Isto não gera, necessariamente, um problema para o positivismo, porque a forma de identificação desta norma pode também ser convencional, o que mantém o compromisso básico com exclusão de considerações de mérito sobre os critérios de validade jurídica. Gardner, no entanto, estende esse compromisso também à forma de identificação do conteúdo do direito – e este é o ponto relevante.

O argumento de Gardner é que (1) ter o poder de criar o direito de forma *intencional* (o que é parte do nosso conceito de "legislar") exige que se tenha o poder de intencionalmente determinar o direito que se está criando, pelo menos até certo ponto¹¹⁸; e (2) que essa condição intencional não exige o uso de métodos textualistas ou intencionalistas de interpretação, mas antes que haja uma convenção interpretativa conhecida pelos legisladores (seja ou não uma convenção textualista ou intencionalista).

Enfrentaremos estes dois pontos, em detalhes, mais à frente, mas é importante já examinar suas linhas gerais. Gardner argumenta que ainda que os juízes e práticos não sejam textualistas ou intencionalistas – isto é, que em suas práticas interpretativas eles não se limitem ao significado convencional das palavras empregadas, ou das intenções do legislador – os legisladores podem, ainda assim, controlar o conteúdo das normas que criam. Para tanto, basta que os legisladores tenham conhecimento das convenções interpretativas vigentes e as utilizem para alterar o direito na forma que pretendem fazê-lo. Se, em uma dada comunidade, os intérpretes do direito são perversos, e optam por ler "cachorro" onde, numa lei, está escrito "gato", os legisladores podem se antecipar a isso e, conhecendo a convenção interpretativa vigente, criar uma Lei de Proteção de Gatos com o objetivo de proteger os cachorros. Esta convenção interpretativa hipotética não é nem textualista (ela, afinal, distorce o significado convencional das palavras) e nem intencionalista (ela, afinal, não dá peso algum às intenções do legislador). Ocorre que, sendo uma convenção cujo conteúdo é acessível aos legisladores, eles podem antecipá-la e utilizá-la para fazerem exatamente o que querem. Assim, se os intérpretes do direito convencionalmente vão *além* do significado textual ou intencional de um dispositivo, aqueles que irão criar os dispositivos podem se antecipar a isso e ajustar o seu texto para alcançarem o objetivo que pretendem alcançar, i.e., a modificação intencional que pretendem inserir no direito. Gardner conclui:

Desta forma, as normas de interpretação amplamente diversas adotadas e praticadas em diferentes sistemas jurídicos não precisam diferir na medida da

¹¹⁸ GARDNER, *Law as a leap of faith...* op. cit., p. 43.

habilidade que conferem aos legisladores para intencionalmente moldar as leis que eles fazem. Contanto que as normas locais de interpretação possam ser captadas pelos legisladores (ou por aqueles que escrevem dispositivos ou julgamentos em seu nome), as leis podem ser intencionalmente moldadas antecipando-se como elas serão interpretadas pelos outros e redigindo os dispositivos de forma correspondente¹¹⁹.

Nesta leitura, de fato, o positivismo não implica um método de interpretação específico. No entanto, ele implica um método específico de *determinação do conteúdo do direito*. Gardner está correto ao afirmar que o positivismo jurídico é compatível com métodos de interpretação diversos do textualismo e do intencionalismo. Portanto, a ideia de que o positivismo implica um determinado método de interpretação é um mito. O problema, contudo, é que o positivismo não é *apenas* uma teoria da validade jurídica ou, pelo menos, não *pode sê-lo*. Gardner capta este ponto na ideia de que "o ato de positivação que valida juridicamente uma norma [...] deve também identificar a norma que ele valida"¹²⁰. Esta afirmação indica que o positivismo é – ou deve ser – mais do que uma teoria da validade jurídica: ele também é uma teoria sobre o *conteúdo do direito*, segundo a qual este conteúdo deve 1) estar sob o controle das autoridades; 2) equivaler ao que as autoridades pretendiam comunicar, em conjunto com as convenções interpretativas que essas autoridades levaram em conta ao proferirem suas locuções.

Um teórico positivista pode, assim, optar por explicitar e articular sua teoria do significado jurídico (Gardner o faz brevemente) ou deixá-la implícita. A questão fundamental, contudo, é que o positivismo não pode ser considerado apenas uma teoria das condições de validade. Para que o positivismo jurídico seja correto não basta afirmar que o direito está baseado em fontes sociais e que os atos de autoridade, como o ato de legislação, criam direito. É preciso, também, explicar como tais atos criam o direito, e como a passagem deles para o conteúdo jurídico ocorre de modo exclusivamente convencional.

1.3. JOSEPH RAZ E AS FONTES DO DIREITO: EXISTÊNCIA E CONTEÚDO

Antes de Gardner, Joseph Raz já havia captado a distinção entre questões de existência e questões de conteúdo em sua formulação da tese das fontes (a qual, aliás, é mencionada por Gardner). Em *Legal Positivism and the Sources of Law*, Raz identifica a “tese social” como a tese “fundamental” do positivismo e afirma que, de acordo com ela, “o que é o direito e o que

¹¹⁹ GARDNER, *Law as a leap of faith...* op. cit., p. 44.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 42.g

não é uma questão de fato social”¹²¹. A formulação é bastante genérica, e não deixa claro se a tese social é uma resposta, apenas, para o problema da existência do direito ou, também, para a identificação do seu conteúdo. Na verdade, na maneira como é formulada, a tese social é uma tese aceita até mesmo por críticos do positivismo. Mark Greenberg, por exemplo, afirma que praticamente todos os teóricos do direito concordam que “fatos empíricos ordinários sobre o comportamento e os estados mentais de pessoas como legisladores, juízes, outros oficiais do governo e eleitores desempenham um papel na determinação do conteúdo [do direito]”¹²².

Para delimitar a versão da tese social defendida pelos positivistas, Raz¹²³ a divide, a partir daquela formulação inicial, em duas teses distintas: (a) uma condição social é necessária para identificar a existência e conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica apenas se satisfizer uma condição social; (b) uma condição social é suficiente para identificar a existência e conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica se satisfaz a condição social. Na primeira formulação, a condição social é condição necessária – ainda que não suficiente – para a identificação da existência e também do conteúdo do direito. Para vermos como a tese é compatível com teorias não positivistas podemos recorrer à tese da coerência que, em *Authority, Law, and Morality*, Raz atribui a Dworkin. Segundo ela, o direito é formado pelo direito baseado em fontes sociais em conjunto com a melhor justificação moral do direito baseado em fontes sociais¹²⁴. A tese da coerência é compatível com a versão (a) da tese social, na medida em que a condição social funciona como uma condição necessária, embora não suficiente, para a identificação do conteúdo do direito. A tese da coerência, no entanto, não é compatível com a versão (b) da tese social. Nessa versão, os fatos sociais são necessários e suficientes para a identificação do conteúdo do direito. Se a tese da coerência admite que um teste de justificação moral a partir das fontes sociais é necessário para a identificação desse conteúdo, ela não é compatível com a versão (b) da tese social. Como a tese (a) é compatível com um número maior de posições teóricas, é possível afirmar que ela faz *menos* exigências em termos de uma teoria do direito adequada. É por conta disso que Raz a denomina de tese social *fraca*. A versão (b), por fazer da condição social uma exigência mais robusta (já que limita as posições teóricas com ela compatíveis), foi denominada por ele de tese social *forte*.

A tese social forte sustenta, essencialmente, que “uma teoria do direito só é aceitável se seus testes para a identificação do conteúdo do direito e a determinação da sua existência

¹²¹ RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009, p. 37.

¹²² GREENBERG, Mark. How facts make law. **Legal Theory**, v. 10, n. 03, 2004, p. 157.

¹²³ RAZ, **The authority of law**... op. cit., p. 40.

¹²⁴ RAZ, **Ethics**... op. cit., p. 220–221.

dependem exclusivamente de fatos relacionados ao comportamento humano capazes de serem descritos de forma avaliativamente neutra, e aplicados sem recurso a argumentação moral”¹²⁵. Há, aqui, dois compromissos teóricos distintos: o primeiro, relacionado à validade jurídica; o segundo, relacionado à forma de identificação do conteúdo do direito. De fato, Raz observa que nem todos os positivistas aceitam a tese social forte. Isso ocorre porque, para alguns, embora a existência do direito seja uma questão de fato social, a identificação do seu conteúdo não o é (ou, pelo menos, não o é necessariamente). Raz considera esta posição insatisfatória como uma definição do positivismo jurídico, já que permite (em alguns ou em todos os sistemas jurídicos) que a identificação do direito dependa de argumentos morais. Como vimos acima, até mesmo a tese da coerência seria compatível com ela.

É por conta disso que Raz afirma que apenas a versão *forte* da tese social oferece uma definição adequada do positivismo. É esta versão que Raz denomina *tese das fontes*. Mais do que o termo, é importante observar como Raz define o que são essas fontes. Para ele, “uma lei tem uma fonte se o seu conteúdo e sua existência podem ser determinados sem argumentos morais”¹²⁶. Assim, “as fontes de uma lei são aqueles fatos em virtude dos quais ela é válida e que identificam seu conteúdo”¹²⁷. O próprio Raz observa que este é um uso “técnico”¹²⁸ e “mais amplo”¹²⁹ do conceito de fonte. Segundo ele:

Este é um sentido mais amplo de ‘fonte’ do que aquele de ‘fonte formal’, que são aquelas que estabelecem a validade de uma lei (uma ou mais Leis do Parlamento em conjunto com um ou mais precedentes podem ser a fonte formal de uma regra jurídica). ‘Fonte’, como usada aqui, inclui também ‘fontes interpretativas’, a saber, todos os materiais interpretativos relevantes. As fontes do direito, assim entendidas, nunca são um simples ato (de legislação etc.), mas um amplo conjunto de fatos de tipos variados¹³⁰.

Esta formulação do conceito de fonte do direito é mais importante pelos problemas teóricos que identifica do que pelo seu conteúdo substantivo. Raz deixa claro com ela que existem dois problemas paralelos que demandam respostas dos teóricos positivistas: o primeiro deles, relacionado à existência do direito e das normas jurídicas; e o segundo, relacionado à identificação do seu conteúdo. W. J. Waluchow, ao comentar o artigo de Raz em seu livro *Inclusive Legal Positivism* reconhece, neste mesmo sentido, que a tese das fontes é, na verdade,

¹²⁵ RAZ, *The authority of law...* op. cit., p. 39–40.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 47.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 47–48.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 47.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 48.

¹³⁰ *Ibid.*

a união de duas teses. Assim, Raz defenderia, de acordo com Waluchow, tanto que “a existência de uma regra jurídica é apenas uma função de se ela tem a fonte apropriada na legislação, numa decisão judicial ou no costume” quanto que “o conteúdo de uma regra jurídica pode ser determinado [...] estabelecendo-se fatos sobre os seres humanos (e.g. suas ações e intenções legislativas) que podem ser fixados sem recurso a argumentos morais”¹³¹.

A ênfase exclusiva na questão da validade, como faz Marmor, ignora ou deixa apenas implícita uma parte fundamental de uma explicação adequada do fenômeno jurídico. O ponto, aqui, não é tanto que não haja um problema teórico relacionado a condições de validade jurídica, mas sim que existe outra questão igualmente relevante acerca do conteúdo do direito que é negligenciada em razão da limitação intencional do debate aos termos sugeridos por Marmor. Raz não incorre neste erro, deixando claro que, para ele, a tese das fontes responde tanto à questão da validade quanto à questão do conteúdo, o que indica, naturalmente, que estamos diante de duas questões distintas.

1.4. QUESTÕES DE VALIDADE E QUESTÕES DE INTERPRETAÇÃO

Para explicar a diferença entre os dois problemas mencionados – identificados na formulação mais precisa de Raz para a tese das fontes – Torben Spaak distingue “dois níveis do pensamento jurídico”¹³² que devem ser separados para que se possa definir o “escopo” do positivismo jurídico. Para ele, existe uma questão sobre se “uma dada norma (regra, princípio, padrão, e assim por diante) é juridicamente válida, isto é, se ela existe como uma norma jurídica”; e outra, distinta, sobre “como esta norma juridicamente válida deve ser interpretada e aplicada”¹³³. Ao primeiro problema Spaak dá o nome de problema da validade e, ao segundo, problema da interpretação. O argumento de seu artigo é que o positivismo deve ser entendido como uma teoria de escopo limitado: a tese das fontes, segundo ele, é apenas uma tese sobre a validade jurídica. Spaak observa, contudo, que positivistas importantes, como Joseph Raz, não concordam com esta leitura limitada. Ao aderir à tese social forte (tese das fontes) e defini-la como uma tese tanto sobre a existência quanto sobre o *conteúdo* do direito, Raz considera que

¹³¹ WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994, p. 82.

¹³² SPAAK, Torben. The Scope of Legal Positivism: Validity or Interpretation? *In*: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (Orgs.). **The Cambridge companion to legal positivism**. Cambridge, United Kingdom; New York, NY: Cambridge University Press, 2021, p. 446.

¹³³ *Idem*.

a tese das fontes responde tanto ao problema da validade quanto ao problema da interpretação¹³⁴.

Spaak discorda da possibilidade de uma teoria positivista que englobe tanto a validade e quanto a interpretação pois, segundo ele, “conquanto seja possível – a menos em princípio – determinar o significado literal de uma palavra ou frase, ou a intenção de uma pessoa, talvez mesmo de um corpo coletivo, sem se recorrer a argumentação moral, não se segue que seja possível determinar o conteúdo ou aplicação de uma norma jurídica sem recurso a argumentação moral”¹³⁵.

Não nos interessa, no momento, avaliar a correção do argumento de Spaak. Na verdade, conforme sustentarei, o que Spaak considera ser um argumento para limitar o escopo da tese das fontes deve ser considerado um argumento para rejeitá-la. Ainda assim, sua exposição é clara ao 1) separar os dois problemas teóricos relevantes que os positivistas devem enfrentar; 2) observar que nem todos os autores positivistas percebem a existência dos dois problemas ou ofereceram respostas explícitas a ambos; e 3) situar Joseph Raz como um dos autores positivistas que oferece uma resposta baseada na ideia de fontes convencionais do direito para *ambos* os problemas (o da validade e da interpretação).

A partir das distinções apresentadas, é fácil perceber que o tema central desta tese, ilustrado na disputa entre Hermes e Hércules, envolve respostas diferentes à *questão da interpretação*, e é em torno dessa questão que esta tese será construída. Meu objetivo é discutir criticamente os modelos explicativos sobre como as fontes do direito (o *input*) geram determinadas mudanças de posições jurídicas ou, em outras palavras, qual o conteúdo jurídico dessas fontes (o *output*). Ao mostrar a impossibilidade de uma explicação convencional do conteúdo do direito, no entanto, a conclusão deste trabalho será que devemos rejeitar a tese das fontes. Mas antes de chegarmos a este ponto, quero retornar ao problema da validade por meio de um exame de qual, afinal de contas, é o papel da regra de reconhecimento.

1.5. DE VOLTA À REGRA DE RECONHECIMENTO

Vimos acima que, para Hart (e para os positivistas), a regra de reconhecimento oferece o germe da ideia de validade jurídica¹³⁶. Mas vimos também que, ao lado da questão de saber

¹³⁴ SPAAK, *The Scope of Legal Positivism...* op. cit., p. 450.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 452.

¹³⁶ HART, *The concept of law...* op. cit., p. 95.

se uma regra jurídica “existe”, há a questão de saber como *determinar o conteúdo do direito*. Hermes e Hércules concordam, por exemplo, que os atos do parlamento são fontes de normas jurídicas válidas: mas eles discordam sobre como construir o conteúdo das regras produzidas por esses atos. Como, então, entender o papel de regra de reconhecimento, uma vez que o debate é colocado nestes termos? Para responder a essa pergunta, precisamos retornar ao ponto em que a ideia de regra de reconhecimento é introduzida em *The Concept of Law*.

No capítulo V de *The Concept of Law* Hart apresenta a ideia do direito como a união de regras primárias e secundárias como a “chave da ciência da teoria do direito”¹³⁷. Na terceira seção do capítulo – “Os elementos do direito” – ele desenvolve o argumento a favor da existência de regras secundárias (dentre as quais, a regra de reconhecimento) a partir da construção de uma história hipotética: Hart pede que imaginemos uma sociedade em que não há legislaturas, tribunais ou oficiais de qualquer tipo, mas na qual existam o que Hart convencionou chamar de “regras primárias de obrigação”¹³⁸. Estas regras incluem a proibição a certas formas de violência física (em especial, a violência gratuita e deliberada), ao roubo e à fraude. Não é difícil imaginar uma sociedade como essa, e Hart observa que regras contendo proibições desse tipo existem e existiram em todas as sociedades primitivas de que temos conhecimento¹³⁹. Pensar nas regras primárias de obrigações dessa sociedade hipotética, contudo, é só o primeiro passo do argumento. O segundo, e mais decisivo, é observar que “somente uma pequena comunidade fortemente unida por laços de parentesco, sentimento comum e crença, e colocada em um ambiente estável, poderia viver com sucesso por esse regime de regras não oficiais”¹⁴⁰. Em sociedades muito simples, de baixíssima complexidade, é possível imaginar uma organização baseada exclusivamente em regras primárias. Mas o aumento da complexidade social exige que essas regras sejam complementadas de diversas formas, à medida que os membros dessa comunidade enfrentam novos e diferentes problemas. Hart menciona pelo menos três deles: os problemas de *incerteza*, de *caráter estático* e da *ineficiência*.

Numa sociedade organizada apenas por regras primárias, o primeiro e grave problema enfrentado pelos seus membros seria a incerteza sobre, afinal de contas, quais são as regras desta comunidade. As regras primárias que governam o grupo não formam um sistema (o que

¹³⁷ HART, *The concept of law...* op. cit., p. 81.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 91.

¹³⁹ Para uma análise crítica do argumento de Hart, incluindo um exame de suas afirmações de caráter aparentemente socioantropológico, cf. COELHO, André L. S. Por que surgem as regras secundárias? Uma reinterpretação da fábula de Hart. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 0, n. 25, p. 1–20, 2014.

¹⁴⁰ HART, *The concept of law...* op. cit., p. 92.

exigiria um elemento institucional que, por hipótese, inexistente no exemplo), sendo, ao contrário, um “conjunto separado de padrões, sem qualquer marca ou identificação comum, exceto, é claro, o fato de que elas são regras que um grupo humano particular aceita”¹⁴¹. O problema que surge dessa organização é óbvio: no caso de dúvidas sobre quais regras existem na comunidade, os membros não têm um instrumento para saná-las. Não há, numa sociedade governada apenas por regras primárias, um procedimento para resolver dúvidas sobre o que pertence ou não pertence ao conjunto de regras da comunidade. Respostas baseadas na indicação de um texto dotado de autoridade, ou de um oficial cujas declarações seriam tomadas como a fonte de padrões vinculantes para seus membros, dependem da existência de regras distintas das regras primárias que, por hipótese, é tudo o que a comunidade possui.

Mas além do problema da incerteza, nossa comunidade hipotética enfrentaria, ainda, outro problema. É que nela a única forma de criação de novos padrões vinculantes, ou alteração dos padrões existentes, seria o lento, demorado e incontrolável processo de mudança nos comportamentos dos membros da sociedade. Novas regras seriam introduzidas à medida que um determinado comportamento evoluísse de uma repetição habitual para um padrão obrigatório. Por outro lado, antigas regras só deixariam de existir na hipótese de gradativamente caírem em desuso até o ponto em que os membros da comunidade formassem a crença de que deixaram de ser obrigatórias. “Não haverá meios, em tal sociedade, de deliberadamente adaptar as regras a circunstâncias cambiantes, seja pela eliminação das antigas regras, seja pela introdução de novas”¹⁴². A razão para isso, novamente, é que essas mudanças exigem um tipo especial de regra, diverso de uma regra primária de obrigação, e que introduza um procedimento para criar regras, modificá-las ou mesmo extingui-las de forma deliberada.

Há, por fim, um terceiro problema em uma ordem social baseada apenas em regras primárias: na comunidade primitiva do exemplo hipotético, as regras são mantidas, exclusivamente, por meio de uma pressão social difusa. Não há instituições encarregadas de aplicá-las e de garantir que seus membros irão observá-las através, e.g., da imposição de sanções. Isso ocorre porque, por definição, inexistem oficiais nesta comunidade. Em caso de disputas sobre se uma regra foi ou não violada, por exemplo, não há um procedimento para resolvê-la de forma final e autoritativa, nem há alguém que possa definir, naquela disputa, qual dos lados tem razão. Essa solução dependeria da existência de uma regra, de tipo de diversa,

¹⁴¹ HART, *The concept of law...* op. cit., p. 92.

¹⁴² *Ibid.*, p. 92–93.

que criasse instituições encarregadas de resolver, de forma final, os litígios que surjam acerca da aplicação das regras primárias.

Como, então, resolver esses problemas? “A solução para cada um destes três defeitos principais”, escreve Hart, “consiste na complementação das regras *primárias* de obrigação com regras *secundárias*, que são regras de um tipo diferente”¹⁴³. A introdução dessas regras marca, para Hart, a passagem de um sistema primitivo de regras primárias para algo que é “indisputavelmente”¹⁴⁴ um sistema jurídico. Ao contrário das regras primárias, que regulam diretamente os comportamentos humanos dos membros da comunidade, as regras secundárias têm por objeto outras regras. Elas são regras *sobre regras*. Quais são elas?

Começemos com a última, já que a primeira – a regra de reconhecimento – exigirá nossa atenção pelo restante desta seção. Para solucionar o problema de ineficiência, a comunidade introduzirá o que Hart chama de “regras de decisão”. Essas regras “empoderam indivíduos para tomar decisões autoritativas acerca da questão de se, numa ocasião particular, uma regra primária foi violada”¹⁴⁵. Na prática, as regras de decisão criam instituições encarregadas de decidir conflitos, atribuindo-lhes competência para definir, de forma autoritativa, que parte tem razão em um determinado litígio acerca da observância ou violação de uma regra primária. Essas instituições substituem a pressão difusa por uma pressão institucionalizada, advinda de uma autoridade a qual os membros da comunidade devem se submeter e para a qual atribuem os poderes de decidir, em caráter definitivo, seus conflitos.

O problema do caráter estático das regras, por sua vez, é resolvido por meio da introdução de um segundo tipo de regra secundária. Hart dá a regras desse tipo o nome de regras de alteração¹⁴⁶. Essas regras nada mais fazem do que criar mecanismos para a introdução, modificação ou eliminação de regras primárias, usualmente através da atribuição de competência a um órgão para que, de modo deliberado, promova alterações nos padrões vinculantes da comunidade. Enquanto as regras de decisão criam os oficiais que *decidem os conflitos*, as regras de alteração criam os oficiais que *criam* regras, *modificam* as existentes ou eliminam aquelas que entendem não serem mais adequadas à comunidade. Em conjunto com as regras de decisão, as regras de alteração criam as instituições de um sistema jurídico.

Resta, por fim, o problema da incerteza. Deixei este por último porque a regra que o soluciona tornou-se o tema mais discutido do trabalho de Hart. Segundo ele, para resolver os

¹⁴³ HART, *The concept of law...* op. cit., p. 94.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 97.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 95.

problemas de incerteza, a comunidade hipotética introduzirá uma *regra de reconhecimento*, que “especificará alguma ou algumas características, cuja posse por uma suposta regra é tomada como uma indicação afirmativa conclusiva de que ela é uma regra do grupo, que deverá ser apoiada pela pressão social que ele exerce”¹⁴⁷. Hart observa que uma regra como essa poderá tomar diversas formas, e menciona como exemplos um documento escrito ou um monumento público no qual estão inseridos uma lista ou texto das regras da comunidade¹⁴⁸. Independentemente da forma, “o que é crucial é o reconhecimento da referência ao texto ou à inscrição como *autoritativo*, i.e., como a forma *própria* de resolver dúvidas sobre a existência da regra”¹⁴⁹. A regra de reconhecimento, nesse sentido, funciona como uma “regra para a identificação conclusiva das regras primárias de obrigação”¹⁵⁰.

Em sistemas jurídicos mais desenvolvidos, como é o caso dos sistemas jurídicos contemporâneos, a regra de reconhecimento será, obviamente, mais complexa. Diante dessa complexidade, ao invés de identificar as regras por meio de um texto ou documento escrito (como, por exemplo, a tábuas das leis), a regra de reconhecimento fará referência a um conjunto de características gerais cuja posse é necessária para que uma regra faça parte daquele sistema. Essas características envolvem, tipicamente, a origem das regras em um organismo ou instituição específica, o apoio em uma prática costumeira ou sua relação com decisões judiciais. Independentemente do nível de complexidade da regra de reconhecimento, no entanto, a sua marca distintiva é funcionar como um selo ou uma marca que serve tanto para identificar as demais regras da comunidade, como para uni-las de forma sistemática: ao invés de um conjunto de padrões esparsos e desorganizados, a partir da introdução da regra de reconhecimento as regras da comunidade são unificadas e podem ser tidas como parte de um mesmo *sistema*. Esta função específica da regra de reconhecimento – de fornecer um critério para identificar as demais regras do sistema – é, como já mencionado, o “embrião” da ideia de validade jurídica¹⁵¹.

Hart desenvolve a relação entre a regra de reconhecimento e a ideia de validade jurídica no capítulo seguinte de *The Concept of Law*. Na primeira seção do capítulo VI, Hart esclarece, em mais detalhes, o argumento inicial sobre a união de regras primárias e secundárias. Segundo ele, onde quer que uma regra de reconhecimento seja aceita, “tanto os indivíduos privados quanto os oficiais têm à sua disposição critérios autoritativos para a

¹⁴⁷ HART, *The concept of law*... op. cit., p. 94.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 95.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ *Idem*.

identificação das regras primárias de obrigação”¹⁵². O exemplo oferecido por Hart é ilustrativo. Num sistema jurídico simples governado por Rex em que apenas o que ele promulga é lei, e no qual inexistem limitações constitucionais ao seu poder de criar regras jurídicas, “o único critério para a identificação do direito será uma referência simples ao fato da promulgação por Rex”¹⁵³. É evidente que esta seria uma regra de reconhecimento bastante simples: ainda assim, ela é suficiente para caracterizar aquele sistema como um sistema jurídico. O conteúdo desta regra de reconhecimento seria o seguinte: para que uma regra seja uma regra jurídica, ela deve ter sido promulgada por Rex. Este fato, e somente ele, é o critério definitivo de validade jurídica neste sistema simples.

Regras de reconhecimento mais complexas incluirão mais do que a referência a um único elemento definidor da validade jurídica de uma regra primária. Elas incluirão, geralmente, diversos critérios de validade, e algum critério hierárquico entre eles. Assim, é possível que a regra de reconhecimento contenha referências aos atos do legislativo, ao direito costumeiro e aos precedentes judiciais. Além disso, ela pode incluir uma escala hierárquica entre esses critérios, estabelecendo, por exemplo, que o direito legislado possui precedência sobre os demais critérios, de modo que uma regra originada de um costume pode perder o seu *status* jurídico por força de uma regra oriunda de um ato do poder legislativo. O ponto relevante, para nossos propósitos, é saber exatamente o quê a regra de reconhecimento identifica. Hart nos dá uma pista no trecho seguinte:

Na vida cotidiana de um sistema jurídico, sua regra de reconhecimento raramente é formulada, de modo expresso, como uma regra; embora, ocasionalmente, os tribunais na Inglaterra possam anunciar em termos gerais o lugar relativo de um critério jurídico em relação a outro, como quando afirmam a supremacia dos Atos do Parlamento sobre outras fontes ou supostas fontes do direito¹⁵⁴.

O trecho acima parece indicar que a regra de reconhecimento, ao invés de identificar regras, identifica *as fontes do direito*. Isso fica mais claro quando analisamos os exemplos utilizados por Hart quando introduz o conceito de regra de reconhecimento. Segundo ele, para resolver o problema de incerteza existente num sistema onde só existem regras primárias de obrigação, a regra de reconhecimento pode fazer referência a um documento escrito, autoritativo, que liste as regras daquele sistema. Mas o próprio Hart prossegue afirmando que este documento, ao invés de conter uma lista de regras, pode conter somente critérios para a sua

¹⁵² HART, *The concept of law...* op. cit., p. 100.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 101.

¹⁵⁴ *Idem.*

identificação posterior. O ponto, aqui, é que a regra de reconhecimento não resolve a incerteza sobre quais são as regras daquele sistema, mas sim sobre *onde devemos procurá-las*. Num sistema simples como o do exemplo de Rex, a regra de reconhecimento não nos diz quais são as regras daquele sistema: ela simplesmente nos diz que as regras do sistema se originam, tão somente, naquilo que foi promulgado por Rex. Se um líder religioso revolucionário defende que um certo texto sagrado também é fonte de regras jurídicas para a comunidade, um oficial poderá respondê-lo fazendo referência à regra de reconhecimento e apontando que, de acordo com ela, aquele texto não é uma fonte reconhecida de regras jurídicas válidas.

Ao tratar da incerteza sobre a regra de reconhecimento, Hart também deixa claro que se trata de uma incerteza sobre fontes quando escreve: “as palavras de um dispositivo legislativo e o que ele exige num caso particular podem ser perfeitamente claros; ainda assim, pode haver dúvidas se a legislatura tinha o poder de legislar desta forma”¹⁵⁵. Este exemplo de incerteza envolve uma incerteza sobre se a regra, cujo conteúdo, por hipótese, é claro, possui uma *fonte adequada ou legítima* e, portanto, se ela passa no teste de validade da regra de reconhecimento. Colocado de outra forma, a incerteza, no caso, decorre de uma dúvida sobre quais são, exatamente, os critérios de validade previstos na regra de reconhecimento e de se, naquele caso específico, o ato do poder legislativo poderia ou não contar como um desses critérios. A incerteza não é sobre qual a regra identificada pela regra de reconhecimento, mas sim sobre se, naquele caso, um ato específico conta ou não conta como uma fonte de validade para outras regras.

Reforçando a conclusão de que a regra de reconhecimento identifica as *fontes* do direito, e não as regras jurídicas em si mesmas, há outra observação de Hart. Ele nota que, na Inglaterra, é parte da regra de reconhecimento o princípio de que “nenhum Parlamento anterior pode impedir seus “sucessores” de revogar sua legislação”¹⁵⁶. Assim, em cada momento de sua história, o Parlamento é livre para repelir (ou seguir) a legislação criada, num momento anterior, por um Parlamento igualmente soberano (a soberania parlamentar inglesa não inclui o poder de vincular o próprio parlamento num momento futuro). O ponto que Hart destaca neste exemplo é que é uma contingência decorrente da prática jurídica inglesa que exista um Parlamento com essas características, fato que “veio a ser aceito”, entre os ingleses, como um “critério de validade jurídica”¹⁵⁷. A regra de reconhecimento, portanto, não identifica as regras do sistema jurídico inglês: ela identifica um “Parlamento soberano” como a fonte dessas regras. Ao apontar

¹⁵⁵ HART, **The concept of law...** op. cit., p. 148.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 149.

¹⁵⁷ *Idem.*

para o elemento contingente do Parlamento soberano inglês como critério de validade jurídica, Hart está deixando claro que a regra de reconhecimento poderia ter identificado *outras fontes* como fontes criadoras de regras jurídicas.

Voltemos, então, à narrativa hipotética por meio da qual Hart introduziu as regras secundárias, em geral, e a regra de reconhecimento, em particular. A regra de reconhecimento é um remédio para um defeito específico de uma ordem social na qual só existem regras primárias: o defeito da *incerteza*. Mas que tipo de incerteza? Hart menciona, em primeiro lugar, a incerteza sobre “quais são as regras” da comunidade e, em seguida, sobre “escopo preciso de uma dada regra”¹⁵⁸. Não obstante mencione dois problemas de incerteza, Hart nunca trata do segundo e não explica em que medida a regra de reconhecimento resolveria disputas sobre o “escopo” de uma regra primária. Seus exemplos, além disso, deixam claro que a incerteza que a regra de reconhecimento resolve não diz respeito, exatamente, a nenhum dos dois problemas, ainda que seja relevante para ambos. Na verdade, a incerteza do exemplo decorre da inexistência de um “procedimento para resolver a dúvida”¹⁵⁹ sobre se uma regra faz ou não parte do sistema, de modo que é justamente a introdução deste procedimento o que permite que a regra de reconhecimento resolva este “defeito” da ordem social primitiva. A menção a um documento escrito autoritativo é ilustrativa: a partir desse momento, os membros da comunidade têm, à sua disposição, um texto a partir do qual podem procurar as respostas para suas dúvidas sobre as regras que governam a sua vida social. A regra de reconhecimento cria, portanto, a própria ideia de *fonte do direito*. Sem ela, os padrões vinculantes – as regras primárias obrigatórias – surgem de forma não deliberada e são vinculantes apenas porque aceitas. Elas não têm uma origem comum: não têm, portanto, uma fonte.

Mas essa é apenas uma modalidade de incerteza, e devemos diferenciá-la da incerteza sobre o “escopo” das regras originadas das fontes reconhecidas na regra de reconhecimento. Imaginemos o seguinte exemplo. Antes da hipotética introdução de uma regra de reconhecimento, uma dada comunidade não possuía qualquer critério para definir *onde* devemos encontrar suas regras vinculantes. Alguns membros mencionavam textos antigos, outros algum documento sagrado, e outros, ainda, pronunciamentos dos sábios da comunidade. Não havia, no entanto, qualquer regra aceita sobre qual dessas fontes era, de fato, uma fonte autoritativa de regras válidas. Passado algum tempo, a comunidade, por meio da prática de alguns de seus membros, passa a aceitar uma regra de reconhecimento, segundo a qual um

¹⁵⁸ HART, *The concept of law...* op. cit., p. 92.

¹⁵⁹ *Idem.*

determinado documento milenar da comunidade era a fonte de todas as suas normas. Em caso de dúvidas entre seus membros sobre quais regras os vinculavam, bastaria que eles consultassem esse documento para, assim, resolver sua disputa. Qual problema foi solucionado com a introdução desta regra de reconhecimento? Já vimos – e este exemplo procura deixar claro – que se trata da incerteza sobre *onde* encontrar as regras ou, em outras palavras, sobre as fontes autoritativas dos padrões vinculantes da comunidade. A partir da introdução da regra de reconhecimento, essa incerteza desaparece: os pronunciamentos dos sábios ou os textos sagrados não são fontes autoritativas (a menos, é claro, que sejam reconhecidos naquela que, de fato, é uma fonte: o documento milenar da comunidade). Mas há, ainda, um problema. Imaginemos que duas pessoas têm dúvidas sobre se, naquela comunidade, o excesso da produção deve ser dividido de forma igualitária entre seus membros, ou na proporção da contribuição que eles deram para o estoque comum de alimentos. Com a introdução da regra de reconhecimento, eles sabem onde procurar a resposta: no já mencionado documento milenar. O problema é que o documento apenas menciona que “o excedente da produção comum deve ser dividido, entre os membros da comunidade, de forma justa e adequada”, e os dois membros discordam, justamente, sobre o que significa uma distribuição “justa”. Um deles afirma que os ancestrais da tribo atribuíam mais honrarias, benefícios e reconhecimento aos membros mais capazes da comunidade, de modo que sua intenção, ao inserir aquela cláusula no documento, era que a distribuição do excedente devesse se dar de acordo com a capacidade de cada um. O outro membro, no entanto, tem uma leitura diversa: para ele, o texto do documento milenar deixa claro, em vários pontos, que, a despeito das honrarias, todos são iguais diante de suas divindades celestes, e que cada um possui um papel a desempenhar na harmonia da comunidade. Assim, a partir desse princípio igualitário, a regra criada por aquele trecho é a de que o excedente deve ser distribuído igualmente entre todos os membros. Existe, obviamente, uma incerteza neste caso, mas é uma incerteza de tipo diverso. Se uma dúvida como esta surgisse na ausência de uma regra de reconhecimento, os membros poderiam procurar respostas em documentos diversos e que não são aceitos, pelos demais, como fontes autoritativas. A partir da regra de reconhecimento, no entanto, o cenário muda: agora eles são direcionados para as mesmas fontes, e é sobre o *significado dessas fontes que eles passam a discordar*.

O exemplo acima mostra que a regra de reconhecimento, por si só, não identifica as regras daquela ordem social, mas antes as fontes de onde tais regras são extraídas. Na comunidade na qual a regra de reconhecimento tem como conteúdo “aquilo que Rex promulgou é lei”, pode haver dúvidas sobre se Rex, de fato, promulgou algo. Mas é possível (e, acredito, mais provável) que a dúvida seja sobre o significado daquilo que todos sabem que,

efetivamente, Rex promulgou. Em outros termos: saber quais são as fontes do direito ainda não resolve o problema de como determinar quais regras estas fontes criaram. É por esta razão que o debate em torno da regra de reconhecimento precisa passar, necessariamente, por um debate sobre interpretação jurídica. Se entendemos – como sugeri na Introdução – que a interpretação é a atividade por meio da qual derivamos *normas de fontes*, então resolver a incerteza sobre as últimas ainda não explica como resolver a incerteza sobre as primeiras. Essa conclusão, evidentemente, só faz sentido a partir da diferenciação conceitual entre os fatos que criam direito (as fontes) e as regras criadas por esses fatos (o significado jurídico das fontes). Mas essa é uma diferença que, como já vimos, é fundamental para a teoria do direito. É com base nela, aliás, que Fábio Shecaira, no já citado *Sources of Law are not Legal Norms*, sugere que entendamos a regra de reconhecimento. De acordo com Shecaira, Hart “entendia que a regra de reconhecimento especificava apenas fontes do direito válidas, nada dizendo sobre como, exatamente, derivar normas destas fontes”¹⁶⁰. Deste modo, ainda que a regra de reconhecimento nos direcione para certas fontes específicas, e não outras, ela não nos explica (ou, pelo menos, não faz isso necessariamente) como *interpretar* essas fontes, o que é o mesmo que dizer: ela não nos diz que regras são criadas pelas fontes que identifica.

Joseph Raz também compartilha dessa leitura da regra de reconhecimento. Para ele, esperar que a regra de reconhecimento contenha critérios para a identificação do direito é compreender mal qual é sua função. Tudo o que a regra de reconhecimento faz, e tudo o que se espera que ela faça, é “identificar que atos são atos de legislação e que atos são atos de tomada de decisão judicial, ou, mais genericamente, que atos criam direito”¹⁶¹. Ela não nos ajuda, contudo, a “entender qual o direito foi criado desta forma, seja ele implícito ou explícito”¹⁶². Isso é o mesmo que dizer: a função da regra de reconhecimento é identificar quais são as *fontes do direito*, mas não qual é o direito criado por estas fontes. Waluchow, que também subscreve a esta leitura “minimalista” da regra de reconhecimento, chega mesmo a sugerir que as regras secundárias de Hart devem ser complementadas por uma outra regra: as regras de interpretação¹⁶³. Para ele, “regras de interpretação ajudam a determinar o conteúdo das regras e outros tipos de normas validadas pelas regras de reconhecimento”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ SHECAIRA, *Sources...* op. cit., p. 9. O autor menciona que esta é apenas uma leitura possível do texto de Hart, mas, ao que me parece, é a leitura com a qual ele próprio concorda.

¹⁶¹ RAZ, Joseph. Dworkin. A New Link in the Chain. *California Law Review*, 1986, p. 1.107.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ WALUCHOW, *Inclusive legal positivism...* op. cit., p. 76.

¹⁶⁴ *Idem*.

Poderíamos tentar alocar, dentro do próprio conceito de regra de reconhecimento, o que Waluchow chamou de regra de interpretação, e supor que a ideia de Hart era de que a regra de reconhecimento identifica tanto as fontes do direito quanto o conteúdo jurídico dessas fontes. Mesmo que esta incorporação fosse possível (e isso não é evidente), ela não afeta o argumento que desenvolvi até aqui, destinado a mostrar que há uma leitura possível da doutrina da regra de reconhecimento que atribui a ela a função de identificar as *fontes do direito*, deixando, ainda, um problema teórico não resolvido por ela, a saber: o problema do conteúdo do direito criado (ou determinado) por estas fontes.

1.6. CONCLUSÃO

No tópico anterior apresentei uma leitura da regra de reconhecimento que atribui a ela a função de identificar as fontes do direito. Fiz isso no contexto mais amplo de uma discussão sobre a distinção entre problemas de validade e problemas acerca do *conteúdo do direito*. Esta leitura da doutrina da regra de reconhecimento tem consequências importantes para nosso argumento. A principal delas é que, se entendemos a regra de reconhecimento como uma regra convencional que identifica as *fontes do direito* (como sugerem Shecaira e Raz, por exemplo), o debate em torno do modelo comunicacional, bem como a disputa entre positivistas e não-positivistas, pode ser relido a partir de novas lentes. É que a convencionalidade da regra de reconhecimento passa a ser *insuficiente* para estabelecer a verdade do positivismo. A afirmação de que o direito possui fontes convencionais não resolve o problema de como derivar direitos, deveres, poderes etc. das fontes identificadas pela regra de reconhecimento – e é justamente este o problema com o qual estamos lidando neste trabalho. A força gravitacional desempenhada pela doutrina da regra de reconhecimento, sem a correspondente clareza quanto aos seus limites, bem como às distinções de categorias e problemas que apresentei neste capítulo, explicam, em parte, porque o modelo comunicacional nem sempre foi explicitamente formulado e defendido. A naturalidade com que, em casos aparentemente fáceis, derivamos regras jurídicas de fontes convencionais do direito acabou dando suporte a uma leitura possível do argumento de Hart segundo a qual a regra de reconhecimento identifica o próprio conteúdo do direito. Mas, se percebemos que a questão do conteúdo do direito é uma questão paralela e separada, percebemos que há um *espaço explicativo* que precisa ser preenchido por meio de nosso trabalho teórico. O positivismo precisa defender não apenas a regra de reconhecimento – como uma regra convencional para a identificação das fontes do direito – mas também um modo de derivação convencional do conteúdo do direito criado por essas fontes. Em outras

palavras: o significado jurídico das fontes precisa, também ele, ser convencional. É justamente neste espaço teórico que devemos colocar a discussão sobre o modelo comunicacional do direito. Passaremos a ela nos próximos capítulos.

2. O MODELO COMUNICACIONAL DO DIREITO

O capítulo anterior teve duas funções principais: a primeira, a de introduzir categorias e distinções importantes para que possamos compreender o restante do trabalho (em especial, a ideia de conteúdo do direito, e a distinção entre questões de interpretação e questões de validade); a segunda, a de situar o tema da tese no contexto mais amplo dos debates teóricos sobre o positivismo jurídico. Terminamos o capítulo mostrando, a partir de uma discussão de leituras possíveis da obra de Hart, que o modelo comunicacional se insere no espaço explicativo deixado aberto pela visão da regra de reconhecimento como uma regra de identificação de fontes do direito. Isso já estava implícito na formulação de Hermes para sua posição teórica: ao afirmar que “legislação é comunicação”, Hermes está, ao mesmo tempo, identificando uma fonte do direito (a legislação) e afirmando qual é o seu conteúdo (aquilo que foi comunicado pelos legisladores). Hércules não precisa negar o caráter convencional das fontes (ele pode aceitar que a atividade legislativa é uma fonte do direito, e que isso ocorre em razão de uma convenção existente na comunidade). Seu ponto é diverso: para ele, as fontes convencionais não são atos de comunicação ou, pelo menos, não criam direito em razão do seu conteúdo comunicativo. Eis, então, o núcleo da divergência.

Temos agora uma visão panorâmica de *onde* o debate sobre o modelo comunicativo se insere dentro do debate contemporâneo em teoria do direito. Precisamos agora compreender em que consiste, de fato, o modelo comunicacional. Este será o objetivo deste capítulo. Irei introduzir a ideia de modelo comunicacional recorrendo às explicações de Mark Greenberg sobre o que chamou de *retrato padrão*. A partir dela, apresentarei o modelo comunicacional, na forma como ele foi apresentado por Joseph Raz. Iniciarei com uma importante exposição crítica feita por Raz sobre a evolução da teoria de Dworkin. Esta exposição deixa claro o papel que a disputa sobre o modelo comunicacional desempenha na teoria do direito, e servirá para que possamos, nos capítulos seguintes, articular a versão deste modelo defendida pelo próprio Joseph Raz e, também, por Andrei Marmor. Explicarei, por fim, como o conceito de autoridade se relaciona ao modelo comunicacional, de modo que ambos se auto implicam: conceber o direito como produto dos atos de autoridade implica concebê-lo a partir das premissas do modelo comunicacional, e vice-versa.

2.1. O RETRATO PADRÃO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE FONTES E CONTEÚDO DO DIREITO

Escrevi acima que muitos autores positivistas não se preocuparam em enfrentar a questão sobre o conteúdo do direito por adotarem uma premissa implícita, que tomavam por incontroversa, acerca da relação entre fontes e conteúdo jurídico. Joseph Raz é uma exceção a esta abordagem. Desde a formulação original da tese das fontes, Raz afirmava que havia não uma, mas duas questões diferentes, e igualmente relevantes, que os positivistas precisavam responder: a questão da validade e que o Spaak chamou de questão da interpretação.

Ainda assim, Raz avançou uma resposta para ambas as questões em termos estritamente positivistas, isto é, em termos baseados no caráter exclusivamente convencional do direito. A resposta de Raz, por enfrentar de modo mais explícito o problema, é uma das mais articuladas e, por isso mesmo, servirá como referência privilegiada para a construção do meu argumento. Aos argumentos de Raz, contudo, acrescentarei algumas teses avançadas por Andrei Marmor em trabalhos acerca da linguagem e do direito. Marmor utiliza a teoria da autoridade de Raz como ponto de partida para sua própria construção, mas acrescenta a ela uma importante discussão sobre a teoria dos atos de fala e o conceito de comunicação. Em razão disso, tomarei a teoria de Raz, com os complementos sugeridos por Marmor, como exemplo de resposta poderosa à questão do conteúdo do direito. Esta teoria, conforme procurarei demonstrar, é uma variação (sofisticada, é verdade) daquilo que Mark Greenberg chamou de "retrato padrão" [*standard picture*] sobre a relação entre fontes e conteúdo do direito. Nos capítulos seguintes, irei examinar como Raz e Marmor articulam sua versão deste retrato e, em especial, como defendem um dos seus elementos centrais: a ideia de que o direito é produto de atos de comunicação de autoridade. Antes de passar a esse exame, contudo, é importante apresentar as bases gerais do retrato padrão, na forma como foi exposta por Greenberg, pois ela nos ajuda a compreender qual é o núcleo do modelo comunicacional, além de oferecer categorias importantes (como as de *explicação direta* e *atomismo*) que nos serão úteis mais à frente.

Mark Greenberg introduziu e popularizou o termo “retrato padrão” em *The Standard Picture and its Discontents*. Neste artigo, Greenberg apresenta o problema central da teoria do direito de maneira similar à forma como o apresentei anteriormente. Para Greenberg, é incontroverso, tanto entre autores positivistas quanto entre autores não-positivistas, que o direito é criado por ações humanas. Nem Hart, nem Raz, nem Dworkin, nem Finnis negariam que os atos de instituições – em especial, mas não somente, do Poder Legislativo – desempenham um papel importante na explicação do conteúdo do direito. O problema, no entanto, é definir qual é esse papel. Em outras palavras: qual a relação entre as ações que criam

o direito e o conteúdo do direito criado por essas ações? “Como”, pergunta Greenberg¹⁶⁵, “as ações que criam direito aparecem numa explicação constitutiva completa do conteúdo do direito?”.

Praticamente todos os filósofos do direito concordam que “fatos descritivos” sobre o “comportamento e os estados mentais de pessoas como os legisladores”¹⁶⁶ figuram entre os fatores determinantes do conteúdo do direito. A questão é saber como isso acontece e, em especial, se algum outro fator – notadamente, fatos morais – figuram nessa explicação. O retrato padrão dá uma resposta simples a essa pergunta: “o conteúdo do direito é o significado de certos textos (ou pronunciamentos) jurídicos”¹⁶⁷. É possível que os participantes da prática jurídica ou os teóricos do direito divirjam sobre como determinar o significado desses textos ou pronunciamentos. Mas eles não discordam que esse significado seja o conteúdo do direito. O retrato padrão, portanto, “sustenta que o conteúdo do direito é algum tipo de significado linguístico ordinário ou de conteúdo mental, mas deixa em aberto qual exatamente o tipo de significado”¹⁶⁸. Significado linguístico ou conteúdo mental são variações possíveis sobre o conteúdo que foi *comunicado* pelo autor de um dado texto. O retrato padrão nada mais é, portanto, que um nome mais genérico para o que venho chamando, nesta tese, de modelo comunicacional.

A visão simples do retrato padrão deriva, segundo Greenberg, do *paradigma do comando*, amplamente aceito entre teóricos do direito¹⁶⁹. Segundo este paradigma, “se Rex, que tem o direito de ser obedecido pelos súditos A, B e C, comanda-os a fazer Φ , então A, B e C estão obrigados ou demandados a fazer Φ , e eles estão obrigados a Φ porque Rex disse isso”¹⁷⁰. O trecho crucial da citação anterior é “porque Rex disse isso”. Ele sugere que não há intermediários entre o ato comunicacional proferido por Rex - Rex *dizer algo* - e o conteúdo das obrigações de seus súditos. “Não é que há alguma explicação mais indireta”¹⁷¹ como, por exemplo, que a ordem de Rex muda as expectativas de A, B e C e isso, por sua vez, altera seus direitos e obrigações. É tanto *o que* Rex disse quanto *o fato de Rex ter dito* que explicam e determinam o conteúdo dos direitos e obrigações dos seus súditos. É essa ideia central que o

¹⁶⁵ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. 41.

¹⁶⁶ Ver: GREENBERG, Mark. How Facts Make Law. In: HERSHOVITZ, Scott (Org.). **Exploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 225.

¹⁶⁷ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. 42.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ Sobre o ponto, cf. HURD, Heidi M. Sovereignty in silence. **Yale Law Journal**, v. 99, p. 945-1028, 1989, p. 949-950.

¹⁷⁰ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. 43.

¹⁷¹ *Idem*.

retrato padrão retira do paradigma do comando: “o ponto chave, que SP [*standard picture*] deriva do paradigma do comando, é que o que foi autoritativamente pronunciado se torna uma norma jurídica — ou, de modo equivalente, torna-se juridicamente válido — simplesmente porque foi autoritativamente pronunciado”¹⁷².

A ideia de que o retrato padrão está de algum modo baseado no paradigma do comando, no entanto, precisa ser esclarecida. O paradigma do comando apresentado por Greenberg assemelha-se à teoria de John Austin, cujos graves erros foram extensamente expostos por Hart em *The Concept of Law*. Isso pode sugerir que é inadequado afirmar que esse paradigma está na base de um modelo teórico subscrito por autores que dificilmente aceitariam a teoria de Austin. Greenberg, contudo, ao apresentar o paradigma do comando, quer tão somente chamar atenção de que o *fato* do pronunciamento de uma autoridade é o que explica, de modo direto, o surgimento e conteúdo das normas jurídicas. Essa ideia simples não depende de outras teses controversas sustentadas por Austin, como sua explicação dos comandos em termos de ordens de um soberano e sua definição de soberano em termos de hábitos de obediência.

Greenberg procura, então, especificar o paradigma do comando – especialmente a ideia simples de que as normas jurídicas surgem *porque Rex disse* – resumindo-o em três teses centrais do retrato padrão: a tese do caráter explicativo direto; a tese do conteúdo linguístico; e a tese atomista. As três, em conjunto, formam o núcleo teórico do retrato padrão.

A tese do caráter explicativo direto estabelece, em primeiro lugar, que o caráter autoritativo do pronunciamento é anterior, na ordem de explicação, ao surgimento da norma jurídica. Em outras palavras, primeiro determinamos quem tem autoridade e o que ela pronunciou e então, a partir daí, determinamos o conteúdo do direito por meio da identificação do conteúdo que essa autoridade, previamente identificada, pronunciou através de suas diretivas. Em segundo lugar, a tese do caráter explicativo direto sustenta que o caráter autoritativo do pronunciamento é independente do conteúdo e das consequências do pronunciamento. Essa ideia está presente no paradigma do comando por meio da expressão “porque Rex disse isso”: “o impacto jurídico de um pronunciamento deve ser explicado por sua origem numa fonte apropriada, não pelo conteúdo ou consequências do pronunciamento”¹⁷³.

Por fim, a tese do caráter explicativo direito sustenta que não há intermediários explicativos entre o pronunciamento autoritativo e o surgimento da norma jurídica. Por

¹⁷² GREENBERG, *The Standard Picture...* op. cit., p. 44.

¹⁷³ *Idem.*

explicação intermediária entre A e B, Greenberg entende algo que “é explicado (pelo menos em parte) por A e que (...) explica (pelo menos em parte) B”¹⁷⁴. Haveria uma explicação intermediária no caso do direito se houvesse um determinado elemento *m* que é explicado por diretivas autoritativas e que, por sua vez, explica o conteúdo do direito. Um bom exemplo disso é a própria teoria de Greenberg, segundo a qual o direito é resultado do impacto moral dos atos de autoridade. De acordo com essa teoria, as diretivas autoritativas alteram o *perfil moral* da comunidade e isso, por sua vez, resulta nas obrigações morais que constituem o conteúdo do direito¹⁷⁵.

O que o retrato padrão rejeita, portanto, é que haja um elemento *m*, como seria o caso do “perfil moral” sugerido pelo próprio Greenberg, em virtude do qual o conteúdo jurídico pode ser obtido a partir das fontes do direito. “Dizer que a produção de um pronunciamento autoritativo explica a validade jurídica de uma norma sem intermediários explicativos é dizer que a produção de um pronunciamento autoritativo explica a validade jurídica de uma norma, e que ela *não* faz isso explicando alguma outra coisa a qual, então, explica a validade jurídica da norma”¹⁷⁶. É possível discutir o que faz de algo ou de alguém uma autoridade, mas não o que faz dos pronunciamentos dessa autoridade atos criadores de normas jurídicas válidas.

De acordo com Greenberg, a tese da explicação direta não é incompatível com teses não-positivistas sobre o papel da moral entre os critérios possíveis de validade jurídica, já que ela “é consistente com a possibilidade de que a produção de um pronunciamento autoritativo não seja suficiente para a norma correspondente ser juridicamente válida”¹⁷⁷. A compatibilidade do pronunciamento com um determinado padrão moral pode ser necessária para a validade jurídica da norma sem que descartemos a tese da explicação direta. Para isso, basta que a compatibilidade com o valor moral não seja explicada pelo pronunciamento autoritativo, ou seja, que ela funcione como um critério complementar ou paralelo de validade, mas não como um intermediário entre o pronunciamento e a norma jurídica. Nesse caso, o padrão moral não determina a relevância do pronunciamento para o conteúdo do direito. Ele funciona como um filtro ou como uma fonte paralela a um pronunciamento cuja relevância já está fixada pela tese da explicação direta¹⁷⁸.

¹⁷⁴ GREENBERG, *The Standard Picture...* op. cit., p. 45.

¹⁷⁵ GREENBERG, *The moral impact theory of law...* op. cit.

¹⁷⁶ GREENBERG, *The Standard Picture...* op. cit., p. 45.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 45–46.

¹⁷⁸ Esta, contudo, não parece ser a posição de Raz. Segundo o autor, “uma regra que não é juridicamente válida, não é uma regra jurídica de qualquer modo. Uma lei válida é uma lei, e uma lei inválida não”, RAZ, **The authority of law...** op. cit., p. 146. Raz contrasta esta posição com a de autores que entendem que uma regra inválida é, ainda assim, uma regra, mas que lhe falta a propriedade de ser “juridicamente válida”. Esta, assim me parece, é a posição

Uma consequência teórica natural da tese do caráter explicativo direto é o que Greenberg denomina de *conteúdo linguístico*. Uma vez que a primeira sugere que não há intermediários explicativos entre um pronunciamento autoritativo e uma norma jurídica, é natural supor que o conteúdo do pronunciamento equivale ao conteúdo da norma. Greenberg distingue dois sentidos possíveis de “conteúdo” na expressão *conteúdo de um pronunciamento autoritativo*: de um lado, há o *conteúdo linguístico* do pronunciamento; de outro, há o conteúdo *não-linguístico*, associado à noção de significado relacionado às ideias de consequência, importância ou relevância. Podemos questionar, por exemplo, qual o “significado” da ascensão ao poder de partidos de direita ao redor do mundo, sem que isso envolva o exame de algum conteúdo linguístico ou mental. Estamos interessados, nesse caso, no significado mais geral dos eventos, na sua possível relevância ou impacto na forma como entendemos eventos similares etc. Para o modelo padrão, não é essa segunda noção de conteúdo que constitui o conteúdo relevante do pronunciamento autoritativo. Com efeito, é “um conteúdo linguístico ordinário associado com um pronunciamento autoritativo que constitui uma norma jurídica”¹⁷⁹. Pode-se discutir se esse conteúdo linguístico deve ser determinado em termos de conteúdo semântico ou conteúdo pragmático do pronunciamento. Não se discute, entretanto, que é esse conteúdo linguístico que *constitui* a norma jurídica.

Em *Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication* Greenberg explora em mais detalhes essa tese específica do retrato padrão. Para ele, teorias que aceitam essa tese, em particular, e o retrato padrão, em geral, podem ser caracterizadas como teorias *comunicacionais* do direito¹⁸⁰. Para essas teorias, “textos jurídicos são textos linguísticos, assim o significado ou conteúdo de um texto jurídico é um exemplo do significado linguístico em geral”¹⁸¹. Desta forma, “a contribuição da uma lei para o conteúdo do direito é o seu conteúdo comunicativo”¹⁸². De fato, se partimos de uma analogia entre a atividade legislativa e a comunicação pessoal essa posição torna-se atraente: “se alguém se vale de analogias entre legislação e comunicação pessoal, especialmente comandos, pode parecer óbvio que o objetivo da interpretação das leis é descobrir o que o legislador comunicou”¹⁸³.

de Greenberg, mas não de Raz. Para este último, a hipótese de Greenberg acrescentaria um elemento adicional no teste de validade e, por via de consequência, na explicação do conteúdo do direito, o que desafiaria a tese da explicação direta.

¹⁷⁹ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. p. 48.

¹⁸⁰ GREENBERG, Mark. *Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication*. In: MARMOR, Andrei (Org.). **Philosophical Foundations of Language in the Law (Philosophical Foundations of Law)**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 217.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 219.

A tese do conteúdo linguístico é uma consequência natural do paradigma do comando e da tese do caráter explicativo direto. Partimos, inicialmente, da ideia de que os sujeitos às normas de Rex têm uma obrigação de fazer A, B ou C *porque Rex disse isso*. Se o que Rex disse é tanto o que cria a obrigação quanto o que determina seu conteúdo, é razoável admitir que não há outra possibilidade, além do conteúdo linguístico, para o conteúdo da norma criada. Supor o contrário exige acrescentar um elemento adicional para explicar o conteúdo da norma a qual deixa, portanto, de ser criada “porque Rex disse”. “Se nós permitirmos que o comando de Rex possa criar uma obrigação cujo conteúdo não é (um aspecto do) conteúdo linguístico do comando, nós abandonamos a explicação simples do paradigma do comando para uma nova obrigação”¹⁸⁴.

Essa constatação nos ajuda, também, a entender como a tese do conteúdo linguístico decorre da tese do caráter explicativo direto. Greenberg expõe este ponto da seguinte maneira: “se o conteúdo de uma norma jurídica criada por um pronunciamento autoritativo não é o conteúdo linguístico do pronunciamento, a explicação da validade jurídica da norma não pode ser simplesmente que ela foi dita ou pronunciada”¹⁸⁵. Haveria um outro elemento, que não aquilo que a autoridade pronunciou, que explicaria o conteúdo jurídico do ato. Mas, por definição, esse elemento intermediário já havia sido excluído pela tese do caráter explicativo direto. Portanto, a única hipótese compatível com a primeira tese é que o conteúdo jurídico do ato da autoridade equivale ao conteúdo linguístico desse mesmo ato.

Não obstante, Greenberg apresente a tese do conteúdo linguístico como uma implicação da tese da explicação direta, acredito que é a primeira que desempenha o papel decisivo na explicação de porque o retrato padrão é atraente. Nem os práticos nem os teóricos parecem assumir, seja explícita, seja implicitamente, a tese da explicação direta como uma razão para aceitar a tese do conteúdo linguístico. Pelo contrário: é a ideia intuitiva, cujo apelo decorre dos inúmeros casos fáceis em que ela parece ser aplicada, de que o conteúdo comunicacional dos pronunciamentos das autoridades equivale ao conteúdo do direito, o que permite chegar à conclusão de que, neste retrato padrão, não há intermediários explicativos entre o pronunciamento e a norma jurídica. É o fato de muitos práticos e teóricos tomarem como óbvio que aquilo que as autoridades *disseram* equivale às normas que elas produziram o motivo pelo qual, no nível da teoria, podemos dizer que eles não incluem “intermediários explicativos” na sua explicação da passagem das fontes às normas. Desta forma, a tese do conteúdo

¹⁸⁴ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. 49.

¹⁸⁵ *Idem*.

linguístico é o elemento central e fundamental do retrato padrão, e é dela que as demais teses que compõem o retrato derivam. Esta é uma das razões pelas quais me dediquei, neste trabalho, a explicá-la e criticá-la. Conforme veremos no tópico seguinte, Joseph Raz chama esta tese de *modelo comunicacional*, e considera que sua rejeição é o principal elemento da crítica de Dworkin ao positivismo. Uma defesa do positivismo, portanto, deve passar por uma defesa do modelo.

Mas resta, ainda, uma última tese definidora do retrato padrão. Greenberg chama esta tese de tese do *atomismo* e considera que, também ela, é uma decorrência da tese da explicação direta. Pois bem. A ideia captada na tese do atomismo é a de que as normas jurídicas individuais – constituídas pelo conteúdo linguístico dos atos de autoridade – têm precedência explicativa em relação ao direito como um todo. O conteúdo do direito como um todo é, assim, resultado da combinação (ainda que articulada) do conteúdo das normas jurídicas individuais. O conteúdo das normas individuais, no entanto, não depende e nem é constituído pelo conteúdo mais amplo do direito como um todo. “Nós explicamos porque o direito tem o conteúdo (total) que ele tem”, escreve Greenberg, “explicando a validade das normas jurídicas individuais e, então, explicando como elas são amalgamadas, modificadas e reconciliadas para produzir o conteúdo do direito como um todo”¹⁸⁶.

É importante não confundir a ideia sugerida com a tese do atomismo com a ideia diversa – e equivocada – de que a validade jurídica de normas individuais não depende de outras normas. Se o conteúdo de uma norma depende do ato comunicacional de uma autoridade, esse conteúdo, por óbvio, depende de uma norma que estabeleça que aquela pessoa é uma autoridade e, portanto, uma fonte do direito. A tese do atomismo não rejeita noções como cadeias de validade. Ela se contrapõe, na verdade, ao que Greenberg chamam de *holismo*: a ideia de que o conteúdo do direito depende do conjunto mais amplo das práticas jurídicas, que fornecem critérios para, por exemplo, explicar o impacto de um pronunciamento autoritativo específico no conteúdo do direito. Uma abordagem holística sustenta que um ato de autoridade não cria, individualmente, direito ou, pelo menos, que seu conteúdo não equivale ao conteúdo do direito criado por aquele ato. É a partir do conjunto mais amplo de normas (e, no limite, da prática jurídica como um todo) que se pode estabelecer o conjunto de direitos e obrigações que aquele ato de autoridade efetivamente criou. A tese do atomismo, no sentido contrário a esse, sustenta que “apenas o conteúdo dos pronunciamentos autoritativos trazem uma relação constitutiva com o conteúdo do direito. Qualquer outro aspecto das práticas jurídicas traz apenas uma

¹⁸⁶ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. 50.

relação evidenciária com o conteúdo do direito”¹⁸⁷. O recurso a outras normas ou ao direito como um todo serve apenas como indício – i.e., como elemento puramente epistêmico – do conteúdo jurídico criado por aquele ato específico, o qual, por sua vez, não é influenciado ou explicado pelo conteúdo dessas outras normas.

As três teses combinadas formam o núcleo do retrato padrão para explicação de como os fatos criam o direito. Em síntese, o retrato sustenta que “as instituições moldam o direito pela comunicação” e que “o fato que uma certa lei foi promulgada e o que o seu texto significa, em conjunto, explicam o impacto da promulgação no direito”¹⁸⁸. Resta avaliar, portanto, se a ideia de um retrato padrão é útil para entender os debates em teoria do direito, em geral, e a teoria de Raz, em particular. Na próxima seção, tentarei demonstrar que este é o caso, concentrando-me naquilo que considero o elemento central do retrato padrão: o compromisso básico como um modelo comunicacional de direito.

2.2. DA TESE DO CONTEÚDO LINGUÍSTICO AO MODELO COMUNICACIONAL DO DIREITO

Nos tópicos anteriores, expliquei como o debate sobre a determinação do conteúdo do direito é distinto da forma tradicional como o debate entre positivistas e não-positivistas é colocado. Mostrei, em seguida, que Joseph Raz reconhece que o problema da *existência das regras* é apenas parte da questão central que o positivismo precisa responder e introduzi a ideia de um *retrato padrão* acerca da relação entre as fontes convencionais do direito e o seu conteúdo. Este retrato foi caracterizado a partir de três teses: a tese da explicação direta; a tese do conteúdo linguístico e, por fim, a tese do atomismo. Das três, indiquei que a tese do conteúdo linguístico é mais importante, tanto para a compreensão das bases do positivismo, quanto para a compreensão dos demais elementos do retrato padrão.

Muito embora Greenberg afirme que o retrato padrão é, em geral, aceito “de forma implícita” e “não reconhecido e não defendido”¹⁸⁹ de forma expressa, Joseph Raz, pelo menos desde a década de 1980, indicou que o debate entre os positivistas e Dworkin estava centrado na defesa ou rejeição de algo próximo do retrato padrão. Raz utilizou a expressão “modelo comunicacional” para se referir ao compromisso básico com uma certa visão de como as fontes

¹⁸⁷ GREENBERG, *The Standard Picture...* op. cit., p. 51.

¹⁸⁸ STAVROPOULOS, *Obligations...* op. cit., p. 76.

¹⁸⁹ GREENBERG, *The Standard Picture...* op. cit., p. 39.

se relacionam ao conteúdo do direito e mostrou que Dworkin, ao longo do desenvolvimento de sua teoria, progrediu de uma aceitação tácita até uma rejeição completa desse modelo. Sobretudo, em *Dworkin: A New Link in the Chain*, Raz divide a teoria de Dworkin em três fases, a partir do “papel das fontes do direito [...] em sua concepção do direito”¹⁹⁰. Em cada uma das fases, Dworkin dá um peso e um papel distinto às fontes, culminando na rejeição radical do modelo comunicacional. Esta rejeição, diante da definição de fonte proposta por Raz em *Legal Sources*, equivale a uma rejeição radical do caráter convencional do direito. O modelo comunicacional, portanto, é a versão do retrato padrão defendida por Raz, e representa um compromisso teórico básico do positivismo. Uma defesa da tese das fontes e do caráter convencional do direito exige, portanto, uma defesa deste modelo. Vejamos, então, como Raz o apresenta.

2.2.1. Nos limites do modelo comunicacional

A primeira fase da teoria dworkiniana corresponde ao período da década de 1960, em que, segundo Raz, Dworkin não estava interessado em construir uma teoria ampla e coerente do direito. Nesta fase, o objetivo de Dworkin era, prioritariamente, oferecer uma crítica ao positivistas, especialmente Hart, baseada no conceito de princípios jurídicos¹⁹¹. No famoso artigo *Modelo de Regras I*, Dworkin citava diversos casos em que Juízes e Tribunais utilizaram, na fundamentação de suas decisões, padrões jurídicos que não tinham a estrutura “lógica” de regras jurídicas. Enquanto estas eram dotadas de *pedigree*, aqueles padrões - recorrentes na argumentação jurídica - não possuíam uma origem baseada num teste estabelecido por uma regra de reconhecimento. Segundo Dworkin, os positivistas não conseguiriam explicar a existência desses padrões¹⁹².

De fato, no Modelo de Regras I Dworkin oferece uma definição do positivismo muito próxima das formulações que vimos acima, propostas por Marmor e Gardner, na qual o conceito de validade jurídica desempenha um papel fundamental. De acordo com Dworkin, a primeira tese chave do positivismo é a de que “o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais usadas pela comunidade direta ou indiretamente para o propósito de determinar quais comportamentos serão punidos ou sancionados pelo poder público”¹⁹³. Estas regras especiais, por sua vez, “podem ser identificadas e distinguidas por critérios especiais, por testes

¹⁹⁰ RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.104.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 1.104-1.105.

¹⁹² DWORKIN, *Taking rights seriously*... op. cit.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 32.

relacionados não com o seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou a maneira pela qual foram adotadas e desenvolvidas”¹⁹⁴. A primeira tese positivista, portanto, é que o direito é composto por regras, e que essas regras se tornam válidas em virtude da sua origem, e não do seu conteúdo. Esta tese deve ser complementada por uma segunda, de acordo com a qual “o conjunto das regras jurídicas válidas exaure o que é ‘o direito’, de modo que se o caso de alguém não está inteiramente coberto por uma tal regra (porque nenhuma parece apropriada, ou porque as que parecem apropriadas são vagas, ou por alguma outra razão), então o caso não pode ser decidido pela ‘aplicação do direito’”¹⁹⁵. Como, então, o caso deve ser decidido? Por meio da criação de uma nova regra para caso, através do exercício do poder discricionário dos juízes.

Numa leitura rápida, Dworkin sugere, a partir das duas teses, que o compromisso teórico básico dos positivistas é com uma tese sobre a validade jurídica. Segundo essa tese, o direito baseado em fontes *exaure* o que entendemos por direito. Tanto é assim que a terceira tese chave do positivismo, segundo Dworkin, é a de que “dizer que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se subsume a uma *regra jurídica válida*”¹⁹⁶. É possível entender Modelo de Regras I, portanto, como uma análise sobre (1) a existência ou não de lacunas no direito (2) e de se os juízes têm ou não discricionabilidade quando não há regra jurídica válida. O próprio Raz, em *Legal Reasons, Sources, and Gaps*, apontou que as questões centrais enfrentadas por Dworkin na sua primeira fase eram as seguintes:

Se o direito é baseado em fontes, o que é o direito em questões não referidas a qualquer fonte? Se uma pessoa tem um direito jurídico apenas se sua existência pode ser traçada de volta a uma fonte jurídica, qual a sua situação se nenhuma fonte confere [esse direito] a ela? É o direito, então, que ele não tem [esse direito]? Esse é o caso mesmo que não haja uma lei (que possa ser descoberta numa fonte) negando a ele esse direito? Existem lacunas no direito? O que significa afirmar que há uma lacuna jurídica numa situação em que o juiz é instruído, pelo direito, a encontrar uma solução (e.g., 'Aja como se você fosse um legislador')?¹⁹⁷.

Modelo de Regras I seria, nesta leitura, um trabalho sobre os limites e a completude do direito, e o argumento central de Dworkin seria “contra a tese dos limites do direito”¹⁹⁸. Não há, nesta fase, uma discussão sobre *qual o direito produzido pelas fontes*, mas sim uma discussão sobre *se há direito que não está baseado, de forma alguma, em fontes jurídicas*. De acordo com Raz, Dworkin aceita a explicação positivista para os casos em que existe uma fonte

¹⁹⁴ DWORKIN, **Taking rights seriously**... op. cit., p. 32.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ *Idem*. grifos meus.

¹⁹⁷ RAZ, **The authority of law**, p. 54.

¹⁹⁸ RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. **The Yale Law Journal**, v. 81, p. 33, 1972, p. 842.

autoritativa e uma regra jurídica derivada desta fonte. É por conta disso que essa primeira fase da crítica de Dworkin não levantava problemas graves para o positivismo. Segundo Raz, grande parte dos princípios citados por Dworkin nos casos analisados nos seus artigos iniciais estava prevista na Constituição americana, de modo que não havia um problema de ausência de *pedigree*, como parecia sugerir a formulação dworkiniana da crítica¹⁹⁹. Mas, mesmo que houvesse, ainda permanecia o fato de que a derivação de regras a partir das fontes seria relativamente não problemática.

Raz também observa que Dworkin parece aderir, com sua ideia de princípios, a uma concepção do direito que inclui não só o direito explícito, mas também o que Raz chama de direito implícito²⁰⁰. Nesta leitura, os princípios seriam parte do direito “implícito”, enquanto as regras formariam o direito explícito de determinada comunidade. Novamente, Raz não vê dificuldades em contornar essa crítica, em especial porque, da forma como ele a apresenta, ela não lança um desafio radical para os positivistas. Quando, ao citarmos princípios jurídicos, nos referimos à existência de um direito “implícito”, temos em mente “o fato familiar de que o direito diz mais do que ele explicitamente afirma, que há mais no seu conteúdo do que é explicitamente dito nas suas fontes, tais como leis e decisões judiciais”²⁰¹. O fato de os princípios não serem explicitamente derivados das fontes sociais não implica que eles não possuam *pedigree* ou que não derivem dessas fontes. É possível que eles correspondam àquela parte do discurso das autoridades que, muito embora não seja explicitamente articulada, faz parte do seu conteúdo por *implicação*. Escreve Raz:

Essa ideia deve ser auto-evidente para qualquer um que conceba o direito como o produto de ações humanas, e particularmente como surgindo de atos comunicativos tais como a promulgação de leis ou julgamento no Tribunal. É uma característica universal da comunicação humana que o que é dito ou comunicado é mais do que o que é que explicitamente afirmado e inclui o que é implicado²⁰²[@raz1986, p. 1.106].

Os princípios, portanto, ou fazem parte direta do conteúdo explícito de um ato comunicacional (hipótese em que devem ser considerados regras mais gerais), ou fazem parte daquilo que é derivado por implicação de uma fonte jurídica. A ideia de implicação, nesse caso,

¹⁹⁹ Essa resposta não é totalmente fiel ao texto de Dworkin. Dworkin deixava claro, em Modelo de Regras I, que os tribunais utilizavam padrões jurídicos não rastreáveis diretamente a fontes jurídicas, e que essa falta de “rastreamento” era uma das diferenças entre os princípios e as regras. Mesmo que algum princípio mencionado pudesse ser encontrado na Constituição, ainda restaria enfrentar o fato de que nem todos os padrões com a estrutura de princípios podem, igualmente, ser identificados desta forma.

²⁰⁰ RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.105.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 1.106.

²⁰² *Idem.*

decorre do fato de que a inteligibilidade das nossas comunicações depende de um “pano de fundo compartilhado” que inclui, também “crenças a respeito da situação de comunicação, que são necessárias para dar sentido ao que foi afirmado pela declaração no seu contexto”²⁰³. Assim, a despeito de o direito ser formado pelo conteúdo comunicacional dos atos de autoridade, há, ainda, a dúvida sobre em que consiste este conteúdo (se apenas aquilo explicitamente *dito*, ou também aquilo *implicado*). Retornaremos a este ponto mais à frente. O fato, pelo momento, é que, a partir dessas observações, Raz conclui que não há distinção lógica entre princípios e regras: “a distinção [...] baseia-se no caráter do ato normativo prescrito. Regras prescrevem atos relativamente específicos; princípios prescrevem atos altamente inespecíficos”²⁰⁴. Além disso, também não há distinção quanto à origem (e, portanto, ao critério de validade) de regras e princípios: ambos derivam de fontes convencionais e, no caso específicos dos princípios, esta derivação pode ser direta ou via implicação. Ao contrário do que Dworkin afirma em Modelo de Regras I, Raz considera que “os princípios jurídicos podem ser válidos precisamente da mesma forma que as regras são”²⁰⁵ de modo que os critérios convencionais de validade são capazes de explicar a existência de ambos os padrões.

Ao invés de lançar um desafio ao positivismo, a ideia de princípios exigia somente um refinamento sobre o conteúdo comunicacional dos atos de autoridade. Nesse sentido, a primeira fase da obra de Dworkin opera - e se baseia - no modelo comunicacional. Para entendermos a existência dos princípios, precisamos, tão somente, compreender de modo mais adequado a comunicação humana. Dado que na nossa comunicação muitas vezes queremos dizer mais do que aquilo que efetivamente dizemos por meio de uma locução, assim também no direito podemos rastrear os princípios às fontes convencionais assumindo que eles derivam, por meio de implicação, do conteúdo comunicado pelas autoridades. Assim, se for verdade que, para Dworkin, os princípios fazem parte da parcela implícita do direito, não existe, nesta fase de sua obra, um desafio radical à ideia mais básica de que o direito é produto de atos de comunicação de autoridades. “Aqueles que consideram o direito como produto da atividade comunicativa na legislação e na tomada de decisão judicial, cujo significado deriva do significado de tais atos que as criaram, acham natural considerar que o direito inclui uma grande porção que está meramente implícita na legislação ou no precedente”²⁰⁶. O fato de os princípios não estarem explicitamente presentes nas fontes do direito – isto é, que eles não derivem do seu conteúdo

²⁰³ RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.106.

²⁰⁴ RAZ, Legal Principles and the Limits of Law... op. cit., p. 838.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 852.

²⁰⁶ RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.106-1.107.

semântico – não significa que eles não estejam implicitamente presentes – isto é, que eles não derivem, por implicação, do seu conteúdo semântico.

2.2.2. Teorias híbridas e o modelo comunicacional

O ponto importante desta exposição inicial de Raz é a ideia do direito como produto de atos de comunicação. Raz chama essa ideia básica de *modelo comunicacional do direito*. Ela consiste na crença de que os atos que criam o direito são atos comunicacionais e que, portanto, o conteúdo do direito equivale ao conteúdo dessas comunicações. Se admitimos que a comunicação humana inclui não só aquilo que é expressamente afirmado, mas também um conjunto implícito de implicações, então podemos admitir, no mesmo passo, que o direito inclui tanto uma parte explícita quanto uma parte implícita. Raz reconhece que Dworkin tem razão ao apontar que a regra de reconhecimento não possui, e dificilmente poderia possuir, um teste para identificação do direito implícito. O ponto, no entanto, é que esta não é sua função. Aqui, Raz faz uma observação importante sobre o próprio conceito de regra de reconhecimento. Segundo ele, o papel da regra de reconhecimento não é entender o que é o direito criado pelos atos de comunicação. Seu papel não é fornecer testes para identificar o conteúdo do direito, mas antes quais atos são capazes de criá-lo. Nesse sentido, Raz afirma:

Esperar que a regra de reconhecimento inclua critérios para a identificação do direito implicado é entender mal sua função. Em certo sentido, ela não contém nem mesmo critérios para a identificação do direito explícito. Tudo que ela faz, e tudo que ela pretende fazer, é identificar quais atos são atos de legislação e quais atos configuram a prolação de decisões judiciais vinculantes, ou, de maneira mais geral, que atos criam o direito. A regra de reconhecimento não ajuda a entender qual é o direito assim criado, seja ele afirmado ou implicado²⁰⁷.

A regra de reconhecimento identifica quais são as fontes do direito, mas não identifica e nem oferece testes para a identificação do próprio conteúdo do direito. Para isso, “é necessário a habilidade geral de interpretar declarações linguísticas, bem como o pano de fundo específico de informações necessárias para interpretar os atos criadores de direito em qualquer sociedade sob análise”²⁰⁸.

Raz desloca o problema do debate – que estava presente no Modelo de Regras I – da regra de reconhecimento para as próprias fontes do direito. Não há problemas em se admitir que os princípios não possuem *pedigree*, no sentido de não passarem num teste previsto por

²⁰⁷ RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.107.

²⁰⁸ *Idem*.

uma regra social de reconhecimento. O ponto importante é explicar quais direitos e obrigações foram criados por essas fontes. Tendo em vista que as fontes do direito são, essencialmente, atos comunicacionais, a questão relevante é como interpretar o conteúdo linguístico desses atos, de forma a se estabelecer o que eles contêm tanto explícita quanto implicitamente. É a isto que Raz se refere quando apresenta o “modelo comunicacional do direito”. Mais do que saber se os princípios possuem “pedigree”, o ponto relevante é saber se eles estão incluídos no conteúdo linguístico dos atos comunicacionais de autoridade, tendo em vista que esse conteúdo pode, também, conter elementos implícitos capazes de explicar esses padrões jurídicos. Em outras palavras: a regra de reconhecimento explica quais são as fontes do direito e o modelo comunicacional explica que normas essas fontes criaram.

De fato, quando o problema colocado pela existência de princípios jurídicos é formulado a partir da distinção entre direito explícito e implícito, não há dificuldades para o modelo comunicacional. Na leitura de Raz, Dworkin, nesta primeira fase, não colocava em dúvidas a ideia de que o direito é produto dos atos de comunicação das autoridades. Este ponto só vai ser efetivamente contestado no que Raz chama de segunda fase da teoria de Dworkin, representada pelo artigo *Hard Cases*. Nele, já não há mais discussão sobre direito implícito, e sim sobre a distinção crucial entre direito “baseado em fontes” e direito “não baseado em fontes”. Para Raz, *Hard Cases* marca um novo ponto no desenvolvimento do pensamento de Dworkin que não envolvia mais a explicação para uma parte implícita do direito. O ponto agora era que o “teste” para identificação do conteúdo do direito proposto por Dworkin incluía mais do que o direito explícito ou implicitamente derivado dos atos comunicacionais das autoridades.

Nesta segunda fase, Dworkin continua a atribuir um lugar de destaque às fontes jurídicas, não oferecendo nenhuma alternativa ao método hartiano da regra de reconhecimento para identificá-las²⁰⁹. Sobretudo, Dworkin não coloca em questão que o direito inclui todo o direito gerado por estas fontes, pelo que Raz quer dizer tanto o direito implícito quanto direito explícito. O ponto fundamental é que, agora, “o direito não baseado em fontes inclui não o que é implicado pelas fontes do direito, mas o que coere com ele, i.e., todas as outras implicações da moralidade política que justificam o direito baseado em fontes de acordo com o teste da questão central”²¹⁰. A questão central a que Raz se refere neste trecho é apresentada por Dworkin, em *Hard Cases*, da seguinte forma: “assumindo-se que todas as leis já feitas por estas

²⁰⁹ RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.108.

²¹⁰ *Idem*.

fontes que ainda estão em vigor foram feitas por uma pessoa, em uma ocasião, em conformidade com uma moralidade política completa e consistente, qual é essa moralidade?”²¹¹.

O recurso à questão central vai além do mero reconhecimento de que o conteúdo de um ato de comunicação inclui mais do que aquilo que ele explicitamente comunica. Este era o problema colocado pela primeira fase da crítica dworkiniana. Agora, não se está mais falando das implicações comunicacionais dos atos das autoridades, mas de uma “reconstrução racional hipotética” do “significado” das fontes do direito²¹². Essa reconstrução permite que o direito inclua uma parcela significativa de direitos e obrigações que não foram criados, nem explícita nem implicitamente, por atos de autoridade. A interpretação linguística das fontes era capaz de identificar o conteúdo do direito criado pelas fontes do direito. Ela não era mais capaz de identificar a parcela do direito que não derivava, por via da determinação do conteúdo comunicacional, dessas fontes. Sobre essa mudança na teoria de Dworkin, Raz afirma:

Hard Cases mudou nossa compreensão da direção do ataque de Dworkin à Hart e ao positivismo em geral. Não é, ou não é mais, uma crítica à noção de regra de reconhecimento como um meio de identificar fontes do direito [...] Ele oferece, de fato, uma teoria em dois níveis: o direito consiste no que as fontes jurídicas diretamente tornam direito, e tudo o mais que coere com esta parte do direito na forma explicada acima²¹³.

Na leitura de Raz, a regra de reconhecimento não é mais um ponto de controvérsia. Dworkin admite, segundo ele, que ela estabelece critérios convencionais de validade jurídica. O ponto central é que, nesta segunda fase, Dworkin põe em xeque a extensão do modelo comunicacional, na medida em que admite a existência de uma parcela do direito que não é produto direto, ou mesmo indireto, dos atos de comunicação das autoridades. Para Raz, Dworkin defende, nesta segunda fase, “uma teoria híbrida: um modelo comunicacional para o direito baseado em fontes, e um modelo coerentista para o resto. As fontes do direito devem ser interpretadas de acordo com o modelo comunicacional para identificar o direito baseado em fontes. O direito é, então, utilizado como a base para o teste coerentista que identifica o restante do direito”²¹⁴. Na medida em que assume que o modelo comunicacional explica pelo menos uma parcela do direito (aquela derivada das fontes), esta segunda fase da crítica põe em xeque o escopo do modelo (ele não se aplica a todo o direito, embora se aplique a uma parcela dele), e não a sua viabilidade teórica em si mesma.

²¹¹ DWORKIN, *Taking rights seriously...* op. cit., p. 81.

²¹² RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.108.

²¹³ *Ibid.*, p. 1.109.

²¹⁴ *Idem.*

Raz chega a essa conclusão ao observar que, ao construir sua *tese dos direitos*, Dworkin concentra-se em direitos jurídicos (modalidades de direitos políticos institucionais) em casos em que o texto das regras aparentemente aplicáveis é controverso. No exemplo da interpretação de uma constituição escrita, por exemplo, o caso envolve uma lei que concede transporte escolar gratuito para crianças em escolas paroquiais, e a questão é saber se esta lei viola a liberdade religiosa instituída na Constituição Americana. O caso é difícil porque, segundo Dworkin, "as palavras do dispositivo constitucional podem apoiar qualquer visão"²¹⁵. No mesmo sentido, o exemplo de interpretação legislativa oferecido – uma lei que torna crime federal o transporte interestadual de qualquer pessoa confinada, seduzida, aliciada, sequestrada ou raptada – envolve uma incerteza sobre a aplicação da regra, formulada no seu sentido convencional, a um caso específico. Os dois exemplos parecem sugerir, portanto, que não há dúvidas sobre quais direitos são instituídos por dispositivos constitucionais ou legais de formulação textual clara -- o que, na visão de Raz, é, na prática, uma adesão parcial ao modelo comunicacional.

Se a primeira crítica de Dworkin poderia ser contornada admitindo-se que as implicações dos atos comunicacionais de autoridade fazem parte do conteúdo desses atos, esta segunda crítica exigia dos positivistas uma resposta que se concentrasse na suposta parcela do direito não baseada em fontes. Para aquela parte do direito derivada das fontes sociais, portanto, é inquestionável que o conteúdo dos atos comunicacionais de autoridade equivale ao conteúdo do direito. Em sua famosa defesa do positivismo exclusivo em *Authority, Law and Morality*, Raz apresenta a posição de Dworkin através desta teoria híbrida. Segundo a tese da coerência, que Raz apresenta e critica no artigo, “o direito consiste no direito baseado em fontes, em conjunto com a justificação moral mais adequada do direito baseado em fontes”²¹⁶. Nesta formulação, o teste moral proposto pelo método interpretativo de Dworkin oferece um conjunto adicional de direitos e obrigações. Para positivistas como Raz essa parcela não-baseada em fontes, que Dworkin crê ser parte do direito, na verdade não é. No entanto, ambos admitem a parcela do direito baseada em fontes, e compartilham, neste ponto, a ideia de que essa parcela pode ser explicada com base no modelo comunicacional. Esta teoria híbrida, que Raz atribui a Dworkin, é chamada por Stavropoulos de “interpretativismo híbrido” ou “não puro”. Segundo ele,

²¹⁵ DWORKIN, *Taking rights seriously*... op. cit., p. 131.

²¹⁶ RAZ, *Ethics*... op. cit., p. 211.

para o interpretativismo híbrido, o conjunto de normas institucionalmente válidas - as normas determinadas pelo que as instituições disseram - forma a base interpretativa. A interpretação é um tipo de processamento moral destas normas. Interpretar é avaliar as normas constituídas pela comunicação institucional e ajustar o conjunto para torná-lo mais atrativo de alguma forma - fazer com que ele melhor se conforme ao point abstrato da prática jurídica com base no qual ela deve ser interpretada. O interpretativismo híbrido é, então, a tese segundo a qual o input institucional no processo interpretativo - o que as instituições disseram - não produz sozinho o conjunto final e completo de normas juridicamente válidas. Ao invés disso, o conjunto final de normas válidas é o output do processo. O conjunto final toma como um input adicional certos fatos morais. Ainda assim, a contribuição de cada tipo de input permanece distinta. Cada episódio de comunicação institucional, em si mesmo, cria uma norma institucionalmente válida, a qual fica disponível para escrutínio interpretativo. O interpretativista híbrido considera como determinado, sem referência a quaisquer fatos normativos morais ou substantivos, como as contingências da prática institucional contribuem para o direito: ele se vale da explicação ortodoxa daquele mecanismo²¹⁷.

Na citação acima, o que Stravropoulos chama de explicação ortodoxa é o mesmo que Raz chama de modelo comunicacional. Esse modelo sustenta que os atos de comunicação das autoridades (ou instituições) são o conteúdo do direito. Não há, portanto, um intermediário explicativo entre o conteúdo comunicacional do que as autoridades disseram ou fizeram e o conteúdo do direito por elas criado. Pode ser questionável como determinar o conteúdo comunicacional de tais atos. Isso leva, contudo, a um problema de identificação do direito implícito. Não há dúvida, no entanto, que, para o direito baseado em fontes, o que as autoridades disseram é o direito ou, em outras palavras, que o que elas dizem e fazem produz, diretamente, normas jurídicas válidas. A divergência entre Raz e a segunda fase do pensamento de Dworkin envolve uma disputa sobre o direito não baseado em fontes, e não sobre o direito baseado em fontes, que seria explicado em termos do modelo comunicacional.

2.2.3. O problema central: a rejeição do modelo comunicacional

Após apresentar esta segunda fase, Raz afirma, de modo breve, que nos últimos trabalhos de Dworkin a própria validade do modelo comunicacional é posta em dúvidas. Para ele, em parte dos artigos coligidos em *A Matter of Principle*, Dworkin mostra uma vontade de “superar a abordagem híbrida e abandonar completamente o modelo comunicacional (...) em

²¹⁷ STAVROPOULOS, Legal Interpretivism... op. cit.

favor de uma teoria coerentista do direito baseado em fontes bem como do direito não baseado em fontes”²¹⁸. Muito embora Raz não explore em detalhes este ponto, o reconhecimento desta terceira fase levanta uma questão ainda mais fundamental do que a discussão sobre se há normas jurídicas não baseadas em fontes sociais. Com efeito, a teoria coerentista radical a que Raz se refere rejeita que o modelo comunicacional seja capaz de explicar inclusive direito baseado em fontes. Mesmo quando há uma fonte do direito e quando podemos identificar o conteúdo comunicacional de um ato de determinada autoridade legislativa (por exemplo, através da identificação do conteúdo semântico de um texto), esse conteúdo *não* é, necessária e diretamente, o conteúdo do direito. Só após a aplicação de um teste coerentista (de interpretação construtiva) é que se pode obter, a partir das fontes sociais, o conteúdo de direitos e obrigações criados por ela. Esta mudança desloca a disputa tanto do problema das condições de validade jurídica (foco da primeira fase do trabalho de Dworkin) quanto de uma teoria dos casos controversos (foco da segunda fase): se rejeitamos o modelo comunicacional, mesmo nos casos aparentemente fáceis o direito não é o resultado direto de atos comunicacionais de autoridades. Neste sentido, não existem diferenças entre casos fáceis e casos difíceis uma vez que, em todos eles, o direito será produto de um teste coerentista aplicado às fontes do direito e não do conteúdo comunicacional, ainda que claro, destas fontes. Enquanto Hermes estava presente nas duas primeiras fases, é Hércules quem entra em cena nesta terceira fase do pensamento de Dworkin.

Construir os detalhes desta “teoria coerentista radical”, no entanto, exige enfrentar diretamente o modelo que Dworkin passa a rejeitar por completo. É por conta disso que não analisarei, neste momento, a teoria que Dworkin desenvolve a partir de *A Matter of Principle* e nos seus trabalhos posteriores (exemplos do que Raz chama de terceira fase de seu pensamento). Na verdade, apresentar uma teoria que rejeite o modelo comunicacional, a partir dos trabalhos de Dworkin, é, exatamente, a parte final desta tese. Antes contudo, é preciso articular, em mais detalhes, quais razões podem ser oferecidas em defesa do modelo comunicacional. Ainda que muitos positivistas o assumam de forma implícita, alguns autores, como Raz e Marmor, oferecem argumentos positivos em seu favor. Precisamos apresentá-los antes de passar às críticas que podem ser feitas a eles.

2.3. AUTORIDADE E COMUNICAÇÃO

²¹⁸ RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.112.

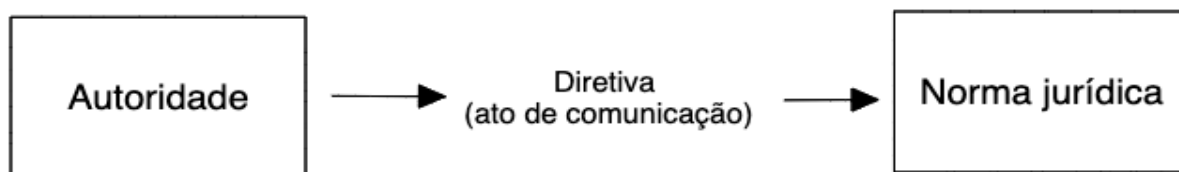
Nos tópicos anteriores, vimos que o modelo comunicacional é um termo mais específico utilizado para se referir aos compromissos teóricos do que Greenberg chamou de “retrato padrão”. Vimos, também, que Raz reconstrói a teoria de Dworkin, e o seu próprio diálogo com ela, a partir de uma gradativa rejeição do modelo comunicacional. Mas o que exatamente o modelo propõe, e por que deveríamos adotá-lo?

Quando introduzi a ideia de retrato padrão, expliquei que, para Greenberg, seus elementos centrais derivam da adesão implícita de muitos autores (em especial positivistas) a um *paradigma do comando*: o paradigma segundo o qual o direito é produto daquilo que uma determinada autoridade disse, e torna-se direito justamente porque a autoridade *disse aquilo*. Mas falar de comando vai de encontro a uma das principais contribuições de Hart em *The Concept of Law*. Na obra, ele mostrou, justamente, a variedade das leis existentes e a impossibilidade de que sejam reduzidas a um mesmo tipo. Na teoria contemporânea do direito, não é a ideia de comando, mas a ideia de *autoridade* que explica a aceitação do modelo comunicacional (ou do que Greenberg chamou de retrato padrão). A lógica é a seguinte. Instituições (como aquelas criadas pelas regras secundárias de Hart) criam, modificam e extinguem direitos e obrigações, e fazem isso, sobretudo, através da comunicação. Eis como Stavropoulos descreve a visão tradicional deste mecanismo de criação do direito:

Quando uma instituição aprova uma lei ou adota uma regulamentação, deve-se entender que ela está transmitindo uma norma (um padrão que exige ou permite alguma ação) ou, mais precisamente, que ela está transmitindo a intenção da instituição de criar, com o ato de transmitir a intenção, uma norma com o conteúdo especificado. Do ponto de vista da instituição, esse ato de comunicação sempre tem o poder de uma ordem vinculante que os sujeitos devem obedecer e cria uma norma vinculante, ou seja, os sujeitos devem tomar a ação especificada. As normas produzidas pela comunicação institucional assim entendida (e possivelmente também as normas que as instituições consideram e endossam tacitamente em suas práticas costumeiras) são normas válidas do sistema e compõem todo o conteúdo do direito. Um direito ou obrigação jurídica existem quando e em virtude do fato de que uma norma que faz parte do direito assim entendido a concede ou impõe, portanto, em última instância, em virtude do fato de alguma instituição ter dito isso.²¹⁹

O mecanismo de criação de normas descrito por Stavropoulos pode ser visualizado no esquema a seguir (Figura 1):

²¹⁹STAVROPOULOS, Legal Interpretivism... op. cit.

Figura 1 - Processo comunicacional de criação de normas**Figura 1**

Fonte: Elaborado pelo autor.

A Figura 1, acima, procura ilustrar a forma como, no paradigma da autoridade, as normas são criadas. De acordo com esse paradigma, as autoridades produzem diretivas, que são atos de comunicação tendo por destinatários as pessoas a elas submetidas. Essas diretivas, por sua vez, criam normas jurídicas de modo direto, e cada norma jurídica equivale ao conteúdo da diretiva enunciada pela autoridade. Um sistema jurídico, entendido como um conjunto de normas, nada mais é do que um conjunto de *diretivas*, e seu conteúdo total equivale a soma do conteúdo comunicacional de cada uma delas. Fica claro que, nesta explicação simples, a noção de autoridade desempenha um papel decisivo. E, de fato, é por conta do conceito de autoridade que Raz (e, depois dele, Marmor) subscreve ao modelo comunicacional: aceitar que o direito reivindica autoridade implica, conceitualmente, aceitar que ele cria normas por meio do mecanismo de comunicação visto acima. Precisamos, então, compreender o conceito de autoridade para que possamos entender o modelo comunicacional. Raz foi o autor que melhor o articulou e será, portanto, a referência teórica para a exposição a seguir.

2.3.1. O conceito de autoridade prática e o exemplo do árbitro

Existem, de acordo com Raz, dois tipos de autoridade: práticas e teóricas²²⁰. As diretivas de uma pessoa que possui autoridade prática são razões para ação, enquanto as diretivas de alguém que possui autoridade teórica são razões para crença. Quando falamos do direito, é o conceito de autoridade prática que se torna relevante. A ideia de que autoridades práticas fornecem razões para ação, contudo, não é suficiente, já que não só autoridades têm esta capacidade. “A afirmação sincera de qualquer pessoa pode ser uma razão para acreditar, e o pedido de qualquer pessoa pode ser uma razão para agir”²²¹. Como diferenciar diretivas

²²⁰ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 211.

²²¹ *Ibid.*, p. 212.

dotadas de autoridade de simples pedidos? “O que distingue diretivas dotadas de autoridade”, responde Raz, “é o seu especial estatuto peremptório”²²². Tanto em *The Morality of Freedom* quanto em *Authority, Law, and Morality*, Raz explica o caráter peremptório de uma diretiva dotada de autoridade pedindo-nos para imaginar a seguinte situação hipotética.

Imaginemos o caso de duas pessoas envolvidas em determinada disputa (a respeito, digamos, dos termos de um contrato que ambas assinaram). As duas decidem, então, escolher um árbitro para decidir a controvérsia. Como Raz nota, o árbitro tem autoridade sobre elas, porque ambas concordaram em aceitar e seguir sua decisão sobre o caso. A decisão do árbitro é, para elas, uma razão para agir e as duas devem agir conforme o árbitro determinar justamente porque foi isso que o árbitro determinou. Ocorre que essa razão (fornecida pela decisão final) relaciona-se às razões que se aplicam ao caso e que estavam presentes antes de ele ter sido levado ao árbitro. Ela não é uma razão a mais e independente que deve ser considerada em conjunto com as demais razões que já se aplicavam ao caso. Escreve Raz: “a decisão do árbitro deve estar baseada nas outras razões, resumi-las e refletir sua solução”²²³. A decisão do árbitro não é uma razão independente das demais, que deve ser colocada lado a lado com elas. Esse seria o caso na situação em que pretendo ir ao cinema, mas descubro que irá chover. Aqui, a informação sobre a chuva acrescenta uma razão que deve ser colocada lado a lado às demais razões favoráveis ou contrárias à minha ida ao cinema. A decisão do árbitro opera de outra forma. Ela deve refletir as razões que se aplicam aos sujeitos e representar o que, para o árbitro, seria a solução do conflito entre elas. Raz chama de “razões dependentes” as razões envolvidas nesta situação: as razões que se aplicam diretamente ao caso e a razão contida na decisão do árbitro que deve decidir levando-se em conta aquelas razões.

A decisão do árbitro objetiva substituir as razões das quais ela depende. Quando as partes concordaram em submeter sua disputa à decisão de um árbitro, elas concordaram, pelo menos naquele caso, em seguir o julgamento do árbitro ao invés de seguirem o que pensariam ser a melhor solução para ele (de acordo com o equilíbrio de razões). Assim, além de procurar refletir as razões que se aplicam ao caso, a decisão do árbitro também deve substituí-las. Raz chama uma razão desse tipo de razão peremptória [*preemptive*]²²⁴. Esquemáticamente, teríamos a seguinte situação: chamemos de R o conjunto de razões {r1, r2 e r3} que se aplicam ao caso. A decisão do árbitro sobre a controvérsia, D, deve refletir o julgamento do árbitro sobre R (e não sobre um conjunto R' formado por {r4, r5 e r6}). Contudo, D não deve ser somada ao

²²² RAZ, *Ethics*... op. cit., p. 212.

²²³ RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 41.

²²⁴ RAZ, *Ethics*... op. cit., p. 213.

conjunto R para formar um conjunto Rx composto por {r1, r2, r3 e D} a respeito do qual as partes devem formar um julgamento. Cada parte pode ter uma visão do equilíbrio das razões de R, mas, uma vez que concordaram em seguir a decisão do árbitro, devem, na ausência de outras razões, seguir D. A qualificação aqui é importante porque, como Raz observa, a afirmação de que a decisão do árbitro é dotada de autoridade não significa que sua palavra seja uma razão absoluta que deve ser obedecida custe o que custar. A decisão do árbitro pode ser questionada e desafiada em determinadas circunstâncias (por exemplo, se ele tiver sido subornado, se tiver tomado sua decisão enquanto estava alcoolizado ou caso surja uma nova e forte evidência não levada em conta no momento da decisão). O ponto fundamental, aqui, é que as razões que poderiam ter sido levadas em conta para justificar a ação *antes* da decisão do árbitro não podem mais ser levadas em conta uma vez que a decisão foi tomada²²⁵. No nosso esquema: D não pode ser desafiada com base em r1, r2, r3 ou no que uma das partes julga ser o correto equilíbrio das razões que compõem o conjunto de razões R.

Dependência e preempção são dois aspectos importantes de uma típica relação de autoridade (ilustrada aqui pela situação do árbitro). Ambos se relacionam da seguinte maneira: como a decisão do árbitro deve estar baseada nas razões que se aplicam ao caso (no esquema, em r1, r2 e r3), às partes não é mais dado levá-las em conta para decidir como agir. A tarefa de avaliar que ação é apoiada pelo equilíbrio de razões entre r1, r2 e r3 foi transferida para o árbitro. Se, mesmo com sua decisão, as partes ainda decidissem com base no que julgam ser o correto curso de ação apoiado pelo equilíbrio de r1, r2 e r3, elas “frustrariam o *point* e propósito da arbitragem”²²⁶. Raz não expande o argumento neste ponto para explicar em que medida a não-atribuição de um caráter peremptório à decisão do árbitro frustra o propósito da arbitragem. Em *The Morality of Freedom*, contudo, ele oferece uma explicação baseada na ideia de “contagem dupla”.

As razões que formam o conjunto R e a decisão D baseada nestas razões são “razões dependentes”. Portanto, r1, r2 e r3 justificam (em parte) a razão fornecida por D. É bem possível que o equilíbrio das razões que compõem R já favorecessem D, de modo que esta seria a ação requerida com ou sem a decisão do árbitro. Contudo, ao considerarmos o peso e o estatuto das razões para ação no caso, as razões para a diretiva não podem ser acrescentadas à própria

²²⁵ RAZ, *The morality of freedom...* op. cit., p. 42.

²²⁶ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 213; "(...) *there is no point in having authorities unless their determinations are binding even if mistaken (...) The whole point and purpose of authorities (...) is to pre-empt individual judgment on the merits of a case, and this will not be achieved if, in order to establish whether the authoritative determination is binding, individuals have to rely on their own judgments of the merits*". RAZ, *The morality of freedom...* op. cit., p. 47–48.

diretiva. “Ou a diretiva ou as razões para considerá-la vinculante devem ser contadas, mas não ambas. Fazer o contrário é ser culpado de contagem dupla”²²⁷. D já sumariza as razões contidas em R. Se considerássemos ela uma razão adicional (e não uma razão peremptória), contaríamos duas vezes as mesmas razões aplicáveis ao caso. Este é o problema da contagem dupla que explica por que a decisão do árbitro deve substituir as razões de primeira ordem diretamente aplicáveis ao caso, e não ser acrescentada e elas como mais uma razão de mesmo tipo.

É importante observar, no entanto, que não é necessário que as partes renunciem totalmente a qualquer tipo de julgamento ou a formar qualquer opinião sobre o caso. A ideia de renúncia de julgamento foi exposta por H.L.A. Hart da seguinte maneira:

o comandante tem caracteristicamente a intenção de que seu ouvinte tome a vontade do comandante ao invés de sua própria como um guia para ação e, assim, coloque-o no lugar de qualquer deliberação ou raciocínio próprios: a expressão da vontade do comandante (...) procura impedir ou barrar qualquer deliberação independente pelo ouvindo sobre os méritos de praticar o ato²²⁸.

Raz rejeita esta caracterização da relação de autoridade. Segundo ele, o que conta de verdade, do ponto de vista da pessoa detentora de autoridade, é como o sujeito *age*, e não como ele pensa. O que é necessário é que as partes ajam conforme a decisão do árbitro, e não que se abstenham de deliberar sobre o caso ou formar alguma opinião a respeito das razões que se lhes aplicam ou mesmo sobre a própria decisão da autoridade. “A reflexão sobre os méritos das ações requeridas pela autoridade não é automaticamente proibida por qualquer diretiva dotada de autoridade”²²⁹. Raz conclui:

Não há razão para alguém conter seus pensamentos ou suas reflexões sobre as razões que se aplicam ao caso, nem estão eles necessariamente proibidos de criticar o árbitro por ter ignorado certas razões ou por ter sido enganado sobre sua importância. É meramente a ação por alguma dessas razões que está excluída²³⁰.

Mas, mesmo que admitamos que a noção de autoridade não exclui por completo a possibilidade de julgamento e reflexão dos sujeitos sobre o mérito das razões que se aplicam ao caso, não teríamos que admitir que a própria ideia de autoridade viola a ideia de autonomia? Se as partes, no nosso caso, são obrigadas a agir contra o que consideram ser o correto equilíbrio das razões, elas não estão violando o princípio de autonomia que determina que devemos agir

²²⁷ RAZ, *The morality of freedom*... op. cit., p. 58.

²²⁸ HART, H. L. A. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 39.

²²⁹ RAZ, *The morality of freedom*... op. cit., p. 39.

²³⁰ RAZ, *Ethics*... op. cit., p. 213.

com base no que consideramos ser o correto equilíbrio das razões? A resposta de Raz é negativa e para entendermos o porquê devemos introduzir uma distinção entre razões de primeira ordem e razões de segunda ordem.

A ideia de razão de primeira ordem é bastante simples e intuitiva: é qualquer razão para que um sujeito *p* faça algo. O fato de estar chovendo é uma razão para que eu leve um guarda-chuva caso saia de casa. Além de razões de primeira ordem, contudo, existem razões de segunda ordem. Uma razão de segunda ordem é uma razão para agir com base em uma razão ou para evitar agir com base em uma razão²³¹. Uma razão para evitar agir com base em determinada razão é chamada por Raz de uma “razão exclusionária”. Ao agirem com base na decisão do árbitro, as partes na nossa situação hipotética acreditam que possuem uma razão exclusionária para não agir com base nas razões de primeira ordem que se aplicam ao seu caso. Se o equilíbrio das razões de primeira ordem *r*₁, *r*₂ e *r*₃ entrar em conflito com a razão oferecida em *D* (uma razão exclusionária), a questão será decidida com base num “princípio do raciocínio prático”²³² que determina que as razões exclusionárias sempre prevalecem quando entram em conflito com razões de primeira ordem²³³.

Só seria verdade que obedecer a uma autoridade viola o princípio da autonomia se só existissem razões de primeira ordem. De acordo com o “princípio da autonomia”, “a razão nunca justifica abandonar a própria autonomia, isto é, o direito e dever de agir com base no julgamento do que deve ser feito, *considerando-se todas as coisas*”²³⁴. Isto não significa, contudo, que não existam, nem possam existir, razões exclusionárias válidas. Se consideramos que é possível existir esse tipo de razão, elas obviamente devem ser incluídas num julgamento sobre o equilíbrio de razões que considere todas as coisas. Agir com base no equilíbrio de razões não significa agir exclusivamente com base no equilíbrio de razões de primeira ordem. Razões de segunda ordem, em geral, e exclusionárias, em particular, podem entrar no raciocínio e prevalecer por tipo diante das razões de primeira ordem. Isso não viola o raciocínio autônomo exigido pelo princípio da autonomia, já que elas são razões igualmente válidas, ainda que de tipo distinto.

²³¹ RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Repr. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 39.

²³² *Ibid.*, p. 40.

²³³ Razões exclusionárias podem ceder e ser superadas por outras razões já que, além de uma razão exclusionária, *D* também é uma razão de primeira ordem para agir com base no que ela determina *Ibid.*, p. 58–59.

²³⁴ RAZ, **The Authority of Law...** op. cit., p. 27.

2.3.2. Três teses sobre a autoridade

Com a análise anterior em mãos, devemos agora analisar se as características presentes na relação de arbitragem são características das autoridades em geral, ou se representam apenas características típicas de uma relação de autoridade específica (a relação de arbitragem). Raz está ciente desta dificuldade. Escreve ele:

Pode-se pensar, por exemplo, que o árbitro é típico de autoridades decisórias, e o que poderíamos chamar de autoridades legislativas diferem deles (...) Autoridades decisórias, alguém poderia dizer, são precisamente aquelas em que o papel da autoridade é julgar quais são as razões que se aplicam aos seus sujeitos e decidir de acordo com isso, i.e., suas decisões objetivam meramente declarar o que deve ser feito em qualquer caso. Uma autoridade legislativa, por outro lado, é uma cujo trabalho é criar novas razões para aqueles sujeitos e ela, i.e., razões que são novas não meramente no sentido de substituir outras razões das quais dependem, mas em não pretender substituir razão nenhuma. Se entendermos “legislativo” e “decisório” de maneira ampla, a objeção prossegue, todas as autoridades práticas pertencem a pelo menos um desses tipos. Conceder-se-á, é claro, que autoridades legislativas agem por razões. Mas as suas são razões que se aplicam a elas e que não dependem de, i.e., não se destinam a refletir, razões que se aplicam aos sujeitos a elas²³⁵.

O problema envolvido neste ponto é o seguinte: Raz estabeleceu que uma alegação de autoridade legítima está presente onde quer que haja direito ou sistema jurídico, e queremos utilizar o conceito de autoridade para compreender a natureza do direito. O exemplo do árbitro foi utilizado como estratégia argumentativa para iluminarmos aspectos importantes da nossa concepção de autoridade. Ocorre que, se os aspectos salientes da situação do árbitro não forem aspectos gerais do conceito de autoridade, é possível que as características ali presentes ocorram em outras autoridades, mas não em todas, e o direito pode bem ser uma das autoridades que pertencem a uma categoria distinta de autoridade prática. Raz não explora este ponto em detalhes (e teremos que voltar a ele mais a frente). Após reconhecer a possibilidade de que a situação do árbitro seja um caso específico de autoridade cujas características podem não ser generalizáveis, Raz contenta-se em afirmar o seguinte:

A aparente atração da distinção acima [entre autoridades legislativas e decisórias] é, no entanto, enganosa. Considere uma Lei do Parlamento impondo aos pais um dever de sustentar seus filhos pequenos. Os pais possuem tal dever independentemente dessa lei, e é apenas porque eles o tem que a lei é justificada²³⁶.

²³⁵ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 213.

²³⁶ *Ibid.*, p. 214.

A explicação acima sugere que a suposta distinção apontada por Raz anteriormente na verdade não existe. Autoridades legislativas, assim como autoridades decisórias, avançam diretivas que possuem tanto o caráter de dependência em relação às razões que se aplicam à determinada situação, quanto de preempção (a lei editada pelo Parlamento é uma razão dependente em relação às razões de primeira ordem para que os pais cuidem dos seus filhos, bem como uma razão peremptória, pois destinada a substituir o julgamento dos pais a respeito do equilíbrio de razões de primeira ordem sobre a questão). As características salientes identificadas por Raz no exemplo do árbitro seriam, então, características gerais das autoridades práticas e, analisada de maneira adequada, a alegada autoridade de um Parlamento ou Congresso possui os mesmos traços de dependência e preempção presentes no exemplo da arbitragem.

Esclarecido este ponto, Raz pode oferecer uma concepção geral de autoridade partindo da análise da situação do árbitro. Ele resume esta concepção em três teses fundamentais: as teses da dependência, da preempção e da justificação normal²³⁷.

- a) **Tese da Dependência:** todas as diretivas dotadas de autoridade devem estar baseadas, entre outros fatores, nas razões que se aplicam aos sujeitos daquela diretiva e que dizem respeito às circunstâncias abrangidas por ela. Raz chama estas razões (tanto as de primeira ordem aplicáveis às circunstâncias do caso, quanto a diretiva dotada de autoridade nelas baseada) de “razões dependentes”.
- b) **Tese da preempção:** o fato de que uma autoridade requer a prática de uma ação é uma razão que não deve ser adicionada às demais razões relevantes no momento de se avaliar o que se deve fazer, mas, ao invés disso, deve substituí-las (no todo ou parcialmente).
- c) **Tese da justificação normal:** para que algo ou alguém possa ser reconhecido como uma autoridade, o sujeito das suas diretivas deverá ter mais chances de conformar-se às razões que se aplicam a ele (além, é claro, das razões da própria diretiva) se ele aceitar as determinações da suposta autoridade como vinculantes e tentar segui-las, do que se tentar, ele mesmo, seguir as razões de primeira ordem que se aplicam diretamente ao seu caso. Em outras palavras, a autoridade estará justificada se for mais provável que o seu julgamento do equilíbrio das razões que se aplicam ao caso seja correto do que o julgamento do próprio sujeito das suas diretivas.

²³⁷ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 214.

As três teses combinadas formam o que Raz chamou de concepção da autoridade como “serviço” (*service conception of authority*)²³⁸. As duas primeiras teses (da dependência e da preempção) apenas generalizam as duas características mais fundamentais presentes no caso do árbitro. A novidade na concepção geral de autoridade de Raz é a tese da justificação normal. No exemplo da arbitragem, o acordo entre as partes para levar o seu caso ao árbitro foi responsável por estabelecer a relação de autoridade. A tese da justificação normal substitui a necessidade desse acordo e estipula uma condição para a justificação de uma autoridade. Esta condição está diretamente ligada ao papel essencial que Raz atribui a todas as autoridades: elas devem servir como mediadoras entre as pessoas e as boas razões que se aplicam a elas²³⁹. A autoridade deve julgar e se pronunciar sobre que os indivíduos devem fazer de acordo com as boas razões. Esta autoridade deverá ser reconhecida se ela estiver numa posição mais favorável do que o próprio indivíduo para avaliar o equilíbrio dessas.

Uma autoridade estará justificada se passar nos testes contidos da tese da dependência e da justificação normal. A diretiva da autoridade, para ser moralmente legítima, deverá refletir as razões de primeira ordem que se aplicam ao caso (e não meramente ser apresentada como se refletisse) e a autoridade deve estar numa posição em que sua diretiva tem mais chances de refletir o correto equilíbrio de razões do que o julgamento isolado do indivíduo. Se as duas condições estiverem presentes, a preempção será não apenas alegada, mas estará também justificada e o indivíduo a quem a autoridade dirige a diretiva deverá atribuir-lhe caráter peremptório. A investigação sobre a legitimidade da autoridade e de suas diretivas, contudo, depende de uma investigação anterior sobre os pré-requisitos para a posse de autoridade. Se uma diretiva sequer é apresentada como uma razão dependente destinada a substituir as razões aplicáveis ao caso, não faria sentido, de acordo com Raz, investigar se ela de fato atende esses requisitos. A diretiva pode, como uma questão de fato, não refletir razões dependentes, mas é necessário que ela pelo menos seja apresentada como se as refletisse. Isso também vale para a tese da preempção.

A concepção de autoridade como serviço não procura, assim, expressar o “imenso poder” das autoridades, mas “refletir seu papel limitado”²⁴⁰. Autoridades não existem para introduzir considerações novas e independentes: elas se destinam a “refletir razões dependentes

²³⁸ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 214.

²³⁹ “*They regard authorities as mediating between people and the right reasons which apply to them*”. *Idem*.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 215.

nas situações em que estão mais bem posicionadas para fazê-lo. Elas mediam entre as razões últimas e as pessoas para quem elas se aplicam”²⁴¹.

2.3.3. Requisitos não-normativos para a posse de autoridade

Uma autoridade legítima satisfaz a todas as condições presentes na concepção de autoridade de Raz. Assim, será legítima a autoridade que basear suas diretivas nas razões dependentes aplicáveis aos seus sujeitos e que tiver mais chances de conformar-se ao correto equilíbrio das razões do que aqueles sujeitos a suas diretivas. Por conta disso, os indivíduos estarão justificados em substituir seu julgamento particular acerca do equilíbrio de razões pelo julgamento contido na diretiva dotada de autoridade. Mas imaginemos a seguinte situação: bem avaliada, uma suposta autoridade não satisfaz o critério da justificação normal. Ela afirma que o satisfaz e parcela importante da população acredita que ela o satisfaz. No entanto, após uma longa análise, descobrimos que isso não ocorre, que a autoridade não está justificada porque, ao contrário do que afirma, os indivíduos estão tão ou mais bem posicionados do que ela para avaliar o correto equilíbrio das razões de primeira ordem que se lhes aplicam. Por mais que afirme o contrário, i.e., por mais que alegue que é uma autoridade legítima, esta suposta autoridade não satisfaz o critério presente na tese da justificação normal de Raz.

A tese da justificação normal oferece um critério de legitimidade e, portanto, um critério normativo. Se nossa suposta autoridade falha no teste da justificação normal, ela incorre em uma falha normativa: ela não é, nem deve ser considerada, uma autoridade legítima. Contudo, esta falha é diferente das falhas apontadas por Raz anteriormente: uma suposta autoridade que não satisfaça o teste da justificação normal não falha na posse de autoridade do mesmo modo que uma árvore falha ou que uma declaração sobre vulcões falha.

Seguindo essa ideia, Raz diferencia critérios morais e critérios não-morais para a posse de autoridade²⁴². Os critérios não-morais dizem respeito à aptidão para a posse de autoridade; os critérios morais, à determinação de sua legitimidade. Uma suposta autoridade que não satisfaça a tese da justificação normal, por exemplo, não satisfaz um critério moral para a posse de autoridade. Mas, argumenta Raz, ela deverá satisfazer pelo menos todos os critérios não-morais para essa posse. Do contrário, ela sequer poderá ter autoridade *de facto*. Os critérios não-morais, portanto, devem sempre ser satisfeitos por qualquer autoridade (seja por uma mera autoridade *de facto*, seja por uma autoridade legítima). “Alegar autoridade legítima” é um

²⁴¹ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 215.

²⁴² *Ibid.*, p. 218.

critério não-moral para a posse de autoridade, pois isso diferencia uma autoridade *de facto* do mero controle por meio de ameaças. Mas a simples alegação não é suficiente para estabelecer a legitimidade, que deverá ser avaliada com base em outros critérios (morais).

Raz reconhece que é uma afirmação muito forte dizer que o direito, por ser uma autoridade *de facto* satisfaz a *todos* os critérios não-morais para a posse de autoridade. Contudo, acrescenta ele, seu argumento não depende da prova dessa afirmação (que demandaria argumentos igualmente fortes). Como seu objetivo é mais restrito (oferecer um argumento a favor da tese das fontes), Raz contenta-se com dois desses critérios. Antes de passarmos a eles, convém acrescentar uma observação feita por Raz: ao invés de falar nos critérios para que o direito possa ter autoridade, Raz passará a falar dos critérios para que uma diretiva possa ter autoridade. A diferença, contudo, não altera em nada o argumento, já que, segundo ele, “o direito é um sistema de diretivas, e ele tem autoridade se e apenas se suas diretivas forem autoritativamente vinculantes”²⁴³. “Critérios não-morais para a posse de autoridade” e “critérios não-morais para que uma diretiva seja autoritativa” são proposições equivalentes na exposição de Raz, que apresenta os seguintes critérios para a posse de autoridade:

Primeiro, uma diretiva pode ser autoritativamente vinculante apenas se ela for, ou pelo menos for apresentada como sendo, a visão de alguém sobre como seus sujeitos devem agir. Segundo, deve ser possível identificar a diretiva como tendo sido promulgada pela alegada autoridade sem se valer das razões ou considerações sobre as quais a diretiva pretende decidir²⁴⁴.

Estes dois critérios representam condições para que algo ou alguém possa ter autoridade, ou, o que dá no mesmo, para que possa alegar, de maneira significativa, possuir autoridade legítima. Temos assim:

- 1) **Condição da visão do agente:** uma diretiva, para poder ter autoridade, deve representar, ou ser apresentada como se apresentasse, a visão de um agente sobre como o sujeito deve agir.
- 2) **Condição da identificação independente:** uma diretiva, para poder ter autoridade, deve poder ser identificada independentemente das razões dependentes que a justificam e cujo equilíbrio ela pretende refletir.

²⁴³ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 218.

²⁴⁴ *Idem.*

Por que podemos considerar que a condição da visão do agente e a condição da identificação independente representam condições necessárias (ainda que não suficientes) para a alegação de autoridade legítima (ou para a posse de autoridade)? Começemos com a primeira condição. De acordo com Raz, as autoridades existem para cumprir um papel fundamental de mediação entre pessoas e boas razões, e a condição da visão do agente procura refletir esse papel. As autoridades, como afirmou Raz, tem um “papel limitado”: elas não têm como objetivo criar razões, mas sim nos ajudar a nos conformarmos ao correto equilíbrio das razões que já se aplicam às nossas circunstâncias. Uma autoridade pode se equivocar, ou mesmo oferecer intencionalmente uma diretiva errada, mas ela deve pelo menos ser vista como se refletisse a visão do agente/autoridade sobre as razões que se aplicam àqueles sujeitos a ela. Não fosse assim, “ela não poderia ser uma instrução dotada de autoridade”²⁴⁵.

Uma das teses básicas do conceito de autoridade de Raz é a tese da dependência. Diretivas dotadas de autoridade devem se basear nas razões de primeira ordem que se aplicam àqueles sujeitos a ela. Mas para que possa efetivamente ser baseada nessas razões, a diretiva deve, antes de tudo, ser apresentada como se estivesse baseada nessas razões. Se a diretiva sequer é apresentada desta forma (i.e., se ela não representa a visão de um agente sobre as razões dependentes) ela “falha não porque é uma má instrução, mas porque não é uma instrução do tipo correto”²⁴⁶. Nesse sentido, a ordem de um bandido que ameaça sua vítima com uma arma apontada para sua cabeça não só não é uma diretiva dotada de autoridade, como sequer está apta a sê-lo. A ordem do bandido não representa sua visão acerca das razões que se aplicam à sua vítima. Ela é apenas a manifestação do desejo do bandido, combinada com a ameaça decorrente de sua posição de superioridade física momentânea. Ela é uma instrução, mas não é uma instrução capaz de ter autoridade.

A condição da identificação independente também se relaciona na visão de Raz, à função mediadora das autoridades. Suponhamos que no exemplo da arbitragem que tratamos anteriormente, o árbitro tenha decidido de maneira correta: só havia uma única solução para o caso e esta foi a solução adotada pelo árbitro. Mas suponhamos, também, que, ao invés de serem informadas do conteúdo da decisão do árbitro, as partes sejam informadas apenas que ele tomou a única decisão correta existente para o caso. É óbvio que, numa situação como essa, as partes “sentirão que sabem pouco mais de qual é a decisão do que sabiam antes”²⁴⁷. Se as partes soubessem qual seria a única solução para o caso, elas não precisariam ter recorrido a um árbitro

²⁴⁵ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 219.

²⁴⁶ *Idem.*

²⁴⁷ *Idem.*

para que decidisse a disputa. Se for necessário recorrer às mesmas razões cujo peso e equilíbrio a decisão dotada de autoridade deveria determinar e resolver, autoridades seriam inúteis. Elas não desempenhariam nenhuma função mediadora se simplesmente redirecionassem as partes para as razões que elas já conheciam e para cujo conflito eles não tinham solução. “Uma decisão é útil”, escreve Raz, “apenas se ela puder ser identificada por meios diferentes das considerações cujo peso e resultado ela deveria resolver”²⁴⁸.

Assim, independentemente da legitimidade da suposta autoridade, é necessário que suas diretivas possam ser identificadas de maneira independente das razões dependentes nas quais ela se baseia ou afirma se basear. Essa é uma condição mínima para se alegar possuir autoridade (ou para ter autoridade *de facto*). Uma instrução que apenas redirecione os sujeitos diretamente às razões de primeira ordem a eles aplicáveis, não exerce nem pretende exercer nenhuma função mediadora e, portanto, não é uma instrução do tipo que possa ter autoridade.

Note-se que o termo “identificação” não diz respeito somente à determinação da existência da diretiva, mas também à fixação de seu conteúdo. Quando falamos, na segunda condição, de uma “identificação independente” queremos dizer que tanto a existência quanto o conteúdo da diretiva podem ser identificados sem recurso às razões dependentes nas quais ela se baseia (ou pretende se basear). Assim, por exemplo, uma lei sobre imposto de renda pretende decidir qual seria a justa contribuição devida por cada membro da sociedade aos cofres públicos em termos de um percentual de sua renda mensal. Para estabelecermos o conteúdo desta lei, isto é, para que possamos identificá-la de maneira apropriada, basta que estabeleçamos que ela foi efetivamente promulgada e o que quer exatamente dizer. De acordo com Raz, para fazer isso, “precisa-se de pouco mais do que conhecimento de Inglês [ou português, no nosso caso] (incluindo inglês [ou português] técnico-jurídico), e dos eventos que ocorreram no Parlamento [ou no Congresso] em algumas ocasiões. Não é preciso chegar a qualquer visão sobre a justa contribuição para os cofres públicos”²⁴⁹.

Raz toma o cuidado de mostrar que duas condições não-normativas similares àquelas contidas na tese da visão do agente e na tese da identificação independente podem ser derivadas de premissas muito menos fortes do que aquelas contidas na doutrina da autoridade como serviço. Ele faz isso para mostrar que mesmo que rejeitemos sua concepção de autoridade como serviço, devemos aceitar as condições não-normativas listadas por ele para a posse de autoridade. Raz chama este argumento de “argumento alternativo”. Ele é baseado numa

²⁴⁸ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 219.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 221.

premissa ligeiramente distinta daquelas estabelecidas pela sua concepção de autoridade, mas estabelece condições bastante similares (ainda que não totalmente idênticas) às duas anteriores. A premissa básica do argumento alternativo é a seguinte: “é parte da nossa noção de autoridade legítima que autoridades devem agir baseadas em razões, e que sua legitimidade depende do grau de sucesso em fazê-lo”²⁵⁰.

De acordo com Raz, mesmo quem rejeita a concepção de autoridade como serviço poderá aceitar duas condições similares às da visão do agente e da identificação independente se aceitar que a legitimidade das autoridades depende, em parte, do seu sucesso em agir baseada em razões. Se uma autoridade deve agir baseada em razões, uma diretiva que traga embutida uma alegação de autoridade deve representar (ou ser apresentada como se representasse) a visão de um agente sobre essas razões.

Essa premissa, porém, não é suficiente para derivar a condição da identificação independente. Contudo, Raz crê ser possível derivar duas condições mais fracas do que ela. Neste ponto, Raz introduz uma informação fundamental: ele assume que “autoridades fazem alguma diferença”²⁵¹, i.e., o fato de que uma diretiva foi efetivamente expedida por uma autoridade modifica as razões que um indivíduo tem para agir. Essa premissa, quando combinada com a premissa anterior (que afirmava simplesmente que autoridades devem agir baseadas em razões), nos permitem concluir o seguinte: (1) a existência de razões para que uma autoridade emita uma diretiva não altera, por si só, as razões que um indivíduo tem para agir. Se uma diretiva dotada de autoridade deve alterar estas razões (i.e., se deve exercer uma diferença prática), devemos admitir que na sua ausência, e tudo mais permanecendo constante, não haveria esta modificação. A existência e conteúdo de uma lei, portanto, não podem depender da existência de razões para a promulgação desta lei (do contrário, ela não teria diferença prática, já que com ou sem sua promulgação os indivíduos teriam exatamente as mesmas razões para agir). (2) A existência e conteúdo de uma diretiva também não podem depender da promulgação de uma outra diretiva. É possível que a promulgação de uma lei se torne uma boa razão para a promulgação de outra. Mas este fato, por si só, não estabelece a existência da lei. Esta segunda condição exclui, portanto, a possibilidade de diretivas com autoridade implicada. Cada diretiva (e conseqüentemente, cada lei) deve satisfazer individualmente a tese da diferença prática.

²⁵⁰ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 220.

²⁵¹ *Idem.*

A condição da identificação independente baseou-se na função mediadora das autoridades, derivada das três teses básicas da concepção de autoridade como serviço. Raz agora mostra que uma condição similar pode ser derivada de uma premissa geral (a de que autoridades agem por razões) e uma premissa mais específica, baseada no que ele considera um *insight* básico que compartilhamos sobre toda e qualquer autoridade: autoridades devem ter uma diferença prática sobre as razões que os indivíduos têm para agir. Combinadas estas premissas, chega-se a uma condição bastante similar àquela estabelecida pela condição da identificação independente: não é possível identificar uma diretiva dotada de autoridade recorrendo-se às razões dependentes que justificam a emissão da diretiva.

2.3.4. Autoridade, autoria e comunicação

Por que o conceito de autoridade implica o modelo comunicacional? Vimos acima que, embora desenvolva uma teoria moralmente robusta da autoridade, a qual inclui condições para a posse de autoridade legítima, Raz menciona, também, condições não-normativas para que algo possa contar como uma autoridade. Dentre estas condições estão a condição da visão do agente (uma diretiva, para poder ter autoridade, deve representar, ou ser apresentada como se apresentasse, a visão de um agente sobre como o sujeito deve agir) e condição da identificação independente (uma diretiva, para poder ter autoridade, deve poder ser identificada independentemente das razões dependentes que a justificam e cujo equilíbrio ela pretende refletir). Elas decorrem, essencialmente, do fato de que, para que alguém possa contar como autoridade, deve, antes de tudo, *reivindicar para si autoridade legítima*. Essa condição nos impõe conceber as diretivas autoritativas (e o direito, segundo Raz, é um conjunto dessas diretivas) como necessariamente o produto de um *autor* ou *autora*: se não pudermos reconstruir uma diretiva como representando o que uma pessoa (ou um grupo de pessoas) pensa sobre as razões aplicáveis a outra, então não podemos considerar que aquela é uma diretiva autoritativa. A condição da visão do agente impõe, assim, uma concepção personalista de autoridade, dado que apenas pessoas podem formar e expressar uma visão sobre as razões aplicáveis a outras.

Ao apresentar esta visão, a autoridade deve, também, reivindicar para si legitimidade e apresentar sua diretiva como a representação do correto equilíbrio de razões (ainda que, de fato, não seja). Ora, “para que alguém possa reivindicar legitimidade, deve ser capaz de se comunicar com os outros; apenas aqueles que expressam uma visão sobre como os outros

devem agir [...] podem contar como autoridades”²⁵². De fato, uma diretiva, além de originar-se de uma pessoa, deve, também, ser *comunicada* a outra. Não basta que a autoridade forme, em sua cabeça, uma imagem sobre como outra deve agir: ela precisa expressar esta visão e, ao mesmo tempo, afirmar que possui legitimidade para expressá-la e para demandar a obediência dos seus súditos. O único meio de expressar essa visão é por meio da comunicação: é por esta razão que “apenas pessoas, que podem se comunicar com outras, são capazes de ter autoridade”²⁵³.

Mas tudo que isso estabelece é que a comunicação é necessária, não que ela seja *suficiente*. A reivindicação de autoridade exige alguma forma de comunicação, mas isso não significa – ou pelo menos, não significa *necessariamente* – que o conteúdo da diretiva seja o conteúdo comunicado pela autoridade. Para chegarmos a essa conclusão precisamos combinar a condição da visão do agente com a segunda condição para a posse de autoridade mencionada por Raz: a condição da identificação independente. Segundo ela, é parte do conceito de autoridade que devemos ser capazes de identificar não apenas o fato de que uma autoridade *emitiu uma diretiva*, mas também, e sobretudo, o *conteúdo da diretiva emitida pela autoridade* sem recorrer às razões dependentes nas quais ela se baseou. As autoridades servem para encerrar a fase de deliberação do raciocínio prático e, portanto, substituir o que seria uma visão possível do equilíbrio de razões pela própria razão da autoridade. Elas não poderiam fazer isso se, após os sujeitos terem identificado a diretiva por elas produzidas, eles tivessem que recorrer àquelas mesmas razões para saber qual o conteúdo daquilo que foi enunciado. Mas não é só. Se o conteúdo de uma diretiva não fosse determinado por aquilo que as autoridades *disseram*, chegaríamos, no limite, ao ponto em que o conteúdo da regra produzida não pode ser atribuído à autoridade como sendo *sua* visão sobre o equilíbrio de razões.

Vimos acima, por exemplo, que, no modelo comunicacional, as autoridades criam normas por meio de atos comunicativos, e estas normas têm o conteúdo daquilo que foi comunicado pelas autoridades. Mas imaginemos que isso não seja assim: que a norma jurídica, derivada daquele ato de autoridade, é, na verdade, resultado de um processo de interpretação construtiva, como sugerido por Hércules. Neste caso, para que identifiquemos a norma criada pela autoridade, precisamos ir além do que a autoridade *disse*, e recorrer às mesmas razões que a autoridade já levou em considerações no momento de proferir sua diretiva. Este procedimento desafiaria, segundo Raz, o propósito mesmo pelo qual temos autoridades: para que precisamos

²⁵² MARMOR, Andrei. Authorities and Persons. **Legal Theory**, v. 1, n. 3, p. 337–359, 1995, p. 352.

²⁵³ *Ibid.*, p. 344.

de autoridades se não consideramos que o que devemos fazer é exatamente aquilo que a autoridade disse que deveríamos fazer? Por que escolher um árbitro para uma disputa se consideramos que sua decisão não significa exatamente aquilo que ele disse que ela significa? O conceito de autoridade implica que elas são *autoras* de suas diretivas – e não faz sentido que o conteúdo daquilo que foi dito ou escrito por uma autora seja diverso daquilo que ela *comunicou*. As regras criadas pelas autoridades têm o conteúdo do que essas autoridades comunicaram porque, do contrário, não faria sentido ter autoridades criadoras de regras.

2.4. CONCLUSÃO

Neste capítulo, apresentei em mais detalhes o modelo comunicacional. Expliquei como ele é parte ou equivalente do “retrato padrão” descrito por Greenberg, e como Raz o introduz para diferenciar sua própria teoria da teoria de Dworkin. Na sequência, analisei como o conceito de autoridade explica a adesão ao modelo comunicacional: é parte do nosso conceito de autoridade que elas criam regras mediante atos de comunicação e que o conteúdo do direito equivale ao conteúdo comunicativo dos atos das autoridades – o direito que as autoridades criam é o conteúdo que elas comunicam. Mas o que, exatamente, uma autoridade comunica? Para respondermos a essa questão, precisaremos analisar o próprio conceito de *comunicação* e explorar, no capítulo seguinte, as ideias de atos de fala e de intenções comunicativas. Veremos, a partir delas, como determinar, dentro do modelo comunicacional, o conteúdo do direito criado mediante a promulgação de textos legislativos e como esse conteúdo pode ter variações importantes.

3. ANDREI MARMOR: LEGISLAÇÃO COMO COMUNICAÇÃO

O modelo comunicacional, de acordo com Raz, afirma que o direito é “uma criação de ações humanas” e, em especial, de “atos comunicativos como a promulgação de leis e a tomada de decisões judiciais”²⁵⁴. Para que esse modelo possa ser relevante do ponto de vista teórico, entretanto, é preciso definir o que são estes atos comunicativos e como determinar seu conteúdo. Se a relação entre direito e autoridade *exige* que o que as autoridades disseram ou fizeram determine, diretamente, o conteúdo do direito, é preciso saber como definir o conteúdo do que elas disseram ou fizeram. Este problema é especialmente relevante porque há diversas formas de conceber o conteúdo de um determinado ato comunicacional. Greenberg²⁵⁵ cita várias delas. Há, em primeiro lugar, o conteúdo semântico que os membros da audiência considerariam, a partir das informações fornecidas, ser o conteúdo do ato. Greenberg chama essa teoria sobre o conteúdo comunicacional de “significado público” do ato comunicacional²⁵⁶. Em segundo lugar, há “o conteúdo das intenções dos legisladores a respeito do impacto jurídico do ato”²⁵⁷. Por fim, há, ainda, uma terceira possibilidade de conteúdo comunicacional: as intenções *comunicacionais* dos legisladores. Enquanto no caso anterior as intenções referem-se à pretensão de alterar o direito de determinada forma, no caso das intenções comunicacionais elas consistem na intenção de “comunicar isto ou aquilo pelo pronunciamento S”²⁵⁸.

Há diversos candidatos possíveis para o conteúdo comunicacional de uma determinada frase, expressão ou discurso, de modo que precisamos saber a qual deles Raz refere-se quando apresenta o modelo comunicacional. Greenberg, sintetizando este ponto, escreve que “há muitos candidatos para a contribuição de uma lei ao conteúdo do direito, incluindo diferentes conteúdos mentais e linguísticos. Por exemplo, temos o que os legisladores disseram, o que eles comunicaram, o que eles pretendiam dizer, o significado público do texto da lei e de que forma os legisladores pretendiam modificar o conteúdo do direito”²⁵⁹. Richard Fallon Jr apresenta uma lista ainda maior: (1) significado semântico ou literal; (2) significado contextual, tal como definido por pressuposições compartilhadas entre falantes e ouvintes, incluindo pressuposições compartilhadas sobre aplicação e não aplicação; (3) significado conceitual real; (4) significado

²⁵⁴ RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.106.

²⁵⁵ GREENBERG, Legislation as Communication?... op. cit.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 241.

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 242.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 220.

pretendido [*intendend meaning*]; (5) significado razoável; e (6) significado interpretado”²⁶⁰. Com qual destes possíveis conteúdos o modelo comunicacional está comprometido?

Para começarmos a responder esta pergunta, iremos recorrer a recentes trabalhos de Andrei Marmor sobre o tema. Apesar de usualmente expor o debate entre positivistas e não-positivistas como uma controvérsia sobre validade jurídica (o que considerarei ser uma visão limitadora tanto do debate quanto das posições em jogo), com a publicação de *The Language of Law*, Marmor tanto apresentou de modo explícito o modelo comunicacional quanto ofereceu argumentos positivos em seu favor. A tese central da monografia de Marmor é, aliás, um resumo do núcleo do modelo comunicacional: “o que o direito diz é o que o direito é”²⁶¹. Nesta obra, Marmor oferece uma análise sofisticada sobre o conteúdo comunicacional de um ato de fala, em geral, e de um ato legislativo, em particular. Será com base nela que começaremos a explorar a resposta do modelo comunicacional para o problema do conteúdo do direito.

3.1. ATOS DE FALA E A ATIVIDADE LEGISLATIVA

The Language of Law pode ser entendido como uma defesa explícita do modelo comunicacional e uma apresentação de uma das suas possíveis versões. Nesta obra, Marmor coloca duas questões: (1) Por que deveríamos compreender o direito como o produto de atos de comunicação de autoridades (ou, em outras palavras, por que deveríamos aceitar o modelo comunicacional)?; (2) Como determinar qual o conteúdo comunicacional desses atos? Toda a argumentação que Marmor utiliza para responder essas duas questões parte de uma intuição básica inicial: a ideia de que os atos de legislação – isto é, os atos por meio dos quais os legisladores produzem as leis – são uma espécie de *ato de fala*. “A ação coletiva dos legisladores promulgando uma lei”, escreve ele, “é um ato de fala coletivo”²⁶². Por meio deste ato, um determinado conteúdo é comunicado àqueles sujeitos ao direito e este conteúdo comunicado é o conteúdo do direito produzido por aquele ato. Não há um *gap*, uma lacuna explicativa entre o conteúdo comunicado pelos legisladores e o conteúdo do direito. Dado que o ato de legislar é, conceitualmente, um ato de comunicar, não faz sentido questionar se o conteúdo do que foi legislado é, ao mesmo tempo, o conteúdo daquilo que foi comunicado pelos legisladores.

²⁶⁰ FALLON JR, Richard H. The Meaning of Legal Meaning and its Implications for Theories of Legal Interpretation. *U. Chi. L. Rev.*, v. 82, p. 1235-1308, 2015, p. 1.244-1.245.

²⁶¹ MARMOR, *The language of law*... op. cit., p. 12.

²⁶² *Ibid.*

Se a legislação for um ato de fala, temos um argumento poderoso em favor do modelo comunicacional. Mas há um problema que imediatamente surge quando a tese é formulada nestes termos: apenas indivíduos podem produzir atos de fala. Os legisladores formam um grupo (raramente coeso, aliás), e grupos não podem "falar", muito menos produzir atos coletivos de fala. Podemos imaginar um grupo de indivíduos produzindo diversos atos de fala. Isso será um conjunto de atos individuais, mas não um ato distinto e coletivo. Ao considerar que a legislação é um ato de fala, Marmor comete um erro de partida: sua tese é uma impossibilidade conceitual. Será essa uma objeção forte? Enfrentaremos este ponto nas seções seguintes. Contudo, antes de analisarmos a possibilidade de atos de fala coletivos e de se o ato de legislar pode ser considerado um exemplo deste ato, veremos o que, de fato, são atos de fala. A análise será breve, dado que meu objetivo não é entrar em debates filosóficos sobre a teoria dos atos de fala. O objetivo é entender o seu conceito geral para, só então, avaliarmos a possibilidade de que grupos possam praticá-lo.

3.1.1. O conceito de ato de fala

Um dos problemas filosóficos centrais da filosofia da linguagem é compreender como palavras podem se referir a coisas e o que fazemos quando proferimos frases e sentenças. Os filósofos da linguagem querem entender, em síntese, como nos comunicamos uns com os outros. A teoria dos atos de fala procura explicar estes fenômenos a partir da ideia central de que falar é o mesmo que praticar atos de acordo com regras. Quando falamos e conversamos nós não estamos apenas dizendo algo: nós fazemos algo com aquilo que dizemos. Para entender este ponto, imaginemos dois interlocutores, um dos quais enuncia as seguintes sentenças para o outro:

1. João pratica esportes de modo habitual.
2. João pratica esportes de modo habitual?
3. João, pratique esportes de modo habitual!
4. Gostaria tanto que João praticasse esportes de forma habitual.

Quem quer que diga uma das quatro frases acima, enunciou uma sentença formada por palavras da língua portuguesa. Mas, obviamente, isso não explica tudo, pois não capta uma diferença, que nos parece óbvia, entre os quatro enunciados. É que, no enunciado (1), o interlocutor não apenas enunciou uma frase, mas fez uma afirmação [*assertion*]; em (2), ele fez

uma pergunta, em (3) ele deu uma ordem e, por fim, em (4) ele expressou um desejo. Ao praticar cada um desses atos, o falante pratica ainda outros atos correlatos: ao enunciar cada uma das frases, por exemplo, o falante refere-se ou designa certos objetos (João) e liga a ele um certo predicado (praticar esportes de modo habitual). Podemos, então, dizer que, nos quatro enunciados mencionados, o referente e o predicado são os mesmos (“João” e “praticar esportes de modo habitual”), embora os atos de fala completos sejam distintos. “Desta maneira”, escreve Searle, em seu estudo sobre os atos de fala, “nós separamos as noções de referência e predicação de noções de ato de fala completos tais como afirmar, questionar, dar ordens, etc., e a razão para esta separação é o fato de que a mesma referência e predicação podem ocorrer na prática de atos de fala completos distintos”²⁶³. É a partir disso que Searle distingue, no contexto de uso de cada um dos enunciados acima, três atos diversos: (a) enunciar palavras (morfemas e sentenças), que ele chama de atos enunciativos [*utterance acts*]; (b) referir e predicar, que Searle chama de atos proposicionais; (c) afirmar, questionar, dar ordens, prometer etc.; que ele chama de atos ilocucionários [*illocutionary acts*]²⁶⁴.

Imaginemos, agora, um quinto enunciado: “João Barbosa dos Santos pratica esportes habitualmente”. Admitamos ser o caso que João Barbosa dos Santos é o nome completo de João (dos exemplos 1 a 4). Sob esta premissa, podemos dizer que todos os enunciados (1 a 5) envolvem o mesmo ato proposicional e que os enunciados (1) e (5) também envolvem o mesmo ato ilocucionário (uma afirmação). Ainda assim, em (1) e (5) temos atos enunciativos distintos porque, afinal, temos enunciados (conjunto de palavras e frases) diversos. Desta forma, podemos praticar os mesmos atos proposicionais e ilocucionários por meio da prática de atos enunciativos distintos. Do mesmo modo, é também possível que o mesmo ato enunciativo seja usado para praticar atos proposicionais ou ilocucionários diversos. Um exemplo seria uma mesma frase usada para realizar duas afirmações diversas. Atos enunciativos consistem, assim, em um simples fluxo de palavras. Atos ilocucionários e proposicionais, a seu turno, consistem em enunciar palavras em sentenças em certos contextos, sob certas condições e, principalmente, com certas intenções²⁶⁵. Às noções de ato enunciativo, proposicional e ilocucionário, Searle acrescenta uma quarta. Segundo ele, associado aos atos mencionados há também o que Austin chamou de ato *perlocucionário*. Um ato *perlocucionário* refere-se às consequências ou efeitos que atos mencionados acima tem nas ações, pensamentos ou crenças dos interlocutores. Ao

²⁶³ SEARLE, John R. **Speech acts**: an essay in the philosophy of language. 34. print. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2011, p. 23.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 23–24.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 24–25.

discutir com alguém, por exemplo, eu posso persuadi-lo ou convencê-lo; ao alertá-lo eu posso preocupá-lo ou deixá-lo com medo; ao fazer um pedido posso conseguir que meu interlocutor faça algo, e assim por diante. Um dos exemplos utilizados por Austin em *How to do thing with words* para ilustrar o conceito de perlocução (ou ato perlocucionário) é o de um falante dizendo a seu interlocutor “Atire nela!”²⁶⁶. Ao enunciar esta frase (“Atire nela”), o falante quis dizer, por ‘atire’, o ato de atirar, e por ‘nela’, a pessoa que deveria ser o alvo (este seria o ato enunciativo ou o que Austin chama de locução ou ato locucionário); ao mesmo tempo, com esta locução, o falante emitiu uma ordem (ou, poderíamos também dizer, emitiu um conselho). Este foi ato ilocucionário praticado. Ao praticar este ato ilocucionário, é possível que o falante tenha efetivamente convencido o seu interlocutor a atirar. Nesta hipótese, esta seria a perlocução ou o ato perlocucionário praticado pelo falante.

O objetivo de Searle, no entanto, não é apenas chamar a atenção para existência dos atos de fala (e dos seus atos constitutivos), e nem muito menos oferecer uma classificação de tais atos. Sua preocupação central, e esta é a tese do seu livro, é a de que os atos de fala são atos tipicamente praticados por meio do enunciado de certas expressões de acordo com certas *regras constitutivas*. É preciso, portanto, oferecer uma análise do que pode *contar como* um ato de fala (bem como do que pode *contar como* cada tipo específico de ato de fala). Para Searle, devem existir certas regras constitutivas que tornem possível a prática da maior parte dos atos ilocucionários²⁶⁷. Por exemplo: só podemos fazer uma promessa porque há uma regra constitutiva que diz que determinado ato comunicativo *conta como* um ato de prometer.

O que seria, então, uma regra constitutiva? Searle diferencia regras *regulativas* de regras *constitutivas*²⁶⁸. Segundo ele, regras regulativas regulam uma atividade pré-existente e cuja existência é logicamente independente das próprias regras. Um exemplo seriam as regras de etiqueta. Muitas delas disciplinam relações interpessoais que existem independentemente das regras e a maior parte delas pode ser reformulada por meio de um imperativo (“ao cortar a carne, segure a faca na mão direita!”). As regras constitutivas, ao contrário, não apenas regulam, mas criam novas formas de comportamento. Sem as regras sobre o que conta como marcar um gol numa partida de futebol, não haveria sentido falar da prática independente de jogar futebol: não existe um “gol” sem uma regra que diga que passar a bola por entre as traves *conta como* um. Enquanto a fórmula padrão para as regras regulativas é “Faça X” ou “Se Y, então X”, a

²⁶⁶ AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. Oxford: Clarendon Press, 1962, p. 100.

²⁶⁷ SEARLE, **Speech acts**... op. cit., p. 40.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 33.

fórmula padrão das regras constitutivas é “X conta como Y” ou “X conta como Y no contexto C”²⁶⁹.

Regras constitutivas permitem que certos atos enunciativos viabilizem a prática de certos atos ilocucionários e proposicionais. “Os atos enunciativos estão para os atos proposicionais e ilocucionários da mesma forma que, e.g., marcar um 'X' numa cédula de votação está para votar”²⁷⁰. É graças a uma regra constitutiva que o *ato de marcar um X* conta como um *ato de votar em favor de uma determinada posição* (aquela em que o símbolo X foi apostado). Do mesmo modo, o ato de comunicar (a prática de determinados atos de fala) é tornada possível em razão de regras constitutivas da forma “X conta como uma *promessa*” ou “Y conta como uma *afirmação declarativa [assertion]*”. Para Searle, “a estrutura semântica de uma linguagem pode ser considerada como a realização convencional de uma série de conjuntos de regras constitutivas subjacentes” de forma que “os atos de fala são atos praticados, de modo característico, pelo enunciado de expressões de acordo com estes conjuntos de regras constitutivas”²⁷¹. Mas para que seja possível analisá-los, é preciso, antes disso, explicar a diferença que existe entre simplesmente enunciar o som de certas palavras em sequência e efetivamente praticar *um ato de fala*. Isto exige, nos termos propostos por Searle, uma análise do significado em termos de regras constitutivas (X conta como Y) que explique o que é *querer dizer algo por meio de um dado enunciado* ou, em outras palavras, as regras para uso dos conceitos de “significado” ou de “querer dizer algo”. A chave para isto, de acordo com Searle, está na ideia de intenção: “ao falar uma língua, eu tento comunicar coisas ao meu interlocutor por meio da tentativa de fazê-lo reconhecer minha intenção de comunicar exatamente aquelas coisas”²⁷². A melhor formulação do significado em termos de intenções - conforme admitido pelo próprio Searle - encontra-se na teoria de Paul Grice. É importante, portanto, conhecê-la.

3.1.2. Paul Grice e o significado do falante

O problema sugerido pela exposição de Searle pode ser reformulado como o problema de saber como palavras, frases e orações conseguem *comunicar* algo: como, através de marcas em uma página ou vibrações sonoras, conseguimos dar significado a escritos ou falas, de modo a permitir que um ouvinte ou um leitor verdadeiramente compreenda aquilo que gostaríamos

²⁶⁹ SEARLE, *Speech acts...* op. cit., p. 33–34.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 24.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 37.

²⁷² SEARLE, John R. What is a Speech Act? In: SEARLE, John R. (Org.). *The Philosophy of Language*. Oxford: Oxford University Press, 1971, p. 41.

que ele compreendesse. Utilizando a linguagem das regras constitutivas, poderíamos dizer que a questão envolve explicar como aquelas marcas ou aqueles sons podem *contar como* um ato de fala. Com efeito, palavras não são como árvores ou maçãs, como bem observou Colin McGinn: elas não se encontram na natureza, prontas, e esperando para serem descobertas e usadas. Não são, portanto, objetos independentes dos seres humanos que as utilizam. O significado das palavras é, de algum modo, arbitrário e convencional, e o nosso papel é compreender como é possível *conferir* significado a elas.

É a este problema que Paul Grice dedica o seu famoso artigo *Meaning*. O primeiro passo da investigação de Grice é o reconhecimento de dois tipos distintos de significado. Grice dá a eles os nomes de *significado natural* e *significado não-natural*. Começemos a exposição, portanto, com uma análise destes dois tipos de significado. Imaginemos que alguém - um médico, digamos - afirme que “os pontinhos na pele da criança significam sarampo” ou “significam que ele está com sarampo”²⁷³. Não faz sentido dizer, por exemplo, que “os pontinhos significavam sarampo, mas, de fato, a criança não estava com sarampo”. *Significar*, neste contexto, quer dizer que os pontinhos são um sintoma natural de que a criança está com sarampo. Nós inferimos a doença a partir do seu sintoma, uma vez que sabemos (ou pressupomos) existir uma relação causal entre eles. Pensemos em outro exemplo: quando dizemos que “nuvens negras significam que vai chover” queremos dizer, na verdade, que “há uma associação natural entre nuvens e chuva, de modo que podemos inferir a última a partir da primeira”²⁷⁴.

Significado natural não é, contudo, apenas o significado utilizado em contextos de fenômenos da natureza. Vejamos outro exemplo utilizado por Grice: “o orçamento recente significa que teremos um ano difícil”²⁷⁵. Este segundo exemplo, embora não envolva uma relação causal do tipo natural, também equivale a um significado natural: podemos inferir, a partir do orçamento, que o ano *muito provavelmente* será difícil. Trata-se de uma inferência com base em probabilidade (e não numa necessidade natural), mas que se enquadra no mesmo tipo de significado natural utilizado nos exemplos anteriores. Uma das razões é a seguinte: em ambos os casos podemos reconstruir a afirmação iniciando nossa reconstrução com a frase “o fato de”: o fato de o orçamento estar desta forma, significa que o ano será difícil; o fato de que

²⁷³ GRICE, H. P. *Meaning*. *The Philosophical Review*, v. 66, n. 3, p. 377–388, 1957, p. 377.

²⁷⁴ MCGINN, Colin. *Philosophy of language: the classics explained*. Cambridge, Massachusetts; London, England: The MIT Press, 2015, p. 193.

²⁷⁵ GRICE, *Meaning...* op. cit., p. 377.

a criança tem pontinhos na pele significa que ela está com sarampo; o fato de que as nuvens estão escuras significa que vai chover.

Formalmente, nos casos de significado natural, teríamos que *x significava que p* ou *x significa que p* equivalem ou implicam *p*. Essa formulação contrasta, diretamente, com os usos do significado não-natural. Grice cita um exemplo britânico: “três buzinas da campainha significam [ou querem dizer] que ‘o ônibus está lotado’”. Vejamos as diferenças do conceito de *significado* neste exemplo e nos casos anteriores. No exemplo da campainha podemos imaginar uma hipótese de erro (*x significa p, contudo p não é o caso*): embora três buzinas signifiquem que o ônibus está cheio, e embora o motorista, de fato, tenha dado as três buzinas, o ônibus não está cheio -- o motorista cometeu um erro²⁷⁶. Como vimos acima, a hipótese do erro não se aplica aos casos de significado natural ou, pelo menos, não se aplica da mesma forma. Podemos pensar num erro na nossa inferência causal – o que pensamos ser uma relação de causa e efeito, na verdade, não existe. Mas isso é um erro diferente de alguém que utilizou um sinal – três buzinas – num contexto equivocado, e.g., quando o ônibus não estava cheio.

Outra diferença entre os dois tipos de significado é que podemos reconstruir a frase utilizando aspas para marcar o significado convencional do sinal utilizado (no caso, das buzinas): três buzinas na campainha significam “o ônibus está cheio”. Esta possibilidade não está presente na hipótese do significado natural: não faz sentido afirmar que pontinhos na pele significam “sarampo”, como se este fosse um significado convencional e discricionário dos pontinhos na pele²⁷⁷ e como se, por ele, pudéssemos querer dizer alguma outra coisa.

Por fim, há uma terceira distinção importante: nos exemplos de significado natural, não há qualquer indicação de que haja uma pessoa ou indivíduo envolvido no “fato do significado”²⁷⁸. Pontinhos significam sarampo como um fato da natureza, e não porque uma pessoa *quis dizer* ou *significar* uma determinada doença a partir de um determinado sintoma. O contrário ocorre com o significado não-natural: é o motorista do ônibus quem *quer dizer* ou *significar* algo a partir de suas buzinas. Na feliz expressão de McGinn: “as pessoas significam coisas num sentido não-natural, mas objetos ou eventos significam coisas num sentido natural”²⁷⁹.

3.1.3. Intenções comunicativas

²⁷⁶ GRICE, Meaning... op. cit., p. 378.

²⁷⁷ *Idem.*

²⁷⁸ MCGINN, *Philosophy of language*... op. cit., p. 194.

²⁷⁹ *Idem.*

A distinção entre significado natural e não-natural tem um forte apelo intuitivo e parece captar corretamente usos distintos do termo *significar*. Grice avança, contudo, para tentar encontrar o que há de característico no significado *não-natural*. Em outras palavras: quais os elementos que formam o conceito de “significado não-natural”. Grice explora, em primeiro lugar, a resposta oferecida pela teoria causal do significado²⁸⁰. Consideremos o seguinte exemplo: eu digo a um amigo que “o Flamengo foi campeão da Libertadores em 2022”. Ao fazer afirmação, eu quero dizer que, de fato, o Flamengo disputou e venceu a Libertadores de 2022. O problema é: por que este discurso significa isto? A resposta da teoria causal é a seguinte: porque minha afirmação desta frase tende a produzir na minha audiência a crença (a atitude cognitiva) de que o Flamengo foi campeão da Libertadores de 2022, e porque a própria afirmação foi produzida pelo fato de eu ter esta mesma crença²⁸¹. A afirmação expressa minha crença e ela induz a mesma crença em meu interlocutor. Há, portanto, uma dupla relação causal: o fato de que minha crença tende a produzir a minha frase, e o fato de que minha frase tende a produzir, no meu ouvinte, a crença correlata.

Grice rejeita a teoria causal a partir de alguns contraexemplos. O primeiro deles é um exemplo de captação bastante restrita dadas as limitações temporais e sociais da época: o de alguém colocando um fraque para dançar. Podemos deduzir que, à época de Grice, era comum que as pessoas colocassem fraques quando iam dançar. Assim, é incontroverso que “muitas pessoas têm uma tendência de colocar um fraque quando pensam que estão prestes a ir dançar, e é incontroverso que muitas pessoas, ao verem alguém colocando um fraque, iriam concluir que a pessoa em questão estava prestes a ir dançar”²⁸². Mas, ao colocar o fraque, podemos dizer que a pessoa *quis dizer* que iria dançar? Afinal, a dupla condição da teoria causal (a afirmação ter uma tendência de produzir uma crença, e ser produzida, por outro lado, a partir da minha crença) está satisfeita. Grice nota, no entanto, que, ao colocar um fraque a pessoa não está *significando, de modo não-natural* o que quer que seja. Ao colocar o fraque a pessoa de nosso exemplo não quis dizer ou significar nada: ela apenas estava se preparando para dançar, ainda que as pessoas ao seu redor tenham formado a crença de que ele estava prestes a, de fato, ir dançar. Assim, “induzir crenças nos outros através das próprias ações não é suficiente para aquelas ações serem exemplos de significado não-natural”²⁸³. Dizemos e fazemos muitas coisas que induzem crenças no nosso auditório, ainda que não tenhamos o objetivo de produzi-las.

²⁸⁰ GRICE, *Meaning...* op. cit., p. 379.

²⁸¹ GRICE, *Meaning...* op. cit., p. 379–380; MCGINN, *Philosophy of language...* op. cit., p. 195.

²⁸² GRICE, *Meaning...* op. cit., p. 380.

²⁸³ MCGINN, *Philosophy of language...* op. cit., p. 196.

Quando digo a alguém que “João é um jogador de basquete”, o que quero dizer é, tão somente, que João, de fato, é um jogador de basquete. Ao ouvir isso, minha audiência poderá formar a crença – e é razoável que forme – que João é alto. Mas eu quis dizer ou significar isso? A resposta é negativa. Uma afirmação pode induzir a formação de muitas crenças, mas é um absurdo imaginar que eu quis dizer tudo aquilo que meus ouvintes pensaram ou deduziram a partir daquilo que eu efetivamente disse. A teoria causal, portanto, é insuficiente para explicar o conceito de significado não-natural.

Grice explora, então, uma segunda alternativa, baseada na ideia de *intenção*. Quando queremos dizer ou significar algo, nós temos a *intenção* de produzir uma certa crença na nossa audiência. A intenção nos permite diferenciar a crença que o falante quer produzir – e que, portanto, faz parte do que ele quis dizer – das crenças que o ouvinte pode formar, mas que não faziam parte do significado daquilo que foi dito. Ela, portanto, traz a chave para a noção de significado não-natural. Apenas recorrer às intenções, contudo, ainda não é suficiente. Equiparar “x quis dizer ou significar, de modo não natural, algo”, com o “locutor (*utterer*) tinha a intenção que X produzisse uma crença em alguma audiência” gera pelo menos um grave problema²⁸⁴. Imaginemos que eu deixe o lenço de uma pessoa - *B* - próximo à cena de um crime de assassinato para induzir no detetive responsável pela investigação a crença de que *B* é o assassino. Pela definição anterior, diríamos que eu *quis dizer* ou *significar* algo para o detetive através do lenço. Mas na verdade eu nem disse e nem pretendi dizer nada. O lenço *não significa* algo. Pelo contrário: se eu quisesse *dizer* ao detetive que pretendo que *B* seja injustamente investigado como homicida minha intenção seria auto refutável e absurda. O detetive, afinal de contas, saberia que eu estava querendo enganá-lo. A intenção de produzir uma crença, portanto, não basta.

O que mais é necessário? Grice examina outro exemplo: a decapitação de João Batista. Segundo o relato bíblico, após um pedido de Salomé, filha de Herodias, Herodes manda decapitar João Batista e apresenta sua cabeça numa bandeja. Ao apresentar a cabeça de João Batista a Salomé – evento retratado em diversas pinturas e imagens bíblicas – Herodes *quis dizer algo*? De fato, Herodes tinha a intenção de que, ao mostrar a cabeça de João Batista em uma bandeja, Salomé acreditasse que ele estava morto e que a promessa de Herodes estava cumprida. Herodes também tinha a intenção de que Salomé reconhecesse que era isso que ele pretendia ao apresentar-lhe a cabeça de João. Grice, no entanto, não considera que este seja um caso de significado não-natural. Podemos entender suas razões ao considerar a distinção entre

²⁸⁴ GRICE, Meaning... op. cit., p. 381–382.

mostrar uma foto para a esposa de X de X numa situação inapropriada com Y, e *fazer um desenho*, para a esposa de X, de X numa situação inapropriada com Y. Qual a diferença entre os casos? De acordo com Grice é o fato de que, no primeiro, minha intenção, ainda que presente, é *irrelevante* para que a esposa de X forme a crença de que ele tem uma relação inapropriada com Y. Se a esposa de X tivesse encontrado a foto, ao invés de ter sido apresentada a ela pela minha ação deliberada, ela teria formado a mesma crença²⁸⁵. No caso do desenho, no entanto, a situação é distinta: a razão para que a esposa forme a crença na infidelidade do marido não é o desenho em si mesmo, mas sim o fato de que ela infere que eu tinha a intenção de que ela formasse a crença a partir da minha ação de desenhar: ela deve formar a crença *por causa* da minha intenção, e não a despeito dela. Pois bem. O que ocorre no caso da fotografia, ocorre também no caso de João Batista: acaso Salomé tivesse encontrado, por acidente, a cabeça de João Batista separada de seu corpo, ela formaria a mesma crença que formou ao ter sido apresentada à cabeça numa bandeja de prata. A intenção de *comunicar* a ela tal fato é irrelevante para que a visão de uma cabeça decapitada produza a crença de que o seu dono, afinal de contas, está morto.

Na significação não-natural, portanto, a intenção desempenha um papel mais decisivo do que no exemplo da fotografia ou da cabeça decapitada: ela deve ser, de alguma forma, a razão para que o ouvinte forme a crença. Grice resume este ponto numa formulação tentativa do conceito de significado não-natural:

A deve ter a intenção de induzir, por meio de *x*, uma crença em uma audiência, e ele deve também ter a intenção de que sua afirmação seja reconhecida como pretendida [*intended*] desta forma. Estas intenções, contudo, não são independentes: *A* tem a intenção de que o reconhecimento desempenhe seu papel em induzir a crença, e se ele não faz isso, algo deu errado na satisfação das intenções de *A*²⁸⁶.

Para explicar esta definição, McGinn apresenta o raciocínio de um ouvinte ao desvendar o significado não-natural de um ato de comunicação: “o falante tem a intenção de que eu forme a crença de que *p* é o caso, desta forma, eu formarei a crença de que *p* é o caso”²⁸⁷. No exemplo, o ouvinte *reconhece* a intenção do seu interlocutor, e forma a crença (ou entende que se espera que ele forme essa crença) justamente pelo reconhecimento desta intenção. Grice generaliza sua formulação sobre significado não-natural afirmando, então, que “A significou, de modo não-natural, algo por meio de X” é equivalente a “A tinha a intenção de que a

²⁸⁵ GRICE, Meaning... op. cit., p. 383.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 383–384.

²⁸⁷ MCGINN, *Philosophy of language*... op. cit., p. 199.

afirmação *x* produzisse algum efeito numa audiência por meio do reconhecimento desta intenção”²⁸⁸.

P. F. Strawson ofereceu uma análise do conceito de significado em Grice, identificando-o a partir de quatro intenções²⁸⁹. De acordo com ele, os elementos no conceito de significado não-natural são os seguintes: 1) *S* proferiu *x* com a intenção de que *A* forme a crença que *P* (onde *A* é o ouvinte ou a audiência de *X*); e 2) *S* tem, ainda, a intenção de que *A* reconheça a intenção original de *S*; e, por fim, 3) *S* tem, ainda, a intenção de que *A* forme a crença que *P*, pelo menos em parte, com base no reconhecimento da intenção original. Os pontos (1) e (2) estão presentes no caso de João Batista e da fotografia do adultério que Grice considera não serem casos de significado não-natural. O ponto (3) é o traço distintivo do significado não natural, capturando a ideia de que a intenção do falante deve ser, de algum modo, decisiva na formação da crença: o ouvinte, *A*, deve formar a crença em *p* em razão, ao menos em parte, da intenção de *S* de que ele forme esta crença.

Podemos considerar, na linha do que sugere Strawson, que cada um dos elementos do conceito de significado envolve uma intenção distinta: *S* tem a intenção (*i*₁) de produzir uma certa resposta em *A* ao falar *p*; *S* tem, também, a segunda intenção (*i*₂) de que *A* reconheça a intenção *i*₁; e *S* tem, por fim, uma derradeira intenção (*i*₃) de que o reconhecimento, por parte de *A*, da intenção *i*₁ funcione como pelo menos parte da razão para a resposta *r* de *A*. O enunciado *P* conta como um ato de comunicação, portanto, quando as três condições de Grice estão cumulativamente presentes.

A exposição de Grice sobre o significado não-natural indica que a comunicação humana envolve uma técnica específica: uma técnica comunicacional. “Ao fazer um ato comunicativo - ao dizer algo dotado de significado - eu alcanço algo através de um método especial, qual seja: pela manifestação da minha intenção de, desta forma, alcançá-lo”²⁹⁰. Dado que as intenções comunicativas são, de acordo com Grice, o elemento central do conceito de comunicação, o sucesso em dizer algo dotado de significado depende, essencialmente, da manifestação exitosa da minha intenção de produzir aquele significado. Maris Tinturé oferece um exemplo interessante para ilustrar este ponto²⁹¹. Suponhamos que eu esteja em dúvida se devo comparecer ao jantar que será realizado após o seminário de pesquisa. O restaurante

²⁸⁸ GRICE, Meaning... op. cit., p. 385.

²⁸⁹ STRAWSON, P. F. Intention and Convention in Speech Acts. **The Philosophical Review**, v. 73, n. 4, 1964; Cf. também: LYCAN, William G. **Philosophy of language**: a contemporary introduction 2. ed. New York: Routledge, 2008, p. 88.

²⁹⁰ KÖPCKE TINTURÉ, **Legal validity**... op. cit., p. 38.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 38–39.

escolhido é relativamente caro e não estou com muita fome. Portanto, é importante para a minha decisão saber como o jantar será pago (se a conta será dividida entre todos, ou se a organização do evento irá custear o encontro). Eu sei quem é o organizador do evento e sei que ele tem a resposta para a minha dúvida.

Num primeiro cenário, eu *desejo* obter a resposta, mas fico com vergonha de perguntar. Posso, portanto, ficar em silêncio, pensando comigo mesmo sobre o meu desejo de obter a resposta (cenário 1). Mas suponhamos que, ao invés de elocubrações internas, eu adote uma estratégia de ação. Para evitar o constrangimento, minha estratégia é que o organizador descubra, de forma indireta, qual é o meu desejo. Assim, tento fazer com que ele ouça uma conversa minha com outro colega na qual eu digo que gostaria de ser informado sobre a forma de pagamento do jantar. No cenário 2, eu tenho o desejo de ser informado, e tento realizar este desejo fazendo com que o organizador tome conhecimento – fique ciente – de que eu desejo receber essa informação. Eu expressei publicamente meu desejo de ser informado, embora eu não tenha manifestado, para o organizador, minha intenção de receber esta resposta.

A diferença entre os cenários 1 e 2 é que, enquanto no primeiro eu tenho um desejo, no segundo eu tenho uma *estratégia*, um plano de ação. Imaginemos, então, um terceiro cenário (cenário 3), em que também adoto uma estratégia. Nele, ao invés de tentar fazer com que o organizador indiretamente perceba que eu desejo ser informado, eu pergunto diretamente a ele como o jantar será pago. Assim como no cenário 2, e diferentemente do cenário 1, além de um desejo (eu gostaria de ser informado) eu tenho uma estratégia (um plano de ação para obter do organizador a resposta que preciso). Mas, contrariamente ao cenário 2, minha estratégia não é apenas que você *perceba* qual é o meu desejo, mas sim que você saiba que eu, de fato, tenho esse desejo e tenho a intenção de obter uma resposta. Eu não tenho apenas uma estratégia: eu revelo minha estratégia a você deixando claro qual a minha intenção (o que quero descobrir, e o meu desejo de descobri-lo).

Utilizando o conceito de intenção, a diferença entre os três cenários fica clara. No primeiro cenário, eu tenho apenas um desejo (eu gostaria de ser informado), mas nada faço para realizá-lo. No segundo, eu tenho, além do desejo, uma intenção, embora eu revele apenas o desejo (a minha intenção é revelada para o meu colega, mas não para o organizador). É apenas no terceiro cenário que eu tenho uma intenção e *revelo a própria intenção*: eu busco alcançar algo (uma resposta à minha pergunta) através da manifestação de uma intenção de, desta forma, alcançá-lo²⁹². No cenário 2, esperamos que o organizador, ao perceber meu desejo (revelado

²⁹² KÖPCKE TINTURÉ, *Legal validity...* op. cit., p. 39.

em diálogo com terceiro) tenha a sensibilidade de me informar. Mas não diríamos, neste caso, que o organizador “respondeu a minha questão” e nem que eu me comuniquei com ele, uma vez que eu nada lhe perguntei. Dependemos, neste caso, da boa vontade do organizador que pode, ou não, me informar sobre a forma de pagamento. No terceiro cenário, eu não apenas espero (ou torço) para que o organizador perceba meu desejo e tenha a sensibilidade de me oferecer a informação: eu revelo este desejo a ele (eu quero ser informado), e revelo também que, ao revelar aquele desejo, eu espero que ele me responda (eu desejo, e espero, que ele me dê a informação).

Note-se que, no cenário 3, eu não espero ou torço para uma resposta do organizador: ao revelar a ele minha intenção, meu objetivo é, justamente, produzir aquela resposta e fazer com que o organizador, de fato, me dê a informação que desejo. Ao perguntar ao organizador eu não quero que ele saiba qual meu desejo ou compreenda qual é minha intenção: eu quero, ou espero, uma resposta. “Comunicar envolve dirigir-se a alguém com o objetivo de produzir algum tipo de reação da pessoa”²⁹³. Esta reação pode ser chamada de *resposta comunicativa*. Se, no cenário 3, o organizador entendeu minha pergunta, ele também deve ter entendido que eu espero uma resposta. Do contrário, não podemos dizer que ele compreendeu efetivamente o ato comunicativo praticado. Nos exemplos de Grice, a resposta comunicativa envolvida é diversa: ao invés de uma resposta a um pedido, os locutores esperam que seus ouvintes formem *crenças*. Em todos os casos, no entanto, a resposta comunicativa é imprescindível, e ela é o objeto de uma das intenções que formam a intenção comunicativa.

Podemos resumir as considerações acima naquilo que Maris chama de *técnica da comunicação*: “nós expressamos uma mensagem por meio da manifestação razoável de uma intenção com o objetivo de suscitar uma resposta”²⁹⁴. Quando pergunto ao organizador como o jantar será pago, eu procuro suscitar uma resposta manifestando, para ele, não só o meu desejo (o que ele poderia descobrir de forma indireta), mas também a minha intenção de que ele saiba que desejo ser informado e desejo que ele, de modo específico, me dê aquela informação.

3.2. COMUNICAÇÃO E ATOS COLETIVOS DE FALA

Com as considerações acima em mãos, podemos agora voltar à questão sobre se atos coletivos de fala são possíveis. Recorde-se que uma resposta afirmativa a essa questão é fundamental para a análise de Marmor, que parte da hipótese inicial de que o ato de legislar é

²⁹³ KÖPCKE TINTURÉ, *Legal validity*... op. cit., p. 41.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 42.

um ato coletivo de fala. A partir do que vimos nos tópicos anteriores, a questão pode ser reformulada nos seguintes termos: é possível que grupos, em geral, e que o Parlamento, em especial, forme intenções? E é possível que forme intenções comunicacionais (ou, em outras palavras, que usem a técnica da comunicação)?

Há um caso trivial em que podemos falar de um grupo praticando um ato comunicativo (ou um ato de fala, ou uma ação intencional conjunta). Imaginemos, por exemplo, a torcida de um time cantando o seu hino na final de um campeonato. Todos cantam o hino em conjunto e, ao descrever a situação, podemos dizer que era a torcida – o grupo de torcedores – quem estava cantando. Obviamente, não é esse tipo de ato de fala que nos interessa. Ao aprovarem uma lei, os legisladores não se reúnem numa praça e recitam, em conjunto, todos os seus termos. Eles nem mesmo levantam a mão em conjunto para votar, utilizando sistemas eletrônicos de votação para marcar suas posições a respeito de um determinado texto. A questão relevante, neste caso, é saber se aquele texto pode ser tido como o produto de um ato de fala coletivo.

Para que possamos avançar na análise, é útil começar com uma breve tipologia dos grupos, tendo em vista que nem todos os grupos humanos podem ser colocados na mesma categoria. Meijers, em trabalho sobre o tema, separa os grupos em três categorias essenciais, e utilizarei essa tipologia para a minha exposição. De acordo com Meijers²⁹⁵, há pelo menos três tipos de grupos: grupos taxonômicos, multidões e grupos estruturados. Vejamos cada um deles.

1. **Grupos taxonômicos ou classes:** são grupos formados pelo compartilhamento, por parte de seus membros, de uma característica comum. Esses membros, no entanto, não estão internamente relacionados (se um deles sair, os demais não são afetados). Um exemplo seriam os torcedores homens com mais de 21 anos presentes num determinado estádio.

2. **Multidões [crowds]:** ao contrário dos grupos taxonômicos, os membros de multidões compartilham um objetivo em comum, embora não tenham crenças uns sobre os outros, nem direitos e obrigações. Um exemplo seria um grupo de torcedores entrando no estádio.

3. **Grupos estruturados:** neste caso, os membros do grupo ou estão relacionados fisicamente ou estão relacionados intencionalmente. Um exemplo do primeiro grupo é uma família e, do segundo, um time de futebol jogando uma partida. Neste caso, os membros do grupo compartilham um objetivo, e possuem crenças uns sobre os outros, bem como direitos e

²⁹⁵ MEIJERS, Anthonie. Collective Speech Acts. In: TSOCHATZÍDĪS, Savvas L. (Org.). **Intentional acts and institutional facts: essays on John Searle's social ontology**. Dordrecht: Springer, 2007, p. 94.

obrigações mútuos. A saída de um dos membros, neste caso, afeta os demais membros do grupo estruturado.

A partir desta distinção é fácil perceber o que diferencia o exemplo dos torcedores cantando um hino e dos membros de um Parlamento votando uma lei. No primeiro caso, temos uma multidão cantando; no segundo, temos um grupo estruturado praticando uma ação “coletiva” (num sentido de coletivo que ainda precisamos analisar). De modo mais específico, poderíamos dizer, com Meijers, que apenas os grupos estruturados podem, efetivamente, praticar uma ação (a multidão só pratica uma ação coletiva metaforicamente) e, portanto, um ato de fala. “Atos de fala, sendo ações, são praticados por agentes, e se a noção de um agente coletivo faz sentido, ela irá se referir a membros de um grupo que são intencionalmente relacionados”²⁹⁶.

Pois bem. Faz sentido imaginar um grupo intencionalmente praticando um ato de fala? Meijers²⁹⁷ observa que, ao nos referirmos a um ato de fala coletivo, podemos estar falando de três situações distintas: 1) o caso de um “falante coletivo” que se dirige a um interlocutor individual; 2) o caso de um falante individual que se dirige um interlocutor coletivo (uma plateia); 3) o caso em que um falante coletivo se dirige a um interlocutor também coletivo. No caso da atividade legislativa, falamos, geralmente, da situação 3: o parlamento é, por hipótese, um falante coletivo, e se dirige, também por hipótese, a um interlocutor coletivo (todas as pessoas submetidas ao direito, os juízes, os oficiais responsáveis pela aplicação da lei etc.).

Pensem, então, numa hipótese de ato de fala coletivo rudimentar a partir de um exemplo de uso da primeira pessoa do plural, no contexto de um ato de fala. O objetivo, aqui, é saber se é possível imaginar um falante coletivo. Eu e minha esposa resolvemos convidar Ronaldo para um jantar -- é o exemplo utilizado por Marmor²⁹⁸. “Nós adoraríamos que você fosse a nossa casa para tomar um vinho e jantar”, digo a ele. O uso do nós parece indicar um ato coletivo de fala -- somos eu e minha esposa (um grupo estruturado) que estamos realizando o convite. Será mesmo? Um crítico poderia dizer que estou praticando um ato de fala individual em meu nome e em nome de minha esposa e que tal exemplo não representaria um ato coletivo de fala. Marmor considera essa objeção, mas a rejeita. Suponhamos que, após eu formular o convite através da frase mencionada anteriormente, minha esposa imediatamente o complemente: “que tal na próxima sexta-feira?”. Se no primeiro exemplo Ronaldo poderia ter dúvidas se realmente minha esposa participou do convite -- se ela realmente queria convidá-lo

²⁹⁶ MEIJERS, *Collective Speech Acts...* op. cit., p. 94.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 96.

²⁹⁸ MARMOR, *The language of law...* op. cit., p. 15.

– no segundo essa dúvida não se coloca. Ele interpreta, corretamente, que o convite partiu de ambos -- que se trata, portanto, de um convite *coletivo*.

Uma possível explicação dos atos de fala coletivos irá reduzi-los a um conjunto de atos de fala individuais. Quando eu e minha esposa convidamos Ronaldo para jantar, praticamos, cada um, ato de fala individual (há, portanto, dois convites individuais que se juntam para formar um convite coletivo). Mas há um problema nesta leitura: ela não diferencia o convite do exemplo da realização de dois convites individuais e independentes. Imaginemos um cenário em que eu convide Ronaldo para um jantar em casa, sem consultar minha esposa. Ela, sem saber do meu convite, também liga para Ronaldo (que ela sabe ser meu amigo) e o convida para jantar, com o objetivo de me fazer uma surpresa. Eu e minha esposa convidamos Ronaldo, mas o nosso convite não foi coletivo. Como diferenciar este caso do exemplo de Marmor?

Marmor não desenvolve este ponto em *The Language of Law*, mas podemos encontrar pistas de sua resposta em *Interpretation and Legal Theory*. Aqui, ao discutir o problema de se é possível atribuir intenções a grupos, Marmor observa que o conceito relevante não é o de *intenção de grupo*, mas sim o de *intenção compartilhada*²⁹⁹. Segundo ele, em muitos casos em que atribuímos intenções a um grupo ou coletivo, estamos, na verdade, nos referindo às intenções compartilhadas de seus membros. Isso, no entanto, ainda não basta. É que, assim como nos exemplos do convite, precisamos diferenciar intenções compartilhadas de intenções meramente coincidentes. Marmor explica a diferença da seguinte maneira:

Atribuir intenções compartilhadas a um grupo não é uma questão puramente quantitativa de contar, por exemplo, quantos membros de um dado grupo compartilham certa intenção. Um elemento adicional deve estar presente, a saber, que haja uma conexão não-acidental entre a identificação do grupo, como um grupo de certo tipo, e o tipo pertinente de intenção. É natural, por exemplo, falar de uma nação aspirando sua independência, na medida que aqueles que compartilham a intenção pertinente (e, talvez, aqueles que se opõem a ela) também compartilham a expectativa que esta intenção seja compartilhada pelo grupo enquanto tal. A intenção em questão é importante para eles precisamente (embora não apenas) porque eles esperam que ela seja compartilhada pelos outros membros do grupo³⁰⁰.

O que caracteriza a atribuição de intenção a um grupo (portanto, o elemento central do conceito de intenção coletiva) é (1) o compartilhamento de intenções; (2) a expectativa de que a intenção seja compartilhada; e, por fim, (3) que o compartilhamento da intenção se relacione

²⁹⁹ MARMOR, *Interpretation...* op. cit., p. 124.

³⁰⁰ *Idem*.

com a identidade do grupo. No exemplo do convite coletivo, por exemplo, eu e minha esposa compartilhamos uma intenção (a de convidar Ronaldo), mas também compartilhamos a expectativa de que o outro também tenha essa intenção, e essa expectativa decorre da nossa identidade enquanto casal. É por isso que o convite, naquele caso, é um convite do casal (um convite coletivo). No exemplo dos convites coincidentes, embora eu e minha esposa compartilhemos a intenção de convidar Ronaldo, não temos expectativas sobre as intenções um do outro. Na verdade, sequer sabemos, no exemplo, o que o outro tem a intenção de fazer.

Richard Ekins, no capítulo sobre intenções conjuntas do seu livro *The Nature of Legislative Intent*, observa que o ponto diferenciador de uma intenção compartilhada (ou de grupo) está no elemento *coordenação*. Segundo ele, “a intenção de um grupo não é apenas a soma das intenções isoladas dos membros individuais do grupo. As intenções dos vários membros do grupo não podem gerar ou apoiar uma intenção de grupo a menos que elas estejam [...] conectadas às intenções dos outros membros do grupo”³⁰¹. No exemplo do convite, a marca do ato de fala coletivo é a coordenação da minha ação com a da minha esposa para produzir um único conteúdo comunicacional: um convite para um jantar, com vinhos, na próxima sexta-feira. Essa coordenação ocorre a partir da combinação de discursos, no contexto de fala do convite.

Mas, se as considerações acima podem ser suficientes para demonstrar a possibilidade de atos de fala coletivos, elas ainda não são suficientes para demonstrar que o ato de legislação se enquadra nesse conceito. O próprio Marmor reconhece que há, neste caso, uma questão adicional que precisa ser respondida. “Os legisladores individuais não falam em nome do legislativo, pelo menos não em regimes democráticos ordenados; eles produzem as leis como um grupo por meio da votação de propostas legislativas, não por meio de falas em nome do grupo como um todo”³⁰². Um crítico de Marmor poderia, então, objetar que é até possível conceber um ato de fala coletivo: o problema é que a atividade legislativa não é um deles. Marmor considera esta objeção e procura respondê-la recorrendo à ideia de procedimento de votação. Para ele, os mecanismos de votação de um parlamento são justamente o “mecanismo introduzido para permitir que o discurso coletivo seja praticado de modo ordenado (e presumivelmente democrático)”³⁰³. É esta também a posição de Ekins. De acordo com ele, a ação coletiva depende de uma condição essencial que ele chama de “sobreposição articulada de

³⁰¹ EKINS, Richard. **The nature of legislative intent**. 1. ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2012, p. 48–49.

³⁰² MARMOR, **The language of law...** op. cit., p. 15.

³⁰³ *Ibid.*

intenções” [*interlocking intentions*]. O problema inicial que Ekins enfrenta é que essa condição de sobreposição depende de uma ação consensual dos indivíduos, o que parece não ocorrer em grupos grandes e complexos (e uma legislatura, sem dúvida, é um grupo grande e complexo)³⁰⁴. Não é crível imaginar que os legisladores, tal como eu e minha esposa, irão ter um consenso sobre as intenções relevantes.

Utilizando a linguagem dos planos, que retirou da obra de Bratman, Ekins sugere que grupos complexos agem coletivamente por meio da adoção de certos procedimentos de escolha que permitem que certas ações *contem como* as ações do grupo. Segundo ele, devemos distinguir duas intenções de grupo (nas hipóteses de grupos complexos): a primeira, que podemos chamar de intenção particular ou primária, refere-se à intenção que explica e define o curso particular de ação do grupo numa dada ocasião. A segunda, por sua vez, refere-se à intenção geral do grupo de usar certos procedimentos para determinar suas intenções particulares. Ekins chama esta segunda intenção de intenção secundária ou de “plano geral para a escolha de planos particulares”³⁰⁵. Esta intenção secundária representa, na verdade, uma intenção permanente do grupo, tendo em vista que este plano geral perdura no tempo e permite a ação diacrônica daquela entidade coletiva.

Um procedimento de decisão permite, assim, a ação coletiva do grupo complexo. Mas isso só ocorre se este procedimento for adotado pelos membros do grupo (isto é, se eles tiverem intenções sobrepostas de modo articulado para adotá-lo). Todavia, uma vez adotados, podemos falar da ação coletiva do grupo mesmo na ausência de consenso nas hipóteses em que o procedimento de decisão determina a escolha de um certo curso de ação. Pensemos, por exemplo, em cinco amigos que desejam marcar uma confraternização. Após muita discussão, três deles (representantes da maioria) resolvem votar e decidir como e onde será o evento. Mesmo sendo a maioria, não podemos dizer que esta é a decisão do grupo porque os outros dois membros não aceitaram o procedimento de votação majoritária para definir a questão. A situação seria diversa se um dos amigos tivesse proposto que os detalhes da votação fossem escolhidos por votação majoritária e os demais tivessem aceitado esse procedimento. Nesta última hipótese, e somente nela, podemos dizer que o grupo “escolheu o local da confraternização”, mesmo quando dois dos seus membros tenham votado contra ele. Assim, ao contrário dos grupos pequenos (como eu e minha esposa, no exemplo do convite) grupos

³⁰⁴ EKINS, *The nature of legislative intent...* op. cit., p. 57–58.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 58.

complexos podem agir coletivamente de forma não-unânime: basta que o plano particular de ação tenha sido gerado pela aplicação de um procedimento de decisão adotado coletivamente³⁰⁶.

3.3. VOTAÇÃO E COMUNICAÇÃO

No tópico anterior, analisamos a possibilidade de ação coletiva intencional de grupos complexos. Para explicar esta possibilidade, utilizei a ideia de procedimento decisório, sugerida por Marmor e desenvolvida em mais detalhes por Ekins. Mas há, ainda, um problema a ser resolvido: mesmo que os argumentos anteriores tenham demonstrado a possibilidade de uma ação intencional coletiva, eles não são suficientes para estabelecer a possibilidade de uma ação *comunicacional* coletiva. Lembremos que, conforme a análise de Grice, a comunicação exige a presença de uma intenção reflexiva (uma intenção comunicacional) distinta das intenções que precedem as ações em geral. Essa distinção foi o que permitiu que Grice construísse seu modelo a partir de contraposições entre situações em que havia uma intenção, mas não uma intenção *comunicacional*. Precisamos, assim, saber se a ação coletiva com base em procedimentos decisórios (isto é, a ação particular decorrente de um plano geral) é uma base sólida para a compreensão das ações comunicacionais (dos atos de fala).

A saída de Marmor para suprir este *gap* é considerar que o ato de votação é, ele próprio, um ato de fala. Após afirmar que “um procedimento de votação numa instituição legislativa é precisamente o mecanismo introduzido para permitir que um ato coletivo de fala seja praticado de modo [...] ordenado”³⁰⁷, Marmor acrescenta que “a questão agora é se a votação de uma proposta legislativa é um ato de fala ou não”³⁰⁸. A saída, portanto, é considerar que o tipo de *input* do processo decisório garante o tipo de *output* deste mesmo processo. Se o ato de votar (o *input*) é um ato de fala, então o resultado da votação (o *output*) será, ele também, um ato de fala. Como este ato foi obtido pela intermediação de um procedimento decisório utilizado para que os atos individuais possam ser coordenados num ato do grupo, ele pode ser considerado um ato *coletivo* de fala. Mais à frente, irei criticar a ideia de que o tipo de *input* garante o tipo de *output*. Antes, contudo, é importante analisar se o ato de votação é uma espécie de ato de fala.

³⁰⁶ EKINS, *The nature of legislative intent...* op. cit., p. 60.

³⁰⁷ MARMOR, *The language of law...* op. cit., p. 15.

³⁰⁸ *Ibid.*

A principal objeção à ideia de que o ato de votar é também um exemplo de ato de fala foi oferecida por Mark Greenberg. Tendo em vista que responder a esta objeção é um dos principais objetivos de Marmor, tratarei dela em primeiro lugar. De acordo com Greenberg:

Os eleitores frequentemente comunicam mensagens ao votarem para candidatos específicos. Esta votação comunicativa é talvez especialmente comum em eleições que não são secretas, tais como no encontro de uma pequena organização. Mesmo em eleições secretas, as pessoas comunicam mensagens por meio dos seus votos. Na eleição presidencial [americana] de 2000, muitas pessoas comunicaram, com êxito, a forma como se sentiam sobre os dois partidos [...] ao votarem em Ralph Nader. Quando votam em propostas substantivas, bem como na eleição de candidatos, as pessoas, não raro, lançam seus votos com a intenção de comunicar mensagens que são apenas tangencialmente relacionadas à questão oficialmente submetida a votação³⁰⁹.

O ponto principal de Greenberg no trecho acima é que as intenções comunicativas das pessoas ao votarem podem não coincidir com o ato efetivamente praticado. Podemos ter a intenção de comunicar muitas coisas ao votar num candidato ou numa proposta, e essas intenções - por não se relacionarem com o objeto do voto - não têm nenhum impacto no seu significado jurídico. “Em sistemas eleitorais padrão, o impacto jurídico do voto em um candidato [...] é especificado pelo sistema eleitoral de uma forma que é totalmente independente (do ponto de vista constitutivo) das intenções *comunicativas* do eleitor”³¹⁰. Desta forma, “nenhuma intenção comunicativa é necessária para que as ações de alguém contem como um voto”³¹¹.

Ocorre, contudo, que ainda que as pessoas pretendam passar diversas mensagens ao votar, aquilo que é afirmado ao se lançar o voto na urna é uma e somente uma coisa: que você quer que aquele candidato, no momento da apuração, receba um voto. Marmor aponta corretamente que o ato de votar é sempre uma resposta a uma questão específica³¹², e ela não é ‘quem você realmente quer que seja presidente’. A pergunta para a qual o voto oferece uma resposta é: ‘como você gostaria que o sistema contasse seu voto -- em favor de X, Y ou Z’. Evidentemente, é possível que tenhamos diversos motivos para votar em X, Y ou Z ou que, ao fazê-lo, tenhamos a intenção de comunicar diversas mensagens distintas. Isso não muda o fato de que, para o sistema eleitoral, o que você afirmou, o conteúdo que você *asseriu*, é o de que X, Y ou Z devem receber um voto na apuração.

³⁰⁹ GREENBERG, *Legislation as Communication?*... op. cit., p. 234.

³¹⁰ *Idem.*

³¹¹ *Idem.*

³¹² MARMOR, *The language of law*... op. cit., p. 16.

Podemos entender este ponto se recorrermos, novamente, ao conceito de ato perlocucionário. De acordo com a definição de Austin que vimos anteriormente, um ato perlocucionário refere-se aos efeitos possíveis que um ato ilocucionário pode ter numa determinada audiência. Como os efeitos não fazem parte, necessariamente, das condições de sucesso de uma comunicação³¹³, eles não fazem parte da intenção comunicativa. Isto permite que, ao praticar um ato ilocucionário, possamos ter a intenção de obter diversos efeitos (ou, em outras palavras, de praticar diversos atos perlocucionários), sem que haja uma alteração na intenção comunicativa relevante. Podemos votar com o objetivo de eleger alguém, tão somente, ou de passar uma mensagem, ou de marcar uma posição, ou de dar satisfação a um grupo de amigos, e assim por diante. Nada disso faz parte do conteúdo do ato, nem do tipo de ato ilocucionário praticado. Uma promessa continua sendo uma promessa mesmo que quem a tenha feito tivesse o objetivo melhorar sua imagem perante o interlocutor ou, simplesmente, agradar uma entidade divina. O simples fato de que as pessoas podem ter múltiplas intenções ao votar, portanto, não afeta o caráter do voto como um candidato possível a contar como um ato de fala. A intenção comunicativa manifestada no voto é de que X (a pessoa ou proposta em que você votou) receba um voto na apuração. Mas como, a partir disso, chegar à conclusão de que a votação coletiva dos legisladores é, na verdade, um ato de comunicação coletiva?

Pensemos novamente num exemplo. Um grupo de cinco professores se reúne para aprovar uma modificação no projeto pedagógico do curso de Direito. Os professores se reúnem e elegem um deles como relator da proposta. A proposta, uma vez finalizada, é apresentada para deliberação após a escolha, unânime, de um procedimento decisório (o que a maioria decidir, será considerado aprovado). O grupo de professores, por uma apertada maioria (3 votos a 2), aprova a proposta. “Há alguma dificuldade com a sugestão de que o conteúdo [da proposta] é a recomendação oficial do grupo?”, questiona Marmor³¹⁴. Acredito que Marmor está certo ao afirmar que a resposta é *não*. Utilizamos, até de forma muito comum, expressões como ‘o grupo aprovou X’ ou ‘o grupo acredita que Y’ quando nos referimos a deliberações coletivas, inclusive as que não são unânimes. Na prática jurídica, por exemplo, a despeito das inúmeras decisões não unânimes dos Tribunais, ainda afirmamos, de modo coletivo, que ‘o Tribunal decidiu’ de uma forma ou de outra. Se não vemos dificuldades com essas afirmações, por que deveríamos ver na afirmação de que o grupo pode *dizer* algo, isto é, praticar um ato de fala?

³¹³ SEARLE, What is a Speech Act?... op. cit.

³¹⁴ MARMOR, **The language of law**... op. cit., p. 17.

Uma razão possível é que, principalmente em grupos grandes e pouco coesos – como é o caso de um Legislativo – é comum que certas pessoas votem em propostas das quais sabem pouco ou mesmo nada. Alguém que vota numa proposta que nada conhece não pode ter uma intenção comunicativa a respeito do conteúdo da proposta. Marmor observa, no entanto, que, mesmo desconhecendo o conteúdo da proposta sujeita a votação, qualquer membro do grupo sabe que, ao votar ‘sim’, está votando para aprovar um determinado texto e, ao votar ‘não’, está votando para rejeitá-lo, ainda que não o conheça. Se excluirmos, portanto, situações bizarras como de votos por acidente ou votos em total ignorância (um legislador que não sabe sequer o que significa ‘votar em algo’), mesmo quem não leu a proposta submetida à votação comunicou algo ao votar: que aquela proposta (que ele pouco conhece) deve ser aprovada ou rejeitada. Marmor conclui:

Procedimentos de votação numa instituição democrática não pretendem agregar os estados mentais subjetivos dos membros da instituição. Procedimentos de votação pretendem gerar uma decisão institucional. Participantes em tais procedimentos frequentemente têm muitas reservas sobre a resolução em que estão votando; algumas vezes, eles pouco se preocupam com ela, ou nem mesmo sabem em que estão votando. [...] Mas quando os legisladores votam para aprovar uma certa resolução, eles expressam a intenção de comunicar o conteúdo da resolução como a decisão oficial da instituição sobre a questão³¹⁵.

Se utilizarmos a estratégia de compreender o conteúdo comunicacional a partir da resposta a uma questão específica, poderíamos resumir o ponto da seguinte forma: os legisladores, ao votarem, respondem à seguinte pergunta: deve a instituição à qual pertencemos comunicar o conteúdo desta resolução ao seu público ou não? Não é um legislador individual, portanto, quem pratica o ato comunicativo contido na proposta. Um deputado ao votar a favor de uma proposta de descriminalização do aborto pode querer comunicar muitas coisas. Seu voto, contudo, significa o seguinte: eu, por meio do meu voto, tenho a intenção de que o Poder Legislativo, ao qual pertencço, comunique à sociedade sua decisão de descriminalizar o aborto. Há, assim, dois atos comunicacionais diversos: o do deputado, ao votar, e o do Legislativo, como um todo, que *comunica* o resultado da votação a respeito de uma proposta submetida à apreciação dos seus membros.

³¹⁵ MARMOR, *The language of law...* op. cit., p. 18.

3.4. VARIAÇÕES DO CONTEÚDO COMUNICACIONAL

A exposição anterior mostrou como Marmor defende a tese de que o ato de legislar é um ato coletivo de fala. Estamos agora numa posição de analisar qual é, afinal, o conteúdo que é comunicado por este ato. A questão não é simples. Ainda que adotemos a posição de Marmor, segundo a qual o ato de legislar é um ato de fala, há diversos candidatos possíveis para o conteúdo deste ato e precisamos definir qual deles pode ser considerado o conteúdo comunicado pelo Parlamento. Dentro das balizas do modelo comunicacional, esta questão é fundamental: o conteúdo comunicado é o conteúdo do direito; saber o que foi comunicado, portanto, é o mesmo que saber qual foi o direito criado por aquele ato de legislação específico.

O ponto de partida para esta análise está na compreensão – intuitiva, praticamente – de que o conteúdo transmitido numa ocasião de discurso não raro vai além do significado das palavras utilizadas pelo falante. Um exemplo: um médico que diga ao seu paciente ansioso por conta de uma doença que ele “não vai morrer” não quer dizer que ele é imortal, mas apenas que ele não vai morrer *por conta daquela doença específica*. É preciso, portanto, distinguir os níveis de conteúdo que podem ser transmitidos por uma locução numa determinada ocasião de discurso. Marmor diferencia três destes níveis: o conteúdo comunicado pode consistir no conteúdo semântico; no conteúdo asserido [*asserted*] e no conteúdo que é implicado pelo discurso no contexto particular do seu enunciado³¹⁶. O conteúdo *semântico* de uma determinada afirmação é aquele que é “plenamente determinado pela semântica e pela sintaxe, isto é, pelo significado lexical das palavras usadas e a sintaxe da frase”³¹⁷. Este significado é, essencialmente, governado por normas ou regras, públicas e que podem ser aprendidas. São essas propriedades que permitem a comunicação em uma linguagem natural: falante e ouvinte compartilham essas regras públicas e podem, portanto, compartilhar um meio comum para a transmissão de suas respectivas mensagens. O conteúdo semântico de uma determinada afirmação, contudo, pode não ser suficiente para que possamos entender o que um falante efetivamente disse, isto é, o *conteúdo asserido* pelo seu ato de fala. Isso ocorre porque o conteúdo semântico subdetermina o conteúdo asserido: o ouvinte não sabe, dentre todos os significados possíveis definidos pela semântica e pela sintaxe, qual deles era o que o falante queria efetivamente comunicar. Para isto, algum conhecimento contextual é necessário. O exemplo mais óbvio está nos casos de indexicais puros (como ‘Eu’, ‘aqui’, ‘hoje’ e ‘próxima

³¹⁶ MARMOR, The pragmatics... op. cit., p. 424; MARMOR, Can the Law... op. cit., p. 83; MARMOR, **The language of law**... op. cit., p. 13.

³¹⁷ MARMOR, **The language of law**... op. cit., p. 22–23.

semana’) e demonstrativos (‘ele’, ‘eles’, ‘isto’, ‘aquilo’ etc.). Nos casos em que estes termos são utilizados, o conteúdo transmitido é uma combinação de elementos, decorrentes tanto do significado literal das palavras quanto de características objetivas da situação de discurso, como o tempo e lugar em que ela é feita, quem é o falante, quem é o interlocutor, e assim por diante. Assim, sempre que uma expressão contém indexicais puros e demonstrativos, o conteúdo asserido depende do 1) conteúdo semântico e 2) de elementos intencionais e contextuais que determinam a referência da expressão³¹⁸.

Existem, no entanto, outras situações em que o conteúdo asserido não é determinado pelo conteúdo semântico (por aquilo que foi dito) para além do uso de indexicais e demonstrativos. Marmor cita diversos exemplos: 1) quando chego em casa e minha esposa pergunta ‘você já jantou’, ela está perguntando se eu já jantei *naquele dia* e não se, em algum momento da minha vida, eu já pratiquei a ação de jantar; 2) quando o atendente diz a um adolescente que está tentando comprar uma cerveja que ‘você deve ter 18 anos’, eles não asseriu que a pessoa deve ter *exatamente* 18 anos, mas que deve ter *pelos menos* esta idade³¹⁹. Podemos pensar em diversos outros exemplos. Quando minha irmã afirma ‘tenho duas filhas’, entendemos imediatamente que ela quer dizer que tem *apenas* duas filhas, ainda que a construção semântica e sintática seja compatível com, por exemplo, ela ter quatro filhas (quem tem quatro filhas, tem também duas filhas, e ela não afirmou que era mãe de *apenas* duas). Quando dizemos a um amigo que ‘está chovendo’ não queremos dizer que está chovendo em algum lugar do planeta diferente de onde estamos (ainda que o conteúdo semântico e sintático da frase seja compatível com essa conclusão): queremos dizer que está chovendo *aqui e agora*. Quando minha esposa afirma, por fim, que ‘eu não tenho nenhuma roupa’, imediatamente compreendo (ou deveria) que ela quer dizer que não tem uma roupa apropriada para uma ocasião específica (a festa que iremos logo mais), e não que ela, de fato, não possui nenhuma roupa no seu guarda-roupa³²⁰. Os exemplos abundam. Marmor observa que em situações reais de discurso, o conteúdo semântico precisa ser complementado – ou enriquecido – por um conteúdo *pragmático*. “Quando um ouvinte capta o conteúdo asserido”, observa Marmor, “ele é normalmente uma inferência derrotável realizada pelo ouvinte a partir do significado da sentença proferida (semântico e sintático), algum conhecimento contextual da situação de discurso relevante e [...] um pano de fundo normativo governando a conversação”³²¹.

³¹⁸ MARMOR, The pragmatics... op. cit., p. 425.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 426.

³²⁰ MARMOR, **The language of law**... op. cit., p. 25.

³²¹ *Ibid.*, p. 24.

Este conteúdo asserido (o conteúdo semântico após o enriquecimento pragmático) não exaure o conteúdo que é comunicado para além do que é efetivamente dito. Há também o conteúdo que é implicado pelo que foi dito, ainda que não tenha sido efetivamente asserido pelo falante. Para diferenciar as duas situações (conteúdo enriquecido pragmaticamente de conteúdo implicado, mas não asserido), Marmor introduz a distinção entre pragmática próxima [*near-side pragmatics*] e pragmática distante [*far-side pragmatics*]. A primeira refere-se aos determinantes pragmáticos utilizados para inferir o conteúdo asserido e, a segunda, para o inferir o conteúdo implicado (ainda que não asserido). Um exemplo legislativo ajuda a ilustrar a distinção: imaginemos um dispositivo de lei que estabeleça que todos os restaurantes devem ter banheiros limpos, seguros e com manutenção periódica. Mesmo que o dispositivo não diga isso (ele nem disse nem asseriu), é razoável admitir que um restaurante que tenha banheiros limpos, seguros e com manutenção, mas que permaneçam o tempo todo fechados, não satisfaz a exigência legal³²². Que os banheiros devem permanecer abertos não é algo dito, nem muito menos asserido (enriquecido pragmaticamente), mas sim *implicado* por aquilo que foi afirmado. Marmor define o conteúdo implicado, objeto da pragmática distante, da seguinte forma:

O conteúdo implicado da locução P no contexto C pode ser definido como o conteúdo com o qual o falante, no contexto específico de C, está comprometido ao enunciar P, e que se espera que os ouvintes saibam que o falante está comprometido com eles, e que se espera que o falante saiba disso. Pode-se esperar que um falante esteja comprometido com um certo conteúdo implicado se, e somente se, uma negação explícita, *ex post* do conteúdo implicado iria parecer a qualquer ouvinte *razoável*, sob as circunstâncias do caso, algo perplexo, enganoso ou contraditório³²³.

De acordo com Marmor, os dois principais exemplos de conteúdo implicado são as *implicaturas* e os *pressupostos de uma locução*. Começemos com as implicaturas. O termo, como Marmor reconhece, é retirado do trabalho seminal de Grice. A ideia central das implicaturas é que nossa habilidade para compreender o conteúdo de certas expressões para além daquilo que é dito ou asserido é resultado da combinação de dois fatores: 1) normas gerais de conversação e 2) conhecimento contextual compartilhado pelo falante e seu interlocutor nas circunstâncias da locução³²⁴. Algumas *implicaturas*, como Grice observa, são convencionais, i.e., há uma regra convencional segundo a qual ao afirmarmos P, nós implicamos um certo

³²² MARMOR, Can the Law... op. cit., p. 84.

³²³ *Idem*.

³²⁴ *Ibid.*, p. 85.

conteúdo (um *implicatum*, na notação de Grice)³²⁵. Outras implicaturas, no entanto, são não-convencionais, no sentido de que dependem, essencialmente, do contexto e do conhecimento compartilhado entre falante e interlocutor, e não de regras convencionais de uso. O exemplo mais conhecido de implicatura não-convencional são as chamadas *implicaturas conversacionais*. Grice observa, de início, que nossos atos de comunicação interpessoal são, geralmente, empreendimentos cooperativos, no qual cada participante reconhece um propósito comum na conversação que exclui certos “movimentos conversacionais” como inadequados para atingi-lo. Sendo um empreendimento cooperativo, os participantes no jogo conversacional precisam observar certas regras - certas máximas - para que aquela comunicação seja exitosa. Grice chama esse princípio comum de *Princípio Cooperativo*, e define-o da seguinte forma: “faça sua contribuição conversacional da forma como é exigido, no estágio em que ela ocorre, pelo propósito ou direção aceito da troca comunicacional na qual você está engajado”³²⁶. A partir desse princípio, Grice deriva quatro categorias de máximas que representam os tipos de regras que instanciam aquele princípio geral: máximas de quantidade, qualidade, relevância e estilo. Vejamos cada uma delas:

- 1) **Máxima da quantidade:** faça sua contribuição tão informativa quanto é exigido (para os propósitos atuais do diálogo) e não mais do que isso;
- 2) **Máxima da qualidade:** não diga algo que você acredita ser falso, nem algo para o qual você não tem evidências adequadas;
- 3) **Máxima da relevância:** seja relevante -- contribua para o diálogo com algo que você considere relevante para ele;
- 4) **Máxima de estilo:** evite obscuridade, ambiguidade, seja breve e ordenado³²⁷.

Estas máximas não são universalmente aplicáveis: elas se aplicam apenas para conversações ordinárias em que há o propósito comum de uma troca cooperativa de informações (ou, o que é o mesmo, em que o princípio cooperativo se aplica)³²⁸. Assim, pode-se dizer que um conteúdo é conversacionalmente implicado por um falante se este conteúdo, embora não seja parte do que o falante disse ou asseriu, é implicado por aquilo que ele disse no contexto de discurso específico, dadas as máximas conversacionais aplicáveis. De modo formal, teríamos que um falante *S* implica conversacionalmente *q*, ao dizer *p*, no contexto *C*, se, e apenas se: (i) Presume-se que *S* observa as máximas conversacionais em *C*; (ii) a premissa

³²⁵ GRICE, H. P. **Studies in the way of words**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989, p. 25–26.

³²⁶ *Ibid.*, p. 26.

³²⁷ *Ibid.*, p. 26–27.

³²⁸ MARMOR, The language of law... op. cit., p. 37.

de que S quis dizer *q* é exigida para dar sentido à locução *p* no contexto *C*, dadas as máximas conversacionais aplicáveis; (iii) S acredita ou assume que o seu interlocutor pode reconhecer a condição (ii), e pode reconhecer que S sabe disso³²⁹.

As implicaturas conversacionais têm duas características importantes: a primeira delas é que elas são canceláveis, i.e., o falante sempre pode acrescentar um esclarecimento específico que cancela o *implicatum*; em segundo lugar, as implicaturas conversacionais são específicas ao contexto e não são determinadas, de modo convencional, por regras da linguagem³³⁰. Mas elas não são as únicas formas de conteúdo que vai além daquilo que é asserido. Marmor trata, também, das *pressuposições*. Ao contrário das implicaturas - em que se infere um conteúdo a partir das máximas conversacionais - as pressuposições referem-se a um conteúdo que deve ser tomado como pressuposto para que uma determinada locução faça sentido, dado o contexto do seu enunciado. Assim, “uma pressuposição consiste num conteúdo que não é efetivamente asserido, mas seria necessário tomar como dado para dar sentido ao conteúdo asserido ou sua relevância para a conversa”³³¹. Um exemplo seria a afirmação “João se arrepende de ter mentido para os seus pais”. Essa frase pressupõe, para que tenha sentido, que João *mentiu* (ou acredita ter mentido) para os seus pais. Este é um conteúdo pressuposto, embora não seja nem asserido nem implicado conversacionalmente.

Por fim, Marmor menciona uma terceira forma de implicação, distinta das implicaturas conversacionais e das pressuposições. Já mencionei acima que, de acordo com Grice, algumas implicaturas são *convencionais*, de modo que elas seguem certas regras para sua aplicação. É a isto que Marmor refere-se como “implicações semanticamente codificadas”³³². Trata-se de implicações que estão embutidas no próprio significado semântico das palavras usadas numa locução. Ao dizermos que ‘até mesmo X pode A’, implicamos que há outras pessoas, além de X, que podem A, e que X é uma das pessoas menos prováveis a fazê-lo; quando dizemos que ‘foi X quem quebrou o vaso’, implicamos que alguém deve tê-lo quebrado em primeiro lugar. Nestes dois exemplos, a implicatura está codificada no próprio conteúdo linguístico, de modo que não é dado ao falante cancelá-la. Não faria sentido dizer que ‘até mesmo X pode A’, mas ninguém, além de X, pode fazê-lo. O exemplo é diferente, por exemplo, do caso em que dizemos que ‘X não virá para a festa hoje à noite’, implicando que havia alguma expectativa de que X pudesse comparecer. Neste caso, essa implicatura não está codificada no conteúdo

³²⁹ MARMOR, Can the Law... op. cit., p. 86.

³³⁰ *Idem*.

³³¹ *Ibid.*, p. 86–87.

³³² *Ibid.*, p. 88.

semântico, podendo ser cancelada pelo falante, que pode negar que alguém esperasse a presença de X. Desta forma, o critério essencial para diferenciar implicaturas codificadas de implicaturas não-codificadas é a possibilidade de cancelamento: apenas as últimas podem ser canceladas pelo falante.

Pois bem. A tese de Marmor acerca do conteúdo do direito é a de que a atividade legislativa inevitavelmente incorpora implicaturas semanticamente codificadas, mas não incorpora (ou não o faz normalmente) implicaturas conversacionais. Em relação às primeiras, há duas razões pela qual elas estão incorporadas no conteúdo comunicacional do ato legislativo: em primeiro lugar, elas não são canceláveis (o que é o mesmo que dizer que dependem mais das convenções do que das intenções); em segundo, elas não dependem do contexto. Assim, tanto o conteúdo semântico quanto o conteúdo implicado, mas codificado semanticamente, decorrem de regras convencionais e, portanto, não são sensíveis ao contexto, o que faz com que a afirmação de que a legislação inclui este conjunto de implicações não seja problemática³³³: ele decorre das regras que estabelecem o conteúdo daquilo que foi dito por um determinado falante. Dizer que o conteúdo comunicado incorpora implicaturas codificadas semanticamente é o mesmo que dizer que ele incorpora o conteúdo decorrente de regras semânticas.

O problema, no contexto da atividade legislativa, está na ideia de que o conteúdo do ato legislativo envolve mais do que o conteúdo semântico do texto aprovado pelo parlamento. Aqui, é preciso discutir tanto o enriquecimento pragmático do conteúdo semântico (a pragmática próxima) quanto o conteúdo implicado em razão da aplicação de máximas conversacionais (a pragmática distante). Marmor rejeita que, como regra, o conteúdo legislado incorpore qualquer uma dessas duas formas de implicação, e é importante entendermos suas razões. Ele observa, em primeiro lugar, que o papel da pragmática próxima no direito é muito mais limitado do que na conversação em geral³³⁴. Há duas razões para isso. A primeira é que, ao contrário da conversação ordinária - em que, usualmente, utilizamos frases incompletas, recorremos ao contexto, emitimos frases truncadas etc. - a atividade legislativa é mais deliberada, cuidadosa e específica. Ainda que os textos legislativos possam ser mal formulados, usualmente eles são *melhor* formulados do que as frases que usamos nas nossas conversas cotidianas. Isto já faz com que os textos legislativos deixem menos espaço para enriquecimento pragmático. A segunda razão é que, ao contrário da conversação ordinária, em que o contexto,

³³³ Neste sentido, equivocada a crítica de Poggi no sentido de que Marmor não admite a existência de implicaturas convencionais. Cf. POGGI, Francesca. *Semantics, pragmatics, and interpretation. A critical reading of some of Marmor's Theses. **Analisi e Diritto***, p. 159-178, 2007.

³³⁴ MARMOR, *The language of law...* op. cit., p. 28.

além de ser parte importante, é muitas vezes transparente, a atividade legislativa deixa muito do seu contexto opaco, obscuro ou de difícil acesso aos destinatários das leis. Utilizemos o exemplo de Fuller de uma lei que estabelece ser uma contravenção penal ‘dormir numa estação de metrô’. Imaginemos um idoso que, enquanto aguarda seu metrô tarde da noite, casualmente tira um cochilo. É óbvio que não considerariamos que o idoso violou a lei ou que a lei se aplica a ele. O ponto, no entanto, é: podemos dizer que, a despeito do seu enunciado, o que a lei disse (asseriu) foi que ‘é uma contravenção penal utilizar uma estação de metrô para pernoitar e dormir de um dia para outro’? Não é este, é evidente, o conteúdo semântico do dispositivo. Podemos dizer que este é o conteúdo asserido, após o enriquecimento pragmático do texto com elementos contextuais relacionados à sua promulgação?

Marmor, seguindo o trabalho de Scott Soames, rejeita esta conclusão. Para Soames, podemos imaginar diversos contextos que completariam a narrativa legislativa de uma forma de outra. Podemos imaginar um contexto em que os legisladores pretendiam, de fato, asserir o conteúdo da segunda formulação, que produz os resultados desejados. Mas podemos também – e este é o ponto de Soames – imaginar um outro cenário (um outro contexto) em que os legisladores sequer pensaram nisso e estavam bastante satisfeitos com a primeira formulação³³⁵. A partir desta observação, Marmor conclui que o “conhecimento contextual no contexto legislativo é frequentemente muito limitado e parcial, e, desta forma, o enriquecimento pragmático é frequentemente mais duvidoso do que encontraríamos nas conversações ordinárias”³³⁶.

Quais as razões para esta dificuldade? Marmor resume os problemas de identificação do contexto legislativo em dois pontos: o primeiro é o problema da informação insuficiente; o segundo, a incerteza sobre o início da conversação e os seus participantes. O problema da informação insuficiente decorre do fato de que os destinatários das leis (sejam eles os cidadãos ou os juízes e oficiais do direito) não são parte direta do diálogo legislativo que resulta na aprovação da lei. Eles são comunicados do resultado, mas não têm acesso ao contexto de discussões que levou a ele. O problema da incerteza decorre, por sua vez, de dois fatores: em conversações ordinárias, o contexto é relativamente fechado e determinado pela própria situação de discurso. Os interlocutores sabem onde a conversa se inicia, onde termina, e os elementos do contexto da situação. A situação legislativa é mais aberta: ela termina numa votação, mas nós não sabemos exatamente o ponto em que o diálogo se iniciou. Além disso,

³³⁵ SOAMES, Scott. Interpreting legal texts: What is, and what is not, special about the law. **Philosophical essays**, v. 1, p. 403–424, 2009, p. 416.

³³⁶ MARMOR, The language of law... op. cit., p. 28.

não sabemos também quem são os atores relevantes neste diálogo aberto (devemos contar apenas os legisladores, ou grupos de pressão, comitês, agências governamentais etc.)³³⁷? Todos esses fatores tornam o contexto legislativo relativamente *inacessível*, o que impõe dificuldades substantivas ao enriquecimento pragmático (que, como vimos, é essencialmente contextual). Com efeito, para que possa desempenhar o seu papel de viabilizar o enriquecimento pragmático, o contexto precisa ser conhecido por falante e ouvinte. Trata-se de um conhecimento *compartilhado*. Se este contexto é opaco e parcial, e o falante sabe disso, a inferência do conteúdo enriquecido pragmaticamente torna-se, no mínimo, questionável³³⁸. Marmor é cuidadoso ao distinguir o contexto legislativo a que está se referindo do contexto mais geral de conhecimentos compartilhados entre falante e ouvinte. Seu argumento não é de que qualquer conhecimento contextual é impossível (ou difícil) no âmbito legislativo, mas sim que é difícil conhecer o contexto *específico* da aprovação de uma determinada lei, e este fato torna questionável o procedimento de enriquecimento pragmático.

Por meio deste argumento, Marmor mostra que a pragmática próxima é pouco relevante no contexto legislativo. Em relação à pragmática distante, sua conclusão é a mesma, mas seu argumento é ligeiramente distinto. Vimos acima que, para Grice, as máximas conversacionais decorrem do princípio da cooperação. Este princípio capta a premissa central de que a conversação é um empreendimento cooperativo entre falante e interlocutor, e viabiliza a realização de inferências de conteúdo implicado (*implicatum*) por meio das máximas de conversação. Mas o que ocorre quando o discurso ocorre num contexto não cooperativo?

Para Marmor, a atividade legislativa não é um exemplo de um discurso cooperativo, mas antes de um discurso *estratégico*. Por discurso estratégico Marmor referia-se, inicialmente, à situação em que um falante tenta implicar mais do que aquilo que ele estaria disposto a tornar explícito³³⁹. Numa conversação ordinária, sujeita ao princípio da cooperação, o contrário acontece: ainda que as partes não tornem explícito tudo aquilo que elas implicam, elas estão dispostas a assumir a implicatura relevante. Esta definição, no entanto, não é suficiente, pois acaba considerando um caso de discurso estratégico o que é, apenas, o cancelamento de uma implicatura. Em razão disso, em *The Language of Law* Marmor oferece uma definição ligeiramente modificada: o núcleo do discurso estratégico é que o falante tenta “obter alguma vantagem” ao implicar mais (ou menos) do que ele estaria disposto a admitir explicitamente³⁴⁰.

³³⁷ MARMOR, *The pragmatics...* op. cit., p. 435.

³³⁸ MARMOR, *The language of law...* op. cit., p. 30.

³³⁹ MARMOR, *Can the Law...* op. cit., p. 92.

³⁴⁰ MARMOR, *The language of law...* op. cit., p. 45.

Imaginemos, por exemplo, dois legisladores que tentam chegar a um acordo sobre a seguinte proposta legislativa: é ilegal qualquer discriminação contra pessoas baseada em gênero, raça, etnia ou nacionalidade. Um dos legisladores considera que, para ser ilegal, a discriminação mencionada no dispositivo deve ser intencional. O outro, no entanto, considera que se trata de um fato objetivo, que independe de elementos subjetivos: alguém pode realizar uma discriminação ilegal ainda que não tenha a intenção de fazê-lo. A parte que pretende implicar o caráter intencional da discriminação pode ser aproveitar da adesão da outra ao texto sugerido como uma forma de, com isso, conseguir aprovar o conteúdo que ela tinha a intenção de ser aprovado. Mas a outra pode, naturalmente, pensar o mesmo. Teríamos, então, a seguinte situação:

(1) X gostaria de dizer que P, com a intenção de implicar Q;

(2) Y gostaria de dizer que P, com a intenção de implicar não-Q;

(3) X e Y agem, coletivamente, com a intenção de que, ao dizer P, seu discurso permaneça não decidido sobre a implicação Q.

O problema, como observa Marmor³⁴¹, é que a intenção na situação (3) não é tão clara e, na verdade, não é sequer típica. Tanto X quanto Y têm intenções conflitantes e permanecem com expectativas incompatíveis uma vez que P seja aprovado: X com a intenção de que, uma vez aprovado, Q seja o caso, por implicação; e Y, com a expectativa que não-Q seja o caso, também por implicação. O resultado disto é que, em primeiro lugar, as máximas conversacionais de Grice não se aplicam (o diálogo não está sujeito ao princípio cooperativo); em segundo lugar, o conteúdo implicado por uma determinada proposição aprovada (P) é frequentemente indeterminado e, muitas vezes, deliberadamente indeterminado.

A conclusão que Marmor chega após a análise dos níveis de conteúdo envolvidos no ato de legislação é importante e nem um pouco trivial. Segundo ele, “nossa discussão procurou mostrar que, no contexto do direito legislado, o *gap* existente entre o conteúdo semântico e o conteúdo asserido é muito mais limitado e infrequente do que nas conversações ordinárias”³⁴². Marmor argumenta que os legisladores estão cientes tanto da opacidade do contexto em que uma determinada lei é produzida quanto, também, do fato de que esta lei será cuidadosamente lida, submetida a escrutínio e debatida, seja por juristas seja por cidadãos em geral. Isso faz

³⁴¹ MARMOR, Can the Law... op. cit., p. 96; MARMOR, The language of law... op. cit., p. 50–51.

³⁴² MARMOR, The language of law... op. cit., p. 33.

com que o conteúdo semântico do texto aprovado em assembleia seja exatamente aquilo que os legisladores *pretendiam* aprovar.

As leis são escritas, de modo cuidados ou não, a depender do caso, mas então elas tendem a ser revisadas, reescritas, negociadas etc., até que algum texto final surja que é levado à votação. A lei, é claro, é o texto final que é votado. Desta forma, quando os legisladores votam numa proposta legislativa, sua intenção comunicativa, individualmente ou coletivamente, se assim quiser, é votar a favor (ou contra) o que quer que seja a proposta, o texto final, signifique no contexto da sua promulgação; votar numa proposta legislativa é a intenção comunicativa de passar o conteúdo jurídico/asserido que está codificado no texto que é colocado à votação final³⁴³.

Há, é claro, a possibilidade de que o conteúdo linguístico do texto, tomado em seu sentido literal (ou semântico), divirja das intenções de algum legislador. Todavia, diante da natureza e complexidade do procedimento legislativo, não há muito espaço para que ocorra uma divergência entre o conteúdo semântico do texto e o conteúdo asserido pelos legisladores. Na prática, os legisladores têm a intenção de que, via de regra, o texto aprovado seja entendido em seu sentido *literal*. Escrevi ‘via de regra’ porque Marmor considera a possibilidade de que, a despeito do caráter estratégico do discurso legislativo, surjam certas máximas – distintas das máximas griceanas – que se apliquem a esse discurso a partir das práticas interpretativas dos juízes e tribunais. “Ao longo do tempo”, escreve Marmor, “as normas de interpretação jurídica que são efetivamente seguidas pelos tribunais podem parcialmente determinar algumas máximas conversacionais de legislação”³⁴⁴. O que isto quer dizer? Que as práticas interpretativas dos Tribunais podem ser utilizadas pelos legisladores como um conjunto de máximas que sinalizam a relevância de elementos contextuais e tornam estes elementos parte do conteúdo asserido pelo legislativo. De forma simples, os legisladores consideram a existência de uma convenção interpretativa como parte do contexto de aprovação de uma lei, e redigem esta lei – comunicam o seu conteúdo – de modo a levar em conta este contexto.

Este último ponto é importante: ainda que Marmor considere que o enriquecimento pragmático seja raro, ou que o conteúdo implicado, e não asserido, é indeterminado, nada há na sua exposição que torne esta possibilidade conceitualmente impossível. O argumento de Marmor, na verdade, baseia-se numa comparação entre o discurso legislativo e a conversação ordinária, e resulta na conclusão de que, em regra, as leis devem ser entendidas em seu sentido literal. Mas isso é assim não em razão de um argumento conceitual sobre o que, efetivamente,

³⁴³ MARMOR, The language of law... op. cit., p. 33.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 54.

significa legislar, mas antes em razão de um argumento prático diante das circunstâncias do discurso legislativo.

Com efeito, na exposição de Marmor a *intenção comunicativa* dos legisladores permanece relevante, mesmo quando estas intenções não sejam capazes de determinar o conteúdo daquilo que foi efetivamente comunicado. Na verdade, a inexistência do *gap* entre conteúdo asserido e conteúdo semântico decorre da capacidade dos legisladores de, diante da obscuridade e parcialidade contextual, e da necessidade de clareza e cuidado na redação da lei, reduzir a necessidade de enriquecimento pragmático dos textos legislativos. Do mesmo modo, o recurso ao conteúdo implicado, mas não asserido, é raro porque os legisladores se engajam em discurso estratégico e, portanto, não podem controlar aquilo que é implicado por um determinado texto legislativo. Na prática isso significa que a intenção comunicativa dos legisladores é que seu discurso seja compreendido de forma literal (ou de acordo com regras semânticas convencionais), o que, por óbvio, exige que os legisladores compreendam o texto que estão aprovando desta forma.

Ainda assim, diante da possibilidade de convenções interpretativas (que Marmor refere-se como máximas conversacionais decorrentes da prática interpretativa dos juízes), os legisladores podem levá-las em consideração de modo a incluir, no conteúdo comunicado, mais do que o conteúdo semântico do texto. Aquilo que eles comunicam passa a ser determinado pelo conteúdo semântico, pelas implicações semanticamente codificadas e pelas máximas decorrentes das práticas interpretativas. O que há em comum entre todos esses níveis é que todos são *convencionais*, i.e., estão baseados em regras convencionais acerca do uso das palavras. Ainda assim, o conteúdo não decorre simplesmente dessas convenções (não se trata de uma leitura dicionarizada da comunicação jurídica): na verdade, este conteúdo convencional reflete a *intenção comunicativa dos legisladores*. A intenção permanece, portanto, um elemento central da nossa compreensão do conteúdo jurídico.

3.5. CRÍTICAS AO ARGUMENTO DE MARMOR

A longa exposição anterior procurou apresentar o sofisticado argumento elaborado por Marmor para defender sua versão específica sobre o modelo comunicacional. Podemos resumir esta versão em alguns pontos: 1) o ato de legislação é um ato de fala coletivo; 2) os legisladores, ao votarem numa proposta legislativa, praticam atos de fala; 3) o conteúdo comunicado pelo parlamento é, via de regra, o conteúdo semântico do texto aprovado (combinado com as implicaturas codificadas e máximas interpretativas convencionais); 4) o ponto (3) decorre, por

sua vez, do fato de que, no contexto legislativo, diante da obscuridade do contexto e do caráter estratégico da deliberação, os legisladores têm a intenção de que os textos legislativos por eles aprovados sejam lidos de maneira *literal* (é dizer: a partir de regras semânticas convencionais). A estratégia de Marmor, portanto, envolve aceitar as bases da teoria dos atos de fala, bem como da teoria do significado de Grice, mas rejeitar a aplicação da pragmática no contexto legislativo. Essa rejeição, como vimos, está justificada por dois tipos de consideração: a primeira, uma consideração prática a respeito do contexto legislativo; a segunda, o fato de que os legisladores não têm a intenção comunicativa de implicar algo para além do conteúdo semântico do texto que aprovaram.

Seja como for, é inquestionável, para Marmor, que as intenções comunicativas dos legisladores fixam o conteúdo daquilo que é comunicado por meio de suas diretivas. Mas, para que o ato de legislação seja um ato de comunicação, é necessário que o parlamento tenha a capacidade de formar e manter intenções *comunicativas*. O argumento de Marmor a favor da possibilidade de um ato de fala coletivo implica a possibilidade de intenções comunicativas também coletivas. Embora apresente objeções à aplicação generalizada das ideias de implicatura e enriquecimento pragmático de Grice, Marmor não discorda da possibilidade de atribuição de intenções comunicativas aos legisladores, tomados em conjunto. A questão relevante para avaliarmos a viabilidade do argumento de Marmor, então, é a seguinte: da admissão de que a atividade de legislar é uma atividade *intencional* segue-se que a intenção envolvida na atividade seja uma intenção *comunicativa*? Conforme veremos a seguir, Marmor não oferece uma resposta satisfatória a esta pergunta.

3.5.1. O problema das intenções comunicativas

Para respondermos se os legisladores podem ter intenções comunicativas, precisamos dar um passo atrás e retornar à ideia de intenção do falante. Quando alguém enuncia algo, podemos diferenciar pelo menos quatro níveis de intenções: 1) a intenção de enunciar (dizer, escrever) algo; 2) a intenção de enunciar (dizer, escrever) o que é dito (x), e não alguma outra coisa; 3) a intenção de *querer dizer* ou *significar* (implicar, comunicar) algo pelo enunciado de x; 4) a intenção de *querer dizer* ou *significar* S, e não outra coisa, por meio do enunciado de X.

A primeira intenção – de enunciar algo – é a intenção básica que define um ato como sendo um ato de comunicação, em oposição a uma instância de significado natural, conforme já vimos. “Querer dizer algo” é, assim, um requisito mínimo de comunicação ou, nas palavras de Francesca Poggi, “uma condição necessária para que a comunicação ocorra e, também, a

condição *sine qua non* para qualquer atividade interpretativa, vista como uma atividade de que busca compreender o que um falante pretende comunicar”³⁴⁵. Não obstante sua fundamentalidade, essa intenção é relativamente simples, e é fácil ser reconhecida na atividade legislativa. Ela está pressuposta na própria ideia do que significa *legislar*: afinal de contas, ao promulgar uma lei, parece incontroverso que os legisladores *querem dizer* algo por meio do texto que aprovaram.

O problema surge quando passamos desta intenção mínima (retornaremos a ela, aliás, no próximo capítulo) para as intenções seguintes, em especial a intenção de *dizer algo*. Conforme já explicamos, a intenção de dizer algo, de comunicar algo a um determinado interlocutor, não corresponde a um significado enunciativo independente de contexto. Mesmo para Marmor, aliás, isso é assim: segundo ele, são as características do contexto legislativo que fazem com que o legislativo tenha a *intenção de comunicar o significado semântico do texto aprovado*. Não é que Marmor exclua os aspectos contextuais da comunicação: pelo contrário, ele explora esses aspectos para identificar a intenção comunicativa que, naquele contexto, os legisladores possuem. Assim, Marmor continua trabalhando dentro das balizas da teoria griceana, segundo a qual “é a intenção do falante que estabelece o que é dito”³⁴⁶. Mas é justamente aqui que surge o primeiro desafio. Como Greenberg observa, “é incontroverso que a maior parte dos legisladores não lê a maior parte dos textos das leis em que votam”³⁴⁷. Joseph Raz afirma o mesmo. Para ele, “é claro que os legisladores não precisam saber os detalhes precisos da legislação em que estão votando. Muitos deles provavelmente conhecem apenas suas linhas gerais, e alguns podem ter muita pouca ideia de sobre o que estão votando”³⁴⁸. O próprio Marmor reconhece esse fato, embora não explore suas implicações para sua própria teoria. Segundo Marmor, participantes em procedimentos de votação podem nem mesmo “saber sobre o que estão votando”³⁴⁹. Este fato, no entanto, é crucial para uma teoria comunicativa nos moldes da que vimos neste capítulo. É que a intenção de *dizer algo* ou de *comunicar um certo significado* só pode ser atribuída àqueles que leram o texto que expressa aquele significado³⁵⁰. Ainda que o conteúdo comunicado seja o conteúdo semântico

³⁴⁵ POGGI, Francesca. Against the conversational model of legal interpretation. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava**, n. 40, p. 9–26, 2020.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ GREENBERG, Legislation as Communication?... op. cit., p. 239.

³⁴⁸ RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 283.

³⁴⁹ MARMOR, The language of law... op. cit., p. 18.

³⁵⁰ POGGI, Against the conversational... op. cit.

convencional do texto, é preciso que os legisladores tenham a intenção de que aquele texto seja entendido desta forma para que a teoria de Marmor permaneça de pé: e eles só podem ter essa intenção se, afinal, conhecerem o significado convencional do texto sobre o qual estão votando, o que implica que devem conhecer o seu teor e conteúdo. Ocorre, no entanto, que é justamente essa possibilidade que estamos colocando em xeque: quando admitimos que alguns legisladores não leram o texto, ou leram apenas superficialmente, não podemos atribuir a eles – e, por via de consequência, ao próprio parlamento – a intenção de comunicar um conteúdo que desconhecem. Eles têm, é claro, a intenção de votar em um texto, qualquer que seja ele, mas eles não têm a intenção de “dizer ou pretender dizer X” porque eles não conhecem o teor do documento que estão votando. Eles têm a intenção de enunciar algo, mas não têm a intenção de enunciar *aquilo que é dito*.

Mas há outro problema: é possível que, ao votarem em um determinado texto, os legisladores tenham *intenções comunicativas* diversas sobre o mesmo documento. Os constituintes brasileiros que votaram a favor do texto do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual a todos é assegurado, dentre outros, o direito à vida, provavelmente tinham intenções diversas sobre a extensão do direito: para alguns, o significado de vida abrange, apenas, a vida após o nascimento; para outros, desde a sua concepção, além de inúmeras outras possibilidades intermediárias. Ora, para que o legislativo tivesse a intenção de *enunciar o que foi dito*, no sentido exigido pela teoria de Marmor, ele deveria ter uma mesma intenção acerca do que aquele texto diz ou, pelo menos, ter a mesma intenção de que o texto seja *lido de certo modo*. De fato, o argumento de Marmor de que, na maior das vezes, inexistente um *gap* entre o que os legisladores asseriram (comunicaram) e o significado semântico do que disseram deve-se à existência de uma intenção comunicativa relevante: eles queriam dizer algo, e queriam que aquilo que foi dito fosse entendido de uma determinada forma (de acordo com o sentido ordinário das palavras, por exemplo). Mas, novamente, é possível que muitos legisladores, ao aprovarem uma lei, tivessem a intenção de que aquele mesmo texto fosse lido de formas diametralmente opostas e até mesmo conflitantes.

Marmor só considera a possibilidade de intenções conflitantes quando trata do conteúdo implicado. Para ele, a possibilidade de que legisladores diversos tenham a intenção de implicar conteúdos distintos (e possivelmente incompatíveis entre si) mostra que essas implicaturas dificilmente podem ser consideradas partes do conteúdo do direito ou, pelo menos, devem ser consideradas *indeterminadas*. O problema que estamos analisando agora é que as intenções conflitantes podem não existir apenas na margem ou no conteúdo implicado: elas podem fazer parte do núcleo daquilo que foi aprovado. Essa situação é mais frequente em casos

de legislações envolvendo termos moralmente carregados, em que pessoas com visões distintas sobre um mesmo conceito podem, ainda assim, votar favoravelmente a um mesmo texto. Como determinar qual dessas intenções é relevante, se é que alguma delas é?

Uma saída possível é considerar que, nos casos em que não há uma convergência nas intenções comunicativas dos legisladores, o texto por eles aprovado é indeterminado (esta parece ser a posição de Marmor, ao menos quanto às hipóteses de conteúdos implicados divergentes). O problema, neste caso, é que estamos inserindo um elemento novo na equação comunicativa: para os legisladores que votaram a proposta, o conteúdo do texto *não é indeterminado*. Eles sabem o que votaram, e sabem o que queriam dizer com o texto que aprovaram. O problema é que uma parcela dos legisladores quis dizer uma coisa e a outra, algo diverso. Com base em que devemos simplesmente ignorar as intenções dos dois grupos de parlamentares para concluir que, naquele caso, o direito é simplesmente indeterminado?

Pensemos, então, em uma alternativa mais próxima da sugestão original de Marmor. O texto aprovado pelo legislativo deve ser entendido em seu sentido ordinário (convencional) ou, de modo ainda mais preciso, devemos compreender que o conteúdo comunicado “deve ser definido de forma objetiva como o tipo de conteúdo que um ouvinte razoável, com pleno conhecimento do pano de fundo contextual do discurso, iria entender que o locutor tinha a intenção de expressar, dado o que o locutor expressou, o conhecimento contextual relevante, e as normas conversacionais aplicáveis”³⁵¹. Nesta alternativa, o conteúdo comunicado pelo legislador deve ser entendido de forma objetiva a partir do critério de um “ouvinte razoável”. Mas isso nos coloca um novo problema: é possível que os legisladores tenham aprovado um texto cujo conteúdo eles não tinham a intenção de aprovar. Se estamos admitindo que o ato de legislação é um ato de fala, precisamos, por hipótese, assumir que a intenção dos legisladores fixa o conteúdo do que eles legislam. Do contrário, por que precisaríamos recorrer à ideia de comunicação? Para que a alternativa de Marmor seja compatível com sua própria teoria, é preciso que os legisladores tenham a intenção de que seu texto seja entendido a partir de uma certa concepção objetivista de significado. Se isso não ocorre, no entanto, ficamos diante um conflito entre o conteúdo que os legisladores tinham a intenção de comunicar e o conteúdo construído a partir de uma concepção objetivista de significado. Novamente, isso nos exigiria um critério externo à própria comunicação para definir qual dos dois candidatos a conteúdo daquela disposição legislativa será determinante.

³⁵¹ MARMOR, The language of law... op. cit., p. 19.

Mark Greenberg desenvolve um argumento similar. Após observar que esta noção objetiva envolve a ideia de que “o conteúdo comunicado de uma locução é o que teríamos razoavelmente entendido que o falante pretendia dizer”³⁵², Greenberg nota que o conteúdo comunicado dependeria da forma com a qual este falante idealizado seria construído. Alguns problemas surgem desta hipótese. O primeiro é que, como já vimos, é amplamente aceito, seja entre teóricos do direito, seja entre cidadãos comuns, que os legisladores *não possuem intenções comunicativas* em relação a um determinado dispositivo legislativo. Isso ocorre nas hipóteses em que, conforme analisado acima, eles simplesmente não leram o texto em que estão votando: nesse caso, se o legislador não possui uma mínima noção do conteúdo em que está votando, ele não pode ter intenções comunicativas a respeito. Diante desse fato, o que seria razoável, para um membro da audiência, considerar? A resposta parece ser a de que a legislatura *não tinha intenções comunicativas a respeito da proposta votada*. Tendo em vista nosso conhecimento sobre o funcionamento do processo legislativo, é razoável considerar que muitos legisladores não sabem no que estão votando e, portanto, não têm intenções comunicativas a respeito.

Mas é possível que no processo de considerarmos o que seria *razoável* supor que o legislador tinha a intenção de comunicar devemos construir um falante hipotético, e não inferir o que, razoavelmente, os falantes reais fizeram. Neste caso, na definição do conteúdo comunicado nosso objetivo não seria determinar o que é razoável imaginar que o legislador quis dizer, e sim o que é razoável imaginar que um *legislador hipotético* teria querido dizer, diante do texto que foi aprovado e do contexto relevante. Esta é uma alternativa promissora, mas ela não é compatível com os compromissos teóricos básicos da teoria de Marmor. Como Greenberg salienta, “neste caso, precisamos especificar quais são as características do falante hipotético e do contexto a serem considerados” e “há muitas maneiras diferentes de estabelecer as características relevantes”³⁵³. Qual delas devemos adotar? Já deve ser óbvio, a esta altura, que a construção deste falante hipotético exigiria que fôssemos além das intenções do próprio legislador. Na verdade, por definição estamos deixando de lado o universo das intenções reais para construir uma intenção hipotética. Mas se isso é assim, são os fatores que determinam a construção desse falante hipotético os elementos que fixam o conteúdo de uma determinada diretiva jurídica, e não as intenções comunicativas dos legisladores individuais, ou da legislatura, coletivamente considerada.

³⁵² GREENBERG, Mark. The communication theory of legal interpretation and objective notions of communicative content. *UCLA School of Law Research Paper*, n. 10–35, 2010, p. 2.

³⁵³ *Ibid.*, p. 3.

Poderíamos imaginar uma alternativa que preservasse o caráter convencional do conteúdo comunicativo (que é, com efeito, o objetivo da teoria de Marmor). De acordo com essa última alternativa, o falante hipotético deve ser construído a partir de certas máximas conversacionais aplicáveis especificamente no contexto jurídico. Essas máximas seriam similares às máximas griceanas decorrentes do Princípio da Cooperação, e Marmor chega a mencioná-las. Segundo ele, “ao longo do tempo, as normas de interpretação jurídica que são efetivamente seguidas pelos tribunais podem parcialmente determinar algumas máximas conversacionais de legislação”³⁵⁴. Teremos oportunidade de explorar essa alternativa em mais detalhes no próximo capítulo, quando analisarmos o conceito de intenção mínima de Raz (o qual oferece uma alternativa mais plausível do que as intenções comunicativas de Marmor). Mas já podemos adiantar um problema crucial nesta alternativa: é que, para que tais princípios possam permitir inferir um conteúdo objetivo do ato comunicativo, é necessário que eles sejam *efetivamente seguidos e compartilhados* pelos interlocutores. Só é racional que os interlocutores utilizem máximas conversacionais que são aceitas e praticadas por todos, ou quase todos, os interlocutores relevantes. O mesmo deve ocorrer no caso do direito. Greenberg oferece um exemplo: “suponha que é sabido, na jurisdição relevante, que muitos tribunais não irão levar em consideração intenções legislativas que não são parte do conteúdo semântico do texto legislativo. Neste caso, não seria racional para a legislatura tentar comunicar um conteúdo, ou tentar criar um padrão jurídico, sem inclui-lo no conteúdo semântico do texto legislativo”³⁵⁵.

Ora: o problema desta hipótese é justamente que, no âmbito jurídico, há enormes controvérsias sobre quais os princípios de interpretação são realmente relevantes. As primeiras páginas desta tese já ilustraram isso, através da disputa entre Hermes e Hércules sobre a interpretação do direito legislado. Quando há controvérsia sobre os princípios aplicáveis, no entanto, “a teoria objetiva do comunicado não tem nada a dizer para resolver a controvérsia”³⁵⁶. Podemos, é claro, dizer que, neste caso, o direito seria indeterminado, e esta seria uma conclusão que muitos positivistas (e Marmor entre eles) estariam satisfeitos em adotar. O ponto relevante, para o argumento deste capítulo, é que uma noção objetiva de significado desafia, por completo, a ideia de que as intenções comunicativas dos legisladores são relevantes e que, portanto, o ato legislativo deve ser considerado um ato de fala.

³⁵⁴ MARMOR, *The language of law...* op. cit., p. 54.

³⁵⁵ GREENBERG, *The communication theory...* op. cit., p. 5.

³⁵⁶ *Idem.*

3.5.2. O papel decisivo do texto escrito na atividade legislativa

No item anterior, vimos que a ideia de que os legisladores, em particular, ou o congresso, em geral, formam intenções comunicativas enfrenta diversos desafios. Esses desafios derivam da dificuldade de identificar qual é, afinal de contas, o conteúdo relevante fixado pela *intenção relevante*. Quando nos comunicamos, nossa intenção fixa, ao menos em parte, o conteúdo comunicado. Esta ideia simples e intuitiva, no entanto, encontra diversos problemas quando aplicada no contexto legislativo. Esses problemas fazem parte de um equívoco mais básico do próprio projeto de Marmor: temos dificuldades de explicar a atividade legislativa como um ato de fala porque o conceito de ato de fala não explica, de forma adequada, o que os legisladores fazem ao aprovarem uma lei, em especial o papel que o texto escrito tem neste processo.

Numa conversa ordinária entre dois interlocutores, as pessoas envolvidas podem escolher suas palavras: elas escolhem as frases que querem para dizer aquilo que têm a intenção de comunicar³⁵⁷. Ainda que as intenções subjetivas do falante não sejam capazes de definir, por si só, o significado das palavras que ele usa, dado o caráter convencional da nossa linguagem, o falante pode, dentre as diversas palavras e os respectivos significados convencionais que atribuímos a elas, escolher aquelas que irá utilizar para expressar sua mensagem. Maris Tinturé explica este ponto ao afirmar que embora haja elemento “codificado” (ou, poderíamos dizer, convencional) na linguagem humana, ele é dependente das intenções. “Praticar um ato comunicacional não é colocar em circulação, de forma passiva, unidades de significado previamente e independentemente empacotadas, mas sim formar ali e então uma mensagem que resulta parcialmente da interrelação de fatores ligados mais ou menos estreitamente à performance da enunciação datável”³⁵⁸. Sua conclusão é que “os códigos [convencionais] estão a serviço de, e são secundários às, intenções. O lugar adequado dos códigos é servir como instrumentos facilitadores para a comunicação”³⁵⁹. Essa relação torna-se mais evidente na conversa ordinária, entre dois interlocutores face a face: neste caso, os códigos convencionais da linguagem funcionam como uma “caixa de ferramentas”, na qual cada um escolhe os instrumentos necessários para satisfazer sua intenção comunicativa.

O problema, como Dworkin bem observa em *Law's Empire*, é que algumas pessoas não têm o poder de escolher suas próprias palavras, i.e., o poder de escolher o instrumento

³⁵⁷ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 322.

³⁵⁸ KÖPCKE TINTURÉ, *Legal validity*, p. 45.

³⁵⁹ *Ibid.*

adequado, na caixa de ferramentas da linguagem, para dizerem o que querem dizer. Dworkin menciona dois exemplos: um refém que, sob a mira de uma arma, telefona para a polícia ou para um parente, provavelmente desejaria não ser entendido da forma como espera ser entendido. Em segundo lugar, alguém que assine uma carta aberta que não pode reescrever, ou o autor desta mesma carta, que a escreve com o objetivo de atrair o maior número de signatários possível³⁶⁰. Em ambos os exemplos, o falante é obrigado a lidar com um texto cujas palavras ele não escolheu, e decidir se ele é capaz de passar a mensagem que ele pretende passar.

É justamente essa a posição dos legisladores ao votarem em uma proposição legislativa. Um deputado, ao votar numa lei submetida à apreciação do parlamento, não está na mesma posição em que estou, ao escrever estas linhas, ou de um falante que, ao se comunicar, têm à sua disposição diversos meios linguísticos de transmitir sua mensagem. O legislador, assim, “não é como alguém escolhendo comunicar um pensamento ou ideia ou desejo. Ele ocupa uma posição intermediária entre o falante e o ouvinte”³⁶¹. Esse papel intermediário é decisivo: ele demonstra que os legisladores não estão na mesma posição comunicativa de um falante e que, portanto, o conteúdo do texto que aprovam não pode ser considerado o conteúdo do seu *ato de fala*. Dworkin capta este ponto de forma correta ao escrever que:

[O legislador] deve decidir que pensamentos as palavras no papel em sua frente provavelmente serão levadas para expressar e, em seguida, decidir se deseja que esta mensagem seja enviada ao público e aos seus funcionários, incluindo juízes, dada a única alternativa real de não enviar nenhuma mensagem. Essa mudança de papel é importante, pois ele trata o documento, e não a si mesmo ou a qualquer outra pessoa, como o autor da mensagem que ele concorda em enviar³⁶².

A posição intermediária dos legisladores, mencionada por Dworkin, decorre do fato de que, no processo legislativo, existem pelo menos dois momentos distintos: o de *redação* e o de *votação*. Matczak, ao analisar este ponto, distingue, no âmbito do processo legislativo, uma divisão de trabalho entre o REDATOR e a FONTE: a legislatura, que tem o poder de criar direito, é a FONTE; o REDATOR é aquela pessoa, usualmente um parlamentar, ou um membro do Executivo, ou mesmo um cidadão, que prepara o texto da lei que será discutida e, eventualmente, aprovada³⁶³. Essa divisão de trabalho resulta numa cisão nas intenções dos agentes envolvidos. Quando, numa situação concreta de discurso, alguém emite uma ordem

³⁶⁰ DWORKIN. *Law's empire...* op. cit., p. 322.

³⁶¹ *Idem.*

³⁶² *Idem.*

³⁶³ MATCZAK, Marcin. Three Kinds of Intention in Lawmaking. *Law and Philosophy*, v. 36, n. 6, p. 651–674, 2017, p. 657.

(“Entregue-me as chaves!”), esta pessoa tem i) a intenção de *dizer* isso (uma intenção locucionária); ii) a intenção de *dar uma ordem* (uma intenção ilocucionária); e iii) a intenção de que a pessoa obedeça e lhe entregue as chaves (uma intenção perlocucionária). No contexto conversacional, essas três intenções são coincidentes e alinhadas porque fazem parte no mesmo processo comunicativo. Quando, no entanto, passamos da linguagem falada para a linguagem escrita – que é o que ocorre no processo legislativo – esse alinhamento desaparece³⁶⁴. A situação pode ser ilustrada com um exemplo: imaginemos que João, enquanto está no seu escritório, escreva um bilhete com a seguinte frase: “Não vá embora”³⁶⁵. Ao chegar em casa, ele pode deixar a nota na cozinha para dar uma ordem ao seu mordomo. Mais tarde ele pode colocar a mesma nota na bolsa de sua esposa, que ameaçava sair de casa, para implorar para que ela não o deixe, e assim por diante. A nota pode ser vista como como um registro que pode ser usado em diversas situações para realizar muitos atos ilocucionários diferentes, tais como emitir uma ordem, implorar, desafiar etc. Isso faz com que seja possível alocar tipos diferentes de intenções em cada momento diverso, entre a redação da nota e a sua efetiva utilização³⁶⁶: uma intenção locucionária no momento da redação da nota e diversas intenções ilocucionárias nos variados momentos de sua utilização.

Essa separação de momentos torna-se ainda mais complexa na atividade legislativa, uma vez que a redação e a votação não ocorrem simplesmente em dois momentos: elas podem ser feitas, e geralmente são feitas, por pessoas *distintas*. Assim, é possível que o redator da proposta original do texto legislativo tivesse uma determinada intenção locucionária acerca do conteúdo do texto. Os legisladores, no momento de votarem, não podem alterar o texto com base em suas próprias intenções locucionárias, mas simplesmente decidir se irão aprová-lo ou não, de modo que não formam intenções locucionárias e nem praticam um ato locucionário.

A comunicação escrita pode implicar uma separação do ato locucionário (escrever) do ato ilocucionário (utilizar um texto previamente escrito). Intenções locucionárias e ilocucionárias seguem o mesmo padrão. Redigir uma lei (o ato locucionário) envolve uma intenção locucionária, i.e. a intenção de comunicar certas palavras. O REDATOR [...] formula esta intenção, mas não é considerado pelo processo legislativo como uma pessoa competente para praticar o ato ilocucionário de legislar. Consequentemente, sua intenção ilocucionária é irrelevante ou não-existente. A intenção ilocucionária é formulada pela [FONTE], que age com a intenção de atribuir efeito jurídico vinculante a um texto legislativo³⁶⁷.

³⁶⁴ MATCZAK, Three Kinds of Intention in Lawmaking... op. cit., p. 656–657.

³⁶⁵ BIANCHI, Claudia. How to do things with (recorded) words. **Philosophical Studies**, v. 167, n. 2, p. 485–495, 2014, p. 486.

³⁶⁶ MATCZAK, Three Kinds of Intention in Lawmaking... op. cit., p. 657.

³⁶⁷ MATCZAK, Three Kinds of Intention in Lawmaking... op. cit., p. 658.

Matczak observa, com a distinção entre os dois momentos do ato legislativo e, portanto, entre as duas intenções – locucionárias e ilocucionárias – que o que o Parlamento de fato faz, ao aprovar uma lei, é deliberar sobre um texto que ele não escreveu, e decidir se aquele texto é suficiente para expressar o desejo dos legisladores. Ao votarem uma proposta legislativa, portanto, os legisladores não escolhem aquilo que irão comunicar, mas avaliam se aquele texto – na hipótese de realmente avaliá-lo – é capaz de modificar o direito na forma como pretendem fazê-lo. Era exatamente este o ponto de Dworkin ao afirmar que o legislador “deve decidir que pensamentos as palavras no papel em sua frente provavelmente serão levadas para expressar e, em seguida, decidir se deseja que esta mensagem seja enviada ao público e aos seus funcionários, incluindo juízes, dada a única alternativa real de não enviar nenhuma mensagem”³⁶⁸. Assim, mesmo que concordemos com Marmor que o ato de votação é um ato *comunicativo*, não é possível concluir que o resultado desta votação também será. Os parlamentares comunicam, por meio do seu voto, que esperam que aquele texto seja aprovado e torne-se, portanto, vinculante. Mas eles não comunicam o *conteúdo* do texto, na medida em que 1) não o escreveram e 2) podem sequer tê-lo lido. Isso significa que tudo que é preciso para que o ato de votação faça sentido, dentro do contexto de uma teoria comunicacional, é que os legisladores tenham intenções ilocucionárias, e não que formem intenções locucionárias sobre o texto que estão aprovando.

Essa leitura, ademais, é compatível com a análise que realizei, no capítulo 2, sobre os limites da tese das fontes positivistas e do papel da regra de reconhecimento. Lembremos que, naquela ocasião, expliquei que é possível compreender que a regra de reconhecimento é uma regra convencional para a identificação das fontes do direito, i.e., de atos que são capazes de criar direito vinculante. Expliquei, também, que é possível concordar quanto ao caráter convencional das fontes, sem que haja acordo sobre o conteúdo do direito criado por essas fontes. Pois bem. A intenção ilocucionária dos legisladores é transformar um determinado documento em uma fonte formal do direito e, portanto, inseri-lo no mundo jurídico com o carimbo da “validade” (a partir do qual deriva sua força vinculante na estrutura da argumentação jurídica). Para que isso seja feito, no entanto, os legisladores não precisam ter uma imagem mental sobre o conteúdo do texto aprovado e, sobretudo, essa imagem 1) pode variar de legislador para legislador; e 2) não fixa o conteúdo daquilo que foi efetivamente aprovado. Se é possível que os legisladores tornem um documento uma fonte do direito sem

³⁶⁸ DWORKIN. *Law's empire...* op. cit., p. 322.

que saibam seu conteúdo, também é possível que tornem um documento uma fonte do direito tendo uma visão *equivocada* sobre o seu conteúdo.

Dworkin menciona, ainda, outro problema decorrente do fato de que os legisladores votam em um *texto* que, muitas vezes, eles próprios não escreveram. Tomemos o exemplo do art. 5º da Constituição Federal do Brasil, que já mencionei anteriormente. Imaginemos que, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, houve a apresentação, por parte de uma das Comissões, da proposta de redação do art. 5º incluindo a garantia, a todos, de um “direito à vida”. No Plenário, a única alternativa dos deputados seria aprovar aquele texto, ou rejeitá-lo, sendo inviável fazer acréscimos, modificar sua redação ou adicionar cláusulas qualificativas para expressar exatamente o que cada constituinte pretendia dizer. Cada deputado constituinte, ao votar, deveria tomar a seguinte decisão: este texto serve para expressar aquilo que quero expressar, ou não? Pois bem. Imaginemos que a Deputada Joana percebeu que o texto, na forma como foi escrito, poderia ser lido como se protegesse os fetos desde a concepção, mas tinha a esperança de que isso não ocorresse. Na sua visão, mesmo tomando o dispositivo em seu sentido convencional, é possível aplicar a garantia a fetos nos primeiros dias de gravidez (o que tornaria impossível a legalização do aborto, medida com a qual ela concorda). Ainda assim, dado que o sentido convencional também seria compatível com o seu desejo de que a vida só seja protegida a partir do nascimento, ela resolve votar favoravelmente ao dispositivo.

O exemplo de Joana levanta um problema: se quisermos, ainda, dar algum peso às intenções dos parlamentares, chegaremos à difícil posição de ter que decidir se devemos levar em consideração suas *expectativas* (aquilo que eles razoavelmente esperavam que acontecesse, ainda que assim não quisessem) ou suas *esperanças* (aquilo que eles queriam que, de fato, ocorresse)³⁶⁹. Qual das duas intenções deve ser relevante? Dworkin considera ambas as alternativas. Ele imagina, em primeiro lugar, um argumento a favor das *esperanças*: “a legislação deve representar a vontade da maioria, e a vontade é mais uma questão de esperanças do que de previsão”³⁷⁰. As esperanças representam aquilo que os legisladores *querem fazer*, enquanto as previsões trazem consigo um elemento de resignação que contraria o elemento volitivo (e autoritativo) do ato de legislar. O problema, contudo, é que é raro que os legisladores, de fato, tenham esses desejos e esperanças. É possível eles tomem seus votos por pressão de eleitores, por medo de resistência ou oposição ou simplesmente para agradar um determinado

³⁶⁹ DWORKIN. *Law’s empire*... op. cit., p. 323.

³⁷⁰ *Idem*.

grupo de pressão. Nessa hipótese, um legislador, ao votar em uma proposta, pode preferir que ela seja lida da forma mais estrita possível. No exemplo de Joana, ela pode preferir (ter a esperança) que o texto seja lido de forma estrita para, ao mesmo tempo, garantir o apoio de uma parcela significativa da população cristã (ela, afinal, votou a favor do direito à vida) e preservar sua posição favorável ao aborto. Uma teoria do direito que atribui a esses desejos egoístas, estratégicos e mesquinhos um papel da determinação do conteúdo do direito não é uma teoria que mereça desempenhar algum papel na nossa prática jurídica.

A visão das *esperanças do legislador*, assim, parece não ser promissora. E quanto à visão das suas *expectativas*? Com efeito, há um ponto que favorece esta leitura em detrimento da anterior: se um parlamentar tinha a expectativa de que o texto por ele votado fosse lido de uma determinada forma, e não de outra, ele consentiu com essa leitura e com as consequências dela advindas. Se Joana tinha a expectativa de que o texto do art. 5º fosse lido de modo a impedir a prática do aborto, ela deve arcar com as consequências deter votado num dispositivo que contraria seus compromissos feministas fundamentais, ainda que diga que preferia que o texto fosse lido de outra forma. Essa alternativa, contudo, enfrenta um paradoxo. Imaginemos que Joana tivesse a expectativa de que o texto em que votou fosse lido de determinada forma, de modo a não incluir a proteção ao feto desde o seu nascimento. Imaginemos, então, um juiz, encarregado de determinar, num caso concreto, se o art. 5º da Constituição Federal protege o feto desde sua concepção (caso em que a garantia do aborto seria inconstitucional) ou desde o seu nascimento. Como este juiz deve agir? A expectativa de Joana decorria de uma certa visão (uma imagem mental) sobre como os juízes interpretariam aquele texto. Mas, uma vez que o texto foi aprovado, o juiz deve interpretá-lo de acordo com *o estado mental de Joana* (isto é, de acordo com a previsão que Joana fez sobre o comportamento do próprio juiz), ou de acordo com a forma com que ele, juiz, entende que o texto, de fato, deve ser lido e interpretado? Quando analisamos o ponto sob o ângulo deste paradoxo, torna-se claro que a visão das expectativas do legislador é apenas uma nova roupagem para uma teoria *preditiva*, desta vez aplicada ao conteúdo jurídico. De acordo com esta teoria, o conteúdo de uma lei corresponde à previsão que os legisladores fizeram sobre como o texto seria lido e interpretado pelos juízes. Desde Hart, no entanto, os problemas desta abordagem são conhecidos.

Na sua crítica às teorias preditivas do direito em *The Concept of Law*, Hart afirmou que o principal desafio enfrentado por seus defensores é explicar a maneira como as regras *guiam* o comportamento dos juízes. Ao aplicar uma pena, um juiz “toma a regra como seu *guia* e a violação da regra como sua *razão e justificativa* para punir o réu. Ele não olha para a regra como uma afirmação de que ele e outros juízes provavelmente irão punir os desvios, embora

um espectador possa olhar para a regra desta forma”³⁷¹. A mesma objeção aplica-se à definição do *conteúdo* da regra: um juiz ou juíza deve interpretar o texto de uma forma ou de outra por conta de *razões*, e não porque foi desta forma que os legisladores pensaram que eles iriam interpretá-lo. O que interessa não é como os legisladores pensavam que os juízes iriam interpretar o texto que aprovaram, e sim quais as (boas) razões para que aquele texto seja interpretado de uma forma, e não de outra. Quando o elemento textual da atividade legislativa é colocado na equação, legisladores e juízes, antes de estarem em posições radicalmente distintas – como as de autor e intérprete – parecem estar, na verdade, numa mesma posição: ambos devem decidir o que aquele texto significa, e devem decidir isso com base em razões. Voltaremos a este ponto no último capítulo desta tese.

3.5.3. Pode a legislação ser concebida como um ato de fala?

Nos dois tópicos anteriores, apresentei duas críticas ao argumento de Marmor. A primeira delas explicitou a dificuldade de atribuir intenções comunicativas aos legisladores que, no mais das vezes, não leram o texto em que votaram. A segunda delas, mostrou que o papel desempenhado por um texto escrito no processo legislativo, cria uma cisão entre intenções locucionárias e ilocucionárias, o que faz com que os legisladores sejam colocados numa posição similar a dos juízes: ao invés de serem os autores do texto que aprovam (da mesma forma como, numa conversa ordinária, somos os autores das palavras que escolhemos para transmitir nossas mensagens) os legisladores são seus *primeiros intérpretes*. Quero, agora, unificar os dois argumentos anteriores num argumento mais geral contra a tese de Marmor: o problema da tese de Marmor é que a legislação *não é um ato de fala*.

Quando Marmor parte da ideia central de que podemos explicar a atividade legislativa a partir da ideia de ato de fala, ele supõe que as regras jurídicas podem ser analisadas da mesma forma que (i) enunciados orais individuais e (ii) enunciados direcionados por um falante a um ouvinte, quando ambos estão no mesmo lugar, e no mesmo momento. De fato, estas duas suposições se revelam em diversos compromissos teóricos formados no curso da exposição de Marmor e, para o qual, ele nem sempre oferece argumentos. Matczak, em importante trabalho sobre o tema, menciona pelo menos quatro premissas implícitas dos argumentos que equiparam a atividade legislativa a um ato de fala: 1) as regras jurídicas são enunciados ou tratadas como enunciados, o que significa que ela é considerada uma afirmação feita em um único ponto do

³⁷¹ HART, *The concept of law...* op. cit., p. 11.

tempo, indivisível e completa; 2) as regras jurídicas são dirigidas por um falante a um ouvinte; 3) o contexto primário em que as regras jurídicas submetem-se a análise linguística é na *mente* do locutor (no caso, dos legisladores), oportunidade em que eles formam uma intenção locucionária sobre o seu conteúdo; 4) o contexto em que o destinatário da regra irá analisá-la não é relevante para a análise linguística do enunciado, mas uma forma de se desviar do conteúdo efetivamente comunicado (o que pode ou não ser justificado por valores como flexibilidade, equidade etc.)³⁷².

O problema, como bem apontado por Matczak, é que os elementos constitutivos de uma situação de fala não estão presentes quando o discurso ocorre por meio *escrito*. A primeira diferença está no caráter diacrônico da comunicação escrita. Um texto escrito vai além da situação *face a face* da comunicação oral, podendo chegar a pessoas que não estão ao alcance da voz humana e que o redator do texto sequer poderia imaginar. O texto, uma vez escrito, torna-se uma entidade relativamente autônoma, de modo que poderá ser lido em contextos muito diferentes daquele em que foi escrito. Esse fenômeno não ocorre na comunicação oral: ela depende, por definição, do compartilhamento, pelo falante e ouvinte, de um mesmo contexto e de uma mesma situação de discurso. Essa cisão contextual, ocasionada pela autonomia do texto e pela possibilidade de que ele seja lido e compreendido inclusive por aqueles que não eram os destinatários imaginados pelo seu redator original, cria uma diferença importante entre comunicação escrita e comunicação oral, a qual não é adequadamente explicada pela teoria dos atos de fala.

A segunda diferença entre os dois modos de comunicação (escrito e oral) decorre do que Matczak chama de caráter *discursivo* da comunicação escrita. Por caráter discursivo, Matczak refere-se à possibilidade de que as comunicações escritas sejam construídas por elementos mais simples, cada um deles enunciados por diferentes pessoas, em diferentes momentos do tempo. Na comunicação escrita, novos elementos podem ser *inseridos* ou *removidos* de um texto, o que não ocorre na comunicação oral, em que as palavras, uma vez ditas, não podem ser reanalisadas, revisadas ou removidas³⁷³.

Quando autores analisam as regras jurídicas como atos de fala, deixam de lado as duas diferenças cruciais vistas acima. Em razão disso, eles incorrem em duas *falácias* – a falácia da sincronicidade e a falácia da a-discursividade – cada uma delas relacionada a uma das diferenças existentes entre a comunicação oral e escrita. A falácia da sincronicidade decorre do

³⁷² MATCZAK, Marcin. Why Legal Rules are not Speech Acts and what follows from that? In: ARASZKIEWICZ, Michał (Org.). **Problems of normativity, rules and rule-following**, Cham Heidelberg: Springer, 2015, p. 333.

³⁷³ *Ibid.*, p. 334.

não reconhecimento do caráter diacrônico da comunicação escrita. A regra jurídica é tratada como se fosse um enunciado feito por um locutor e recebido por um interlocutor *no mesmo momento do tempo*. Todavia – e este é o ponto que Marmor não percebe – o ato ilocucionário de legislar “envolve o uso de um texto escrito por outra pessoa, usualmente distinto do momento em que ele é usado; a pessoa usando o texto [portanto] desempenha o papel de um leitor, não de um autor”³⁷⁴. Tomando o conceito de contexto, teríamos aqui pelo menos três deles: o contexto em que o texto foi escrito; o contexto em que os legisladores, diante daquele texto e da decisão de aprová-lo, realizaram sua votação; o contexto em que, uma vez aprovado, o texto será interpretado pelos oficiais aplicadores (juízes e demais agentes do estado). Naturalmente, a questão lógica a ser levantada diante do reconhecimento desses diversos contextos é: qual deles fixa, se é que algum fixa, o conteúdo do texto? Horner observa, aqui, que o texto escrito “não tem existência fora de cada ato textual”³⁷⁵ de leitura praticado, e cada leitor, em seu contexto, praticará um desses atos. Assim, ao contrário da comunicação oral, o texto escrito possui uma relativa independência, que permite sua leitura em contextos diversos, e cada contexto poderá agregar elementos diversos ao significado do texto lido. Este ponto foi bem observado por filósofos da tradição hermenêutica, como é o caso de Paul Ricoeur. De acordo com Ricoeur, “a escrita torna o texto autônomo em relação às intenções do seu autor. O que o texto significa não mais coincide com aquilo que o autor quis dizer; desta forma, o significado textual e o significado psicológico têm destinos diferentes”³⁷⁶. A ideia de significado psicológico, neste contexto, refere-se justamente ao significado *comunicativo* decorrente das intenções comunicativas do autor, conforme proposto na teoria de Grice. Para Ricoeur, “graças à escrita, o ‘mundo’ do texto pode explodir o mundo do ‘autor’”³⁷⁷. O que isto quer dizer? Ricoeur explica que o texto impõe um distanciamento, e explica este fenômeno utilizando o exemplo de trabalhos literários. De acordo com ele:

uma característica essencial do trabalho literário, e dos trabalhos artísticos em geral, é que ele transcende as condições psicossociológicas de produção e, desta forma, abre-se a si mesmo para uma série ilimitada de leituras, cada uma delas situadas em condições socioculturais diversas. Em resumo, o texto deve ser capaz, tanto do ponto de vista sociológico, quanto do ponto de vista psicológico, de se descontextualizar a si mesmo, de modo que possa ser

³⁷⁴ MATCZAK, Why Legal Rules... op. cit., p. 336.

³⁷⁵ HORNER, Winifred B. Speech-Act and Text-Act Theory: “Theme-ing” in Freshman Composition. **College Composition and Communication**, v. 30, n. 2, p. 165–169, 1979.

³⁷⁶ RICŒUR, Paul. **From text to action**. Evanston, Ill: Northwestern University Press, 1991, p. 83.

³⁷⁷ *Idem*.

recontextualizado em uma nova situação – como ocorre, precisamente, pelo ato da leitura³⁷⁸.

Esse processo de descontextualização e recontextualização decorre da relativa autonomia do texto escrito, e é o traço essencial que difere a comunicação escrita da comunicação oral. O papel limitado do contexto não decorre do fato de que o acesso aos elementos que compõem o contexto legislativo é relativamente opaco e difícil, como Marmor chega a sugerir. O problema é que, na medida em que a deliberação legislativa envolve uma deliberação sobre um *texto escrito*, ela envolve a votação sobre um objeto que, naturalmente, se distancia do contexto em que foi produzido. Imaginemos, por exemplo, que o redator original de uma proposta legislativa tenha inserido certas marcas no texto com a intenção de que elas significassem *x*. Pois bem: como esse redator não tem a força ou poder de transformar, por seu próprio ato, aquele texto em direito, ele deverá ser submetido à apreciação de outros parlamentares. Estes parlamentares – num contexto diverso – terão que ler aquele texto, compreendê-lo, e decidir se ele deve ou não se transformar em lei. O texto original da proposta foi descontextualizado, quando foi escrito, e recontextualizado pelos parlamentares, ao votarem. E assim novamente em cada leitura e cada interpretação que possa ser dada àquele documento. Como estabelecer que apenas o contexto da redação fixa o conteúdo do texto, se este mesmo documento foi utilizado, posteriormente, para praticar outros atos ilocucionários? Com efeito, diante do reconhecimento desta autonomia do texto escrito, “é questionável se é possível analisar regras jurídicas sem levar em consideração contextos diferentes daquele do seu locutor [*utterer*]”³⁷⁹.

Slocum descreve a separação entre autor e texto através do termo “espaço autoglótico”. Segundo ele, o espaço autoglótico refere-se “à distância entre o escrito e o seu autor e, de forma mais particular, à possibilidade de que o [texto] escrito possa ser interpretado por aqueles que não tem nenhuma ideia da identidade do autor”³⁸⁰. É nesse sentido que podemos dizer que o texto “fala por si mesmo” (e, daí, a expressão auto-glota), e não é mais “patrocinado” por seu autor³⁸¹. A constatação de que o texto desempenha essa característica essencial no processo legislativo tem uma consequência direta para o argumento de Marmor: juízes e oficiais não precisam *conhecer* o autor do texto, nem mesmo suas credenciais, para que possam interpretá-lo. Os estados mentais dos autores, suas intenções comunicativas, tornam-se menos relevantes

³⁷⁸ RICCEUR, **From text to action**.... op. cit.

³⁷⁹ MATCZAK, *Why Legal Rules*... op. cit., p. 336.

³⁸⁰ SLOCUM, Brian G. **Ordinary meaning**: a theory of the most fundamental principle of legal interpretation. Chicago: The University of Chicago Press, 2015, p. 51.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 50–51.

(se é que permanecem relevantes) do que o texto escrito produzido. O texto é o objeto da atividade legislativa e é sobre ele que os juízes irão se debruçar.

Mas a separação entre autor e texto provocada pelo elemento *escrito* do processo legislativo não é o único problema que a teoria dos atos de fala tem que enfrentar quando aplicada no contexto jurídico. Matczak menciona uma segunda falácia cometida por autores que aproximam a atividade legislativa da comunicação oral. A falácia da “a-discursividade” envolve “tratar uma regra jurídica como se ela fosse um enunciado relativamente curto e único, similar a uma ordem oral e apta a ser interpretada de forma isolada de outros enunciados”³⁸². De fato, essa concepção das regras jurídicas parece estar embutida nos próprios exemplos utilizados por Marmor, em que as regras criadas pelo processo legislativo são vistas como produtos únicos, acabados e com um significado relativamente delimitado em sua própria formulação. É a esta premissa implícita, aliás, que Greenberg referia-se por “atomismo” ao descrever o seu retrato padrão (conforme expliquei em 2.1). O problema, novamente, é que esta é uma forma inadequada de conceber o produto do processo legislativo. Matczak observa que, no direito, as regras jurídicas decorrem da combinação de diversos fragmentos de textos, muitos dos quais sequer foram produzidos no mesmo momento. Esse processo de combinação de textos para a construção de uma regra “exige que as regras jurídicas sejam tratadas como o resultado de vários enunciados sendo ligados e, desta forma, tratados como o produto de um minidiscorso, não como um enunciado único e autônomo”³⁸³. Poggi refere-se a estas outras disposições, que contribuem para a identificação do conteúdo de uma regra, como o co-texto de uma determinada disposição legislativa³⁸⁴. O ponto decisivo para nosso argumento é que este co-texto não é formado simplesmente por outros enunciados adjacentes ao enunciado “base” de uma regra, mas também por “disposições contidas em diferentes textos (promulgados em diferentes momentos) e/ou por princípios gerais”³⁸⁵.

Maris Tinturé chama essa característica dos enunciados jurídicos de *caráter sistêmico do significado jurídico*. De acordo com Maris, na conversação ordinária, face a face, por mais sutil e complexa que seja a mensagem objeto da comunicação, o falante é o seu único autor. Ele tem, portanto, controle³⁸⁶ sobre o conteúdo que pretende comunicar. O contrário acontece

³⁸² MATCZAK, Why Legal Rules... op. cit., p. 336.

³⁸³ *Ibid.*, p. 337.

³⁸⁴ POGGI, Francesca. The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation. **Analisi e diritto = Análisis y derecho = Law and analysis = Droit et analyse = Análise e direito**, n. 2013, p. 313–335, 2013.

³⁸⁵ *Idem*.

³⁸⁶ Este controle, por óbvio, é parcial. Na medida em que admitimos que o significado é, ao menos em parte, convencional, os falantes nunca estão em *pleno* controle do significado do que dizem: eles devem usar um “código” que não foi criado por eles.

no direito. “O significado jurídico de um ato”, escreve Maris, “é co-determinado pelos atos válidos de outros que participaram na conformação do regime jurídico”³⁸⁷. Assim, mesmo um Parlamento soberano ou uma Suprema Corte podem não ter total controle sobre o significado jurídico dos seus próprios atos. A razão para isso é que o “significado jurídico é *sistêmico*: se um dado ato é juridicamente válido e qual é seu significado jurídico é, em um dado ponto do tempo, uma função dos atos de outras pessoas e instituições”³⁸⁸.

O caráter sistêmico do conteúdo jurídico lança um desafio fundamental ao modelo comunicacional. Este desafio foi exposto por Dale Smith em *The practice-based objection to the ‘standard picture’ of how law works*. O núcleo do argumento de Smith está na ideia de leis modificadoras que operam retroativamente e de como elas demonstram que o *gap* existente entre o conteúdo do direito e conteúdo comunicacional das fontes jurídicas é insuperável. Vejamos, inicialmente, o exemplo utilizado por Smith. Smith observa que tem sido comum em jurisdições anglo-americanas a edição de leis que tratam da interpretação legislativa e que dão maior peso à interpretação teleológica ou baseada em propósito. Um exemplo desse padrão foi a aprovação, na Austrália, de uma modificação na *Lei de interpretação legislativa* no ano de 2011, prevendo que “na interpretação das disposições de uma lei, a interpretação que melhor atingir o propósito ou fim da lei (independente de se este propósito ou fim está expressamente previsto na lei) deve ser preferida a qualquer outra interpretação”³⁸⁹. Outro exemplo deste tipo de lei foi a introdução, no Reino Unido, do *Human Rights Act* (HRA). A seção 3(1) da lei de 1998 passou a estabelecer que “na medida em que for possível, a legislação primária e subordinada deve ser lida e aplicada de modo que seja compatível com os direitos da Convenção”. As seções 1(1) e 21(1) do *HRA*, por sua vez, especificam que “direitos da Convenção” são aqueles direitos e liberdades fundamentais previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos³⁹⁰.

Pois bem. Smith observa que leis modificadoras deste tipo alteram os efeitos jurídicos das disposições legislativas para as quais se aplicam. O exemplo australiano, por exemplo, é ilustrativo: segundo Smith, a lei foi aprovada em decorrência de uma série de decisões controversas da Suprema Corte Australiana que, de modo consistente e reiterado, interpretava leis tributárias a partir do seu significado literal. Do mesmo modo, no caso do HRA, leis anteriores, que, de outra forma, poderiam ser incompatíveis com os direitos previstos na

³⁸⁷ KÖPCKE TINTURÉ, *Legal validity*, p. 134.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 135.

³⁸⁹ SMITH, Dale. The practice-based objection to the ‘standard picture’ of how law works. *Jurisprudence*, v. 10, n. 4, p. 502–531, 2019, p. 19.

³⁹⁰ *Idem.*

Convenção, também tiveram seus efeitos jurídicos impactados. O ponto importante para os propósitos da discussão sobre o modelo comunicacional é que as leis modificativas se aplicam tanto para as disposições legais *posteriores a elas* (o que poderia, pelo menos em tese, ser explicado pelos partidários do modelo), quanto para as leis *anteriores*. E, no caso das leis anteriores, torna-se evidente que há uma modificação nos seus efeitos jurídicos sem que haja qualquer modificação no seu conteúdo linguístico.

Um defensor do modelo comunicacional poderia argumentar que, no caso de leis modificadoras retrospectiva, há uma mudança legislativa que, de alguma forma, altera a lei anterior³⁹¹. O problema dessa resposta é óbvio: a lei anterior seria modificada sem que seu conteúdo linguístico fosse afetado, o que só poderia ocorrer se os efeitos jurídicos da lei não fossem equivalentes a este mesmo conteúdo linguístico. Se o impacto de uma lei no conteúdo do direito pode ser alterado sem que haja qualquer modificação em seu texto é porque 1) o impacto jurídico da lei depende de sua inserção no conjunto mais amplo de materiais jurídicos e 2) o seu conteúdo linguístico não é o mesmo que seu conteúdo jurídico.

A conclusão (1), acima, sugere, contudo, uma outra possível resposta para a objeção decorrente das leis modificadoras. Smith chama essa resposta de *resposta agregadora*³⁹². Segundo ela, os efeitos jurídicos da lei decorrem da combinação do conteúdo linguístico do dispositivo modificado em conjunto com a lei modificadora. Assim, não haveria *gap* entre conteúdo linguístico e conteúdo jurídico, mas antes a soma ou combinação de conteúdos linguísticos diversos. O problema dessa resposta é que ela já se distancia, ao menos em partes, da ideia básica do modelo comunicacional. Afinal de contas, o conteúdo linguístico de um dispositivo jurídico não determina nem equivale ao seu efeito jurídico (que deve ser obtido a partir da combinação com outros conteúdos linguísticos). Ainda assim, Smith considera que a resposta agregadora preserva pelo menos o essencial do modelo comunicacional, uma vez que “o conteúdo do direito é ainda constituído pelo conteúdo linguístico de pronunciamentos autoritativos”³⁹³. Greenberg também sugere que a resposta agregadora é compatível com o modelo comunicacional, uma vez que a explicação do conteúdo de normas individuais ainda é anterior à determinação do conteúdo do direito como um todo. Desta forma, é possível considerar que o modelo comunicacional afirma que “explicamos por que o direito tem o conteúdo que tem explicando a validade das normas individuais e, então, explicando como elas

³⁹¹ SMITH, The practice-based objection... op. cit., p. 22.

³⁹² *Ibid.*, p. 25.

³⁹³ *Idem.*

são amalgamadas, modificadas e reconciliadas para produzir o conteúdo do direito como um todo”³⁹⁴.

Esta resposta parece plausível em casos simples. Imaginemos um dispositivo que preveja que “todos os X devem *p*”. Uma lei modificadora que opera retroativamente é promulgada prevendo que “todas as referências legislativas a X devem também incluir Y”. O efeito jurídico do dispositivo original é, então, modificado, de modo que agora “todos os X e Y devem *p*”³⁹⁵. Essa modificação – com o acréscimo de Y aos efeitos jurídicos do dispositivo original, cujo conteúdo linguístico só incluía X – é exatamente aquilo que o conteúdo linguístico da lei modificadora estabelecia. O problema para o modelo comunicativo é que as leis modificadoras nem sempre – e, na verdade, raramente – são tão simples quanto o exemplo anterior. O caso do HRA, por exemplo, não pode ser capturado com a afirmação de que devemos somar ou agregar o conteúdo linguístico da sua seção 3(1) ao conteúdo linguístico de uma lei anterior a ele para que possamos obter os efeitos jurídicos do dispositivo modificado. A seção 3(1) “transforma aquele efeito jurídico de formas mais sutis, ao invés de simplesmente somar-se a ele”³⁹⁶.

Smith considera ainda uma última alternativa para que os defensores do modelo comunicacional possam explicar o funcionamento de leis modificadoras retroativas. Eles podem argumentar, por exemplo, o efeito jurídico de um dispositivo sujeito à modificação por uma lei modificadora que opera retroativamente é resultado da submissão dos seus conteúdos linguísticos como *inputs* de uma função mais complexa que a simples adição ou subtração de palavras ou frases. Essa função pode até mesmo envolver raciocínio substantivo sobre como, por exemplo, atingir a maior conformidade possível com a Convenção de Direitos Humanos (no caso da seção 3(1) do HRA). O problema desta alternativa, a esta altura, deve ser evidente: ela não está disponível para um defensor do modelo comunicacional. Com efeito, teóricos como Marmor sustentam que o efeito jurídico de um dispositivo jurídico é, tipicamente, constituído pelo seu conteúdo linguístico, mas isto não é o caso “se o efeito jurídico de um dispositivo é frequentemente dado por uma função complexa, para a qual tanto o seu conteúdo linguístico quanto o conteúdo linguístico da lei modificadora que opera retroativamente são seus *inputs*”³⁹⁷. A única possibilidade de se manter o compromisso básico do modelo comunicacional seria se imaginássemos uma função *linguística* capaz de explicar o impacto jurídico da lei

³⁹⁴ GREENBERG, The Standard Picture... op. cit., p. 50.

³⁹⁵ SMITH, The practice-based objection... op. cit., p. 16.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 27.

³⁹⁷ SMITH, The practice-based objection... op. cit., p. 28.

modificadora. Mas a ideia de uma função complexa foi introduzida justamente porque não existem funções puramente linguísticas capazes de explicar situações como a do exemplo da seção 3(1) do HRA.

O caráter sistêmico do significado jurídico é um elemento central da crítica ao modelo comunicacional, pois ele coloca em xeque a ideia de que os atos comunicacionais “devem estabelecer um momento fixo quando a lei foi falada, quando ela adquiriu todo o significado que ela tem”³⁹⁸. Na medida em que o significado jurídico de um ato jurídico – incluindo um ato legislativo – é uma função de diversos outros atos, praticados em momentos distintos do tempo, a conteúdo da regra jurídica produzido é antes *construído* do que, propriamente, identificado, no sentido de determinado em um dado e exclusivo momento do tempo. Esse ponto tem um impacto direto na visão da legislação como um ato de fala e das intenções do legislador como intenções comunicativas: “embora seja possível, no caso de um típico enunciado oral independente analisar a intenção semântica específica do locutor do enunciado, isso não é possível onde uma regra é tratada como o resultado de um discurso, pois um discurso não tem um único autor”³⁹⁹.

Dworkin já havia desenvolvido um argumento similar a este em *Model of Rules II*. Neste trabalho, Dworkin pede que imaginemos a seguinte situação: suponhamos que Roger tenha terminado de ler um livro sobre geologia e eu lhe pergunte sobre que informações ele contém. Roger provavelmente responderá apresentando diversas proposições de fato que ele, de algum modo, extraiu da sua leitura do livro. Mas imaginemos que eu faça a Roger uma pergunta distinta: “quantas proposições de fato o livro contém, e que teoria você utilizou para contá-las?”⁴⁰⁰. Roger, ou qualquer pessoa, consideraria essa uma pergunta despropositada: não porque ela seria muito difícil ou porque exigisse distinções conceituais complexas, mas porque eu fiz o “o tipo totalmente errado de questão sobre o material discutido”⁴⁰¹. Com efeito, “o livro contém uma grande quantidade de informações; proposições são uma forma de apresentar aquela informação, mas o número de proposições usadas depende de considerações que independem do conteúdo da informação”⁴⁰². Dworkin observa que juristas utilizam os materiais jurídicos da mesma forma que Roger utiliza o livro sobre geologia: “juristas usam regras e princípios para reportar informações jurídicas, e é errado supor que qualquer afirmação

³⁹⁸ DWORKIN, *Law's empire*... op. cit., p. 315–316.

³⁹⁹ MATCZAK, *Why Legal Rules*... op. cit., p. 337.

⁴⁰⁰ DWORKIN, *Taking rights seriously*... op. cit., p. 97.

⁴⁰¹ *Idem*.

⁴⁰² *Idem*.

particular destas é canônica”⁴⁰³. Com isso, ele chama atenção para o fato de que discussões sobre a estrutura das normas acabam por tentar responder, do ponto de vista da prática, uma pergunta equivocada: para um jurista, de fato, o ponto central é quais direitos e deveres são estabelecidos pelos materiais jurídicos, e não qual o conteúdo individual de cada um dos materiais jurídicos identificados. Dworkin conclui seu argumento mencionando que seu ponto “não era que ‘o direito’ contém um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios”. Na verdade, Dworkin quer se “opor à ideia de que ‘o direito’ é um conjunto fixo de padrões de qualquer tipo”⁴⁰⁴. Isso significa que o trabalho teórico relevante não é individualizar os enunciados jurídicos e tentar identificar seu conteúdo, como fazemos, por exemplo, com atos de fala individuais. Ao contrário: na prática (e é a prática que o teórico deve explicar) os textos das disposições legislativas são utilizados como *razões* para conclusões sobre o que o direito requer. Eles são manejados pelos juristas não como se fossem atos individuais, únicos e autônomos, cujo conteúdo deve ser individualmente identificado. Qualquer estudante de direito sabe que muitos dispositivos – incluindo dispositivos de diplomas legislativos diversos – podem ser combinados para formar uma única regra (e o seu trabalho é, justamente, aprender a dominar esta operação). Se isso é assim, i.e., se o significado jurídico é *sistêmico*, equiparar o ato de legislar com um ato de fala envolve um grave erro conceitual. Como procurei expor neste capítulo, o trabalho de Marmor baseia-se neste erro e, por isso, devemos rejeitar seu argumento.

CONCLUSÃO

A ideia de que o ato de legislação é uma espécie de ato de fala tem um apelo intuitivo: ela é uma forma simples e elegante de explicar um fenômeno complexo, como a promulgação de leis escritas e a alteração de direitos e deveres por meio das leis assim promulgadas. Neste capítulo, apresentei os argumentos de Andrei Marmor a favor da ideia de que a legislação é um ato de fala, o que exigiu uma exposição sobre as ideias de significado do falante e intenções comunicativas. A partir dos trabalhos de Grice e Searle, expliquei o que chamei a *técnica da comunicação* e mostrei como Marmor adapta esta ideia para explicar o processo legislativo. Segundo ele, ainda que o papel da pragmática seja limitado no âmbito do direito, são as intenções comunicativas dos legisladores que fixam o conteúdo das disposições legislativas, as

⁴⁰³ DWORKIN, *Taking rights seriously...* op. cit.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 98.

quais devem ser entendidas, *em razão daquela intenção*, através do seu significado semântico convencional.

Embora Marmor seja cuidadoso em sua exposição e evite incorrer em erros óbvios que uma versão mais simplista do modelo comunicacional poderia produzir, ele ainda se compromete com uma premissa fundamentalmente equivocada: a ideia de que o ato de legislar equipara-se a um ato de comunicação *oral*. Expliquei, na parte crítica deste capítulo, que Marmor ignora o papel que os textos escritos desempenham no processo legislativo, bem como, o fato de que, neste processo, ou bem o legislador não forma intenções comunicativas, ou estas intenções são irrelevantes para o conteúdo da lei produzida. Na verdade, como minha exposição procurou demonstrar, Marmor tem uma “visão primitiva da legislação”⁴⁰⁵, ainda compreendida no modelo simples de comandos de um soberano a um súdito⁴⁰⁶. Argumentei, contudo, que o papel do texto, o distanciamento entre a escrita e o autor e o caráter sistêmico do significado tornam o modelo do soberano excessivamente simplista, e impedem a aplicação das categorias *ato de fala e intenção comunicativa* ao contexto legislativo. Esses argumentos, portanto, oferecem razões para rejeitarmos as teses de Marmor.

Mas há, ainda, uma alternativa possível para o modelo comunicacional. O erro de Marmor, conforme tentei demonstrar, foi aproximar conceitualmente o ato de legislar do ato de comunicação oral. Isso era parte de sua equiparação entre legislação e atos de fala. É possível, contudo, pensar numa alternativa ao modelo comunicacional que reconheça o papel dos textos, bem como das intenções do legislador, sem atribuir ao parlamento uma intenção comunicativa da forma proposta por Marmor. É esta a alternativa sugerida pela teoria de Joseph Raz. Raz defende uma concepção minimalista das intenções do legislador que evita alguns dos problemas enfrentados por Marmor, mantendo o compromisso básico do modelo comunicacional e, por via de consequência, do positivismo jurídico. Sua teoria das intenções do legislador, por sua vez, deriva de suas ideias sobre o conceito de autoridade e de legislação, e não de uma certa concepção sobre o significado linguístico da comunicação humana. Veremos esta teoria no próximo capítulo.

⁴⁰⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 120.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 120–121.

4. JOSEPH RAZ: INTENÇÃO, INTERPRETAÇÃO E AUTORIDADE

No capítulo anterior exploramos as possibilidades e limites de uma versão possível do modelo comunicacional. De acordo com esta versão – construída a partir dos trabalhos de Andrei Marmor – os atos legislativos são atos de fala e podemos obter importantes *insights* a partir da aproximação entre a criação legislativa do direito e a comunicação oral. Vimos, contudo, que essa aproximação enfrenta problemas importantes, e esses problemas, no limite, devem nos levar a rejeitar esta possível leitura do modelo. Neste capítulo quero explorar uma versão distinta e um argumento alternativo a favor do modelo comunicacional. Trata-se da versão proposta e defendida por Joseph Raz. Ao contrário de Marmor, que desenvolve sua teoria a partir de uma análise da teoria dos atos de fala e do significado do falante, Raz constrói a sua própria versão do modelo comunicacional a partir tanto de sua teoria da autoridade, quanto de sua teoria da interpretação. Ao desenvolver seu argumento, Raz também apresenta uma crítica importante a teorias e modelos (que ele chama de modelos *coerentistas*) que procuram rejeitar os compromissos teóricos do modelo comunicacional. Explorar essa crítica nos permitirá, em conjunto com um exame da teoria da interpretação de Raz, uma melhor compreensão da sua versão do modelo comunicacional. Essa versão, no entanto, será objeto de novas críticas, que abrirão o caminho para a parte construtiva da tese, que desenvolverei no capítulo seguinte.

Mas para que possamos entender em que medida a teoria de Raz difere da teoria de Marmor, é importante recordar algumas distinções apresentadas anteriormente. Quando analisei a teoria dos atos de fala (3.1.1.), mostrei como Searle diferencia pelo menos três atos distintos que ocorrem num contexto de ato de fala: o ato de enunciar palavras (ato enunciativo); o ato de referir e predicar (ato proposicional) e o ato de afirmar, questionar, dar ordens, prometer etc. (atos ilocucionários)⁴⁰⁷. Em *How to do things with words*, Austin apresenta uma distinção similar. Segundo ele, podemos distinguir, num ato de fala, (i) um ato locucionário; (ii) um ato ilocucionário e (iii) um ato perlocucionário⁴⁰⁸. O ato locucionário, de acordo com Austin, equivale a “enunciar uma certa frase com um sentido e referência, o que é mais ou menos equivalente ao ‘significado’ no sentido tradicional”⁴⁰⁹. O ato ilocucionário, por sua vez, equivale a enunciar certas palavras com uma certa “força” convencional (como, por exemplo, fazer um pedido ou dar uma ordem). E, por fim, um ato perlocucionário refere-se àquilo que

⁴⁰⁷ SEARLE, *Speech acts*... op. cit., p. 23–24.

⁴⁰⁸ AUSTIN, *How to do things with words*... op. cit., p. 102–103.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 108.

atingimos (ou desejamos atingir) ao *dizer* algo: ao praticar o ato ilocucionário de argumentar, por exemplo, eu espero praticar o ato perlocucionário de convencer⁴¹⁰. A partir dessas distinções, como já vimos, Matczak diferencia três intenções distintas de um indivíduo ao praticar um ato de fala. A primeira delas seria a intenção locucionária (ou semântica), que se refere à intenção de dizer algo com certo *sentido* e certa *referência*. A segunda – a intenção ilocucionária – refere-se à intenção de praticar um certo ato ilocucionário específico. Por fim, a intenção perlocucionária refere-se à intenção de promover certas alterações na realidade extralinguística por meio da prática de um ato ilocucionário⁴¹¹.

No capítulo anterior, desenvolvi o argumento (em 3.5.1) que a atribuição de intenções locucionárias aos legisladores é problemática, o que nos impede de afirmar que eles possuem intenções comunicativas (no sentido relevante de uma intenção complexa, formada por intenções locucionárias, ilocucionárias e perlocucionárias). Mas é possível, ainda, preservar a ideia de intenção do legislador e de atividade legislativa intencional se restringirmos o tipo de intenção relevante a apenas uma das três. Nessa alternativa, os legisladores teriam intenções ilocucionárias de “dar o significado normativo apropriado”⁴¹² ao texto que está sendo aprovado e, assim, transformá-lo numa fonte do direito. É esta a alternativa que Raz explora em sua teoria. Sua tese da *intenção autoritativa* dos legisladores, combinada com sua teoria da autoridade e da interpretação, oferece um novo argumento a favor do modelo comunicacional. Passemos a ele.

4.1. INTENÇÃO E INTERPRETAÇÃO

Joseph Raz, assim como Marmor, toma o modelo comunicacional como seu ponto de partido. Para Raz, a ideia básica por trás deste modelo é que o direito é “uma criação de ações humanas” e, em especial, de “atos comunicativos como a promulgação de leis e a tomada de decisões judiciais”⁴¹³. Raz chama atenção, contudo, para o fato óbvio de que a comunicação humana não raro - na verdade, quase sempre - envolve mais do que aquilo que é explicitamente afirmado. Com efeito, mesmo para entender o significado literal [*plain meaning*] de uma lei ou de uma decisão judicial, “exige-se uma boa quantidade de informação de fundo”⁴¹⁴. É necessário conhecimento do idioma em que ela foi escrita, familiaridade com crenças sobre o mundo social e natural em comum, e assim por diante. Apesar disso, é “um fato familiar

⁴¹⁰ AUSTIN, *How to do things with words*... op. cit., p. 108.

⁴¹¹ MATCZAK, *Three Kinds of Intention in Lawmaking*... op. cit., p. 654-655.

⁴¹² *Ibid.*, p. 658.

⁴¹³ RAZ, *Dworkin*... op. cit., p. 1.106.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 1.105.

que o direito diz mais do que ele explicitamente afirma, que há mais no seu conteúdo do que é explicitamente estabelecido em suas fontes, tais como leis e decisões judiciais”⁴¹⁵. “Esta ideia”, de acordo com Raz,

deve ser auto-evidente para quem quer que conceba o direito como criação de ações humanas, particularmente como surgindo de atos comunicacionais tais como a promulgação de leis e tomada de decisões judiciais. É um traço universal da comunicação humana que o que é dito ou comunicado é mais do que aquilo que é explicitamente afirmado e inclui aquilo que é implicado (...) Essa ubiquidade da implicação é resultado da dependência da inteligibilidade daquilo que é afirmado no pano de fundo compartilhado mencionado acima. Mais comumente, ela se vale não apenas de crenças muito gerais sobre a linguagem e o mundo, mas em crenças concretas específicas a respeito da situação de fala, as quais são necessárias para dar sentido ao que é dito pela afirmação no seu contexto⁴¹⁶.

Raz não rejeita que a semântica e a sintaxe de uma expressão podem ser suficientes para fixar o seu conteúdo. O autor aponta, no entanto, para a necessidade de se considerar, também, aquilo que vai além do conteúdo meramente semântico. Nisso, Raz parece concordar com Marmor quando afirma que “o conteúdo completo da comunicação numa linguagem natural *frequentemente* vai além do significado das palavras e sentenças ditas pelo falante. A semântica e a sintaxe são veículos essenciais para transmitir conteúdo comunicativo, mas o conteúdo transmitido em ocasiões particulares de fala é frequentemente enriquecido pragmaticamente por vários fatores”⁴¹⁷. O conteúdo comunicacional (que equivale, para Raz, ao conteúdo do direito), não pode ser fixado *a priori*: é possível que, num dado contexto, ele se limite ao conteúdo semântico do ato ou expressão, e, em outras, pode ser necessário levar em considerações outros fatores – como o contexto – para se identificar o conteúdo do enunciado. A passagem de um conteúdo a outro – ou seja, a forma de fixar o conteúdo de um enunciado – dependerá, em larga medida, das *intenções* de quem o proferiu.

A ideia de *intenção*, portanto, ganha especial relevância no contexto do modelo comunicacional proposto por Raz. Para ele, “os legisladores promulgam leis com o conteúdo que eles têm a intenção de que se torne direito; os tribunais avançam as razões que eles têm a intenção de serem compreendidas como uma justificação para suas decisões”⁴¹⁸. Dessa forma, o conteúdo comunicacional relevante para o modelo padrão é aquele que expressa ou representa

⁴¹⁵ RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.106.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ MARMOR, Can the Law... op. cit., p. 83.

⁴¹⁸ RAZ, Ethics... op. cit., p. 293.

a intenção dos legisladores de alterar o direito da forma como eles tem a intenção de alterá-lo. Em *Intention in Interpretation*, Raz escreve:

Os legisladores criam a lei que eles têm a intenção de criar, e eles criam aquela lei expressando a intenção de fazê-lo. De acordo com o trabalho padrão da teoria dos atos de fala (...) isto é dizer que *A*, sendo um agente que tem autoridade jurídica de criar uma lei que *p*, legisla que *p* (onde *p* é uma variável para a afirmação do conteúdo do direito) pela prática de uma ação que expressa a intenção de que *p* torna-se direito em virtude daquela intenção ser manifestamente expressada⁴¹⁹.

As considerações acima mostraram, em primeiro lugar, que Raz – assim como Marmor – reconhece a complexidade do que se pode entender por conteúdo comunicacional de uma diretiva e, portanto, os possíveis candidatos a conteúdo do direito criado por ela. Ele próprio chama atenção para o fato de que esse conteúdo frequentemente vai além do conteúdo semântico do ato. Esse reconhecimento aponta, em segundo lugar, para a necessidade de se levar em consideração as *intenções* do locutor na determinação do conteúdo comunicacional do ato, o que se reflete, no âmbito jurídico, na necessidade de se levar em conta as intenções do legislador na determinação do conteúdo do direito. A questão relevante, no entanto, é como compreender esta intenção. Ao contrário de Marmor – que chega ao conceito de intenção a partir de uma equiparação entre atos de legislação e atos de fala – Raz não se compromete com uma teoria linguística sobre o significado das comunicações humanas, a qual transporta para o âmbito jurídico: na realidade, Raz explica o papel das intenções na identificação do conteúdo do direito a partir dos conceitos de autoridade e interpretação.

O modelo comunicacional considera que o conteúdo do direito equivale ao conteúdo comunicacional dos atos de autoridade. Há, no entanto, diversos candidatos possíveis para o conteúdo comunicacional de um determinado texto, expressão ou diretiva. É por isso que, para identificar o conteúdo comunicacional de um ato de autoridade e, portanto, para determinar o conteúdo do direito, precisamos estudar as *intenções* das autoridades. O modelo comunicacional *exige*, a partir da ideia de que o conteúdo de uma expressão pode ir além do seu conteúdo semântico, que as intenções do legislador sejam consideradas na determinação e identificação do conteúdo do direito. Precisamos entender, agora, como Raz concebe o papel dessas intenções na tarefa de identificação do conteúdo comunicacional dos atos de autoridade.

A ideia de que as intenções dos legisladores são relevantes na determinação do conteúdo do direito é bastante popular. De acordo com uma concepção comum do que significa

⁴¹⁹ RAZ, *Between authority and interpretation...* op. cit., p. 282–283.

interpretar o direito, a interpretação deve, de alguma forma, resgatar as intenções dos legisladores ao adotarem a lei que adotaram. O modelo comunicacional chama atenção para esse fato ao observar que precisamos de mais do que a semântica e a sintaxe para determinar o que as autoridades quiseram comunicar ou mesmo o que elas *efetivamente* comunicaram. Ainda não sabemos, contudo, que intenções são essas, como identificá-las e como interpretar o direito a partir delas. De todo modo, sabemos que, ordinariamente, as intenções daqueles que criaram as leis parece ocupar um lugar central na atividade interpretativa.

Os legisladores promulgam leis, e essa promulgação (de algum modo) muda o direito. Juízes e advogados, ao interpretar uma lei (...) frequentemente tentam (e dizem que estão tentando) identificar as intenções dos legisladores ao promulgá-la. Isto é, eles tentam (e dizem que tentam) chegar a uma conclusão sobre quais eram e não eram os significados que os legisladores tinham a intenção de transmitir pelos meios que eles tinham a intenção de que fossem seguidos⁴²⁰.

Mas como identificar essas intenções?

Raz explora o papel das intenções na determinação do conteúdo do direito a partir de uma análise do papel das intenções na sua *interpretação* e da relação entre interpretação e *autoridade* do direito. Sua tese central é que, na medida em que o direito deriva de atos *deliberados de legislação*, seu conteúdo (e, por conseguinte, sua interpretação) devem refletir as intenções do legislador. Com efeito, o ponto de Raz não decorre de um exame da comunicação humana em geral, mas antes do próprio conceito de legislação. Assim, seu interesse é “no papel que a intenção deve ter, o papel que ela não pode falhar em ter, na interpretação da legislação. Trata-se de um argumento sobre o que os tribunais não têm escolha, senão fazer, sobre o que eles não podem deixar de fazer enquanto seguirem a legislação”⁴²¹.

Mas para que possamos chegar ao papel das intenções na determinação do conteúdo do direito legislador, precisamos dar um passo atrás e nos colocar, seguindo Raz, uma questão preliminar: o que, afinal de contas, significa *interpretar*? Para Raz, a interpretação é uma atividade que envolve pelo menos quatro características essenciais⁴²²: em primeiro lugar, a interpretação é a interpretação de um *original*. Sempre há algo a ser interpretado e uma questão é importante é, justamente, definir qual seria o original objeto da interpretação jurídica. Algumas possibilidades seriam as leis, a prática jurídica tomada em sua totalidade ou uma fonte do direito. Por ora, não é necessário enfrentar esse problema, mas tão somente percebermos que a ideia de que se interpreta sempre um *original* é um elemento essencial da atividade interpretativa. A segunda característica essencial da interpretação é aquela que lhe confere o

⁴²⁰ EKINS, *The nature of legislative intent...* op. cit., p. 1.

⁴²¹ RAZ, *Between authority and interpretation...* op. cit., p. 265.

⁴²² *Ibid.*, p. 268.

seu traço mais importante: interpretar é afirmar ou mostrar o *significado* do original. Pode-se abordar um original com vários objetivos: com o objetivo de ser inspirado pelo original, de tirar lições do original ou mesmo de modificá-lo e substituí-lo por algo diferente. A interpretação não tem esses objetivos. Seu objetivo primário e característico é estabelecer qual o *significado* desse original. A partir desse objetivo, podemos avaliar – essa é a terceira característica da interpretação – se uma interpretação é boa ou ruim, certa ou errada. Como escreve Raz, uma interpretação “é julgada como certa ou errada, boa ou ruim, pelo seu sucesso em declarar ou mostrar o significado do original”⁴²³. Por fim, Raz observa que interpretar é sempre um ato intencional, isto é, “não se interpreta a menos que se tenha a intenção de interpretar”⁴²⁴. A ideia de intenção aqui não deve ser confundida com a intenção envolvida no ato de criação do original. Este último elemento do conceito de interpretação refere-se, na verdade, ao caráter *deliberado da prática interpretativa*. Não se interpreta por acidente ou ao acaso.

Pois bem. Com base na ideia de que a interpretação deve declarar ou mostrar o significado do original, muitos imaginam que a interpretação deve recuperar as intenções do autor do original. Essa conclusão, no entanto, não é evidente, e precisamos, antes de analisá-la, diferenciar alguns *tipos* de interpretação. O primeiro deles é o que Raz chama de *interpretação conservadora*. “Uma interpretação conservadora”, escreve ele, “é uma interpretação cujo sucesso ou fracasso é medido pelo grau no qual ela consegue recuperar, ou reafirmar, o significado que um original tinha para alguém ou seu significado numa cultura em algum ponto do passado”⁴²⁵. Assim, uma interpretação conservadora de sucesso será aquela que conseguir “explicar ou mostrar o significado que o original tinha para o seu autor”⁴²⁶. Isso é diferente de simplesmente reafirmar o significado, encontrado no dicionário, de uma determinada palavra ou expressão. Raz chama isso de interpretação convencional, no sentido de que ela procura estabelecer o significado convencional de frases ou expressões, e não o significado que elas tinham ou têm para o seu respectivo autor. Mas há, ainda, um terceiro tipo de interpretação, que Raz chama de interpretação inovadora. Raz diferencia dois sentidos possíveis para esse conceito: uma interpretação inovadora pode ser uma *nova* interpretação, isto é, pode ser uma interpretação que ninguém, até aquele momento, havia pensado ou proposto. Este é um sentido fraco de interpretação inovadora, na medida em que ela é apenas *epistemicamente* nova: as pessoas não conheciam um significado que já estava lá, e a nova interpretação apenas chamou

⁴²³ RAZ, *Between authority and interpretation*... op. cit., p. 268.

⁴²⁴ *Idem*.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 269.

⁴²⁶ *Idem*.

atenção, de forma inédita, para este significado. Uma interpretação inovadora em sentido forte, ao contrário, é mais do que uma interpretação inédita: ela efetivamente inova no significado do objeto. “Ela é inovadora porque o significado que ela explica não é um significado que o objeto tinha independente da interpretação”⁴²⁷.

Raz reconhece que é controverso se uma interpretação – que difere de um ato de criação ou modificação – pode, realmente, ser inovadora. O fato importante para entendermos a concepção mais geral de Raz sobre o papel da intenção na interpretação jurídica, no entanto, é que, para ele, é possível existirem uma pluralidade de boas interpretações. Essa pluralidade não se refere somente ao fato de que podemos ter interpretações diferentes, mas compatíveis entre si: refere-se, sim, ao fato de que podemos ter diversas interpretações boas e *incompatíveis*. Raz chama isso de *pluralismo interpretativo*. O problema do pluralismo interpretativo, no entanto, não afeta diretamente o estudo do papel das intenções do legislador na interpretação jurídica. É que Raz afirma, em *Interpretation: Pluralism and Innovation*, que as interpretações inovadoras *modificam* o direito. De acordo com ele, “o poder dos tribunais de estabelecer precedentes, e a contribuição das decisões judiciais para as práticas jurídicas, de fato significam que as decisões judiciais podem modificar o direito, e então, quando essas decisões estão apoiadas em interpretações inovadoras, elas efetivamente modificam o direito”⁴²⁸. Nosso interesse neste tópico, contudo, não é, ainda, a possibilidade de interpretações inovadoras ou em que medida elas modificam o direito. O nosso foco de interesse está na identificação do conteúdo linguístico dos atos de autoridade e, portanto, na identificação do direito criado por esses atos. Nesse sentido, a investigação sobre o papel das intenções na interpretação do direito concentra-se no papel das intenções nas interpretações *conservadoras*.

4.2. A TESE DA INTENÇÃO AUTORITATIVA

Raz considera duas posições possíveis para o papel das intenções na interpretação jurídica, entendida, agora, como interpretação conservadora. A primeira delas sugere que toda interpretação envolve, necessariamente, a descoberta de uma “intenção autoral” [*authorial intention*]. A segunda, que o papel da intenção na interpretação é meramente formal: é possível que a intenção relevante seja de um autor fictício, como um legislador ideal, que pode não ser o autor real daquele dispositivo específico. Raz considera que, para que faça sentido falar de intenção legislativa, devemos assumir que o legislador tem intenções *reais* e não meramente

⁴²⁷ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 302.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 320.

formais: “a menos que intenções reais estejam envolvidas, falar de intenções hipotéticas ou fictícias raramente tem alguma importância”⁴²⁹. A primeira versão – das intenções autorais – é mais relevante do ponto de vista teórico. E isso ocorre porque, de acordo com Raz, a interpretação jurídica tem como objeto, na maior parte das vezes, “produtos de criação deliberada”⁴³⁰. Leis, constituições e decisões judiciais são criados por atos humanos intencionais cuja intenção é, justamente, criá-los. Assim, não é suficiente que os legisladores tenham apenas a intenção de *legislar*: é necessário também que eles saibam qual será o resultado do ato legislativo, já que, se isso não ocorrer, eles não estarão no *controle* do significado de sua própria atividade. A ideia de “controle” é crucial nesta parte do argumento de Raz: é que, se os legisladores não tiverem controle sobre o significado jurídico do seu próprio ato de criação do direito, eles não poderão funcionar como *autoridades*, no sentido relevante do termo. É natural, portanto, imaginar que, para que possamos falar do direito como criação de autoridades que controlam o significado jurídico dos seus próprios atos, a interpretação jurídica deve, necessariamente, resgatar as intenções dessas autoridades. Raz chama esta leitura de *tese radical da intenção*. Na sua versão extrema, ela tem a seguinte formulação: “Tese radical da intenção: uma interpretação é correta no direito se, e apenas se, ela reflete as intenções do autor”⁴³¹.

Muito embora o modelo comunicacional, conforme já vimos, dê especial peso às intenções das autoridades, Raz *rejeita* a tese radical. Lembremos que, no modelo comunicacional, o conteúdo do que as autoridades comunicaram equivale ao conteúdo do direito. Como esse conteúdo comunicativo, muitas vezes, vai além do conteúdo semântico das frases e expressões utilizadas pela autoridade, é necessário recorrer às intenções daqueles que criaram e produziram as leis objeto da interpretação. A despeito disso, a ideia de que esse processo de interpretação se limita a recuperar as intenções de um autor está equivocada. Raz lista três objeções comuns à tese radical: i) não há razão para basear a interpretação nas intenções do autor; ii) a princípio, é impossível estabelecer a intenção autoral relevante; iii) na forma como os tribunais e a prática judicial interpretam o direito, a interpretação não consiste exclusivamente, ou mesmo primariamente, na recuperação das intenções do autor.

Segundo Raz, a primeira objeção – que inexistem razões para interpretar de acordo com as intenções do autor – é claramente falsa. E isso porque, ao contrário do que ela sugere, “há uma forte razão para interpretar leis e precedentes de acordo com as intenções do seu

⁴²⁹ RAZ, *Between authority and interpretation...* op. cit., p. 273.

⁴³⁰ *Idem.*

⁴³¹ *Ibid.*, p. 275.

autor”⁴³². Uma razão possível seria, por exemplo, de que é isso que o valor da democracia exige dos intérpretes: na medida em que a interpretação jurídica é a interpretação de leis criadas por representantes eleitos pelo povo, ela deve envolver, necessariamente, recuperar as intenções das autoridades que, dotadas de *pedigree* democrático, criaram aquela lei. O problema desse argumento, no entanto, é que ele se aplicaria apenas para o direito existente em países democráticos e sabemos que existem leis e que existe interpretação jurídica em países não democráticos. Um argumento sobre as razões para recorrer-se às intenções das autoridades “tem que ser generalizado para se aplicar a regimes não democráticos”⁴³³.

O ponto central de Raz, aqui, é que a tese radical está equivocada, mas que ela não está sujeita a objeções que comumente lhe são dirigidas. Raz considera que há razões para que a interpretação jurídica envolva, em alguma medida, as intenções das autoridades. Essas razões, no entanto, não são razões derivadas do valor da democracia. Segundo Raz, elas derivam do conceito mesmo de *criação do direito*. Para ele, “independente da justificativa – real ou suposta – para conferir poderes de criação do direito a qualquer instituição, isso não fará sentido a menos que as leis feitas por essas instituições sejam as leis que elas têm a intenção de fazer”⁴³⁴. A ideia mesma de “legislação” envolve a atribuição de poderes de criação *deliberada* de leis. Desta forma, as instituições que criam o direito devem poder criar o direito da forma como pretendem ou tem a intenção de fazê-lo. Não faria sentido atribuir poder legislativo a alguma instituição e se afirmar que o direito criado por seus atos nunca ou raramente é o direito que elas *pretendem* criar. Assim, a ideia mesma de criação deliberada do direito exige que as intenções das autoridades tenham alguma relevância na interpretação jurídica. Raz escreve:

Dar a uma pessoa ou instituição poderes de criação do direito é confiar-lhes o poder de fazer direito por atos destinados a fazê-lo, ou pelo menos empreendidos com o conhecimento de que eles fazem direito. Não faz sentido dar poder de criação do direito a qualquer pessoa ou corpo, a menos que se assuma que a lei que eles fazem é a lei que eles pretendem fazer. Imagine o contrário. Imagine que o direito feita por meio da legislação não tem relação com o direito que o legislador pretende fazer. Para que esta suposição seja possível, o legislador deve estar desinformado sobre qual direito será feita por suas ações. Se ele puder prever que, se fizer uma coisa, o imposto será aumentado em determinada quantia e, se fizer outra coisa, o imposto será cortado em determinada quantia, por exemplo, então ele tomará a ação que terá o efeito desejado - ou seja, a lei que ele faz será a lei que ele pretende fazer. Portanto, para supor que o direito feita pela legislação não é aquele pretendido pelo legislador, devemos supor que ele não pode prever qual direito está fazendo quando a legislatura aprova qualquer peça de legislação.

⁴³² RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 274.

⁴³³ *Idem.*

⁴³⁴ *Idem.*

Mas se isso é verdade, por que importa quem são os membros da legislatura, se eles são eleitos democraticamente ou não, se representam diferentes regiões no país ou classes na população, se são adultos ou crianças, são ou loucos?⁴³⁵

Todos nós concordamos que importa – e importante bastante – quem são os legisladores e o que eles fazem. Para Raz, a única forma de darmos sentido a essa intuição compartilhada é se assumirmos que os legisladores criam o direito que eles têm a *intenção* de criar. Isso significa que a tese radical está correta? De acordo com Raz, não. Seu argumento sobre a criação deliberada do Direito é suficiente apenas para sustentar à seguinte conclusão: “na medida em que o direito deriva de criação legislativa deliberada, sua interpretação deveria refletir as intenções do seu legislador”⁴³⁶. Raz chama essa tese de *tese autoritativa da intenção* [*authoritative intention thesis*]. Qual a diferença entre ambas?

Como vimos, Raz rejeita a ideia de que a intenção envolvida na atividade legislativa possa ser a intenção de um autor fictício. Precisamos, portanto, definir *quem* são as pessoas cuja intenção é relevante para a tese da intenção autoritativa. É possível objetar à ideia de que o Congresso teria uma intenção com base na ideia de que apenas indivíduos podem agir intencionalmente. Para Raz, esse não é o caso. Se a *House of Commons* ou o Congresso Brasileiro podem agir intencionalmente (“após horas de votação, o Congresso decidiu aprovar a Reforma da Previdência”), então eles podem ter intenções. “Não vemos dificuldades em atribuir intenções a corporações, grupos ou instituições na vida ordinária”⁴³⁷ e já vimos, inclusive, um argumento a favor da ideia de intenções coletivas (em 3.2). Portanto, para Raz, instituições também podem ter e formar intenções. Ainda assim, uma instituição é formada por agentes individuais reais e precisamos definir qual a relação entre as ações dos indivíduos e as ações da própria instituição. Raz adota a seguinte tese acerca dessa relação: “uma instituição age apenas quando alguns dos seus membros ou oficiais age, e ela age intencionalmente apenas quando eles fazem isso”⁴³⁸. Isto não significa que as intenções da instituição sejam as intenções dos próprios membros, mas tão somente que a ação intencional dos membros é necessária para que a própria instituição possa ter e manifestar sua intenção.

Os membros da instituição, no entanto, podem ter intenções conflitantes ou mesmo desconhecer os detalhes das leis que estão votando. Essa é uma objeção importante, e já a analisamos anteriormente (em 3.5.1). De acordo com Raz, ela nos leva a rejeitar a tese da intenção radical, mas não a tese da intenção autoritativa. Com efeito, ao contrário da tese

⁴³⁵ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 274–275.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 275.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 280.

⁴³⁸ *Idem.*

radical, que exige a identificação dos estados mentais de um autor determinado, a tese autoritativa defendida por Raz é uma tese *minimalista* sobre o papel das intenções do legislador. Segundo Raz, o fato de as leis serem produto deliberado das autoridades explica por que devemos levar em consideração as intenções das autoridades que a criaram. O conceito de “legislação”, como já vimos, exige que as autoridades dotadas de poder legislativo possam criar e modificar o direito de acordo com suas próprias intenções. Mas isso não significa que as intenções *determinam* o conteúdo do direito, mas tão somente que, quando os legisladores têm a intenção de que o texto da lei que estão votando se torne direito, aquele *texto* se torne direito⁴³⁹:

Uma pessoa está legislando (votando um projeto de lei etc.) expressando uma intenção de que o texto do projeto sobre o qual se está votando irá - quando entendido como tais textos, quando promulgados nas circunstâncias nas quais este está sendo promulgado, são entendidos na cultura jurídica deste país - se torne lei. Neste sentido, a intenção exigida é muito mínima, e não inclui qualquer compreensão do conteúdo da legislação⁴⁴⁰.

Este é um ponto central do argumento de Raz e conecta tanto o modelo comunicacional quanto a ideia de intenção na interpretação jurídica. O argumento de Raz sustenta que o conceito mesmo de legislação envolve a ideia de modificação intencional e deliberada do direito. Isso não significa que as intenções particulares dos legisladores sejam o conteúdo do direito. Significa, tão somente, que os legisladores, i.e., as autoridades investidas em poder legislativo, têm a intenção de modificar o direito por meio da introdução de uma lei cujo conteúdo comunicacional deve ser entendido na forma como ele é normalmente entendido naquela circunstância. Em *On The Nature of Law*, Raz explica este ponto mais uma vez recorrendo ao conceito de legislação ou criação legislativa. De acordo com Raz, os legisladores “conhecem as maneiras pelas quais suas leis serão interpretadas”⁴⁴¹. Esse fato, mais do que uma conclusão empírica, deriva “da própria ideia de alguém criando uma lei”⁴⁴². “Criar direito é uma atividade intencional. Só se cria direito através de atos praticados sob a crença de que eles irão criar direito. E não se pode criar direito intencionalmente sem se ter ideia de que lei se está criando”⁴⁴³. Para Raz, portanto, a tese autoritativa não é “uma escolha de promulgar mudanças específicas na lei por razões que justificam aquelas mudanças, pois, se fosse assim, a intenção

⁴³⁹ KYRITSIS, Dimitrios. **Interpreting Legislative Intent**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2018.

⁴⁴⁰ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 284.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 120.

⁴⁴² *Idem.*

⁴⁴³ *Idem.*

não seria mínima”⁴⁴⁴. O que a tese raziana exige não é que a intenção dos legisladores sobre as mudanças no direito se torne lei, mas sim que o direito seja intencionalmente mudado através da promulgação de uma lei cujo conteúdo eles razoavelmente conheçam. A intenção, portanto, é que o *texto votado* se torne lei, e não que as intenções individuais dos legisladores, inclusive dos legisladores da maioria vencedora, modifique o direito.

Essa tese, como Raz afirma, supõe que os legisladores saibam como aquele texto será interpretado. O objeto da intenção das autoridades é, portanto, mais complexo: elas têm a intenção de que o direito seja alterado através da promulgação daquela lei, cujo conteúdo eles razoavelmente conhecem a partir das convenções interpretativas vigentes e que também são conhecidas pelos legisladores. Raz reconhece, de fato, que os legisladores “não precisam saber os detalhes precisos da legislação que eles estão votando”⁴⁴⁵. Isto quer dizer que a intenção relevante não é que o direito seja modificado da forma específica prevista no texto submetido à votação. A intenção relevante é que aquele texto, sobre o qual os legisladores podem não ter um conhecimento detalhado e preciso, torne-se lei. John Gardner refere-se a essa intenção como uma “intenção humilde”. Segundo ele, “frequentemente o Parlamento não tem intenção de fazer as mudanças particulares no direito que ele acaba fazendo quando legisla”⁴⁴⁶. De fato, Gardner reconhece que “o Parlamento usualmente não tem intenções sobre o significado, a aplicação, uso ou efeito da lei em questão, porque os membros do Parlamento que debateram a votaram a lei (...) invariavelmente tem intenções diversas e conflitantes a respeito do seu significado, aplicação, uso e efeito”⁴⁴⁷. Disso não se segue, contudo, que, quando legisla, o Parlamento não tem intenção de modificar o direito. “Tudo o que é necessário para o ato de legislação ser uma ação intencional da legislatura”, conclui Richard Ekins, após analisar os argumentos de Raz e Gardner, “é que os legisladores ajam com a intenção mínima de modificar o direito pela promulgação deste texto”⁴⁴⁸. No conteúdo das intenções das autoridades, Raz inclui, também, o fato de que o texto será entendido na forma como ele é ordinariamente entendido na cultura jurídica, definida a partir das convenções interpretativas vigentes e conhecidas pelos próprios legisladores.

A exposição acima indica uma relação ainda mais importante entre intenções e modelo comunicacional. Afirmei anteriormente que a existência de uma multiplicidade de candidatos possíveis para o conteúdo comunicacional de um ato tornava relevante o estudo das intenções

⁴⁴⁴ EKINS, *The nature of legislative intent*... op. cit., p. 110.

⁴⁴⁵ RAZ, *Between authority and interpretation*... op. cit., p. 281–282.

⁴⁴⁶ GARDNER, *Law as a leap of faith*... op. cit., p. 61.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁴⁸ EKINS, *The nature of legislative intent*... op. cit., p. 109.

das autoridades que os produziram. Agora, ao analisar essas intenções sob o prisma da tese da intenção autoritativa, vemos que ela oferece uma justificativa adicional para o próprio modelo comunicacional: é que o conceito de legislação e de criação deliberada do direito, bem como a formulação raziana das intenções mínimas dos legisladores, indicam que a intenção das autoridades é que o texto produzido se torne direito e que, portanto, o direito se modifique *de acordo com o modelo comunicacional do direito*. Desta forma, por intenção autoritativa, Raz refere-se à intenção de que o conteúdo comunicacional daquele texto, tal como definido pelas convenções interpretativas vigentes em uma determinada cultura jurídica, modifiquem o direito na forma e nos limites previstos por esse conteúdo.

Mas não poderíamos dizer que essa intenção mínima é *excessivamente* mínima? Quando falamos de interpretação com base nas intenções do legislador pensamos, de alguma forma, em identificar aquilo que os legisladores *pretendiam* alcançar. A intenção mínima de Raz reduz as intenções relevantes à intenção de que aquele texto se torne parte do direito. Ela não parece nos ajudar, contudo, a identificar o conteúdo relevante do próprio texto. Seria essa uma objeção relevante? Raz considera esta objeção, mas a rejeita. Segundo ele, “a intenção mínima é suficiente para preservar a ideia essencial de que os legisladores têm controle sobre o direito. Os legisladores que têm a intenção mínima sabem que eles estão, se conseguirem maioria, criando direito, e eles sabem como descobrir que direito eles estão criando”⁴⁴⁹. Mas é importante observar que essa referência adicional às convenções interpretativas revela que a intenção mínima não é tão mínima assim. A intenção dos legisladores é que o direito seja modificado pela publicação do texto de lei, e que esse fato seja entendido a partir do modelo comunicacional: isto é, a intenção é que o conteúdo do texto se torne o conteúdo do direito. Mas Raz acrescenta que os legisladores têm a intenção de que o texto, “quando entendido como ele seria de acordo com sua cultura jurídica”, torne-se lei. Dessa forma, “o conteúdo do texto da lei (...) é estabelecido pelas convenções de interpretação prevalecentes no momento da promulgação”⁴⁵⁰. As autoridades legislativas, portanto, têm tanto a intenção de que o texto que estão votando modifique o direito quanto que esse texto seja entendido de acordo com uma determinada convenção interpretativa vigente. Essa convenção determina o conteúdo do texto e, portanto, o conteúdo do direito criado por ele. A tese da intenção autoritativa envolve uma intenção complexa formada por dois elementos: a intenção de modificar o direito pela promulgação daquele texto; a intenção de que aquele texto seja entendido de acordo com as

⁴⁴⁹ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 284.

⁴⁵⁰ EKINS, **The nature of legislative intent...** op. cit., p. 111.

convenções interpretativas vigentes e conhecidas pelos legisladores. Essa intenção complexa reflete a ideia fundamental de que as autoridades promulgam leis e modificam o direito com o conteúdo que eles têm a intenção de que se torne direito⁴⁵¹ e resulta na seguinte formulação do modelo comunicacional raziano: os atos legislativos são atos institucionais por meio do qual as autoridades investidas de poder de criar o direito comunicam que um determinado texto será parte do direito (uma fonte do direito, portanto) e que aquele texto deve ser interpretado de uma determinada forma específica (de acordo com as convenções interpretativas vigentes na comunidade). O objeto da comunicação, portanto, não é o próprio *conteúdo do texto* (o que resultaria nos problemas já vistos no capítulo anterior), mas sim que um dado texto seja considerado uma fonte vinculante, e que ele seja interpretado de uma certa forma convencionalmente fixada.

É possível entendermos essa intenção complexa recorrendo à distinção entre intenção locucionária e ilocucionária. De acordo com a tese da intenção autoritativa, os legisladores não precisam formar intenções locucionárias sobre o conteúdo da lei que estão produzindo, i.e., eles não precisam ter a intenção de comunicar, por meio daquela lei, um determinado conteúdo específico, com um sentido e referência compartilhado por todos os legisladores. Todavia, eles têm *duas* intenções ilocucionárias relevantes, e que caracterizam, conceitualmente, o ato de legislar: a intenção de dar força vinculante ao texto legislativo aprovado (isto é, fazer com que aquele texto torne-se direito); e que aquele texto (cujo conteúdo os legisladores conhecem razoavelmente, mas cujos detalhes eles podem desconhecer) seja interpretado de acordo com certas convenções interpretativas vigentes quando de sua promulgação. Ao contrário de Marmor, portanto, Raz não considera que o ato de legislar seja propriamente um ato de fala. Além disso, Raz não estipula que o conteúdo *asserido* pelos legisladores seja, no mais das vezes, o conteúdo semântico da proposição legislativa. Ao contrário: Raz nada supõe sobre o conteúdo asserido pelos legisladores, porque, como já vimos, não pressupõe que eles formem intenções locucionárias. Assim, se os legisladores sabem que, em uma determinada comunidade, os textos legislativos não são convencionalmente interpretados de acordo com o seu significado semântico, então eles irão produzir um texto que, de acordo com essa convenção interpretativa vigente, modifique o direito da forma como eles pretendem modificá-lo. O exemplo da Lei de Proteção de Gatos que introduzi em 1.2 ilustra este ponto. No exemplo, uma dada comunidade formada por intérpretes perversos tem a convenção de ler “cachorro” onde, numa lei, está escrito “gato”. Assim, os legisladores, que têm a intenção de modificar o direito

⁴⁵¹ RAZ, Ethics... op. cit., p. 293.

para criar um sistema de proteção de cachorros, poderão promulgar uma lei cujos dispositivos, semanticamente, destinam-se à proteção dos gatos. Neste caso, não é que os legisladores tinham a intenção de *comunicar* que queriam proteger cachorros ou que, de fato, comunicaram isso. É que eles tinham a intenção de 1) proteger cachorros; 2) tornar a Lei de Proteção de Gatos parte do direito; e 3) que a Lei de Proteção de Gatos seja lida com base na convenção interpretativa vigente (que lê “cachorros” onde, numa lei, está escrito “gatos”). Em resumo: pra Raz, o modelo comunicacional não decorre do fato de que os legisladores praticam atos de fala, e sim do fato de que, dado que os legisladores criam direito de forma deliberada e que são autoridades, no sentido raziano, eles têm a intenção de que o direito seja modificado de acordo com o modelo comunicacional. Só assim podemos dar sentido à ideia de que, enquanto autoridades, os legisladores têm controle sobre o direito que estão criando.

4.3. MODELO COMUNICACIONAL E MODELO COERENTISTA DO DIREITO

Em *Dworkin: A New Link in the Chain*, Raz opõe o modelo comunicacional do direito a um modelo coerentista, segundo o qual o conteúdo do direito não é produto direto dos atos comunicacionais das autoridades, mas é antes o resultado de um teste coerentista aplicado ao conjunto de materiais jurídicos. Uma proposição jurídica afirmando a existência de direitos e deveres é correta, neste modelo, se ela se seguir do conjunto de princípios que melhor justificam e se ajustam à história institucional de uma determinada comunidade. Como já vimos, o modelo comunicacional difere radicalmente desta proposta. Para os seus defensores, o conteúdo do direito equivale ao conteúdo dos atos comunicacionais das autoridades. Raz articula esse modelo na forma de sua teoria sobre o papel das intenções das autoridades. Segundo ele, o conceito de “legislação” exige que reconheçamos às autoridades investidas de poder legislativo o “controle” sobre a criação e modificação do direito. Em outras palavras: o direito é produto de um ato de criação *deliberada*. É isso que torna relevante, no processo de identificação do significado das diretivas jurídicas, o recurso à intenção dos legisladores. Essa intenção, no entanto, deve ser entendida a partir do prisma da tese da intenção autoritativa: segundo ela, ao interpretar o direito devemos considerar que as autoridades tinham a intenção de modificar o direito por meio da promulgação de um certo texto e que esse texto deveria ser entendido de acordo com as convenções interpretativas vigentes e conhecidas por essas autoridades. O conteúdo comunicativo de um ato de autoridade, portanto, é resultado da intenção de deliberadamente alterar o direito por meio da promulgação de uma lei, bem como de que essa

lei seja entendida de acordo com as convenções interpretativas a partir das quais as autoridades tinham a intenção de que ela fosse entendida.

Raz, no entanto, não se limitou, em sua teoria, a articular uma versão do modelo comunicacional e mostrar as razões pelas quais deveríamos aceitá-lo. Ele também ofereceu uma crítica detalhada ao modelo rival, baseado na coerência, defendido, em especial, por Dworkin. Em *The Relevance of Coherence*, Raz ofereceu o que Cláudio Michelon considera ser “o melhor exemplo de um argumento contrário à tese de que a coerência tem valor na argumentação jurídica”⁴⁵². Para Michelon, “as objeções levantadas por Raz jamais foram propriamente ou diretamente discutidas pelos defensores da coerência”⁴⁵³, o que torna o exame destas objeções especialmente útil para uma análise crítica do modelo comunicacional. É que as críticas de Raz ao modelo coerentista funcionam, por oposição, como uma defesa adicional do modelo comunicacional. Os argumentos de Raz envolvem tanto discussões teóricas sobre a impossibilidade de uma teoria coerentista prescindir do modelo comunicacional quanto argumentos *morais* sobre o valor (ou falta de valor) da coerência no Direito. Irei me concentrar, nesta exposição, nos argumentos contra o modelo coerentista e a favor do modelo comunicacional.

4.3.1. Coerência constitutiva: o direito como coerência

O primeiro ponto que precisamos enfrentar para entender a crítica de Raz ao modelo coerentista é qual o *alvo* principal de suas críticas. Em *The Relevance of Coherence*, Raz observa que a influência de abordagens coerentistas no direito reflete discussões mais gerais em filosofia sobre teorias coerentistas da verdade e do conhecimento⁴⁵⁴. Muito embora Raz trate tanto de coerência epistêmica quanto de coerência constitutiva (o termo que utiliza para referir-se a teorias coerentistas da verdade), seu alvo prioritário são teorias que concebem o direito como coerência⁴⁵⁵. Como o modelo coerentista envolve uma explicação sobre como as fontes do direito produzem direitos e obrigações, é evidente que ele envolve discussões sobre coerência constitutiva e não meramente epistêmica. Em outras palavras: a teoria da integridade – o modelo por excelência de abordagem coerentista criticado por Raz – não afirma que o teste de Hércules sirva como um critério de *crença justificada*, mas, sim, de *verdade* de proposições

⁴⁵² MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 278.

⁴⁵³ *Idem*.

⁴⁵⁴ RAZ, Ethics... op. cit., p. 277.

⁴⁵⁵ MICHELON, Princípios e coerência na argumentação jurídica... op. cit., p. 278.

jurídicas. De acordo com Raz, “teses epistêmicas [da coerência] são mais claramente equivocadas do que suas equivalentes constitutivas”. É por isso que ele próprio admite que irá se dedicar mais a teorias coerentistas constitutivas, “que afirmam que a coerência torna as proposições jurídicas verdadeiras ou as decisões judiciais corretas”⁴⁵⁶. Em razão disso, irei me concentrar nas críticas de Raz à coerência constitutiva, pois é dela que trata o modelo coerentista do direito.

Raz define um “paradigma radical” da abordagem da coerência constitutiva ao direito como aquele em que o direito é concebido como coerência. A coerência não é um teste para sabermos se estamos justificados em acreditar numa determinada proposição jurídica e nem uma forma de eventualmente integrar lacunas no direito. “O alvo de Raz não é, ao menos diretamente, a utilização de argumentos fundados na coerência na prática do direito, mas sim a teoria do direito que afirma ser o direito um conjunto de princípios que expliquem corretamente os ‘materiais jurídicos’”⁴⁵⁷. Vejamos como Raz descreve o paradigma extremo da coerência:

O direito de um certo país consiste no conjunto mais coerente de princípios normativos que, se tivessem sido aceitos como válidos por uma pessoa perfeitamente racional e bem-informada, teria a levado, se tivesse oportunidade para tal, a promulgar toda a legislação e tomar todas as decisões que foram de fato promulgadas e tomadas naquele país⁴⁵⁸.

A teoria do direito como coerência é mais radical do que uma teoria coerentista da decisão judicial, embora se relacione com ela. Na formulação de Raz, uma teoria coerentista *da decisão judicial* estabelece o seguinte:

Dada as regras e doutrinas jurídicas estabelecidas, um tribunal deve adotar aquela solução ao caso em julgamento que é favorecida pela teoria (i.e., pelo conjunto de proposições) mais coerente que, se as regras do sistema fossem justificadas, iria justificá-las⁴⁵⁹.

A principal diferença entre conceber o direito como coerência e uma teoria coerentista da decisão é que, nesta última, o teórico “pressupõe uma forma de estabelecer, livre de considerações de coerência, o conteúdo do direito, deveres e poderes *prima-facie* criados pelo direito”⁴⁶⁰. Para Raz, uma teoria com esse conteúdo é consistente com a tese da autoridade porque ela, na verdade, pressupõe uma identificação autoritativa do conteúdo do direito

⁴⁵⁶ RAZ, Ethics... op. cit., p. 279.

⁴⁵⁷ MICHELON, Princípios e coerência na argumentação jurídica... op. cit., p. 278.

⁴⁵⁸ RAZ, Ethics... op. cit., p. 295.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 302.

⁴⁶⁰ *Idem.*

determinado. Portanto, uma teoria coerentista da decisão não exige e, na formulação de Raz, se opõe a uma teoria do direito como coerência. Há, assim, uma clara divisão entre uma teoria do direito - proposta com base no modelo comunicacional da tese das fontes - e uma teoria da decisão judicial, que considera que a coerência é um valor importante para orientar como os juízes e tribunais devem decidir os casos a partir do direito identificado com base na tese das fontes.

4.3.2. Os problemas do modelo coerentista

Raz desenvolve tanto uma crítica ao modelo coerentista – que ele chama de paradigma radical da coerência – quanto a teorias coerentista da decisão judicial. Irei me concentrar, neste tópico, na crítica dirigida à coerência constitutiva, isto é, a ideia do direito como coerência. Uma das razões pelas quais teorias coerentistas tornam-se atraentes para os teóricos do direito é o fato de o direito depender de práticas sociais. Essa constatação tornou-se um truísmo entre os teóricos do direito pelo menos desde Hart. Ela oferece um argumento sugestivo em favor do modelo coerentista. Se o direito depende de práticas sociais, ele depende de ações, desejos e crenças humanas. A atribuição de ações, desejos e crenças aos indivíduos, contudo, é interdependente, no sentido de que o que alguém faz depende daquilo em que ele acredita e deseja, o que ele deseja depende daquilo em que ele acredita e faz, e o que ele acredita depende daquilo que ele faz e deseja. Isso significa que “atribuímos crenças, objetivos e ações as pessoas, não individualmente, mas em aglomerados de coerência”⁴⁶¹. Portanto, na medida em que atribuímos ações, crenças e desejos sob o pressuposto de que formam um “aglomerado coerente”, e na medida em que essas ações, crenças e desejos formam a prática social que constitui o direito, o direito também forma um todo coerente.

Raz considera – corretamente – que esse argumento incorre num evidente *non sequitur*. Do simples fato de atribuímos ações, crenças e desejos de forma interdependente, não se segue que todas as ações, crenças e desejos de uma pessoa formem um todo coerente. É possível, por exemplo, que haja apenas agregados isolados de ações, crenças e desejos coerentes, sem que os próprios agregados sejam coerentes entre si. Assim, a exigência de coerência local na atribuição de ações, crenças e desejos é compatível com uma incoerência no conjunto, isto é, uma incoerência entre os focos de coerência local de um mesmo indivíduo ou de uma prática composta pelas ações de vários indivíduos.

⁴⁶¹ RAZ, Ethics... op. cit., p. 292.

Raz considera um segundo argumento que, na prática, é uma versão mais sofisticada do primeiro. Trata-se do argumento da *interpretação radical*, formulado pelo filósofo Donald Davidson. Em *Radical Interpretation*, Davidson enfrenta o problema de como interpretar as sentenças e outros pronunciamentos linguísticos de um falante sobre o qual não temos qualquer conhecimento prévio. Como interpretar as afirmações proferidas por alguém que não conhecemos e num idioma que não conhecemos? Não podemos atribuir significados às afirmações de um falante sem saber no que esse falante acredita. Mas não podemos identificar as crenças do falante sem saber o que suas afirmações significam. Este é o problema da interpretação radical. A saída proposta por Davidson envolve a aplicação do chamado princípio da caridade. Segundo ele, para chegarmos a uma teoria do significado e uma teoria da justificação que nos permita interpretar as afirmações do falante, nós atribuímos “condições de verdade às sentenças estrangeiras que tornam os falantes nativos corretos tanto quanto seja plausivelmente possível”⁴⁶². Em outras palavras, “interpretamos os falantes como se eles tivessem crenças verdadeiras (...) sempre que for plausível fazê-lo”⁴⁶³. Essa não é apenas uma simples recomendação, mas uma exigência para que possamos entender os outros: “a caridade não é uma opção, mas uma condição para ter uma teoria adequada (...) a caridade é imposta sobre nós: gostemos ou não, se nós queremos entender os outros, nós devemos considerá-los corretos na maior parte dos casos”⁴⁶⁴. Raz apresenta o argumento de Davidson, de forma resumida, da seguinte forma: “entender qualquer criatura como uma pessoa, i.e., como um agente que tem objetivos e crenças, supõe uma premissa de que, na maior parte dos casos, suas crenças são verdadeiras e seus objetivos e crenças coerem”⁴⁶⁵.

Raz não enfrenta diretamente o argumento de Davidson. Ele não se pronuncia, por exemplo, sobre a adequação ou não do princípio da caridade e seu papel na construção de teorias do significado. Seu ponto se limita a afirmar que, mesmo que Davidson esteja correto e tenhamos que atribuir coerência entre crenças e ações dos indivíduos para que possamos entendê-los, disso não se segue que o direito apresente essa mesma coerência ou que devemos supor que ele é coerente para que possamos entender suas exigências. Raz argumenta que o direito é produto das ações de uma multiplicidade de indivíduos, que interagem entre si ao

⁴⁶² DAVIDSON, Donald. **Inquiries into truth and interpretation**. Oxford [Oxfordshire]: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1984, p. 121.

⁴⁶³ MALPAS, Jeff. Donald Davidson, *In*: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019.

⁴⁶⁴ DAVIDSON, **Inquiries into truth and interpretation**... op. cit., p. 197.

⁴⁶⁵ RAZ, Ethics... op. cit., p. 292; para uma exposição e crítica ao argumento de Davidson, cf. MARMOR, **Interpretation**... op. cit., p. 10-17.

longo do tempo. Ainda que para entender cada um deles devamos adotar um princípio da caridade similar ao proposto por Davidson, disso não se segue que devamos inferir que as ações de várias pessoas, ao longo do tempo, e em constante interação, formem um todo coerente. Essa conclusão exige mais do que o princípio davidsoniano permite estabelecer.

Mas, a partir da rejeição da aplicação do argumento da interpretação radical ao direito, Raz chega a duas proposições centrais na sua concepção sobre o direito: a primeira, é que o direito é uma “função de atos humanos e práticas sociais”⁴⁶⁶. A segunda, e mais importante, é que podemos “identificar os atos, crenças e objetivos das pessoas sem pressupor que elas formam, coletivamente, um conjunto coerente”⁴⁶⁷. Essa última proposição não implica rejeição do argumento de Davidson: Raz enfatiza que não precisamos pressupor coerência *coletiva*, e não que não precisamos pressupor coerência alguma, inclusive no nível individual. Teorias coerentistas oferecem uma explicação para a relação entre as ações humanas e o direito. Elas avançam, portanto, a ideia de que a *função* relevante é a coerência. O modelo comunicacional, no entanto, oferece uma concepção distinta dessa função. Segundo ele, “leis e decisões judiciais possuem o conteúdo que os seus criadores tinham a intenção que tivesse”⁴⁶⁸ e “o direito é a soma total de todas as leis e daquelas decisões judiciais que têm força de precedente”⁴⁶⁹. Nesse modelo, não precisamos esperar que o direito seja coerente. Na medida em que fazemos o direito ser uma função das intenções dos legisladores, é razoável esperar que encontraremos, refletido no direito, uma multiplicidade de intenções e de conteúdos comunicacionais diversos. Portanto, se a tese da intenção for verdadeira, o modelo coerentista será falso.

A primeira objeção ao modelo coerentista é que, ao falarmos do direito como coerência, pressupomos uma *base* a partir da qual aplicar o teste coerentista. O modelo coerentista pressupõe a coerência de *algo*. Essa base é formada pelas leis, decisões judiciais e outros atos que compõem a história institucional da comunidade. Mas – prossegue a objeção – se sabemos que essas leis, decisões etc. formam a base a partir da qual aplicar o teste da coerência, nós já sabemos o conteúdo dessas leis, decisões etc., e não precisamos do teste da coerência para identificá-lo. Muito embora Raz utilize, posteriormente, a ideia de uma “base” para oferecer sua crítica mais poderosa ao modelo coerentista, ele considera que essa primeira objeção não entende, de fato, o modelo coerentista. É que, como Raz observa, um teórico coerentista pode incorporar a própria identificação dos atos legislativos e judiciais que

⁴⁶⁶ RAZ, Ethics... op. cit., p. 293.

⁴⁶⁷ *Idem.*

⁴⁶⁸ *Idem.*

⁴⁶⁹ *Idem.*

constituem as fontes do direito no teste coerentista. Ele pode sugerir que a identificação da base a partir do qual aplicar-se o teste da coerência é apenas preliminar. Nesse sentido, “a tese [coerentista] assume uma identificação preliminar dos atos jurídicos relevantes com os quais começar (...) Mas a tese não permanece vinculada pela sua identificação inicial”⁴⁷⁰. Isso está claramente presente na obra de Dworkin através da etapa “pós-interpretativa” da interpretação construtiva. Nela, após a identificação dos materiais pré-interpretativos e da identificação dos princípios que melhor se ajustam e justificam aquele conjunto de materiais, o teórico “ajusta seu sentido do que a prática ‘realmente’ exige de modo a melhor servir à justificação que ele aceita no estágio interpretativo”⁴⁷¹. Para Dworkin, “nenhuma concepção precisa justificar todas as características das práticas políticas que elas se oferecem para interpretar: como qualquer interpretação, ela pode condenar alguns dos seus dados como um erro, como inconsistentes com a justificação que ela oferece e, talvez, propor que esse erro seja abandonado no que eu chamei (...) seu estágio pós-interpretativo”⁴⁷².

A mera alegação de que a coerência é coerência de *algo* e que, portanto, precisamos de uma base independente da própria coerência não é suficiente para refutar o modelo coerentista. Ela pode, no entanto, ser reformulada de forma mais persuasiva como uma crítica mais poderosa ao modelo coerentista. O primeiro ponto dessa crítica envolve a premissa de que, ao contrário do que sugerem os coerentistas, o direito, como veículo das disputas políticas, é resultado direto de ações que não exibem coerência. Isso não significa, como poderiam objetar os coerentistas, que o próprio direito seja incoerente. Mas essa constatação levanta a seguinte questão: se o direito é produto de disputas políticas, de acordos, de divergências e mesmo de *lobby*, jogos de pressão etc., por que supor que o resultado dessas ações – que não guardam coerência entre si – será coerente?

Uma resposta possível é que não faria sentido admitir que o direito é vinculante e que funciona como um guia para a conduta dos cidadãos sem admitir, no mesmo passo, que ele forma um todo coerente. Essa resposta, no entanto, é insatisfatória. Mesmo que um conjunto de princípios deva ser coerente para que seja válido e cogente, é possível que esses princípios sejam válidos e cogentes por razões indiretas. Ser produto de uma autoridade é uma dessas razões. Assim, podemos aceitar um conjunto de princípios porque, em si mesmos, eles são coerentes entre si, ou porque, mesmo que incoerentes entre si, eles derivem de uma autoridade

⁴⁷⁰ RAZ, *Ethics*... op. cit., p. 295-296.

⁴⁷¹ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 66.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 99.

legítima⁴⁷³. “Uma autoridade”, por sua vez, “pode ser legítima e suas diretivas podem ser vinculantes para aqueles sujeitos a ela, mesmo que ela esteja longe do ideal e suas diretivas longe de formar um conjunto coerente de regras”⁴⁷⁴. A ideia de autoridade, portanto, oferece uma *alternativa* para explicar por que regras e princípios, ainda que incoerentes, podem ser simultaneamente vinculantes. E essa é, justamente, a tese defendida por Raz. Para ele, em muitos governos e sistemas jurídicos

o direito é o resultado da desordem da política, a qual não exclui o judiciário do seu âmbito, e reflete a diversidade de compromissos pragmáticos, ou mudanças de sorte das forças políticas, e assim por diante. Suas leis, portanto, não formam um corpo coerente de princípios e doutrina. Mas faz sentido aceitá-las e considerá-las vinculantes⁴⁷⁵.

Não devemos dar ao argumento de Raz um escopo que ele não possui. Raz não afirma que o direito é, necessariamente, incoerente. Seu argumento se destina a defender, simplesmente, que ele não exhibe, necessariamente, coerência. Como, a despeito do grau de incoerência dos princípios e doutrinas jurídicos vigentes em uma comunidade, ainda é inteligível aceitá-los porque derivados de uma autoridade legítima, é a tese da autoridade – e não a tese da coerência – que explica sua validade e cogência. E é a tese da autoridade que fornece o material para a próxima objeção que Raz lança ao modelo coerentista. Segundo ele, a tese da coerência “falha em dar sentido à existência de autoridades jurídicas”⁴⁷⁶.

Raz parte de quatro truísmos sobre a relação entre autoridade e direito para explicar porque a tese da coerência não consegue dar sentido à ideia de autoridade jurídica: i) o direito deve ser explicado de forma a dar sentido à forma como as pessoas o veem; ii) aqueles que estão sujeitos ao direito devem vê-lo como um conjunto de padrões que funciona como um guia para sua conduta; iii) essas padrões surgem das atividades das instituições dotadas de autoridade; iv) as autoridades jurídicas devem agir a partir de deliberações e com base em boas razões⁴⁷⁷. Os pontos (iii) e (iv) em conjunto explicam o erro da tese da coerência. O ponto (iii) implica que o direito reflete as intenções dos legisladores – de modo que não devemos esperar, ante a multiplicidade de intenções e a interação ao longo do tempo de vários legisladores, muita coerência entre elas. Em conjunto com o ponto (iv), o ponto (iii) sugere que devemos dar importância significativa às intenções das autoridades jurídicas e para as suas razões para agir

⁴⁷³ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 297-299.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 298.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 298-299.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 299.

⁴⁷⁷ *Idem.*

conforme agiram. “Do contrário”, afirma Raz, “seria um mistério por que instituições jurídicas são investidas com autoridade, e por que se exige que elas ajam com base em razões”⁴⁷⁸.

Este ponto é uma elaboração de um argumento que já analisamos anteriormente, ao tratar da tese das intenções autoritativas. Segundo esse argumento, devemos levar em consideração as intenções das autoridades jurídicas para que possamos dar sentido ao conceito de “legislação” e à ideia de que o direito é produto de criação deliberada dessas autoridades. Isso exige conceber as autoridades com poderes de criação do direito como autoridades que controlam, de acordo com suas intenções, a criação e modificação do direito. Se não fosse assim, pouco importaria que as autoridades agissem com base em razões ou agissem de maneira arbitrária⁴⁷⁹. Mas, se admitimos que a ideia de autoridade envolve esses elementos, somos forçados a concluir que a tese da coerência está errada: na medida em que devemos ver o direito “como um sistema baseado em autoridade, seu conteúdo deve ser determinado por referência à intenção das autoridades jurídicas e suas razões, e, dessa forma, dados os caprichos da política, incluindo (...) envolvimento judicial na política, não há razão para esperar que o direito seja coerente”⁴⁸⁰.

Tudo isso aponta para um elemento da primeira objeção insatisfatória à tese da coerência que vimos acima: o modelo coerentista não dá a devida importância à base à qual o teste da coerência deve aplicar-se. Mas, agora, sabemos que não é o mero fato de existir uma base, mas sim o fato de que a autoridade do direito exige que a base seja identificada a partir dos atos das autoridades, e não de outras fontes possíveis. Como sabemos, “o método coerentista se aplica a um dado conjunto de materiais jurídicos, leis e decisões, que constituem a história jurídica”⁴⁸¹. A constrição do material jurídico é necessária para que se possa manter como válida a distinção entre *interpretar* o direito a partir do teste da coerência e *inventar* um direito novo. Mas, questiona Raz, “o que é este material jurídico?”⁴⁸². Ele só pode ser, como observa o autor, “um conjunto de história interpretada, de documentos dotados de significado. Do contrário, por que se fixar nesta história?”⁴⁸³. E este é o ponto central: a razão para que a tese da coerência tome como base *estes* materiais jurídicos, e não outros, deriva da “sua centralidade para a compreensão do direito e do governo dos assuntos humanos pelas decisões deliberadas de instituições humanas nomeadas para controlar e dar direção à conduta humana

⁴⁷⁸ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 300.

⁴⁷⁹ *Idem.*

⁴⁸⁰ *Idem.*

⁴⁸¹ RAZ, *Dworkin...* op. cit., p. 1.119.

⁴⁸² *Idem.*

⁴⁸³ *Idem.*

e à mudança social”⁴⁸⁴. Assim, qualquer explicação do direito deve levar em consideração que as autoridades que fornecem os materiais jurídicos ao qual se aplicarão o teste da coerência produzem diretivas que não guardam relação de coerência entre si. Todavia, não faria sentido levar em consideração, em razão da ideia de autoridade, esse conjunto de materiais incoerentes para, logo em seguida, construí-los como um todo coerente. Isso seria ir além e, no limite, ignorar a própria ideia de autoridade que leva os teóricos coerentistas a aplicar o seu teste a um dado conjunto de materiais jurídicos.

4.4. RACIOCÍNIO JURÍDICO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DO MODELO COMUNICACIONAL

Os tópicos anteriores mostraram como Raz estabelece a relevância das intenções das autoridades e irrelevância do ideal de coerência na identificação do conteúdo do direito. Esses argumentos favorecem, portanto, o modelo comunicacional do direito e estabelecem, por via de consequência, o caráter exclusivamente convencional do conteúdo do direito. De fato, o direito é resultado direto de atos de autoridade cujo conteúdo é determinado pela combinação de um documento escrito (uma fonte formal do direito) e as convenções interpretativas relevantes, mediante a intervenção da autoridade. Em razão disso, é possível falar que o modelo comunicacional implica, também, a tese da autonomia do direito: seu conteúdo e sua identificação não dependem de argumentos morais, mas apenas da identificação de fatos sociais relevantes (o fato da promulgação, a intenção dos legisladores, e a convenção interpretativa relevante). Raz, no entanto, ainda precisa lidar com um desafio: é que, não obstante seu argumento conceitual em favor da tese da intenção autoritativa e do modelo comunicacional, os juristas, ao argumentar em casos concretos sobre os direitos e deveres dos cidadãos, não se limitam a discutir qual o conteúdo linguístico de um texto, de um ato de autoridade ou mesmo se reportar a convenções interpretativas para a identificação do direito. Há, portanto, um problema descritivo em relação à tese da autonomia. Esse problema foi bem capturado na crítica inicial de Dworkin, segundo a qual os positivistas não conseguiam explicar o recurso a padrões jurídicos não dotados de *pedigree* – os princípios jurídicos – na argumentação jurídica, especialmente em casos controversos.

Uma leitura possível da teoria de Raz sugere que a autonomia do direito envolve, também, autonomia do raciocínio jurídico. Se a identificação do direito não envolve

⁴⁸⁴ RAZ, Ethics... op. cit., p. 301.

argumentação moral (já que, no caso do direito legislado, por exemplo, só precisamos identificar o fato da promulgação legislativa, o documento promulgado, e a convenção interpretativa relevante), segue-se que o raciocínio jurídico deve limitar-se à identificação do direito e, portanto, não pode envolver considerações extrajurídicas. Esta tese, que Raz chamou de tese da *autonomia do raciocínio jurídico*, foi descrita por ele em *On The Autonomy of Legal Reasoning*, como uma “doutrina formalista”⁴⁸⁵. Segundo ela, “o raciocínio jurídico é raciocínio sobre o direito tal como ele é. Como tal, ele é livre de qualquer infecção pelo raciocínio moral”⁴⁸⁶. Para isso, “é preciso pouco mais do que conhecimento de Inglês [português] (incluindo, inglês [português] jurídico técnico), e dos eventos que tomaram lugar no parlamento em algumas ocasiões”⁴⁸⁷. Em *Ethics in the Public Domain*, Raz ainda não havia desenvolvido, em detalhes, a tese da intenção autoritativa, o que pode nos levar à conclusão equivocada, a partir do trecho anterior, que a doutrina formalista seria, sobretudo, uma doutrina *textualista*. Já sabemos que isso não é verdade: o caráter convencional do direito (exigido pela tese das fontes) não implica que o conteúdo do direito seja determinado por critérios semânticos (que, por definição, são convencionais), mas sim que seja determinado pela combinação de texto e convenção interpretativa (que pode não ser uma convenção textualista). Assim, a doutrina formalista mencionada por Raz sugere, na verdade, que a tese da intenção autoritativa, para além de determinar o conteúdo do direito (o que implica sua autonomia), determina, também, o caráter e a estrutura do raciocínio jurídico, que seria, neste sentido, um raciocínio jurídico *autônomo*.

A autonomia do direito é uma consequência lógica da defesa da tese das fontes, combinada com o modelo comunicacional. Ela, contudo, não implica, necessariamente, a tese da autonomia do raciocínio jurídico. Raz insiste que é preciso distinguir ambas as teses da autonomia, e que sua teoria do direito está comprometida apenas com uma delas. De fato, Raz defende a autonomia do direito. No entanto, ele rejeita “qualquer tese da autonomia do raciocínio jurídico, pelo menos se isso incluir algo mais do que raciocínio em direção à conclusão de que o conteúdo do direito é tal e qual”⁴⁸⁸. Raz, na verdade, entende que o raciocínio jurídico – isto é, o raciocínio dos juristas no interior da prática jurídica – é mais amplo e mais complexo do que simplesmente o raciocínio com o objetivo de estabelecer o conteúdo do direito. Uma parte do que normalmente chamamos de raciocínio jurídico envolve,

⁴⁸⁵ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 330.

⁴⁸⁶ *Idem*.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 221.

⁴⁸⁸ RAZ, Joseph. Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment. **Legal Theory**, v. 4, n. 1, p. 1–20, 1998, p. 4.

de fato, raciocínio com objetivo de estabelecer o conteúdo do direito. No entanto, Raz afirma que o termo inclui mais do que simplesmente esse tipo limitado de raciocínio: ele também inclui “qualquer raciocínio em direção a conclusões que implicam que, de acordo com o direito, se uma questão fosse levada a um tribunal, o tribunal deveria decidir de tal e qual forma”⁴⁸⁹.

É importante analisar em detalhes essa última formulação. À primeira vista, parece óbvio que o papel dos juristas é estabelecer o conteúdo do direito e aplicar esse conteúdo aos casos concretos. Esse truísmo está presente em formulações sobre o papel dos juízes segundo as quais cabe a eles “aplicar” o direito, e não “criar” direito novo. No entanto, se admitimos que o direito está baseado em fontes e que essas fontes devem ser entendidas nos moldes do modelo comunicacional, teremos que assumir que o direito está permeado de valores e disposições conflitantes. Sobre este ponto, Raz escreve que:

Dado que o direito - no seu núcleo - é produto das atividades de instituições humanas que tem a intenção de afetar o direito, é apenas natural que ele reflita a multiplicidade de objetivos e crenças mantidas pelas várias pessoas comandando aquelas instituições de tempos em tempos. É natural encontrar refletidos nos direitos valores, objetivos e metas conflitantes⁴⁹⁰.

A existência de tais conflitos é relevante para o raciocínio jurídico. Com efeito, “se nossa única preocupação é descobrir o que deve ser feito para obedecer às intenções, propósitos, ou objetivos dos legisladores, nos encontraremos, não raro, diante de diretivas conflitantes”⁴⁹¹. Parte desses conflitos pode ser resolvido com base em regras específicas – e contingentes – sobre a resolução de antinomias. No entanto, essas regras são insuficientes. Em primeiro lugar, Raz observa que não é óbvio porque deveríamos dar prioridade às intenções do legislador daquela regra interpretativa específica em detrimento de considerações sobre *rule of law* que seriam substituídas por ela. Em segundo lugar, regras desse tipo não podem fornecer critérios para a solução de todos os conflitos. “Sempre existirão conflitos que escapam os limites das regras de antinomias, independentemente do quão cuidadosa e exaustivamente sejam formuladas”⁴⁹². Segundo Raz, a existência desses conflitos é uma necessidade conceitual, derivada dos argumentos sobre vagueza e textura aberta da linguagem. Se tomarmos o exemplo do direito legislado, sempre teremos casos em que as convenções interpretativas não oferecem uma resposta definitiva para o significado do texto, ou mesmo em que não há convenção alguma sobre a forma de se compreender, de forma determinada, um texto com formulação

⁴⁸⁹ RAZ, Postema on Law’s Autonomy.... op. cit.

⁴⁹⁰ RAZ, Ethics... op. cit., p. 330–331.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 331.

⁴⁹² *Idem.*

semanticamente vaga. O fato é que, diante de tais conflitos, e do fato de a vagueza da linguagem implicar, como já vimos, indeterminação do direito, haverá casos em que a obediência ao direito exigirá dos juízes ir além do próprio direito. A “obediência ao direito”, escreve Raz, “exige que se decida cada caso seja para o autor seja para o réu”. Contudo, “se o direito está baseado exclusivamente nos atos dos legisladores, ele é indeterminado de formas tais que, ocasionalmente – alguns diriam, bem frequentemente – tornam impossível para os tribunais decidir em favor de alguma das partes com base apenas no direito”⁴⁹³.

A tese das fontes, ao limitar o conjunto de considerações que fazem parte do direito, exige que os juízes recorram a considerações extrajurídicas para decidir os casos. Do contrário, ou bem eles não encontrarão uma solução nas fontes (porque o direito é indeterminado), ou eles encontrarão soluções conflitantes, não havendo um critério para decidir o conflito. Esses conflitos são uma consequência natural do fato de o direito ser produto de atos comunicacionais de autoridades: é trivial que uma mesma autoridade pode, em momentos distintos do tempo, comunicar coisas distintas. Também é possível que autoridades diversas, em pontos diferentes do tempo, façam comunicações conflitantes. Por fim, é possível que, simplesmente, uma autoridade não tenha comunicado nada, o que torna o direito, por definição, lacunoso naquele ponto. Se cada ato de comunicação corresponde a um diretiva jurídica com mesmo conteúdo, existirão, logicamente, diretivas conflitantes. Com efeito, a combinação de texto com convenção interpretativa resulta, por necessidade lógica, que onde não há um texto ou onde a convenção seja insuficiente, não há *decisão de uma autoridade sobre o tema* e o direito possui uma lacuna naquele ponto. É por conta disso que Raz conclui que o raciocínio jurídico não pode se limitar ao raciocínio com vistas a determinar o conteúdo do direito.

Raz divide o raciocínio jurídico, então, em raciocínio *sobre* o direito e raciocínio *de acordo com o direito*. O primeiro deles é governado pela tese das fontes: seu objetivo é identificar o conteúdo do direito, tal como ele existe, o que equivale a identificar e determinar o conteúdo que uma determinada autoridade comunicou, por meio do texto aprovado, em determinada ocasião legislativa. Este raciocínio, contudo, não esgota o raciocínio jurídico, já que os juristas também raciocinam *a partir* do direito: neste caso, a doutrina da autoridade e a tese das fontes não limitam as considerações que os juristas podem utilizar. Na verdade, o raciocínio a partir do direito é um “raciocínio moral direto”⁴⁹⁴: ele está aberto a todo tipo de consideração moral relevante e só está comprometido com a coerência com as fontes na medida

⁴⁹³ RAZ, Ethics... op. cit., p. 331–332.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 333.

em que isso for, em si mesmo, uma exigência da moral. Raz, portanto, muito embora defenda a tese da autonomia do direito, *não* defende a tese da autonomia do raciocínio jurídico. Raz é enfático ao afirmar que o raciocínio de acordo com o direito “pode, em si mesmo, apoiar qualquer decisão judicial em países de *common law*”⁴⁹⁵. Nestes países, prossegue ele, “os tribunais podem distinguir regras de *common law*, aplicar doutrinas da equidade e usar outros dispositivos para assegurar que o direito, tal como aplicado ao caso, não seja injusto”⁴⁹⁶. Enquanto o raciocínio sobre o direito toma como suas únicas premissas que o direito, em determinado momento, tem um certo conteúdo, o raciocínio a partir do direito, especialmente nos países de *common law*, se vale de uma premissa adicional: “de que nada na situação justificaria modificar o direito, ou sua aplicação ao caso, por este tribunal, nesta ocasião”⁴⁹⁷. Em síntese: diante dos poderes dos juízes e tribunais de modificar e adaptar o direito, o raciocínio jurídico não se limita a identificar o conteúdo do direito, tal como fixado pela tese das fontes. Ele também envolve analisar em que medida essas normas devem ser adaptadas, modificadas ou distinguidas no caso em questão. Essas considerações envolvem avaliações morais por parte dos tribunais – e é por isso que o raciocínio a partir do direito é um raciocínio moral direto. Escreve Raz:

Raciocinar para estabelecer o conteúdo do direito tal como ele é em determinado momento pode avançar sem recurso a considerações avaliativas (...) Tal raciocínio recorre ao fato de que certas ações ocorreram, que elas foram praticadas com certas intenções, que o resto do direito é tal e qual, etc. Ele inclui pressuposições sobre as visões morais ou avaliativas dos legisladores, tribunais ou outros. O resto do raciocínio jurídico (nos moldes e na forma) é raciocínio avaliativo ordinário, que é levado a cabo de acordo com o direito, pois o direito exige que os tribunais tomem decisões através de tal raciocínio. No raciocínio jurídico, regras e padrões jurídicos aparecem entre as razões inclinando o argumento em direção a uma ou outra conclusão. Mas elas competem com outras razões. Raciocinar sobre o conteúdo do direito tal como ele existe não é uma espécie separada de raciocínio. Embora ele possa ser levado a cabo isoladamente, ele é frequentemente apenas um aspecto do raciocínio jurídico⁴⁹⁸.

Andrew Halpin, em trabalho sobre o tema, chama o raciocínio sobre o direito de raciocínio jurídico *em sentido estrito* e o raciocínio de acordo com o direito de raciocínio jurídico *em sentido amplo*. Este último tem as seguintes características: i) ele pode ser interpretativo; ii) ele é raciocínio avaliativo ordinário; iii) ele pode incluir raciocínio em direção

⁴⁹⁵ RAZ, Postema on Law’s Autonomy... op. cit., p. 4.

⁴⁹⁶ *Idem.*

⁴⁹⁷ *Idem.*

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 5–6.

à conclusão de que o direito tem um conteúdo particular; iv) ele não é uma simples questão de dedução a partir de regras e padrões jurídicos, mas permite que essas regras e padrões compitam com outras razões; v) ele é de acordo com o direito (e não sobre ele)⁴⁹⁹. Ao lado do raciocínio jurídico em sentido estrito e do raciocínio jurídico em sentido amplo, é possível vislumbrar, ainda, uma terceira modalidade de raciocínio utilizado pelos tribunais. Raz menciona o raciocínio sobre o que um juiz ou tribunal deve fazer, “tudo o mais considerado”⁵⁰⁰. Nesta modalidade, a questão relevante é a questão moral sobre como agir, sem qualquer limitação ou direcionamento advindo das fontes do direito. Não se trata de raciocínio sobre como obedecer ao direito, ou como decidir os casos a partir dele, mas antes como agir, simplesmente. Como se trata de uma questão moral em sentido amplo, é difícil, inclusive, referir-se a essa modalidade de raciocínio como raciocínio *jurídico*.

Julie Dickson sintetiza as diversas modalidades de raciocínio utilizadas pelos juristas da seguinte forma: “(a) raciocínio para estabelecer o conteúdo existente do direito num dado problema; (b) raciocínio a partir do conteúdo existente do direito em direção à decisão que um tribunal deve tomar num caso envolvendo o problema que surge diante dele, e (c) raciocínio sobre a decisão que um tribunal deve tomar no caso, tudo o mais considerado”⁵⁰¹. Tendo em vista que (c) refere-se a um raciocínio que não é propriamente jurídico, os problemas teóricos relevantes envolvem (a) e (b) e, especialmente, a relação entre ambos. Dentre estes problemas, o mais importante, para os objetivos desta tese, envolve, justamente, a compatibilidade da concepção de Raz sobre o raciocínio jurídico (o qual envolve o raciocínio a partir do direito) com sua tese das fontes e o modelo comunicacional. Sobretudo, em que medida o raciocínio a partir do direito é compatível com a ideia de que o direito é produto de atos de autoridade, e que esses atos são formados por atos de *comunicação*. Halpin sintetizou o problema da seguinte forma:

Uma questão difícil surge ao se considerar as teses das fontes e do raciocínio jurídico em conjunto. Se, a partir da tese das fontes, observamos que a existência e conteúdo de uma norma jurídica pode ser determinada inteiramente sem recurso a argumento moral ou avaliativo, e então, a partir da tese do raciocínio jurídico, observamos que a decisão tomada por um tribunal num caso particular pode ser determinada pelo raciocínio que faz um apelo especial a argumentos morais ou avaliativos, como essas duas observações

⁴⁹⁹ HALPIN, Andrew. **Reasoning with law**. Oxford: Portland, Or: Hart Pub, 2001, p. 33–34.

⁵⁰⁰ RAZ, Ethics... op. cit., p. 333.

⁵⁰¹ DICKSON, Julie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter 2016 Edition.

podem ambas ser verdadeiras sem chegarmos a conclusão inaceitável que o julgamento do tribunal não é uma norma jurídica?⁵⁰².

A questão não é saber se a própria decisão pode ser uma fonte do direito para decisões futuras, i.e., se ela pode estabelecer um precedente vinculante. A questão envolve, ao invés disso, o conteúdo da própria decisão: se ela é o que Halpin chama de uma norma jurídica, o seu conteúdo foi determinado pelas razões avaliativas que a Corte utilizou, e não simplesmente pelos limites estabelecidos pela tese das fontes, tal como concebida pelo modelo comunicacional. Raz está ciente dessa aparente tensão entre a tese das fontes e a tese do raciocínio jurídico, que se reflete na distinção anterior entre duas “modalidades” de raciocínio no direito. Será por meio de sua teoria da interpretação que ele dará uma resposta a esta tensão.

4.5. O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO NA PRÁTICA JURÍDICA

Quando concebemos o direito como produto de atos comunicacionais de autoridades, é intuitivo imaginar que a interpretação jurídica envolverá, em larga medida, a interpretação de textos e atos de comunicação com o objetivo estabelecer o conteúdo do que foi dito ou comunicado por certas autoridades investidas de poder legislativo. A própria ideia de uma autoridade criadora de normas parece sugerir que a interpretação jurídica deve resgatar o conteúdo do que essa autoridade, deliberadamente, comunicou. Do contrário, qual o sentido de ter autoridade? No tópico anterior, vimos que Raz concebe o raciocínio jurídico de modo diverso. Segundo ele, os juristas, em geral, e os juízes, em particular, estão engajados em dois tipos de raciocínio: tanto aquele destinado a estabelecer o conteúdo do direito, tal como ele existe e a partir das suas fontes, quanto o raciocínio moral para, a partir deste conteúdo, decidir os casos levados a julgamento perante juízes e tribunais. Essa aparente divisão no modo de raciocinar dos juristas, no entanto, não aparece de forma nítida na prática jurídica. Não vemos, de modo expresso e claro, dois “momentos do raciocínio jurídico”, como se pudéssemos dizer quando um jurista está argumentando sobre o direito ou quando está raciocinando a partir dele. A principal razão pela qual isso não ocorre é que o raciocínio jurídico - especialmente o raciocínio a partir do direito - é *interpretativo*. A interpretação jurídica, na conhecida frase de Raz, “apaga a divisão entre a identificação do direito existente e a criação de um novo direito”⁵⁰³. Em outras palavras: dado que a interpretação desempenha um “papel crucial”⁵⁰⁴ no

⁵⁰² HALPIN, *Reasoning with law*, p. 35.

⁵⁰³ RAZ, Joseph. Why Interpret? *Ratio Juris*, v. 9, n. 4, p. 349–363, 1996, p. 350.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 349.

direito e na tomada de decisão judicial, parece que a divisão mesma entre as duas modalidades de raciocínio tenderia a desaparecer. Como a divisão entre as duas modalidades de raciocínio guardava estreita relação com a tese das fontes, entender o papel da interpretação no direito, e sua relação com esta tese, passa também a ser um aspecto crucial para a correta compreensão dos limites da tese das fontes e do próprio modelo comunicacional.

4.5.1. A centralidade da interpretação

A literatura sobre interpretação jurídica tende a se concentrar no aspecto mais prático do assunto, colocado pelo problema de *como* interpretar o direito. Há importantes passagens da obra de Raz dedicadas a este tema, e tratarei delas mais à frente. O autor, contudo, considera que esse é um problema posterior à uma questão ainda mais básica e fundamental: *por que* interpretar? Em *Why Interpret?*, Raz coloca a pergunta com a qual lidaremos neste tópico: “o que podemos aprender sobre a natureza do direito do fato de que a interpretação desempenha um papel tão crucial na tomada de decisão judicial?”⁵⁰⁵. Raz admite – este é o ponto de partida do seu argumento – que a interpretação é ubíqua no direito. Suas considerações destinam-se, justamente, a entender a importância dessa ubiquidade. Ao listar os problemas derivados da centralidade da interpretação, Raz demonstra que seu interesse é, justamente, a relação entre a centralidade da interpretação e a tese das fontes.

O modelo comunicacional sobre a relação das fontes com o conteúdo do direito implica que o direito é permeado de lacunas – portanto, que os juízes, ao decidirem os casos, frequentemente terão que criar direito novo e ir além do direito existente. Além disso, é frequente, mesmo quando os juízes são capazes de fixar o conteúdo comunicacional de um ato de autoridade, que eles modifiquem ou ajustem esse conteúdo ao caso concreto. Essa atividade criativa também é uma decorrência conceitual da tese das fontes. O problema – que já havia sido sugerido por Andrew Halpin ao observar a aparente incompatibilidade da tese da autonomia do direito com a tese do raciocínio jurídico de Raz – é que a ubiquidade da interpretação no direito parece apagar as distinções conceituais que decorrem da tese das fontes. Raz observa, por exemplo, que, “onde a interpretação está em questão, aquela distinção entre identificação e criação do direito não se aplica”⁵⁰⁶. Do mesmo modo, “assim como a validade da distinção entre identificação do direito existente e criação de um novo é inconsistente com

⁵⁰⁵ RAZ, *Why Interpret?*... op. cit., p. 349.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 350.

o papel da interpretação, assim também a crença disseminada que o direito é incompleto”⁵⁰⁷. Em outras palavras: a própria existência de lacunas – parte essencial da teoria de Raz – desapareceria diante do papel central da interpretação no direito. Na prática, portanto, a ubiquidade da interpretação colocaria a própria tese das fontes em questão. Se a tese das fontes, na forma como a concebe o modelo comunicacional, limita o direito ao conteúdo do que as autoridades fizeram, a interpretação parece ir além desse conteúdo e, portanto, desafiar o próprio modelo. É para lidar com essa dificuldade que Raz, antes de tentar responder à pergunta *como* interpretar, enfrenta o problema de *por que* interpretar.

A saída dessa aparente contradição envolve, na teoria de Raz, o reconhecimento da i) pluralidade de interpretações possíveis do mesmo objeto; ii) da diversidade de razões para interpretar; e iii) da relação entre *como* interpretar e as razões para interpretar. Para que seja possível compatibilizar a centralidade da interpretação – que parece apagar a distinção entre identificar e criar direito – e a tese das fontes – que exige a manutenção da distinção – Raz partirá de uma concepção da atividade interpretativa segundo a qual existem diversas interpretações diferentes e não raro conflitantes do mesmo objeto, muito embora essa pluralidade possa ser contornada, sem negar-se a objetividade da interpretação, admitindo-se que “o significado de um objeto não está no objeto”⁵⁰⁸, isto é: “se a interpretação depende em parte de algo que está além do seu objeto, então, possivelmente, há uma pluralidade de tais objetos adicionais, e eles explicarão a pluralidade de boas interpretações”⁵⁰⁹. Entre essas diversas interpretações possíveis, poderemos distinguir tanto interpretações conservadoras quanto interpretações inovadoras, cada uma delas respondendo a razões distintas para dar atenção às fontes do direito. Será por meio dessa distinção que Raz irá compatibilizar a tese das fontes com a centralidade da interpretação no direito.

4.5.2. O objeto da interpretação e suas implicações para a teoria do direito

Se estamos falando de razões para interpretar e de pluralidade de interpretações, precisamos saber *o que* está sendo interpretado. Raz lista algumas trivialidades sobre o conceito de interpretação, a primeira das quais é a de que “toda interpretação é a interpretação de um objeto”⁵¹⁰. Embora seja uma trivialidade, é importante analisar em detalhes essa afirmação. De fato, ao interpretar estamos interpretando *algo*. Isso parece sugerir que a delimitação do objeto

⁵⁰⁷ RAZ, Why Interpret?... op. cit., p. 350.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 354.

⁵⁰⁹ *Idem.*

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 351.

da interpretação deve ocorrer independente da própria atividade interpretativa. Interpretamos um objeto que existe e que tem seus contornos e limites *independentemente* da própria atividade interpretativa. Muito embora a interpretação desempenhe um papel importante – Raz refere-se a ele como “crucial” – precisamos de uma teoria independente acerca do *objeto* que está sendo interpretado.

Esta observação é importante para entendermos uma das principais críticas de Raz a Dworkin. Ao analisar os textos de *A Matter of Principle*⁵¹¹, Raz observa que Dworkin, ao reconhecer a centralidade da atividade interpretativa no direito, utiliza essa própria centralidade para rejeitar o modelo comunicacional. O problema, no entanto, é que Dworkin pretende manter a distinção entre interpretação e ideal: em outras palavras, entre interpretar, ainda que moralmente, o direito, e criar um direito novo e moralmente melhor. A interpretação dworkiniana, portanto, precisa ser a interpretação de *algo*: “o método coerentista se aplica a um dado conjunto de materiais jurídicos, leis e decisões, que constituem a história jurídica”⁵¹². A constrição do material jurídico é fundamental para que se possa manter como válida a distinção entre *interpretar* e *inventar*. Nesse sentido, o problema relevante é: “o que é este material jurídico?”⁵¹³. Ele só pode ser, como observa o autor, “um conjunto de história interpretada, de documentos dotados de significado. Do contrário, por que se fixar nesta história?”⁵¹⁴. É necessário, portanto, uma teoria sobre os limites do objeto para que se possa manter uma teoria adequada da interpretação na qual a distinção entre interpretar e criar mantenha-se viável do ponto de vista teórico.

Para Raz, essa constatação tem consequências importantes no seu debate com Dworkin. Se admitimos que a história jurídica da comunidade fornece uma constrição relevante que diferencia uma interpretação de um ato de criação inovadora, “o significado do falante é pressuposto pela doutrina da coerência”, na medida em que a história jurídica da comunidade é identificada a partir desse significado. Assim, “para determinar o conteúdo do direito nós precisamos, primeiro, de algo como uma regra de reconhecimento para identificar o que pertence a história doutrinal, e essa história doutrinal será entendida de acordo com o modelo comunicacional, o qual estabelece limites ao que o modelo coerentista pode fazer”⁵¹⁵. Portanto, qualquer teoria adequada da interpretação no direito terá que pressupor uma teoria acerca do

⁵¹¹ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**, Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985.

⁵¹² RAZ, Dworkin... op. cit., p. 1.119.

⁵¹³ *Idem.*

⁵¹⁴ *Idem.*

⁵¹⁵ *Idem.*

objeto da interpretação: e essa teoria só pode ser construída, segundo Raz, a partir das bases do modelo comunicacional.

Como já vimos (em 4.3.1 e 4.3.2), em *The Relevance of Coherence*, Raz explora em mais detalhes essa objeção, derivada da observação inicial que a interpretação é interpretação de *algo*. A preocupação central de Raz no artigo é com teorias coerentistas constitutivas do direito, i.e., com teorias sobre o que torna proposições jurídicas verdadeiras ou falsas, e não sobre o que torna nosso conhecimento de que elas são verdadeiras ou falsas justificado. Dworkin é o exemplo principal de um autor que defende uma abordagem coerentista constitutiva do direito, ao sustentar que uma proposição jurídica é verdadeira se derivar dos princípios que melhor justificam e se ajustam aos materiais jurídicos que formam a história institucional de determinada comunidade. O ponto de Raz é que qualquer teoria coerentista – especialmente a de Dworkin – aplica o teste coerentista a algo que independe da própria coerência. Raz chama isso de “base”⁵¹⁶. Para ele, uma teoria coerentista não pode sustentar que o conteúdo do direito é relativo às crenças dos indivíduos, pois isso o tornaria excessivamente subjetivo. Devemos aplicar o teste da coerência, portanto, a algo que não depende das crenças individuais das pessoas – e isso é a “base” da coerência. Essa base, no caso da teoria de Dworkin, é a história institucional da comunidade. Ela, no entanto, precisa ser identificada e definida independentemente do teste da coerência e, portanto, da interpretação. “O teste da coerência”, escreve Raz, “procura o conjunto mais coerente de princípios que teriam levado à promulgação de toda a legislação e a tomada de todas as decisões em um país. Mas por que dar atenção a tais atos de legislação e decisão?”⁵¹⁷. Raz não quer chamar atenção para o fato de que nós deveríamos levar em consideração esses atos, mas sim que eles efetivamente são levados em consideração. O teste da coerência – que é, na prática, um teste interpretativo – aplica-se a certas fontes e a razão para aplicar-se a elas, e não a outras, é, justamente, sua íntima relação com a ideia mesma de autoridade do direito.

Qualquer explicação da interpretação jurídica – inclusive as coerentistas – pressupõe, portanto, uma explicação independente do objeto da interpretação. Por mais que os métodos interpretativos sejam moralmente robustos e inovadores na prática, eles ainda partem de uma “base” que constitui o objeto a ser interpretado. E a razão pela qual eles partem dessa base, e não de outra, é que ela foi constituída por um conjunto de atos de autoridade. Para Raz, mesmo abordagens radicalmente interpretativas, como a de Dworkin, pressupõem o modelo

⁵¹⁶ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 288.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 301.

comunicacional sobre a relação entre fontes e direito. Afinal, serão os atos de comunicação que serão interpretados, seja por meio de um modelo coerentista de interpretação, seja por meio de qualquer outro modelo interpretativo. O objeto da interpretação, portanto, *calls the shots*. Ele, além de fornecer os limites à interpretação, explica *por que* interpretamos. É a ideia de uma base que explica, por exemplo, porque o intérprete dworkiniano aplica o seu método de interpretação constitutiva a uma determinada história institucional, e não a outra.

Com essas considerações em mãos, podemos, agora, responder à pergunta sobre *o que* está sendo interpretado quando interpretamos o direito. Para Raz, o objeto da interpretação não é o direito, mas suas fontes. “A interpretação jurídica é, primariamente (...) a interpretação não do direito, mas de suas fontes”⁵¹⁸. Essas fontes, por sua vez, constituem-se em atos de comunicação produzidos por certas autoridades. A interpretação jurídica, portanto, é a interpretação do que as autoridades disseram e fizeram. Este é o seu objeto primordial. A razão pela qual o objeto da interpretação são as fontes do direito decorre, naturalmente, da ideia de autoridade. Segundo Raz, “a dependência na autoridade leva à necessidade de interpretar as decisões da autoridade, e este é o objeto básico da interpretação jurídica”⁵¹⁹. Assim, o objeto da interpretação é também aquilo que explica, em partes, por que interpretar. Escreve ele:

Por que o raciocínio jurídico (...) deveria ser predominantemente interpretativo? A explicação repousa na natureza autoritativa do direito: quando nos engajamos no raciocínio jurídico, tentando estabelecer o estatuto jurídico de uma ação, nós precisamos estabelecer se alguma das doutrinas e regras do direito dotadas de autoridade se aplicam e, se sim, como. Isto significa estabelecer o que foi feito pelas autoridades, que decisões elas tomaram e o que isso significa⁵²⁰.

Dickson compartilha essa leitura sobre a obra de Raz ao afirmar que, de acordo com ele, “o papel central que a autoridade desempenha no direito implica que, quando vamos interpretar o direito, o que nós estamos primariamente tentando fazer é estabelecer a existência e o significado de quaisquer diretivas das instituições jurídicas alegadamente dotadas de autoridade”⁵²¹. Assim, são as decisões dessas instituições que constituem o original a ser interpretado. Dickson contrasta esta ideia com a concepção mais ampla de Dworkin acerca do objeto da interpretação. Para ela, ao defender o método de interpretação construtiva e o caráter

⁵¹⁸ RAZ, Why Interpret?... op. cit., p. 349.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 362.

⁵²⁰ RAZ, **Between authority and interpretation**... op. cit., p. 116.

⁵²¹ DICKSON, Interpretation and Coherence in Legal Reasoning... op. cit.

argumentativo da prática jurídica, Dworkin considera que o objeto da interpretação é a prática jurídica como um todo – e não simplesmente as fontes do direito:

Isto sendo assim, para Dworkin, o objeto da interpretação jurídica parece ser mais amplo do que aquele adotado por Raz. Para Raz, nós interpretamos com vistas a estabelecer se alguma diretiva dotada de autoridade está atualmente em vigor e é relevante para o problema jurídico em questão, e, então, deveríamos olhar para as decisões estabelecendo aquelas diretivas ao iniciar o processo interpretativo. A interpretação dworkiniana, no entanto, parece ter um toque mais global e abstrato, no sentido de que é a prática social do direito como um todo (...) incluindo toda a história jurídica de uma dada comunidade, bem como qualquer dado sobre o *point* ou propósito da prática jurídica em geral, que constitui o original a ser interpretado⁵²².

Para Dworkin, a própria identificação de quais são as fontes do direito e o papel que elas desempenham na determinação do seu conteúdo dependem da interpretação mais abrangente das práticas jurídicas. É só no interior dessa prática interpretativa que podemos identificar, como parte da própria interpretação, os atos de autoridade relevantes e os seus possíveis significados. Raz rejeita esta ideia: para ele, essa visão holística da interpretação não prescinde de uma explicação do que constitui a base a partir da qual aplicar-se o teste da coerência. Essa base, por sua vez, diante da noção de autoridade do direito, só pode ser composta pelas fontes do direito – isto é, pelas decisões e atos comunicacionais das autoridades jurídicas que formam, portanto, o objeto da interpretação.

4.5.3. Inovação e continuidade: interpretações inovadoras e conservadoras

No tópico anterior, enfrentamos o problema do *objeto* da interpretação e vimos como Raz explora a ideia de uma *base* para a interpretação na sua resposta ao modelo coerentista de Dworkin. Em síntese, Raz afirma que o coerentismo de Dworkin depende de uma concepção sobre o material jurídico a partir do qual realizar a atividade interpretativa. Esse material jurídico, por sua vez, só pode ser definido a partir do modelo comunicacional da tese das fontes. Em outras palavras: para que a proposta dworkiniana faça sentido, ela precisa pressupor algo como a tese das fontes ao menos como forma de explicar a parcela do direito derivada das fontes sociais. Dworkin seria obrigado, portanto, a retornar a um modelo híbrido de interpretativismo⁵²³, que admite a adequação da explicação positivista para o direito baseado

⁵²² DICKSON, Interpretation and Coherence in Legal Reasoning... op. cit.

⁵²³ STAVROPOULOS, Legal Interpretivism... op. cit.

em fontes sociais. Isso, no entanto, ainda não é suficiente para responder por que a interpretação tem o papel essencial na prática jurídica que tanto Raz quanto Dworkin reconhecem.

Um dos problemas imediatos que surge da exposição anterior é o seguinte: ainda que a base ou o objeto da interpretação seja delimitado pelas fontes, a atividade interpretativa em si – ou aquilo que comumente chamamos de interpretação – não parece se limitar a estabelecer o conteúdo comunicacional dessas fontes. Como já vimos, a determinação do conteúdo linguístico de certos atos de autoridade é parte importante, mas nem de longe esgota o raciocínio jurídico ou o que chamamos de interpretação. Como explicar isso? Uma resposta possível é que a base – o objeto da interpretação – é o que oferece a distinção crucial entre interpretar para estabelecer o que o direito é e simplesmente modificar o direito. Ainda que a interpretação pareça apagar a distinção entre aplicar o direito e criar direito novo, a distinção ainda existe, e onde um intérprete está modificando o direito, ele não mais o interpreta – ao contrário, ele está colocando algo no lugar do objeto que deveria interpretar.

Essa resposta é atraente pela sua simplicidade, mas não é a resposta que Raz defende. Para ele, o ponto fulcral para solucionarmos esse aparente problema está na ideia de interpretação *inovadora*. Após listar alguns truísmos sobre o conceito de interpretação, Raz nota que é parte essencial do nosso conceito que “podem existir mais de uma boa interpretação de objetos dotados de significado”⁵²⁴. Raz dá a essa característica o nome de pluralismo interpretativo e utiliza essa noção para explicar o conceito de interpretação inovadora, que será importante para nossa explicação posterior. O que ele significa?

Num sentido banal, se um objeto tem mais de um significado, haverá mais de uma interpretação direcionadas para cada um deles. A palavra ‘banco’ pode significar várias coisas – um banco de praça ou uma instituição financeira – o que resulta numa pluralidade de interpretações possíveis da palavra: cada uma dependente de um dos seus diversos significados. Mas isso é insuficiente: ainda que a palavra ‘banco’ tenha vários significados e, portanto, várias interpretações possíveis, estas interpretações não são incompatíveis entre si. Os significados existem de forma paralela uns aos outros, e cada um deles é independente dos demais. O ponto de partida da ideia de pluralismo interpretativo, ao contrário, está na percepção de que é possível existirem interpretações diferentes e *incompatíveis* de um mesmo objeto. Pensemos, por exemplo, na pluralidade de interpretações divergentes e conflitantes sobre o significado do conceito de liberdade ou de alguma obra de arte. Como explicar tal fato? Raz observa, de início, que há uma íntima relação entre interpretação e *significado*. “Suspeito que só podemos explicar

⁵²⁴ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 302.

[o conceito de significado] explicando o que são interpretações”⁵²⁵. Ou, em outras palavras, “significado e interpretação são conceitos recíprocos”⁵²⁶. A interpretação procura explicar o seu objeto – no caso do direito, suas fontes – tornando claro qual o seu significado. Este significado, por sua vez, não é idêntico ao próprio objeto: é por isso, afinal, que precisamos da interpretação. Podemos ter uma pluralidade de interpretações porque um mesmo objeto pode ter vários significados incompatíveis, sem que deixe de ser um e mesmo objeto. Há, assim, uma relação importante entre objeto e significado, mas ela não é uma relação de identidade.

Uma interpretação inovadora seria, então, uma interpretação que modifica o *significado* de determinado objeto. O conceito parece problemático à primeira vista: como pode uma interpretação ser “inovadora” e, ainda assim, ser uma boa interpretação? Se minha interpretação é verdadeira, ela já era verdadeira antes mesmo de eu propô-la: ela não pode se tornar verdadeira. Se uma interpretação é boa, portanto, ela não é inovadora: ela já era boa, porque verdadeira, antes. Se ela é inovadora, então ela não é boa: ela não é verdadeira por não captar um significado pré-existente à própria interpretação. Raz reconhece que há, aqui, um “aparente dilema”⁵²⁷, mas ele o resolve partindo das distinções entre objeto e significado. Escreve ele:

As interpretações têm um duplo objeto: elas explicam o objeto e também seu significado, e elas fazem o primeiro fazendo o segundo. Interpretações explicam e não mudam seus objetos. Elas explicam seus objetos tornando claro seus significados, e assim ocorre com as interpretações inovadoras. O que elas afetam é o significado, e não o objeto que o tem⁵²⁸.

Raz não vê problemas com a ideia de interpretações inovadoras, na medida em que elas “alteram o significado do objeto da interpretação”⁵²⁹ sem, contudo, alterarem o próprio objeto. A interpretação inovadora de Freud sobre o *Hamlet*, por exemplo, alterou o significado da peça, mas a peça, em si mesma, não foi alterada. De certo modo, isso explica, também, porque precisamos de uma base para a interpretação e, sobretudo, de uma teoria dessa base que seja independente do seu significado. Com efeito, precisamos definir quais são as fontes relevantes sobre a qual a interpretação incidirá, sob pena de não podermos diferenciar o que é uma nova interpretação de um determinado objeto, ou uma interpretação nova de um objeto diverso.

⁵²⁵ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 303.

⁵²⁶ *Idem.*

⁵²⁷ *Idem.*

⁵²⁸ *Idem.*

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 312.

A mera possibilidade de interpretações inovadoras, contudo, ainda não resolve os problemas sobre a relação entre interpretação e fontes do direito. É que não basta conceber a interpretação inovadora como categoria das atividades interpretativas em geral: é preciso examinar se há um espaço para interpretações inovadoras *no* direito. É neste passo que Raz observa que, no interior da prática jurídica, há um espaço importante para inovações e mudanças que conduzem à possibilidade de uso de interpretações inovadoras no direito. Ele menciona pelo menos quatro razões para isso: 1) a necessidade de ajuste do direito, onde o direito existente for defeituoso; 2) a necessidade de integrar normas jurídicas diversas num corpo jurídico coerente; 3) a necessidade de resolver conflitos e indeterminações; 4) a necessidade de integrar o direito e a moralidade⁵³⁰. Essas quatro razões para a existência de espaços de inovação no direito são o que justifica “empoderar os tribunais para se engajar em interpretações inovadoras”⁵³¹, isto é, para se engajar na atividade de dar novos significados às mesmas fontes do direito.

As interpretações inovadoras, todavia, ainda que ocupem espaço no direito, não são as únicas modalidades interpretativas da prática jurídica. Raz contrasta a interpretação inovadora ao que chama de *interpretação conservadora*. “Uma interpretação conservadora”, escreve ele, “é uma interpretação cujo sucesso ou fracasso é medido pelo grau no qual ela consegue recuperar, ou reafirmar, o significado que um original tinha para alguém ou seu significado numa cultura em algum ponto do passado”⁵³². Uma interpretação conservadora de sucesso será aquela que conseguir “explicar ou mostrar o significado que o original tinha para o seu autor”⁵³³, o que é diferente de simplesmente reafirmar o significado, encontrado no dicionário, de uma determinada palavra ou expressão. Raz chama isso de interpretação “convencional”, no sentido de que ela procura estabelecer o significado convencional de frases ou expressões, e não o significado que elas tinham ou têm para o seu respectivo autor. As interpretações conservadoras não são interpretações convencionais em razão do papel desempenhado pela tese da intenção autoritativa na determinação do conteúdo do direito: ao contrário de Marmor, que afirma que o conteúdo asserido pelas autoridades é, em geral, o conteúdo semântico das suas diretivas, a tese da intenção autoritativa sugere que o conteúdo comunicado pela autoridade é que um dado texto torne-se fonte do direito, e que ele seja interpretado de acordo com uma dada convenção interpretativa. Isso significa que a interpretação conservadora não envolve,

⁵³⁰ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 318.

⁵³¹ *Idem.*

⁵³² *Ibid.*, p. 269.

⁵³³ *Idem.*

necessariamente, a determinação do conteúdo semântico convencional das palavras e frases do documento legislativo, mas sim que ela estabelece o significado que as autoridades pretendiam que o texto tivesse, a partir das convenções interpretativas vigentes ao tempo da sua promulgação.

Sem dúvida os juristas se engajam em interpretações conservadoras e, como vimos, também em interpretações inovadoras do direito. Ocorre, no entanto, que a distinção entre essas categorias é mais radical do que simplesmente a distinção entre métodos de interpretação. É que, de acordo com Raz, as interpretações inovadoras, ao contrário das conservadoras, *modificam o direito*. De acordo com ele, “o poder dos tribunais de estabelecer precedentes, e a contribuição das decisões judiciais para as práticas jurídicas, de fato significam que as decisões judiciais podem modificar o direito, e então, quando essas decisões estão apoiadas em interpretações inovadoras, elas efetivamente modificam o direito”⁵³⁴. Mas por que uma interpretação inovadora – que modifica o significado das fontes, mas não as próprias fontes – deve ser considerada como um ato de modificação do direito? E se ela é um ato de modificação do direito, por que ainda chamá-la de interpretação?

4.5.4. Interpretação, modificação do direito e a tese das fontes

A questão com a qual terminamos o último tópico pode ser colocada da seguinte forma: admitimos a possibilidade de interpretações inovadoras no direito e vimos que, para Raz, elas implicam em modificação do direito. Mas como algo pode, ao mesmo tempo, ser chamado de *interpretação* e modificar o objeto que está interpretando? Como, afinal de contas, uma interpretação pode alterar o direito? Se isso for assim, ela não seria equivalente a um simples ato de autoridade legislativa? Nesse sentido, ainda que o texto e a convenção interpretativa fixem o conteúdo do direito, os juízes e oficiais jurídicos, ao interpretarem aquele documento, simplesmente criam direito novo, da mesma forma que os legisladores fizeram. Mas essa, assim parece, é uma posição inaceitável.

A resposta para todas essas questões está na ideia de autoridade. Como vimos acima, uma das razões pelas quais o raciocínio jurídico é interpretativo – isto é, uma das respostas de *por que interpretar* – está na ideia de autoridade do direito. Devemos interpretar porque devemos, por força da doutrina da autoridade, tentar estabelecer o que certas autoridades fizeram ou disseram. A doutrina da autoridade oferece uma razão para *dar atenção às fontes*

⁵³⁴ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 320.

do direito e, nesse sentido, buscar estabelecer o seu significado. Mas – e aqui está o núcleo do problema – o significado das fontes é diferente das próprias fontes. Podemos entender isso a partir da distinção entre um ato jurídico e o seu significado. Enquanto o ato é um evento do mundo, seu significado refere-se “ao conjunto de posições jurídicas que ele modifica”⁵³⁵. As fontes do direito são o objeto a ser interpretado, e aquilo que queremos ao interpretá-las é estabelecer que posições jurídicas elas alteraram, ou, em outras palavras, explicar o seu significado jurídico. O problema é que, ainda assim, não há razão – pelo menos a partir dessas definições – para concluir que as interpretações inovadoras modificam o direito. Afinal de contas, elas estão atribuindo significados jurídicos inovadores para *as mesmas fontes*, sem, ao fazer isso, alterar a estrutura de autoridade do direito. Mas essa seria uma conclusão inaceitável para o positivismo jurídico raziano: se interpretações inovadoras são aquelas que atribuem sentidos novos às fontes, diferentes daqueles que seus autores tinham em mente, a tese de autoridade como base para a natureza do direito estaria em xeque. O motivo é simples: a autoridade perderia a relevância como fonte de razões excludentes para agir, na medida em que as razões por ela oferecidas poderiam ser superadas por razões que resultam em interpretações inovadoras.

Para escapar deste problema, Raz reconhece, em primeiro lugar, que a doutrina da autoridade não oferece apenas uma razão para dar atenção às fontes: ela também oferece uma razão para interpretá-las *de um certo modo*. “Na medida em que o direito surge do respeito à autoridade legítima, o raciocínio jurídico deve identificar o direito tal como estabelecido pela autoridade, isto é, ele deve recorrer a uma interpretação das decisões das autoridades jurídicas que se ajustam às intenções daquelas autoridades”⁵³⁶. Assim, a ideia de autoridade – e a ideia correlata de continuidade, dela derivada – além de oferecer uma resposta à pergunta *por que interpretar*, também nos auxiliam a responder *como interpretar*. Isto quer dizer que a tese da autoridade favorece interpretações *conservadoras*, que busquem, nos termos do modelo comunicacional, identificar o conteúdo comunicado pelas autoridades, cujo produto é a promulgação de um texto e a identificação de uma convenção para orientar sua interpretação. Nesse sentido, o raciocínio *sobre* o direito não é uma etapa menor ou irrelevante dentro do conjunto mais amplo do raciocínio jurídico. Ele é uma etapa decisiva, que decorre diretamente da ideia de autoridade legítima. Modificar o sentido que as autoridades tinham em mente ao praticar o ato que praticaram acabaria, inclusive, frustrando a própria ideia de autoridade. Se as

⁵³⁵ KÖPCKE TINTURÉ, *Legal validity...* op. cit., p. 47.

⁵³⁶ RAZ, *Why Interpret?...* op. cit., p. 359–360.

autoridades, afinal de contas, existem para nos prestar um serviço e, desta forma, substituir nossa deliberação e excluir razões que, de outro modo, poderiam ser levadas em conta⁵³⁷, uma interpretação que não seja fiel a esse sentido frustraria o propósito de termos autoridade em primeiro lugar.

Autoridade e continuidade, contudo, não são os únicos valores relevantes na prática jurídica. Quando apresentei as razões pelas quais há espaço, no direito, para interpretações inovadoras, apresentei outros elementos valiosos da prática. Raz os resume em duas considerações: equidade e a necessidade de desenvolvimento do direito⁵³⁸. A primeira delas, em especial, sugere que o sentido que as autoridades tinham em mente ao praticarem o ato que praticaram pode não ser suficiente para garantir uma aplicação justa do direito.

Segundo Raz, o direito, para estar justificado, deve ser “justo para as pessoas às quais é aplicado”⁵³⁹. Regras gerais não raro resultam em aplicações concretas que desafiam o nosso senso de justiça e demandam, portanto, uma mediação por critérios de equidade. Mas a equidade, em si mesmo, não é uma razão para interpretar o direito. Pelo contrário: ela seria, isoladamente, uma razão para deixá-lo de lado sempre que a justiça assim o exigir. Onde a equidade dá as cartas, o que interessa é fazer justiça no caso concreto – independentemente do que diga o direito. A questão é que a equidade surge como um fator relevante numa prática em que temos razão para *dar atenção às fontes*. Isto é: numa prática cujos contornos são definidos pela tese da autoridade e na qual, portanto, é a autoridade, e não a equidade, quem *call the shots*. Raz divide, os fatores que determinam a natureza da interpretação jurídica em dois grupos: de um lado, há a autoridade e a continuidade (dela derivada), que fornecem uma razão para interpretar, e contribuem para a determinação de sua natureza. De outro, há a equidade e a necessidade de desenvolvimento do direito que, embora não expliquem *por que* interpretar, participam da definição de sua natureza. Em resumo: equidade e necessidade de modificação do direito são razões para interpretar de uma determinada forma. Mas, para que tenhamos razões para interpretar desta forma, precisamos, primeiro, ter uma razão original – e, por isso mesmo, mais importante – para interpretar em primeiro lugar.

Come efeito, equidade e a necessidade de desenvolvimento do direito nos conduzem, naturalmente, a interpretações inovadoras. Essas interpretações modificam o direito porque vão além do sentido – resgatável via interpretação conservadora – que as autoridades tinham em

⁵³⁷ RAZ, *Ethics...* op. cit.; NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**: a teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

⁵³⁸ RAZ, *Why Interpret?...* op. cit., p. 360.

⁵³⁹ *Ibid.*

mente ao praticar o ato que praticaram. Ainda assim, elas modificam o direito de uma forma diferente de um simples ato de autoridade legislativa pura por uma razão: porque as interpretações inovadoras ainda ocorrem sob o pano de fundo de uma prática em que autoridade e continuidade desempenham o papel decisivo. Raz esclarece esse ponto observando o seguinte:

Dado que autoridade e continuidade oferecem razão para dar atenção ao direito, a equidade e a o desenvolvimento jurídico tornam-se razões adicionais para dar atenção a ele de uma certa maneira, ou em vista de certas considerações. Elas são razões secundárias para interpretar o direito, dependentes das razões primárias⁵⁴⁰.

A interpretação inovadora modifica o direito, portanto, de uma forma diferente daquela dos legisladores. Isso ocorre porque, como visto, a interpretação inovadora é sempre baseada numa razão secundária, dependente de uma razão primária, a saber: a autoridade. “Se não houvesse razões primárias que determinam a necessidade de interpretar o direito”, escreve Raz, “as razões secundárias não seriam razões para interpretá-lo de forma alguma”⁵⁴¹. As fontes, em razão da tese da autoridade, demandam ser interpretadas. A autoridade é o que torna a interpretação das fontes uma atividade central. Mas, uma vez que a interpretação se estabeleceu como parte central da prática a partir da tese das fontes, outros fatores podem modificar a *forma* de interpretá-las e, assim, resultar na modificação do conteúdo do direito por elas criado. Essas formas diversas de interpretar são atos de modificação do direito porque não têm na ideia de autoridade – e no resgate de suas intenções – seu objetivo central. Ainda assim, uma forma diversa de interpretação ainda é uma interpretação, e só ocorre porque a autoridade demanda dos intérpretes que levem as fontes em consideração – inclusive, para modificar seus significados.

4.6. DE VOLTA A HERMES E HÉRCULES

Diante da exposição acima, que mostrou o papel dos atos das autoridades na determinação do conteúdo do direito e a complexidade da atividade interpretativa que ocorre no interior da prática jurídica, podemos retornar à disputa com a qual iniciamos esta tese para responder ao seguinte problema: como a teoria de Raz permite entender e, no limite, resolver a disputa entre Hermes e Hércules?

Lembremos que, conforme expliquei na Introdução deste trabalho, Hermes e Hércules tem posições distintas sobre a forma correta de interpretar o direito legislado. Essa disputa

⁵⁴⁰ RAZ, Why Interpret?... op. cit., p. 362.

⁵⁴¹ *Ibid.*

decorre da concepção da atividade legislativa como uma atividade de comunicação, a qual Hermes defende e Hércules critica. Segundo Hermes, dado que legislação é comunicação, a interpretação do direito legislado deve levar em consideração, em larga medida, as intenções do legislador. Hércules, ao contrário, defende que, na interpretação das leis, devemos buscar o esquema de princípio que melhor se adapta e justifica aquele material jurídico, bem como o conjunto de materiais jurídicos a ele correlato. O direito não é, de acordo com Hércules, resultado dos atos de comunicação das autoridades: ao contrário, ele é produto do conjunto de princípios que coloca a história institucional daquela comunidade em sua melhor luz. As autoridades criam a história institucional relevante, mas elas não determinam o conteúdo do direito criado por essa história.

Como entender esse debate, a partir da teoria de Raz? Por um lado, a teoria de Raz dá suporte à posição de Hermes, segundo a qual o direito *é comunicação*. Dada a relação conceitual existente entre direito e autoridade, os legisladores devem estar no controle do direito que criam, e isso implica conceber o direito como, essencialmente, produto de atos de comunicação cujo significado é inteiramente determinado pelas intenções dos seus criadores (no sentido identificado pela tese da intenção autoritativa). Mas isso não significa – e esse é o ponto importante – que o *método* de Hércules esteja totalmente equivocado, e que a interpretação jurídica se limita à proposta de Hermes. Na verdade, o que Raz sugere é que há formas variadas de interpretar o direito, e que essa multiplicidade de interpretações decorre da multiplicidade de razões para interpretar suas fontes. Hermes identifica uma dessas razões na ideia de autoridade (associada à ideia de comunicação). Não devemos supor, contudo, que ela seja a única razão para interpretar o direito. O método interpretativo de Hércules pode ser descrito como uma interpretação baseada em razões diversas da autoridade (como, por exemplo, a equidade do direito). O ponto crucial é que, a despeito do método interpretativo de Hércules poder ser descrito como um *bom* método de interpretação (uma hipótese que estou admitindo apenas para fins de argumento), disso não se segue que o seu resultado seja uma afirmação do que o direito é. Na linha do que Raz propõe, Hércules defende a modificação do conteúdo do direito: o resultado da aplicação do seu método será um novo sentido para as fontes do direito que modifica o conteúdo do direito atualmente existente. Assim, enquanto Hermes propõe uma interpretação conservadora do direito – i.e., uma interpretação que se limita a afirmar o conteúdo atual do direito – Hércules propõe uma interpretação inovadora com o objetivo de modificá-lo. A disputa entre ambos, portanto, é uma disputa sobre ser fiel ou não ao direito existente.

A teoria de Raz não afirma que devemos adotar o método de Hermes em detrimento do de Hércules, contudo. É possível que as razões para modificar o direito sejam mais relevantes

do que as razões para sermos fiéis a ele. Nesse caso, Hércules estará correto em sua metodologia interpretativa (a melhor interpretação será uma interpretação inovadora), mas ainda estará errado em sua teoria: ainda que tenhamos razões para interpretar o direito de forma inovadora, e não conservadora, devemos reconhecer – ou, ao menos, é o que Raz sugere – que o estamos *modificando*, e não simplesmente afirmando seu conteúdo. A disputa entre Hermes e Hércules, portanto, não envolve uma disputa sobre o que o direito é, e sobre os fatos que determinam o seu conteúdo. Ela é simplesmente uma disputa sobre as razões que temos para sermos fiéis ou infiéis ao direito existente

CONCLUSÃO

Neste capítulo, vimos como a teoria de Raz oferece uma defesa poderosa do modelo comunicacional, a partir de uma reconciliação entre interpretação, autoridade e fontes do direito. As fontes do direito decorrem da ideia mesma de que o direito *tem autoridade*: está e a tese central do positivismo jurídico exclusivo de Raz. Mas a autoridade do direito, além de estabelecer quais fontes são fontes do direito – o que é feito mediante uma regra de reconhecimento –, explica também a razão pela qual damos atenção a elas e nos engajamos, como parte central de nossa prática, em interpretá-las. Mas não é só: por força da tese da autoridade, somos chamados a interpretar essas fontes, primariamente, de uma forma específica – isto é, de forma conservadora. O problema é que, uma vez que nos engajamos com as fontes, somos levados a outras razões para interpretar o direito de uma determinada forma, diversas das razões que nos levaram a interpretá-lo no início. Essas razões justificam que façamos ajustes, modificações e, em alguns casos, correções no direito. Elas, portanto, abrem espaço para interpretações inovadoras que modificam o conteúdo do direito. Mas será que Raz consegue, realmente, apontar um *fato* em virtude do qual o direito tem um determinado conteúdo, e não outro? Como vimos, a distinção entre interpretações inovadoras e conservadoras é essencial para a consistência de sua teoria. Contudo, esta não é uma distinção que aparece na prática e, de algum modo, dificilmente seria aceita por seus participantes. Como explicar esse fato? No próximo capítulo iremos testar a viabilidade da teoria de Raz a partir, justamente, dessa constatação. Conforme veremos, a teoria de Raz enfrenta grandes desafios em sua tentativa de oferecer uma teoria constitutiva do conteúdo do direito. Esses desafios abrirão caminho para a construção de uma alternativa ao modelo comunicacional, que chamarei, a partir dos trabalhos de Dworkin, de *teoria valorativa da interpretação*.

5. A CRÍTICA INTERPRETATIVA AO MODELO COMUNICACIONAL DO DIREITO

No capítulo anterior, apresentei a teoria de Joseph Raz sobre as fontes do direito e sobre a interpretação, e expliquei como essa teoria oferece uma defesa sofisticada do modelo comunicacional. Na versão de Raz, os conceitos de autoridade e legislação exigem que os legisladores estejam no controle do direito por eles criado, do que resulta, conceitualmente, que devemos entender as fontes do direito a partir dos limites do modelo comunicacional. Para Raz, contudo, a interpretação não deve procurar resgatar os estados mentais dos legisladores acerca da matéria por eles votada (a tese da intenção radical), mas sim interpretar o documento aprovado por eles de acordo com as convenções interpretativas vigentes, e com base na qual eles pretendiam que aquele texto fosse lido (tese da intenção autoritativa). Isso não quer dizer que a interpretação se limite a estabelecer o conteúdo atual do direito: um dos principais insights de Raz para explicar a prática interpretativa dos juristas é afirmar que, no direito, a interpretação não se limita a afirmar o conteúdo do direito existente – ela também pode modificá-lo. É por conta disso que a distinção entre interpretações conservadoras e inovadoras é tão importante para o argumento de Raz.

Mas será que a teoria de Raz consegue evitar os problemas enfrentados por Marmor? Neste capítulo, argumentarei que *não*. Tentarei mostrar, em primeiro lugar, que, ainda que Raz esteja correto em identificar uma relação importante entre direito e autoridade, o conceito de autoridade não exclui a possibilidade de que o conteúdo do direito *não* seja determinado apenas a partir de fatos convencionais. Tudo o que a autoridade exige é que as fontes exerçam uma força gravitacional na argumentação jurídica, de modo que ela é compatível com o direito depender, em larga medida, de argumentação moral substantiva. Mas isso não é tudo. A tentativa mesma de identificar um *fato* em virtude do qual o direito tem um certo conteúdo fixo e determinado irá se mostrar, mais uma vez, frustrada. A tese da intenção autoritativa está sujeita aos mesmos problemas da teoria de Marmor. Esses problemas decorrem de um erro fundamental, que tanto Marmor quanto Raz cometem: ambos pretendem se colocar de fora da prática jurídica e das práticas interpretativas correlatas, para fazer distinções que seus participantes não reconhecem como válidas, e identificar *fatos* que, no interior da prática, são passíveis de questionamento e controvérsia. Esse erro, que Dworkin chamou de *arquimedeanismo* e Susan Hurley de *centralismo filosófico*, explicam porque devemos rejeitar o modelo comunicacional: o conteúdo do direito só pode ser identificado a partir da forma como as fontes são utilizadas na construção de argumentos. A interpretação, portanto, *não vem depois*.

Ela é parte daquilo que o direito é. Exploro, então, uma alternativa ao modelo comunicacional, fortemente inspirada na obra de Dworkin e que chamarei de *interpretativismo*. De acordo com ela, o projeto de uma teoria constitutiva do conteúdo do direito está fadado ao fracasso (não há um conteúdo determinado independentemente da interpretação), o que não significa que não possamos defender métodos interpretativos similares ao de Hermes: o ponto, no entanto, é que, nesse caso, a posição substantiva de Hermes sobre como interpretar o direito não decorrerá de uma concepção metafísica que entende que o direito é comunicação, e sim de uma hipótese interpretativa baseada numa concepção acerca do valor e do propósito do direito.

5.1. AUTORIDADE E COERÊNCIA: UMA RESPOSTA À CRÍTICA DE RAZ AO MODELO COERENTISTA

A exposição anterior ofereceu uma análise da versão do modelo comunicacional defendida por Joseph Raz. Esta versão tem, como ideias centrais, a tese da intenção autoritativa, o conceito de interpretação (e as ideias relacionadas de interpretação conservadora e inovadora) e, por fim, a rejeição do que Raz chamou de modelo coerentista do direito. Estamos, portanto, numa posição adequada para avaliar a razoabilidade dos argumentos de Raz: ele, de fato, oferece um argumento sólido a favor do modelo comunicacional e contra os modelos rivais? Na presente seção, e nas seguintes, responderei negativamente a essa pergunta.

Uma das principais críticas de Raz ao modelo coerentista sugere que ele não consegue explicar o conceito de legislação ou de criação do direito. Por oposição, o mesmo argumento sustenta que apenas o modelo comunicacional (entendido com base na tese da intenção autoritativa) é capaz de dar sentido à natureza autoritativa do direito. Raz apresentou esse argumento de diversas maneiras, e expus acima algumas delas. Em síntese, ele argumentava que o modelo coerentista era incapaz de explicar a ideia de autoridade no direito. Segundo essa ideia, como o direito deve ser entendido como um sistema baseado em autoridade, ele deve refletir a maneira pela qual essas autoridades pretenderam criar e modificar o direito. Do contrário, “seria um mistério por que as instituições jurídicas são investidas com autoridade”⁵⁴². O ponto central de Raz foi capturado na ideia de que o direito é criado num *momento decisivo*: “a adoção de um padrão jurídico, seu endosso por uma autoridade jurídica competente (...) é um momento decisivo, causando uma transformação básica na situação”⁵⁴³. Isto significa que um ato de autoridade tanto deve ter o poder de alterar decisivamente a situação jurídica das

⁵⁴² RAZ, Why Interpret?... op. cit., p. 300.

⁵⁴³ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 108.

partes, como essa alteração deve estar sob o poder da própria autoridade: reconhecê-la como autoridade é reconhecer que ela pode modificar decisivamente o direito de acordo com suas intenções de fazê-lo de uma forma ou de outra. A importância central dessas autoridades explica por que o modelo coerentista toma os materiais jurídicos que constituem a história institucional da comunidade como sua base. Contudo, ao submetê-lo ao teste da coerência, o modelo “transcende” as “limitações inerentes aos trabalhos das instituições humanas”⁵⁴⁴ e, portanto, vai além do direito existente.

O argumento acima tem um objetivo diferente do argumento da autoridade em favor da tese das fontes. Este último destinava-se a estabelecer que o direito *não* pode incorporar padrões normativos não dotados de *pedigree*. O argumento raziano contra o modelo da coerência destina-se a mostrar que esse modelo não é capaz de explicar o fato de que as autoridades criam deliberadamente direito e que este processo de criação está sob seu controle. Se tudo que a ideia de autoridade exige, no modelo coerentista, é que as fontes do direito sejam a base do teste de coerência, então o modelo não é capaz de acomodar a ideia de que as autoridades criam e modificam o direito de acordo com suas intenções. Embora se assemelhe com o conhecido argumento da *diferença prática*⁵⁴⁵, o argumento de Raz é mais amplo: ele afirma não só que o direito deve fazer uma diferença prática no nosso processo deliberativo, mas que deve fazer essa diferença como resultado direto dos atos de autoridade. Para que as autoridades façam diferença, seus atos devem criar normas jurídicas de acordo com suas intenções. Do contrário, questiona Raz, “por que se preocupar se um Democrata ou um Republicano é eleito para o Senado?”⁵⁴⁶.

O argumento acima tanto oferece uma crítica do modelo coerentista como uma defesa do modelo comunicacional. Quando consideramos a formulação de Raz deste último modelo, é evidente que ela se adequa à ideia de que as autoridades devem fazer diferença na forma como o direito se desenvolve, e devem fazer isso de forma razoavelmente deliberada. O primeiro passo para responder à crítica de Raz deve ser mostrar que o modelo coerentista consegue explicar essa ideia de autoridade. Precisamos mostrar que, mesmo quando o conteúdo do direito está sujeito a um teste de coerência dos materiais jurídicos, é importante *quem* será eleito para o Congresso, *o que* essas autoridades irão fazer e *como* irão fazê-lo. Por si só, essa resposta não

⁵⁴⁴ RAZ, Ethics... op. cit., p. 301.

⁵⁴⁵ SHAPIRO, Scott J. On Hart's Way Out. **Legal Theory**, v. 4, n. 4, p. 469–507, 1998. Para uma análise do argumento no contexto do debate entre positivistas inclusivos e exclusivos, ver COLEMAN, Jules L. **The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2001, p. 137–148.

⁵⁴⁶ RAZ, Ethics... op. cit., p. 293.

é suficiente para demonstrar a superioridade de um modelo sobre outro. Mas ela é um primeiro passo necessário para essa demonstração: ao mostrarmos que há uma explicação da autoridade do direito baseada em coerência e que se ajusta ao conceito de legislação, enfraquecemos uma das bases do modelo comunicacional (que era justamente a ideia de que só ele seria capaz de explicar essas características do fenômeno jurídico).

Raz observou que o direito é uma *função* de ações humanas e práticas sociais e era justamente essa função que precisávamos explicar. Ele explica essa função em termos de um modelo comunicacional. No entanto, qualquer teoria que leve em consideração que o conteúdo do direito é resultado, seja direto, seja indireto, de ações e práticas humanas irá satisfazer a constrição teórica de explicar o direito como *função* desses atos e práticas. Numa interpretação mais fraca do argumento de Raz (que não é a que ele próprio endossa), explicar a ideia de autoridade do direito significa simplesmente explicar a ideia de que o direito é uma *função*, independente de qual seja ela, dessas autoridades. Na medida em que a ideia mesma de função indica que sem os atos e as práticas não teríamos o conteúdo atual do direito que temos, qualquer modelo para essa função é suficiente para acomodar a ideia de que essas autoridades fazem diferença prática. Dworkin explorou exatamente esse ponto ao comentar o artigo de Raz:

Podemos aceitar a premissa de que o direito depende, de alguma forma, do que as pessoas com poder legislativo fazem e ainda assim dizer, como os defensores da integridade de fato dizem, que o direito que os legisladores criaram inclui os princípios que fornecem a melhor justificativa para promulgar as leis que eles promulgam: isto ainda descreve o direito como uma ‘função’ do texto legal que a maioria dos legisladores promulgou⁵⁴⁷.

Essa, no entanto, é uma resposta fácil para uma versão frágil do argumento. Ela simplesmente diz que o modelo coerentista é um modelo da *função* relevante. Ela não nos diz que ele é um modelo adequado. O argumento de Raz afirma, na verdade, que existe uma *constrição* nos modelos da função. Qualquer explicação para ela deve levar em consideração que as autoridades criam deliberadamente direito e que estão no controle dos direitos e obrigações criados por seus atos. O modelo coerentista, embora ofereça uma explicação da função existente entre atos e práticas e conteúdo do direito, não é capaz de explicar aquela característica central da nossa concepção de direito. É este o desafio de Raz que precisamos responder para garantir a viabilidade de um modelo alternativo ao modelo comunicacional.

⁵⁴⁷ DWORKIN, Ronald. Ronald Dworkin Replies. In: BURLEY, Justine (Org.), **Dworkin and his critics: with replies by Dworkin**. Malden, MA: Blackwell Pub, 2004, p. 384.

Lembremos que um dos passos mais importantes do argumento de Raz era afirmar o caráter decisivo de um ato de autoridade criador de direito. O problema não está nesta etapa do argumento, mas na inferência de que, a partir desse fato, a única forma de acomodarmos a centralidade da ideia de autoridade no direito é considerando que o conteúdo do direito é *fixado* pelas intenções dos legisladores (entendidas, é claro, nos termos da tese da intenção autoritativa). A falha do argumento de Raz, aqui, é incorrer num *non sequitur*: ainda que o modelo comunicacional explique essa ideia, não se segue que nenhum outro modelo – em especial, o modelo coerentista – seja capaz de fazê-lo. Dworkin sugere brevemente esse argumento ao afirmar que Raz “deixa de lado a possibilidade de que, embora o direito em algum sentido ‘surja’ das atividades do parlamento, tribunais e outros atores e instituições jurídicas, o direito que essas atividades efetivamente criam não é fixado pela ‘função’ crua dessas atividades que Raz pressupõe”⁵⁴⁸. Podemos imaginar uma função mais complexa, que seja uma versão do modelo coerentista, e que explique a importância decisiva das autoridades fazerem exatamente o que fazem. Para explicar isso, irei recorrer a dois exemplos que mostram como uma função-coerência pode acomodar o caráter decisivo dos atos de autoridade.

Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin oferece um famoso caso hipotético que ilustra como decisões passadas podem afetar o conteúdo do direito sem que esse conteúdo se limite a uma função-comunicacional dos atos de autoridades⁵⁴⁹. Imagine que você tem dois filhos: uma adolescente, chamada Gabriela; e seu irmão mais novo, chamado Bruno. Gabriela prometeu levar Bruno a um show da banda preferida de seu irmão, para o qual Gabriela havia conseguido duas entradas exclusivas. Gabriela, no entanto, adorava um rapaz de sua escola, que resolve ligar e convidá-la para o show. Ela, então, oferece um dos ingressos para o rapaz - justamente o ingresso que ela usaria para levar seu irmão ao show. Bruno, obviamente, protesta, e lhe procura para que faça Gabriela cumprir sua promessa. Dworkin observa que um caso como esse faz surgir “um batalhão de questões”: você tem autoridade legítima, como pai, para dizer o que seus filhos devem fazer? Eles têm obrigações associativas para fazer ou aceitar o que você diz? Medidas coercitivas para fazer com que Gabriela cumpra sua promessa são apropriadas? E sob que condições? Em que medida essas condições são afetadas pela história da família, pela forma como você ou seus pais decidiram casos similares no passado? Imaginemos, por exemplo, que as decisões passadas daquela família, envolvendo todo tipo de controvérsia familiar, estivessem registradas num grande “Código de Conduta Familiar”. Imaginemos agora que, embora o

⁵⁴⁸ DWORKIN, Ronald Dworkin Replies... op. cit.

⁵⁴⁹ DWORKIN, *Justice*... op. cit., p. 07–408. Adaptei ligeiramente o caso para os fins do meu próprio argumento.

Código contenha muitas decisões, ele não contém um precedente envolvendo exatamente aquela questão. Isso significa que o pai, ao decidir o caso, não está em situação diferente da que estaria na hipótese de não existir Código algum?

Podemos considerar – como consideraria Raz – que, diante da inexistência de uma decisão anterior específica sobre o caso, não há qualquer norma derivada do Código de Conduta que o pai poderia seguir. Meu ponto não envolve, contudo, enfrentar essa questão. Meu argumento, na verdade, é que, caso o pai adote uma posição dworkiniana e considere que as normas derivadas do Código de Conduta não se limitam àquelas expressamente estabelecidas pelas decisões anteriores, mas incluem também aquelas que coerem com elas, ele está numa posição diferente da que estaria caso não houvesse Código de Conduta algum. Também é razoável dizer que, nesse caso, a posição normativa do pai obrigado a decidir o caso em questão foi diretamente afetada pelas decisões passadas: importa saber quem são os antepassados da família e o que eles decidiram porque, fosse outra família, com um conjunto diverso de decisões, a posição normativa atual do pai seria diferente. É nesse sentido que Dworkin escreve:

A história da família ilustra bem como uma distinção entre o que o direito é a o que ele deve ser pode surgir como uma complexidade dentro da própria moralidade. À medida que você resolve a questão doméstica você constrói a uma moralidade institucional distinta: uma moralidade especial governando o uso da autoridade coercitiva dentro de sua família. Isso é uma moralidade dinâmica; enquanto pronunciamentos são feitos e exigidos em ocasiões concretas, aquela moralidade familiar especial muda⁵⁵⁰.

Mas alguém poderia objetar que estou considerando o modelo coerentista para uma situação em que não há fonte do direito, quando o argumento de Raz destinava-se a mostrar a inadequação do modelo para explicar a relação entre as fontes e as normas jurídicas. Esse é um ponto relevante, mas as considerações acima são suficientes para respondê-lo. Imaginemos, por exemplo, que há, no Código de Conduta da família, uma decisão envolvendo um caso similar: a irmã havia prometido ao irmão que o levaria para um evento. Posteriormente, no entanto, ela descumpriu a promessa em razão de outro compromisso. A única diferença entre os casos é que, neste último, ambos os irmãos eram adolescentes. As autoridades anteriores, no entanto, entenderam que a justificativa era suficiente para a quebra da promessa. Essa regra deve ser aplicada, também, ao caso presente?

Imaginemos que o pai entenda que ela não se aplica, e argumente que há uma diferença decisiva entre os casos: a diferença de idade. O pai considera que a norma criada pela decisão

⁵⁵⁰ DWORKIN, *Justice...* op. cit., p. 408.

anterior não equivale diretamente ao que as autoridades disseram, e que ele deve levar em consideração toda a história familiar dos seus antepassados. Nessa história, há diversas decisões que conferem proteção especial aos filhos menores quando eles ainda são crianças. Com base nisso, o pai deixa de aplicar o precedente ao caso de Bruno e Gabriela, e proíbe a adolescente de ir ao show com seu pretendente. Mesmo que o pai não tenha recorrido às intenções dos seus antepassados ou que tenha se desviado do texto aparentemente claro de um precedente anterior, ele estava obrigado a *levá-lo* em consideração. Se não houvesse aquele precedente, a decisão seria mais fácil e direta. Mas o precedente existia, e ele oferecia razões em favor de se permitir a quebra da promessa. Outras decisões, no entanto, sugeriam razões de proteção especial aos irmãos menores. A decisão do pai, tomada a partir de um modelo coerentista, levou em consideração todas essas razões: ele procurou a teoria que melhor articulava aquelas diferentes partes da história familiar. Poderíamos, é claro, dizer, segundo Raz, que o pai, na verdade, criou uma nova norma familiar, exercendo uma interpretação inovadora do direito existente. Meu ponto, no entanto, é que, se entendemos a decisão a partir do modelo coerentista, vemos que ela foi decisivamente impactada pela decisão anterior da autoridade familiar que permitiu a quebra de promessa. Fosse a história institucional diferente, a decisão poderia ser outra. Numa família tradicional que, por questões de linhagem, privilegia os filhos mais velhos, é possível que Gabriela tivesse melhor sorte.

Um outro exemplo, também citado por Dworkin, reforça este ponto. Imaginemos um Juiz que tenha que decidir se uma paciente que sofreu danos decorrentes do uso de um remédio com defeitos de fabricação tem direito à indenização. A questão que o Juiz deve responder é se ela, que efetivamente sofreu um dano, mas que não é capaz de mostrar qual, dos diversos laboratórios que produzem o medicamento, produziu as pílulas que ela tomou, tem direito a uma indenização das empresas proporcional à participação de mercado de cada uma delas. Num caso como esse, nosso Juiz hipotético teria que decidir se é possível que empresas sejam responsabilizadas, ainda que não se comprove nenhum nexos causal, ou se uma paciente que evidentemente sofreu um dano não tem direito algum à indenização. Mais do que os detalhes do caso em si, nos interessam as conclusões a respeito do papel das autoridades legislativas nesta situação. Dworkin escreve:

O juiz se submeterá à autoridade do direito determinado de diversas maneiras no seu julgamento mais amplo, e o seu julgamento pode muito bem diferir do julgamento que ele faria se ele fosse chamado a votar, como um legislador, em uma lei para resolver o caso de uma forma ou de outra. Ele pode pensar, por exemplo, que, dados os vários precedentes e outros aspectos do pano de fundo jurídico, ele não deveria considerar o impacto da responsabilidade por

participação de mercado na saúde financeira da indústria farmacêutica ou na pesquisa médica. Não quero dizer que ele estaria necessariamente correto em excluir tais considerações ao decidir o que o direito exige, ou que um legislador, decidindo do zero, estaria necessariamente certo em incluí-las. Quero apenas dizer que o exemplo confirma a autoridade do direito sobre as decisões judiciais, a despeito do papel que a moralidade desempenha em decidir exatamente o que o direito, como uma autoridade, requer ou permite⁵⁵¹.

Raz supõe que a única forma de dar sentido ao nosso conceito de “legislação” e à atribuição de poderes legislativos a autoridades é se admitirmos que elas têm o poder de controlar, de acordo com suas intenções e seus atos, os destinos do direito. Essa é uma leitura possível da nossa prática, mas não é a única. O argumento de Raz procurava mostrar que modelos coerentistas, ao incluírem intermediários explicativos entre o ato de autoridade e o conteúdo do direito, ignoravam a importância das autoridades legislativas. Os exemplos de Dworkin mostram o contrário: as autoridades têm uma importância fundamental e decisiva em moldar os materiais jurídicos de uma comunidade. Fossem outras suas decisões ou outras as autoridades, teríamos um direito diferente do que possuímos.

Mas há, ainda, um outro problema no argumento de Raz. Ele parece supor que um modelo coerentista necessariamente procura uma coerência apenas no conteúdo das normas jurídicas. É por isso que Raz argumenta que defensores desse modelo são incapazes de explicar o fato de que a razão para termos autoridades legislativas é conferir-lhes o poder de criar as normas da forma e com o conteúdo que elas têm a intenção de criar. Argumentei acima que esta ideia pode ser acomodada num modelo coerentista, na medida em que os materiais jurídicos - isto é, o que as autoridades fizeram e disseram - impacta, decisivamente, no conteúdo do direito. Podemos generalizar esse ponto e afirmar, aqui, que os materiais oferecem uma restrição em qualquer função-coerência, o que está presente na teoria de Dworkin por meio da dimensão de ajuste institucional. No entanto, há mais nesse argumento do que a simples ideia de que os materiais jurídicos exigem um mínimo de ajuste na nossa teoria. É que, pelo menos no modelo dworkiniano, o teste da coerência deve levar em conta não apenas o conteúdo do que foi decidido pelas autoridades, mas também o próprio fato de terem sido elas a decidir o que decidiram.

Com efeito, um sistema jurídico é formado por um conjunto de decisões substantivas. O direito escolhe, por meio de suas autoridades, um sistema tributário, dentre várias opções disponíveis, com base na concepção de justiça compartilhada na comunidade. O direito, no

⁵⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge, Mass: Belknap Press, 2006, p. 208–209.

entanto, não é formado apenas por essas decisões substantivas. Por essa razão, não é possível dizer que, para o direito como integridade, um juiz deva reconhecer como direito apenas padrões diretamente derivados dos princípios de moralidade política que são representados por essas decisões substantivas. Além das decisões substantivas sobre os resultados dos processos políticos (como a distribuição de ônus, direitos e deveres, responsabilidades etc.), o direito também é composto por um conjunto especial de restrições de caráter institucional, cuja relevância depende, muitas vezes, da posição ocupada pelo agente encarregado de tomar um tipo específico de decisão política⁵⁵².

Dworkin cita pelo menos dois exemplos óbvios: as doutrinas dos precedentes e a supremacia legislativa. De acordo com a primeira, um juiz inferior pode muitas vezes ser obrigado a tomar uma decisão, num caso particular, a qual considera, de acordo com sua concepção sobre justiça substantiva, incorreta ou insatisfatória. O *stare decisis*, por exemplo, pode vincular mesmo os Tribunais Superiores a seguir alguns precedentes que foram decididos de maneira incorreta (em sua versão horizontal), ou pelo menos que eles acreditam ter sido decididos de maneira incorreta. De igual forma, o princípio da supremacia legislativa cria uma constrição institucional nos juízes sobre o tipo de decisão que eles podem tomar diante de um determinado padrão promulgado pelo Parlamento. “Se um juiz está satisfeito que uma lei admite uma única interpretação”, escreve Dworkin, “então, excetuando-se impedimento constitucional, ele deve aplicar isto como direito mesmo que ele pense que a lei é inconsistente em princípio com o direito visto de maneira mais ampla”⁵⁵³. Essa restrição, no entanto, pode não se aplicar ao próprio Parlamento, que não está vinculado, em casos normais, a respeitar as escolhas anteriores consubstanciadas em leis que pretende revogar.

Isso pode parecer surpreendente se tomarmos a disciplina do direito como integridade como baseada somente no conteúdo das decisões substantivas de uma comunidade. Por decisão substantiva Dworkin entende as decisões sobre os méritos de uma distribuição de recursos (por exemplo, de impostos) ou sobre um dado esquema de justiça (por exemplo, sobre que condutas devem ser criminalizadas)⁵⁵⁴. A prática jurídica, contudo, inclui mais do que decisões substantivas: ela também inclui *escolhas institucionais*. Essas escolhas fazem parte dos materiais jurídicos e ignorá-las implicaria desrespeito à integridade do direito. As constrições institucionais são parte da prática jurídica, e o direito como integridade deve ser capaz de inclui-

⁵⁵² NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Integridade, justiça e constrições institucionais em Law s Empire. **Revista de informação legislativa**, v. 54, n. 215, p. 79–96, 2017.

⁵⁵³ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 404.

⁵⁵⁴ *Idem*.

las na sua explicação dos fatores determinantes do conteúdo do direito. Um sistema jurídico inclui não apenas padrões sobre quais direitos e deveres possuímos, mas também sobre quem deve determinar nossos direitos e deveres, e como deve fazê-lo. Esse fato é facilmente explicado se entendermos que os problemas morais surgidos em contextos jurídicos não dizem respeito somente a que direitos possuímos, mas também à forma como, dentro de uma dada comunidade, o poder e a autoridade são divididos. A teoria democrática oferece um bom exemplo da relação entre substância e escolha institucional: não é suficiente que um determinado sistema de distribuição de autoridade produza resultados justos, do ponto de vista do conteúdo da decisão. É necessário também que ele siga um procedimento que julgamos adequado, que reconheça, por exemplo, a autonomia dos indivíduos, que permita que todos possam influenciar na decisão e assim por diante. Um procedimento democrático, nessa perspectiva, é tão importante (ou moralmente relevante) quanto o conteúdo das decisões produzidas e tomadas na comunidade de acordo com aquele procedimento. Kyritsis elucida este ponto:

Os sistemas jurídicos com os quais estamos familiarizados não são apenas conjuntos de regras sobre o que os sujeitos jurídicos devem fazer. Em adição a isso (...) eles atribuem a certos órgãos o poder para tomar decisões que afetam os direitos e deveres dos sujeitos submetidos ao direito (...) A dimensão de design institucional refere-se aos tipos de consideração que justificam a atribuição de tal poder e, dessa forma, fornecem uma resposta à questão: quem é você para me dizer o que fazer? (...) Quando damos poder a uma instituição política para tomar uma decisão sobre o que devemos fazer, não nos preocupamos se aquela instituição irá fazer uma nova e distinta contribuição para o direito. Mas nós de fato nos preocupamos, por exemplo, se ela tem o pedigree correto e se ela seguiu os procedimentos corretos. Se isto for o caso, então, outras coisas permanecendo constantes, nós temos razão para acatá-la quando aquelas instituições nos dizem o que fazer⁵⁵⁵.

A ideia de escolhas e restrições institucionais explica por que o modelo coerentista consegue responder adequadamente ao argumento de Raz. O suposto caráter decisivo das escolhas legislativas representa um aspecto institucional importante da nossa prática jurídica: o fato de que valorizamos a atividade legislativa e que consideramos que ela é, no mais das vezes, decisiva. Mas isso é parte do que o modelo coerentista terá que explicar, e não o resultado da nossa explicação. De fato, nenhuma função-coerência pode chegar ao ponto de ignorar a importância central das autoridades legislativas. Entretanto, é possível que ela articule essa

⁵⁵⁵ KYRITSIS, Dimitrios. **Shared authority**: courts and legislatures in legal theory. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 71.

importância com outros elementos da prática e da argumentação jurídicas, já que o caráter decisivo dos atos de autoridade é, ele próprio, parte dessa prática.

Aqui é preciso lembrar que o conjunto das práticas jurídicas, ainda que não permitam determinar o modelo que estabelece o seu impacto para o conteúdo do direito, têm relevância para a sua identificação. Como nota Greenberg, existem pelo menos dois tipos de considerações relevantes na escolha ou identificação desse modelo⁵⁵⁶: considerações orientadas para o conteúdo e considerações orientadas para a prática. Assim, ainda que o modelo coerentista seja identificado com base em argumentação moral (esse é o argumento metodológico de Dworkin), a própria moral “dará um peso substantivo às considerações orientadas para a prática”⁵⁵⁷. Além disso, “as próprias práticas podem apoiar modelos que tornam o direito sensível às práticas”⁵⁵⁸. Isso significa que, além de a moral tornar relevantes os contornos da prática jurídica na determinação do conteúdo do direito, as próprias práticas, com suas peculiaridades, podem afastar a pertinência de alguns modelos que poderiam, em tese, produzir proposições jurídicas melhores do ponto de vista de uma moralidade ampla e irrestrita. Por fim, Greenberg observa que, ainda que dependamos de valores para a determinação do conteúdo do direito, esse papel dos valores “não envolve substituir as práticas jurídicas ou torná-las irrelevantes”⁵⁵⁹. O autor chama isso de *limitação da relevância*: os valores têm uma relevância limitada na determinação do conteúdo do direito. O modelo coerentista de Dworkin assume que a prática jurídica envolve escolhas institucionais nos moldes descritos acima (inclusive com doutrinas de precedentes e supremacia legislativa). Dessa forma, ela respeita a limitação da relevância. E, dada a impossibilidade de a prática determinar, sozinha, qual o modelo adequado para explicá-los – já que sempre podemos distorcer a prática para que ela se adeque ao nosso modelo – a limitação da relevância fornece uma constrição adequada para nossa construção teórica. O argumento de Raz falha, no final das contas, por ser essencialmente circular: a ideia do caráter decisivo dos atos das autoridades legislativas tanto explica quanto é explicada pelo modelo comunicacional. Ela não pode servir, sob pena de petição de princípio, como refutação a um modelo rival.

5.2. OS ERROS DA TESE DA INTENÇÃO AUTORITATIVA: PARA ALÉM DAS INTENÇÕES DAS AUTORIDADES

⁵⁵⁶ GREENBERG, How Facts Make Law... op. cit., p. 261.

⁵⁵⁷ *Idem.*

⁵⁵⁸ *Idem.*

⁵⁵⁹ *Idem.*

Os argumentos acima mostraram que um modelo coerentista é capaz de contornar a crítica de Raz baseada na importância das autoridades legislativas. Muito embora ele seja, no meu entender, um argumento sólido, ele é um argumento limitado. Sozinho, o argumento não oferece uma razão pela qual deveríamos aceitar o modelo coerentista, nem uma razão pela qual deveríamos rejeitar o modelo comunicacional. Ainda que a crítica anterior de Raz seja inadequada, é possível que outros argumentos sustentem a adequação do seu modelo comunicacional. Neste tópico, portanto, prosseguirei na análise dos argumentos de Raz para enfrentar outro elemento essencial de sua teoria: a tese da intenção autoritativa. Como vimos, nosso conceito de legislação exige, segundo Raz, que levemos em consideração as intenções das autoridades. Além disso, dado que, no modelo comunicacional, o direito é produto direto dos atos comunicacionais das autoridades, precisamos considerar suas intenções para identificar o conteúdo comunicacional (e jurídico) do que elas disseram ou fizeram. Se, no entanto, tivermos razões para rejeitar a tese da intenção autoritativa, teremos também razões para rejeitar o modelo comunicacional.

Lembremos do argumento central de Raz quanto ao papel das intenções das autoridades. De acordo com ele, o papel das intenções deriva de um traço marcante da prática jurídica: a ideia de atribuição de poderes legislativos a autoridades. Não faz sentido conferir poderes legislativos a alguém – esse é o argumento – a menos que as leis feitas por ele sejam as leis que ele tem a intenção de fazer⁵⁶⁰. Mas Raz não se limita a mostrar por que levar em consideração as intenções do legislador. Ele também argumenta em favor de uma concepção mínima de intenção legislativa, segundo a qual as autoridades têm a intenção de que o texto que estão votando torne-se lei, e que o seu conteúdo seja fixado de acordo com as convenções interpretativas vigentes na comunidade. Na medida em que o modelo comunicacional considera que o conteúdo do direito é o conteúdo comunicacional dos atos de autoridade, a tese da intenção autoritativa oferece uma explicação de como determinar o conteúdo comunicacional do que as autoridades fizeram e disseram.

É preciso notar a importância central, na arquitetura do argumento de Raz, desta observação. Para ele, um dos erros do modelo coerentista era não explicar o fato de que as autoridades criam intencionalmente o direito e que estão no controle das normas jurídicas por elas criadas. A tese da intenção procura capturar e explicar justamente esses aspectos da prática jurídica. Ela mostra como é possível identificar, sem intermediários explicativos, o conteúdo do direito criado pelas autoridades, o que é imprescindível para mantermos a ideia nuclear do

⁵⁶⁰ RAZ, *Between authority and interpretation...* op. cit., p. 274.

modelo comunicacional de que as autoridades criam direito pelo que dizem e fazem. Mas será que podemos sustentar esta tese?

Começemos com um exemplo clássico, utilizado por Raz em *Authority, Law, and Morality*. Imaginemos que os pais fundadores da Constituição proibiram “punições cruéis”. Suponhamos, ainda, que eles acreditavam que a prática de punição com chibatadas não era cruel, muito embora – essa é a terceira suposição – ela, de fato, seja cruel⁵⁶¹. “A visão correta não seria”, pergunta Raz, “a de que, ao fazer da crueldade uma referência de legalidade, os legisladores tinham a intenção de que seu próprio julgamento estivesse sujeito àquele critério, de modo que, não obstante acreditassem que chibatadas não fossem cruéis, eles expressaram a visão de que, se ela é cruel ela é ilegal?”⁵⁶². Raz recorre, neste ponto, à ideia de regras de interpretação, outro termo para o que chamei anteriormente de convenções interpretativas. E começa com uma observação: algumas vezes, por exemplo, afirmamos, sobre determinada pessoa, que “se ela soubesse que isso era cruel, não teria feito”. Outras vezes, afirmamos, ao contrário, que “ainda que ela soubesse que isso era cruel, encontraria alguma justificativa para fazer o que fez”. Raz utiliza esse exemplo para dizer que a forma como interpretamos os atos ou intenções de determinada pessoa dependem de várias circunstâncias. Não é uma necessidade lógica ou conceitual, no exemplo das punições cruéis, que os legisladores tinham a intenção de sujeitar sua própria concepção do que é ou não cruel a um critério moral sobre o que é a crueldade. O ponto importante é que a resposta para essas questões dependerá, segundo Raz, de “regras de interpretação”⁵⁶³ que variam de local para local. Serão essas regras que determinarão o conteúdo do direito criado por seus atos. “O único ponto que é essencial para a tese das fontes é que a natureza das regras de interpretação prevalecentes em um dado sistema jurídico, i.e., a natureza das regras para atribuição de intenções e diretivas às autoridades jurídicas, é uma questão de fato e não um problema moral”⁵⁶⁴. O exemplo da punição cruel nos mostra, portanto, que há uma dependência direta entre o conteúdo do direito criado pelas autoridades e regras (ou convenções) de interpretação existentes na comunidade.

Essa dependência, contudo, cria problemas insuperáveis para a tese de Raz acerca das intenções das autoridades. Para vermos o porquê, consideremos um segundo exemplo. Até o advento da Lei nº 13.654/2018, o Código Penal Brasileiro estabelecia uma causa de aumento de pena para o crime de roubo quando este fosse cometido com emprego de “arma”. O *caput*

⁵⁶¹ RAZ, *Ethics...* op. cit., p. 232.

⁵⁶² *Idem*.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 233.

⁵⁶⁴ *Idem*.

do art. 157 estabelecia como crime de roubo “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”, enquanto o §2º, inciso I, do mesmo artigo, estipulava que “a pena aumenta-se de um terço até metade (...) se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma”. O problema que surgiu, a partir desse dispositivo, foi o seguinte: deve-se aumentar a pena quando o crime de roubo é praticado utilizando arma *de brinquedo*? Diante dessa questão, a doutrina se dividiu. Alguns autores argumentaram que o uso de arma de brinquedo não tinha o condão de criar um perigo adicional à vítima pelo simples fato de que esse objeto não é um meio adequado para isso. Nesse argumento, o critério decisivo para a interpretação de causas de aumento de pena é a *ofensividade* da conduta⁵⁶⁵. Outros autores, no entanto, argumentavam que, do ponto de vista da vítima, não interessava se a arma era real ou de brinquedo. A causa de aumento de pena do art. 157, §2º, I, destinava-se a elevar a punição em razão de o criminoso infligir um maior temor na sua vítima. Para esta, o trauma do roubo é o mesmo, seja com armas reais seja com armas de brinquedo e, em ambos os casos, é maior do que se o criminoso não usasse arma alguma⁵⁶⁶.

Como podemos resolver essa disputa a partir da tese raziana da intenção? Lembremos que, para Raz, a intenção autoritativa é a intenção complexa das autoridades de que i) o texto sob votação torne-se lei e que ii) ele seja interpretado de acordo com as convenções interpretativas vigentes. Quando da promulgação do Código Penal, em 1940, as autoridades legislativas tinham a intenção de que o dispositivo do art. 157, §2º, I, do Código se tornasse lei e modificasse o direito do país; e tinham também a intenção de que o conteúdo comunicacional do seu texto fosse fixado de acordo com as convenções interpretativas (i.e., com a regra de interpretação) vigentes na comunidade *quando a norma foi promulgada*. Para respondermos, portanto, qual o conteúdo do direito criado pela promulgação do art. 157, §2º, I do Código Penal, basta identificarmos a convenção interpretativa vigente em 1940 sobre como textos como esse deveriam ser interpretados.

O problema é que a disputa acima, entre os partidários de uma interpretação mais restritiva e os partidários de uma interpretação mais ampliativa do texto, indica que *não existia convenção interpretativa* acerca deste assunto na época. Na verdade, os intérpretes estavam radicalmente divididos em dois campos distintos. Essa disputa não era apenas sobre qual seria o conteúdo da norma criada pelo texto do artigo, o que poderia pressupor um acordo sobre a

⁵⁶⁵ Cf., a título de exemplo, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 83.

⁵⁶⁶ Cf. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 58.

regra de interpretação, com mera divergência de aplicação ao caso concreto. A disputa era sobre a própria forma de interpretar o texto: se com base no critério da ofensividade inerente às causas de aumento de pena ou se com base no critério do agravamento da situação psicológica da vítima.

A intenção autoritativa refere-se tanto ao texto quanto à convenção interpretativa a partir da qual interpretá-lo. Mas o que fazer quando *não* há convenção interpretativa? Há duas possibilidades. Podemos concluir que, se não há uma regra sobre como interpretar aquele dispositivo, diante da vagueza inerente à linguagem, os juízes têm discricionariedade para decidir de uma forma ou de outra – há, portanto, uma lacuna no direito. A outra possibilidade é que a regra de interpretação da norma é aquela que as autoridades legislativas tinham a intenção que fosse aplicada, ainda que ela não seja a regra efetivamente vigente na comunidade. Vejamos cada uma dessas possibilidades, começando pela última. Se considerarmos que a saída para a divergência interpretativa é nos valermos da regra de interpretação que as autoridades *acreditavam* estar vigente, acabamos redundando na tese radical da interpretação. Na verdade, falar de regra de interpretação aqui seria um acréscimo inútil à afirmação de que o conteúdo do direito criado por aquele texto corresponde ao conteúdo das intenções dos legisladores. Os legisladores não pretendiam que o texto fosse interpretado de acordo com as regras vigentes: eles queriam que o texto fosse interpretado de acordo com uma regra *específica*, mesmo que ela não fosse vigente. O problema, novamente, é que isso exigiria que sondássemos as intenções reais de cada um dos legisladores que votaram na matéria, alternativa cujos problemas foram explorados por Raz e que a tese da intenção autoritativa procurava contornar⁵⁶⁷.

Consideramos, então, a outra possibilidade: a de que, diante da inexistência de uma convenção interpretativa no caso, o direito é indeterminado. O problema dessa alternativa é ainda mais grave. Raz baseava sua tese da intenção autoritativa na ideia de que os legisladores devem ter o poder de criar deliberadamente o direito. Era esse momento decisivo do ato de criação legislativa que a tese da intenção e o modelo comunicacional procuravam acomodar. Quando, no entanto, consideramos que a inexistência de convenções interpretativas implica indeterminação do direito, tiramos as autoridades do controle do significado jurídico dos seus próprios atos. Essa conclusão fica ainda mais clara quando consideramos uma variação do exemplo com o qual estamos lidando: imaginemos que as autoridades promulgaram o texto incluindo a causa de aumento de pena para o uso de “arma”, e acreditavam que a regra

⁵⁶⁷ A tese da legislação como ato de fala também incorre nos mesmos problemas, e os exploramos em detalhes em 3.5 e seguintes.

interpretativa vigente dava mais peso para o risco imposto à vítima. O problema é que, ao contrário do que acreditavam as autoridades que promulgaram a lei, a convenção interpretativa vigente à época - não só em relação à interpretação deste texto, mas de todos os outros envolvendo direito penal - exigia sempre a demonstração de efetiva *ofensividade* na conduta para fins de se justificar alguma pena mais severa. Nesse caso, temos, de fato, uma convenção interpretativa vigente. O problema é que as autoridades se enganaram quanto a ela. Elas acreditavam que a convenção vigente era *x* quando, na verdade, era *y*. Nessa situação, qual o conteúdo do direito derivado da promulgação do art. 157, §2º, I, do Código Penal?

Voltamos, mais uma vez, para o dilema. Ou a convenção relevante é aquela que as autoridades *acreditavam* estar vigente – situação na qual a referência a convenções torna-se inútil e voltamos para o problema da tese radical – ou as convenções interpretativas determinam o conteúdo do direito mesmo de forma incompatível com a intenção das autoridades, situação na qual elas deixam de modificar o direito de forma intencional e deliberada. Poderíamos contornar essa última alternativa supondo que as autoridades *sempre* conhecem as convenções interpretativas vigentes ou então que nunca as conhecem e, portanto, têm a intenção de que seus atos sejam interpretados da forma como ordinariamente são interpretados, independente de que forma seja esta. Essa são alternativas pouco plausíveis e acabam redundando nos mesmos problemas que já aponteí, com um adicional: no caso de terem a intenção apenas de que a convenção seja usada, sem que tenham conhecimento sobre essa convenção, redundaríamos na tese da intenção mínima de Gardner que, por ser tão mínima, acaba tornando-se irrelevante: as autoridades teriam apenas a intenção de que suas leis sejam interpretadas de algum modo, bastando, para tanto, que todos interpretem do mesmo jeito.

Consideremos novamente a possibilidade de que, em casos de desacordos sobre as regras de interpretação ou de divergência entre o conteúdo da regra interpretativa que as autoridades pretendiam que fosse aplicado e a regra interpretativa vigente na comunidade, há uma lacuna no direito e os juízes têm, portanto, discricionariedade. O problema dessa alternativa é que ela refuta o próprio argumento de Raz que motivou a tese da intenção e o modelo comunicacional. Se as autoridades tinham a intenção de que seu texto fosse interpretado de acordo com as regras interpretativas vigentes, mas não há qualquer acordo quanto a essas regras; e se, ainda, isso equivale a atribuir discricionariedade aos juízes, então as autoridades conferiram poderes discricionários aos juízes de forma *não intencional*. Elas tinham a intenção de criar um caso de direito determinado, mas criaram uma norma conferindo poderes legislativos intersticiais aos juízes. O problema é que se assumimos esta possibilidade de legislação não-intencional não temos razão para supor que a mesma situação não possa ocorrer

em outras ocasiões, o que refutaria o argumento de Raz baseado no conceito de atividade legislativa.

Os equívocos da tese da intenção se refletem, diretamente, no modelo comunicacional. Os argumentos acima apontaram situações em que um mesmo ato ou texto poderia ter diversos conteúdos comunicacionais possíveis, sem que tivéssemos um critério independente por meio do qual escolher algum deles. Essa exposição aponta, contudo, para um problema ainda mais fundamental: a inadequação do modelo comunicacional para explicar a natureza da argumentação jurídica. O debate sobre o sentido do art. 157, §2º, I, do Código Penal, não envolvia um debate sobre qual era a intenção concreta das autoridades que o promulgaram, ainda que o próprio dispositivo seja considerado produto de um ato intencional dos legisladores. Ele também não é um debate sobre qual era, de fato, a convenção interpretativa vigente à época da promulgação do Código – afinal, não existia convenção nesse sentido. As duas posições acerca da interpretação do termo “arma” oferecem argumentos baseados em princípios. Para um dos lados, a melhor leitura do dispositivo, à luz do conjunto de princípios mais gerais refletido no Código Penal, é aquela que dá mais peso para a exigência de ofensividade concreta das condutas penalmente tipificadas. De outro lado, os partidários da tese de que “arma” também inclui “arma de brinquedo” entendem que o objetivo das causas de aumento de pena, e das regras do Código Penal como um todo, é oferecer proteção às vítimas e punir mais severamente aqueles que as colocam em situação de grave trauma psicológico – mesmo sem risco efetivo de dano físico direto.

Ambos os lados do desacordo consideram que o ato de promulgação do Código foi um momento importante e até mesmo decisivo. As decisões das autoridades que o criaram impactaram, diretamente, na história institucional do país, no conjunto de materiais jurídicos e na posição normativa das pessoas encarregadas de aplicar o direito. Isso não significa, contudo, que elas estavam no pleno controle das normas que criaram e que o conteúdo dessas normas seja, necessariamente, aquele que elas tinham a intenção de criar. É possível, é claro, que a intenção dos legisladores – caso exista – seja relevante na determinação do conteúdo das normas. Mas isso não é um dado *a priori*: é resultado da melhor interpretação dos materiais jurídicos em questão. O peso que será dado a essas intenções é parte do conjunto de argumentos construídos com o fim de estabelecer o que o direito é. Essa leitura da disputa considera que o modelo coerentista, e não o modelo comunicacional, é o mais adequado para explicar a relação entre os fatos e as normas.

Raz ou outro partidário do modelo comunicacional poderiam, é claro, objetar que o que estou descrevendo como uma disputa interpretativa é, na verdade, um debate sobre como

modificar o direito. Mas isso apenas pressupõe a verdade do modelo comunicacional, que é o que está em jogo nessa discussão. A insistência na explicação do direito em termos de modelo comunicacional e na relevância teórica da tese da intenção sugere que Raz pretende entender o direito e analisar a argumentação jurídica a partir de conceitos *anteriores* e logicamente antecedentes a esta prática. É por isso que, a despeito de considerarmos mais razoável a interpretação coerentista da disputa sobre o significado de “arma”, Raz pode insistir que se trata, na verdade, de uma disputa sobre como exercer poderes legislativos limitados. Essa insistência aponta para um problema ainda mais profundo na teoria de Raz: a tentativa de ajustar a prática a um modelo que lhe é antecedente e relativamente independente. Explorarei esse argumento na seção seguinte.

5.3. CENTRALISMO, NÃO-CENTRALISMO E O MODELO COERENTISTA DE DIREITO

No tópico anterior procurei mostrar um erro central no argumento de Raz. Ao criticar sua tese da intenção autoritativa, tentei apontar falhas mais gerais na estrutura do seu argumento. Em especial, tentei mostrar, através de exemplos reais e hipotéticos, como o modelo comunicacional se ajusta mal à forma como os juristas interpretam e argumentam no direito. Raz acredita que é parte central da prática jurídica o fato de que consideramos que as autoridades têm o poder de modificar o direito de acordo com suas próprias intenções. Vimos, no entanto, que, ainda que seja verdade que, na argumentação jurídica, os juristas atribuem importância decisiva aos atos de autoridade, eles não se limitam a tentar identificar algum tipo especial de intenção dos legisladores. Raz, no entanto, pode objetar que esse fato ignora o nosso conceito de autoridade e legislação. Ele também pode argumentar que o que os juristas dizem que estão fazendo não corresponde ao que, de fato, estão fazendo. Quero, agora, enfrentar justamente essas objeções. Como veremos, elas apontam para um erro filosófico importante no argumento de Raz.

Um dos argumentos centrais de Raz é que, dada a multiplicidade de atores e o longo tempo de interação entre eles, não devemos esperar que o direito produzido pelas autoridades seja coerente. Além disso, na medida em que consideramos que as autoridades devem ter o poder de criar o direito de acordo com suas intenções, também não é razoável imaginar que haverá coerência nas normas por elas criadas. Assim, uma vez que o direito deve ser visto “como um sistema baseado em autoridade, seu conteúdo deve ser determinado por referência

às intenções das autoridades jurídicas e suas razões”⁵⁶⁸. Esse fato, combinado com os “caprichos da política, incluindo (...) o envolvimento judicial na política”, levam à conclusão de que “não há razão para esperar que o direito seja coerente”⁵⁶⁹. Um modelo que negue as variabilidades da política, a existência de acordos, compromissos, lobby e comportamento estratégico, é um modelo ingênuo e irreal de direito. Mas o modelo coerentista não nega esse fato. Muito embora reconheça que os caprichos da política não refutam, por si só, o modelo coerentista, Raz insiste que a multiplicidade de intenções dos legisladores, a relação entre diversas autoridades ao longo do tempo e o conflito existente entre elas, não nos permitem esperar coerência do direito. Esse argumento, no entanto, *pressupõe* a validade do modelo comunicacional. As intenções contraditórias dos legisladores só produzirão um direito incoerente se pressupormos que as decisões que refletem essas intenções criam, diretamente, normas jurídicas válidas. Mas este é, justamente, o ponto controverso do debate, e não podemos pressupor, mesmo indiretamente, a adequação do modelo comunicacional para refutar o modelo coerentista.

Na verdade, se considerarmos que o argumento da incoerência da política não funciona, por si só, como um argumento contra o modelo coerentista, só nos resta, do argumento de Raz, seu argumento sobre o papel das autoridades e a necessidade de levarmos em consideração suas intenções: esse é o pressuposto para que a multiplicidade de intenções conflitantes torne inadequado o modelo coerentista. Esse argumento, no entanto, possui diversas falhas, que tentei mostrar no tópico anterior. Mas Raz pode não se convencer daquele argumento, e insistir que ele distorce o papel das autoridades, além de tomar, pelo valor de face, o discurso dos juristas. Ele pode insistir que o modelo comunicacional se ajusta ao nosso conceito de autoridade e de legislação, e afirmar que, nos exemplos que considere, os juristas estavam mascarando, sob a roupagem da argumentação substantiva, formas de modificar e criar direito. Neste ponto, inclusive, Raz pode mobilizar seu conceito de interpretação *inovadora* para afirmar que, ainda que os juristas apresentem seus argumentos como exemplos de interpretação das fontes, eles estão alterando o direito ao alterarem o seu significado.

Mas essa é uma opção viável, do ponto de vista teórico, para defender o modelo comunicacional? O problema dessa alternativa é que ela sugere que os conceitos de “legislação” e de “autoridade” possuem alguma forma de prioridade explicativa em relação ao conceito de direito. Definimos o que são autoridades e o que significa “legislar”: com base nisso, definimos

⁵⁶⁸ RAZ, Ethics... op. cit., p. 300.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

qual o modelo que explica a relação entre as fontes e o conteúdo do direito. No argumento de Raz, ainda que esses conceitos possuam uma íntima relação com nossas práticas sociais – inclusive nossas práticas jurídicas – eles fornecem os meios pelos quais entender essa prática. A argumentação jurídica, de fato, atribui um peso considerável às escolhas das autoridades. Mas ela também vai além dessas escolhas, não se limita às intenções dos legisladores e avança em discussões substantivas sobre, por exemplo, os princípios que melhor justificam o direito sobre as causas de aumento de pena. Raz, no entanto, toma apenas um desses elementos – o caráter decisivo das escolhas das autoridades, e o conceito de legislação – para analisar o restante da prática, e discriminá-lo como parte integrante do direito ou não. Tanto é assim que Raz introduz uma distinção conceitual entre modalidades de interpretação – conservadoras e inovadoras – para dar conta da prática sem precisar abandonar o seu esquema teórico. Assim, Raz reconhece que, na prática, os juristas interpretam as fontes do direito com base em critérios morais (como equidade e justiça) e que não se limitam ao conteúdo fixado a partir da tese da intenção autoritativa. Contudo, tais casos são explicados como exemplos de modificação do direito existente pois precisamos manter as bases do modelo comunicacional.

Essa saída revela que o argumento de Raz atribui um papel central, em relação ao conceito de direito, ao conceito de autoridade (inclusive, o de autoridade legislativa). Utilizo a ideia de “papel central” no sentido técnico que S. L. Hurley atribui à ideia de *centralismo*. Hurley parte de uma ideia comum entre teorias éticas para construir as categorias do *centralismo* e *não-centralismo*. Segundo ela, “uma característica comum a muitas explicações filosóficas de conceitos éticos é que os conceitos gerais, tais como *certo*[*right*] e *dever*[*ought*], são tidos como conceitualmente antecedentes aos conceitos específicos, como *justo* e *gentil*”⁵⁷⁰. Isso quer dizer que entendemos estes últimos conceitos a partir dos conceitos anteriores. Uma explicação centralista, portanto, é aquela que “toma os conceitos gerais em alguma categoria como conceitualmente anteriores a, e independentes dos, [conceitos] específicos”⁵⁷¹, que devem ser entendidos, portanto, nos termos dos conceitos gerais. Ao centralismo, Hurley opõe explicações *não-centralistas* sobre razões para ação. Ao contrário do centralismo,

o *não-centralismo* sobre razões para ação rejeita a visão de que os conceitos gerais, como *correto* ou *dever*, são conceitualmente anteriores a, e independentes dos, conceitos específicos que oferecem razões, tais como justo e gentil. Ao invés disso, ele pode tomar a identificação de valores específicos discretos, tais como justiça ou gentileza, como um ponto de partida, sujeito à

⁵⁷⁰ HURLEY, S. L. **Natural reasons: personality and polity**. New York: Oxford University Press, 1989, p. 11.

⁵⁷¹ *Ibid.*

revisão, e dar uma explicação sobre as relações de interdependência entre os conceitos gerais e os conceitos específicos⁵⁷².

Uma abordagem não-centralista, portanto, constrói sua explicação de um determinado conceito geral a partir da forma como, na prática, conceitos mais específicos e relacionados a ele são utilizados. Ao invés de partir de uma definição anterior da qual as demais são deduzidas por derivação, partimos da própria prática para chegar à explicação do conceito geral. Hurley observa que teorias coerentistas são exemplos de não-centralismo. Para uma teoria coerentista sobre razões para ação, “dizer que um ato deve ser feito é dizer que ele é favorecido pela teoria, qualquer que seja ela, que oferece a melhor explicação das relações entre os valores específicos que se aplicam às alternativas em questão”⁵⁷³. Precisamos observar a prática e identificar a teoria que melhor explica a relação entre seus diversos elementos. Uma posição centralista, ao contrário, *parte* de um determinado conceito (cujo sentido pode ser fixado por práticas sociais) para entender os demais conceitos específicos utilizados naquela mesma prática. Uma explicação centralista do direito poderia, por exemplo, sustentar que o conceito de direito (ou de autoridade) é anterior e independente de conceitos jurídicos específicos e princípios associados a ele, tal como determinado por várias práticas jurídicas específicas. “Uma explicação centralista de um conceito jurídico como *contrato*”, escreve Hurley, “iria representar seu *status* como fornecendo uma razão para uma decisão jurídica de uma forma ou de outra nos termos de um conceito geral de direito, que é anterior e independente de conceitos jurídicos específicos”⁵⁷⁴.

Para mostrar a importância do conceito, no entanto, Hurley explora um outro exemplo de centralismo, a partir do qual generaliza sua conclusão sobre os equívocos de explicações centralistas. No raciocínio lógico, consideramos que uma inferência válida preserva a verdade na passagem das premissas para a conclusão: se as premissas forem verdadeiras, a conclusão também o será. Há, no entanto, várias formas de inferências lógicas válidas, como *modus ponens*, *modus tollens*, *terceiro excluído* etc. Uma explicação centralista da lógica tomaria o conceito de validade e de preservação-de-verdade [*truth-preservingness*] como “anteriores e independentes de caracterizações lógicas específicas de inferências tais como ‘... é um caso de *modus ponens*’⁵⁷⁵, de modo que considerariamos que uma inferência é um caso de *modus ponens* se ela satisfizer nossa regra para o uso do *modus ponens*, a qual, por sua vez, deriva do

⁵⁷² HURLEY, *Natural reasons...* op. cit.

⁵⁷³ *Idem*.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 16.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 18.

nosso conceito de validade lógica. Para Hurley, no entanto, o centralismo lógico é uma posição filosoficamente inadequada. E, neste ponto, ela segue diretamente os trabalhos de Wittgenstein e sua ideia de que os significados são determinados pelas práticas. Hurley cita o trecho de Wittgenstein, nos seus *Remarks on the Foundations of Mathematics*, em que o filósofo escreve:

Os passos que não são colocados em questão são inferências lógicas. Mas a razão pela qual eles não são colocados em questão não é que eles ‘certamente correspondem à verdade’ - ou algo do tipo - não, é apenas isso que é chamado de ‘pensar’, ‘falar’, ‘inferir’, ‘argumentar’. Não há nenhuma questão aqui de algum tipo de correspondência entre o que é dito e a realidade: ao invés disso, a lógica é antecedente a qualquer tipo de correspondência; no mesmo sentido, isto é, no qual o estabelecimento de um método de medição é antecedente a correção ou incorreção de uma afirmação de tamanho⁵⁷⁶.

Não há um conceito de verdade ou de validade lógica independente das inferências lógicas que fazemos. É a nossa prática de não colocar em questão certos tipos de inferência - e não a correspondência com alguma verdade ou regra anterior - que explica porque elas são inferências válidas. Hurley cita esse argumento de Wittgenstein - que Crispin Wright chamou de doutrina da antecedência da lógica e da matemática sobre a verdade - para ilustrar uma posição mais geral do filósofo austríaco. Segundo ela, “Wittgenstein não restringe a visão de que as práticas determinam o significado aos significados de conceitos lógicos e matemáticos; de fato, a visão se estende aos conteúdos em geral”⁵⁷⁷. E que visão é essa? Para Hurley, “é a visão de que as práticas determinam conteúdo” e que isso “não admite nenhum resíduo ou folga no qual uma prática pode ser desafiada ou justificada apenas por aplicações do próprio conceito cujo conteúdo ela determina”⁵⁷⁸. E prossegue:

Nesta visão geral não-centralista, não faz sentido supor que há algum critério para usar uma expressão da mesma forma que é independente das nossas várias formas específicas de seguir adiante em ambientes particulares, algum padrão de significar a mesma coisa que é independente das nossas práticas emaranhadas de contexto e ao qual elas esforçam-se por se conformar⁵⁷⁹.

O argumento de Hurley é que a dependência essencial do significado em relação às práticas não nos permite justificar ou desafiar uma prática a partir de um conceito que ela própria determina. Isso não significa que o conceito seja um mero *reflexo* da prática, uma espécie de mapa que leve em consideração cada um dos aspectos individuais e discretos do seu

⁵⁷⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig *et al.* **Remarks on the foundations of mathematics**. 3d ed., rev. Oxford [Eng.]: B. Blackwell, 2001, p. I.156.

⁵⁷⁷ HURLEY, **Natural Reasons**... op. cit., p. 19.

⁵⁷⁸ *Idem.*

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 19-20.

objeto. O argumento de Hurley, ao contrário, é que nossa explicação é produto de uma teoria que explique as diversas relações e aplicações mais específicas dos elementos e conceitos que compõem essa prática. Não há um conceito-geral, exterior, antecedente ou independente das práticas a partir do qual julgá-la. Nós explicamos nosso conceito justamente explicando, por meio da nossa melhor teoria, as práticas que constituem o seu significado. Dworkin ofereceu um argumento similar a este quando criticou o que chamou de *arquimedianoismo*, a ideia de que seria possível “ficar fora de um corpo completo de crença, e julgá-lo, como um todo, a partir de premissas e atitudes que não devem nada a ele”⁵⁸⁰. Não temos à nossa disposição esse ponto de vista privilegiado e, portanto, não podemos definir, de fora, os critérios a partir dos quais julgar e avaliar a própria prática. Explicarei este ponto, em mais detalhes, no tópico seguinte.

Em que medida as noções de centralismo, não-centralismo e a dependência do significado jurídico nas práticas jurídicas nos permitem responder às objeções de Raz? Argumentei anteriormente que a resposta de Raz ao modelo coerentista depende, em última instância, do seu argumento do caráter decisivo dos atos de autoridade. De acordo com ele, nossos conceitos de autoridade e de legislação exigem que as autoridades criem deliberadamente direito e que controlem o significado do direito que criam. Mas a partir de onde Raz concluiu que as autoridades possuem a importância que eles as atribui? A única alternativa possível é que essa importância é parte da prática jurídica e se revela na forma como os juristas argumentam e interpretam o direito. Raz não acredita que seus conceitos centrais existam num mundo metafisicamente independente de nossas práticas. Ao contrário: é um elemento central do que fazemos, quando discutimos e argumentamos sobre o que o direito exige, que importa decisivamente o que as autoridades legislativas fizeram e disseram.

A prática jurídica, contudo, possui outros elementos que nossas teorias também precisam explicar. O exemplo do conceito de *arma* no Código Penal Brasileiro ilustra um conjunto familiar de argumentos jurídicos que não envolvem recurso a intenções do legislador ou identificação de convenções interpretativas vigentes à época da promulgação da lei. Mas há muitos outros. Bobbitt, por exemplo, lista *cinco* tipos de argumentos utilizados na argumentação constitucional americana que extrapolam, e muito, a forma argumentativa sugerida pelo modelo comunicacional. Segundo a tipologia de Bobbitt, teríamos: i) argumentos históricos, que utilizam as intenções dos redatores e das pessoas que adotaram a constituição; ii) argumentos textuais, que levam em conta o significado atual das palavras; iii) argumentos

⁵⁸⁰ DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: You'd better believe it. *Philosophy & Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87–139, 1996, p. 88.

estruturais, que afirmam que uma princípio ou norma está implícito “nas estruturas de governo e nas relações que são criadas pela Constituição entre cidadãos e governantes”⁵⁸¹; iv) argumentos prudenciais, que utilizam o conhecimento e sabedoria prática do Tribunal para decidir um determinado caso; v) argumentos doutrinários, que afirmam que princípios derivam de precedentes ou de comentários judiciais ou acadêmicos sobre precedentes⁵⁸². Bobbitt acrescenta à sua lista, ainda, um sexto tipo de argumento: argumentos éticos, “cuja força repousa na caracterização das instituições americanas e do papel, dentro delas, do povo americano”⁵⁸³. Essa não é uma tipologia exaustiva. Poderíamos listar, ainda, argumentos morais, os quais se referem aos princípios que foram incorporados à Constituição Americana através das suas cláusulas de direitos⁵⁸⁴.

Por que, diante de uma prática que envolve formas tão diversas e complexas de argumentação, Joseph Raz concentra-se, tão somente, em uma delas? Encontramos na argumentação jurídica referências constantes ao papel das autoridades e suas intenções. A força gravitacional das fontes do direito - isto é, o fato de que os juristas recorrem a elas, mesmo em casos aparentemente não cobertos pela literalidade do seu conteúdo - sugere a centralidade das decisões das autoridades na prática jurídica. Disso não se segue que, ao utilizar formas de argumentação distintas do recurso às intenções do legislador ou às convenções interpretativas vigentes à época da promulgação de uma lei, o intérprete esteja indo além do direito ou criando direito novo. E uma razão para essa afirmação é que não é assim que os juristas encaram e descrevem sua própria prática. Os doutrinadores que interpretavam o art. 157, §2º, I, do Código Penal não acreditavam estar oferecendo propostas de modificação ou desenvolvimento do direito: eles estavam simplesmente afirmando o que o direito era.

Raz pode dizer que, no caso acima, os juristas estão criando ou propondo criar direito novo, já que o direito se resume àquilo que as autoridades disseram de acordo com as convenções interpretativas que elas tinham a intenção de que fossem utilizadas para fixar o conteúdo do seu pronunciamento. Mas por que ignorar aqueles elementos da prática em nome dessa concepção de direito? Raz pode afirmar que consideramos o papel das autoridades um dos aspectos centrais da prática. Todavia, há outros elementos, igualmente importantes, que

⁵⁸¹ BOBBITT, Philip. **Constitutional fate: theory of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 1984, p. 7.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 7–8.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁸⁴ Esta ideia foi desenvolvida por Dworkin através do seu conceito de leitura moral da Constituição. Cf. DWORKIN, Ronald W. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Reprint. Oxford: Oxford Univ. Press, 2005, p. 1–38.

também entendemos ser essenciais ao direito. Qual a razão de darmos mais peso a um do que a outros? Raz parece estar comprometido com a ideia de que a autoridade tem mais centralidade porque o *modelo comunicacional* dá mais centralidade a esse aspecto da prática jurídica. Isso, no entanto, redundava novamente num argumento centralista: o modelo é fixado de maneira anterior e independente das práticas, e utilizado para criticar e discriminar que aspectos da prática são ou não relevantes. Mais uma vez, Raz poderia objetar que isso é uma distorção do seu argumento, e que, na verdade, é o fato de, na prática jurídica, considerarmos que o direito é produto de atos intencionais de autoridade que explica a adequação do modelo. Essa resposta, no entanto, tem diversos problemas. O primeiro é que, na teoria de Dworkin, o direito também é produto de atos intencionais de autoridade, ainda que ele não seja, necessariamente, resultado *direto* desses atos. O segundo problema, no entanto, é que essa resposta envolve uma petição de princípio: de fato, na prática jurídica consideramos que o direito é uma função de atos intencionais de autoridades. Mas também consideramos que o direito pode ir além desses atos e que também inclui considerações substantivas que as autoridades não tinham intenção que se tornasse direito pelo simples motivo de que não haviam pensado no assunto. Temos razões para supor que esses elementos não fazem parte do direito? Tudo depende de qual modelo adotamos para explicar a relação entre os fatos e o conteúdo do direito. Mas se isso é assim, não podemos usar um desses elementos para decidir entre um ou outro modelo.

Afirmar que o caráter decisivo das autoridades é um aspecto mais importante da prática jurídica implica considerá-lo um elemento *fundacional* dessa prática. O problema, como bem apontou Greenberg, é como explicar que as próprias práticas tornem esse elemento particular um elemento fundacional. O autor cita um exemplo: “o fato de que uma decisão judicial estabelece que apenas as razões necessárias à decisão do caso contribuem para o conteúdo do direito não pode determinar que isso é uma explicação correta da contribuição das decisões judiciais ao conteúdo do direito”⁵⁸⁵. A razão é que “algo deve determinar que a decisão judicial em questão é relevante e supera outras práticas conflitantes”⁵⁸⁶. Portanto, “uma prática putativamente fundacional não pode, sem incorrer em petição de princípio, fornecer a razão pela qual é fundacional”⁵⁸⁷. Se a prática inclui tanto considerações baseadas em autoridade quanto considerações substantivas, e utilizamos as primeiras para defender um modelo que exclui, como não-jurídicas, as segundas, estamos, na verdade, argumentando de forma circular:

⁵⁸⁵ GREENBERG, How Facts Make Law... op. cit., p. 247.

⁵⁸⁶ *Idem.*

⁵⁸⁷ *Idem.*

o modelo comunicacional é correto porque ele explica corretamente uma parte da prática que ele próprio torna correta.

Além de tudo, essas considerações nos mostram, ainda, que não faz sentido afirmar que, ao recorrer a padrões morais como se estivessem identificando o direito, os juristas estão, na verdade, “escondendo” o fato de que o estão modificando. Com efeito, é na prática jurídica de produção de argumentos que Raz identifica o papel decisivo das autoridades. Mas por que supor que apenas essa parte do discurso jurídico é verdadeira, enquanto as demais são uma ilusão ou uma máscara? Raz parece ter um critério independente pelo qual fixar que partes do discurso jurídico são autênticas e que partes não são autênticas. Esse critério só pode ser retirado de uma explicação centralista do direito, e já vimos que este tipo de explicação incorre em graves erros filosóficos.

Mas em que medida esse argumento apoia o modelo coerentista contra o modelo comunicacional? O modelo coerentista sugere que o direito é resultado dos princípios que melhor justificam e se ajustam ao conjunto de materiais jurídicos de uma determinada comunidade. Ele é uma forma de coerentismo na medida em que procura oferecer uma *teoria* sobre como os diversos elementos da nossa prática jurídica se relacionam para produzir direitos e obrigações. Ao invés de se apoiar - com base em critérios centralistas - numa parte fundacional da prática para analisar as demais, o modelo coerentista procura integrar os diversos elementos da prática, inclusive aqueles que o teórico considera, inicialmente, conflitantes. Ao contrário do que sugere Raz, o modelo coerentista não rejeita a existência de inconsistências no direito ou entre atos de autoridade. O que o modelo sugere é que, para determinarmos os direitos e obrigações criados por aqueles atos inconsistentes, devemos procurar a teoria que oferece a melhor “explicação das relações entre várias razões específicas que se aplicam às alternativas em questão”⁵⁸⁸. O modelo da integridade é, para Dworkin, essa teoria. Mas, ainda que rejeitemos a versão específica da função-coerência proposta por Dworkin, não temos alternativa a não ser procurar a teoria que coloca os diversos elementos dessa prática na sua melhor luz.

5.4. O MODELO COMUNICACIONAL COMO UM MODELO ARQUIMEDIANO DE DIREITO

Mencionei acima que Dworkin apresenta um argumento similar ao de Hurley em defesa do não-centralismo. Na teoria de Dworkin, a ideia de que há um ponto de vista externo

⁵⁸⁸ HURLEY, S. L. Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, n. 2, p. 221–251, 1990, p. 223.

às nossas práticas a partir do qual podemos julgá-las de fora e traçar distinções conceituais que lhe são estranhas é chamada de arquimedianismo. Ronaldo Porto Macedo Junior observa que, nos trabalhos do final do século XX, a crítica metodológica de Dworkin estava centrada justamente nesta ideia⁵⁸⁹. Se tomarmos a categorização de Raz das fases do pensamento dworkinianos (que vimos em 2.2.3) juntamente com essa observação de Macedo Junior podemos concluir que a rejeição do modelo comunicacional por Dworkin associa-se a sua rejeição do arquimedianismo. A razão é simples: o modelo comunicacional é, em sua essência, uma forma de arquimedianismo. Precisamos, portanto, compreender em detalhes o conceito de arquimedianismo e como sua rejeição resulta, também, numa rejeição do modelo que, nesta tese, foi ilustrado pelas teorias de Marmor e Raz.

Tomemos, como ponto de partida, a distinção entre interpretações conservadoras e inovadoras, proposta por Raz para explicar o caráter interpretativo do direito e como, na prática jurídica, as interpretações não se resumem a identificar as intenções do legislador ou um significado convencional das diretivas jurídicas. Raz precisava explicar, dentro do seu esquema teórico centrado na tese da autoridade, como podemos ao mesmo tempo reconhecer a natureza essencialmente interpretativa da prática jurídica e o fato de que os limites do direito são dados pela tese das fontes e pelo modelo comunicacional. Na prática, o problema que Raz precisava responder era: como compatibilizar a verdade do modelo comunicacional com o fato de que os juristas mobilizam argumentos que não se limitam àqueles destinados a identificar o que foi dito ou comunicado por uma autoridade? Sua solução para esse problema foi propor uma distinção radical entre modalidades interpretativas, na qual uma delas produz uma modificação do direito. Interpretações inovadoras não estabelecem o que o direito é, mas alteram o conteúdo do direito (o qual só pode ser identificado por meio de interpretações conservadoras).

A ideia de um ponto de vista “arquimediano” fora das nossas práticas interpretativas aparece em *Law's Empire* no capítulo sobre conceitos interpretativos. Na passagem em que o termo aparece, Dworkin discute a tese da interpretação de obras de arte que sustenta que os intérpretes devem resgatar as intenções do seu autor. Dworkin argumentava, na ocasião, que a tese das intenções deve ser entendida como uma teoria interpretativa, baseada em uma certa concepção sobre o valor e o propósito da arte, e não como uma tese metafísica acerca da relação entre intenções do autor e a obra por ele produzida. Isso não significava, contudo, que os intérpretes tivessem em mente que, ao interpretarem uma obra de arte, estavam colocando-a sob sua melhor luz ou conscientemente usando o método de interpretação construtiva. Para

⁵⁸⁹ MACEDO JUNIOR, **Do Xadrez à Cortesia...** op. cit., p. 197.

Dworkin, é suficiente que, “nas circunstâncias críticas usuais, nós possamos atribuir tal visão [ao intérprete], se quisermos compreender suas afirmações como interpretativas ao invés, por exemplo, de jocosas ou enganosas”⁵⁹⁰. Na passagem seguinte, Dworkin afirma: “eu não nego o que é óbvio, que intérpretes pensam dentro de uma tradição de interpretação da qual eles não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um *ponto Arquimediano*, nem isso é sugerido na ideia de que a interpretação busca tornar o que é interpretado o melhor que ele possa parecer”⁵⁹¹. O ponto de vista Arquimediano representava, portanto, a ideia de um ponto de vista externo às práticas interpretativas e que ofereceria, de fora dessa prática, um critério independente para avaliá-la, criticá-la ou conceitualizá-la.

É em *Objectivity and Truth: You'd better believe it* que Dworkin articula, de forma mais detalhada, a ideia de arquimediano e os seus problemas. Neste artigo, Dworkin apresenta a posição arquimediana como sendo aquela defendida por teóricos que “pretendem ficar fora de um corpo amplo de crença, e julgá-lo, como um todo, a partir de premissas ou atitudes que não dependem dele de forma alguma”⁵⁹². Esta posição pode ser entendida de forma abrangente – o que incluiria, até mesmo, o domínio das ciências naturais – ou limitada (o termo que Dworkin utiliza é “seletiva”). Na versão limitada ou seletiva – que é a que interessa a Dworkin – os arquimedianos sustentam a possibilidade de se colocar de fora do domínio avaliativo e julgá-lo a partir desta posição externa, seja para declararem a total impossibilidade de objetividade no domínio do valor (posição que Dworkin chama de ceticismo externo⁵⁹³), seja para afirmar que sua objetividade depende de fatos que não são, em si mesmos, avaliativos. “O arquimediano”, escreve Ronaldo Macedo, “traduz [a] exigência por um ponto de apoio externo, sem o qual se afirma não ser possível o conhecimento objetivo”⁵⁹⁴.

O ceticismo externo é o principal alvo de Dworkin nesta fase de seu pensamento. Os céticos externos partem de uma distinção entre dois tipos de proposições: proposições *internas* – que se referem a nossos julgamentos morais substantivos (por exemplo, de que a escravidão é errada, ou que o genocídio é uma aberração moral) – e proposições *externas* – que se referem ao que tornaria cada uma dessas proposições verdadeira ou falsa. Quando afirmamos que a escravidão é imoral e que essa é uma afirmação objetiva sobre o valor moral da prática,

⁵⁹⁰ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 61.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 61–62.

⁵⁹² DWORKIN, *Objectivity and truth*... op. cit., p. 88.

⁵⁹³ *Ibid.*; DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 9-ss.

⁵⁹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **O direito em desacordo**: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 98.

independente das opiniões das pessoas a seu respeito, estamos fazendo uma proposição interna (sobre a imoralidade da escravidão) e uma proposição externa (sobre o caráter objetivo do nosso julgamento, e o fato de que ele não depende das opiniões das pessoas a respeito disso). Os cétricos externos não exigem que as pessoas mudem suas proposições morais internas, mas apenas que revisem as proposições externas: podemos ainda dizer que a escravidão é errada, mas não podemos dizer que ela é “objetivamente” errada, pois não há uma proposição externa que explique essa objetividade⁵⁹⁵. É por esta razão que o ceticismo externo deve ser considerado uma teoria metafísica, e não uma posição interpretativa ou moral⁵⁹⁶. “O cético externo não questiona nenhuma afirmação moral ou interpretativa particular [...] Sua teoria, ao invés disso, é uma teoria de segunda ordem sobre o estatuto ou classificação filosófica dessas afirmações”⁵⁹⁷. Assim, é dado ao cético externo criticar, avaliar e, sobretudo, realizar distinções conceituais que, do ponto de vista das proposições internas ou de primeira ordem, não seriam reconhecidas pelos membros de uma determinada comunidade que possui uma prática avaliativa.

Embora a preocupação imediata de Dworkin seja refutar o ceticismo externo, sua preocupação mais geral é com o *tipo* de teoria que os cétricos externos sustentam. O ceticismo externo representa uma versão radicalmente cética de uma posição filosófica mais geral – o arquimedianismo – que sustenta tanto uma distinção gramatical entre afirmações de primeira ordem e afirmações de segunda ordem, quanto a possibilidade de examinar uma prática social avaliativa a partir de um ponto de vista externo a essa prática. Em *Justice in Robes*, Dworkin definiu o arquimedianismo da seguinte maneira:

Áreas especializadas da filosofia como a metaética e a filosofia do direito florescem, cada uma supostamente sobre, mas sem participar em, algum tipo ou departamento particular de prática social. Os filósofos olham, de cima e de fora, para a moral, a política, o direito, a ciência e a arte. Eles distinguem o discurso de primeira-ordem da prática que eles estudam – o discurso de não-filósofos refletindo e argumentando sobre o que é correto ou errado, legal ou ilegal, verdadeiro ou falso, bonito ou mundano – de suas próprias plataformas de segunda-ordem de “meta” discurso, no qual os conceitos de primeira ordem são definidos e explorados, e as afirmações de primeira ordem são classificadas e colocadas em categorias filosóficas⁵⁹⁸.

Filósofos engajados em metaética, por exemplo, afirmam quem alguns dos juízos valorativos que fazemos (que o aborto é certo ou errado; que a escravidão é imoral ou que

⁵⁹⁵ DWORKIN, Objectivity and truth: You’d better believe it, p. 93–94.

⁵⁹⁶ DWORKIN. *Law’s empire*... op. cit., p. 79.

⁵⁹⁷ *Idem*.

⁵⁹⁸ DWORKIN, *Justice in robes*... op. cit., p. 141.

pessoas do mesmo sexo tem o direito moral de se casarem) são verdadeiros ou falsos, e o que torna um desses juízos verdadeiro (caso algum deles, de fato, seja) é que eles “relatam algum fato moral independente das nossas mentes”⁵⁹⁹. Outros teóricos afirmam, por seu turno, que não há um fato desse tipo, e que nossos juízos valorativos nada mais são do que expressões de emoções subjetivas: quando dizemos que algo é imoral estamos apenas expressando nosso sentimento de repulsa ao objeto de nossa aparente avaliação. O ceticismo externo é uma teoria desse tipo: ele sustenta que nossos juízos de primeira ordem (por exemplo, que a escravidão é errada) não são objetivos porque não há um fato independente da mente que os torna objetivos: ou eles expressam sentimentos e desejos, ou eles não fazem sentido. Em todos os casos, porém, o ponto relevante é que nenhum dos teóricos considera que sua própria teoria é, ela mesma, um julgamento moral: elas são teorias *sobre* os juízos morais que as pessoas fazem, mas não consistem, em si mesmas, em avaliações morais substantivas sobre situações reais e concretas. Afirmar que o aborto é imoral é uma afirmação moral substantiva; afirmar que a proposição ‘o aborto é imoral’ é verdadeira em função de *p* é uma afirmação de segunda ordem: externa e feita a partir de um ponto arquimediano.

Em que medida o arquimediano ilumina o debate sobre o modelo comunicacional, em geral, e sobre a teoria de Raz, em particular? Tomemos, mais uma vez, a distinção raziana entre interpretações conservadoras e inovadoras que analisamos anteriormente. Raz introduziu a distinção com um duplo objetivo: o primeiro deles era, sob o ponto de vista descritivo, explicar como o caráter interpretativo do direito se expressa na prática e quais as razões são mobilizadas para justificar determinadas interpretações das fontes do direito. Juristas não mobilizam apenas razões baseadas em autoridade para interpretar as fontes jurídicas: eles também utilizam razões relacionadas à equidade ou à necessidade de desenvolvimento do direito. Ainda assim – e este era o segundo objetivo da distinção – é necessário distinguir, conceitualmente, modos de interpretação que identificam o direito existente daqueles que modificam o conteúdo do direito. O critério distintivo, nesse caso, é dado pela tese das fontes, entendida pelo prisma do modelo comunicacional: as interpretações das fontes do direito que não são orientadas pelo objetivo de resgatar o conteúdo comunicado pelas autoridades, ainda que possam ser consideradas “boas” interpretações, devem ser vistas como atos que modificam o direito. A razão disso é simples: na medida em que elas identificam um sentido que não era o que as autoridades tinham em mente quando promulgaram uma lei, e na medida que este último sentido fixa o conteúdo do

⁵⁹⁹ DWORKIN, *Justice in robes...* op. cit., p. 142.

direito, interpretações que identifiquem um sentido diverso são interpretações inovadoras que alteram o conteúdo atual do direito existente.

A distinção entre interpretações conservadoras e inovadoras é uma distinção *conceitual*: ela não reflete a forma como os juristas que interpretam o direito veem os seus próprios argumentos, e também não se refere a uma distinção normativa sobre como o direito deve ser interpretado. Embora apenas as interpretações conservadoras afirmem o conteúdo do direito, os juízes não raro estão autorizados e legitimados a recorrer a interpretações inovadoras. Raz não supõe que tudo os que os tribunais fazem é interpretar o direito de modo conservador, e nem que eles só estão legitimados a interpretá-lo desta forma (embora, na prática, interpretem de outras). Para ele, ao contrário, “os Tribunais podem desenvolver o direito mesmo quando ele é determinado. Eles podem simplesmente modificá-lo, e frequentemente fazem isso”⁶⁰⁰. Assim, para Raz, “considerações de mérito podem justificar uma interpretação inovadora mesmo quando uma interpretação conservadora é possível, i.e., mesmo quando a questão está resolvida pelo [direito] tal como ele é”⁶⁰¹. Isso não significa, contudo, que seja possível identificar, de forma clara, onde uma interpretação conservadora termina e uma interpretação inovadora começa. O ponto de Raz é que “dentro de cada interpretação é possível separar elementos que são fiéis ao direito daqueles que são inovadores”⁶⁰². Deste modo, “quando pensamos nas razões que justificam uma interpretação é possível distinguir aquelas que sugerem que a interpretação deve ser fiel ao direito existente daquelas que sugerem que o direito deve ser desenvolvido ou mesmo modificado”⁶⁰³.

As passagens acima deixam claro que, no modelo defendido por Raz, o direito é determinado *independentemente* da interpretação. É por esta razão que podemos falar que uma interpretação inovadora é possível “mesmo quando [o direito] é determinado” e que, no interior de uma prática interpretativa, podemos distinguir razões relacionadas à fidelidade ao direito existente daquelas relacionadas à sua modificação. Sob o ponto de vista da legitimidade da atuação dos juízes, a existência de razões para modificar o direito existente não coloca problemas: os juízes estão autorizados (e, frequentemente, é isso que a moral exige de cada um deles) a modificar, adaptar ou desenvolver o direito. Do ponto de vista conceitual, no entanto, mesmo que consideremos que uma interpretação *inovadora* é adequada ou necessária, temos um ponto de vista que nos permite diferenciar, no interior daquela interpretação em particular,

⁶⁰⁰ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 359.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 368.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 359.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 359–360.

as razões relacionadas à fidelidade das razões orientadas à modificação do direito. Jeffrey Goldsworthy explica esta distinção de forma bastante elucidativa:

Raz afirma que o seu argumento, que a legislação significa aquilo que os legisladores tinham a intenção que ela significasse, está baseado em necessidade, não em deseabilidade moral ou política. Ele procura estabelecer ‘o papel que a intenção deve ter, o papel que ela não pode senão ter, na interpretação da legislação. É um argumento sobre o que os tribunais não tem escolha, senão fazer, sobre o que eles não podem deixar de fazer conquanto eles estejam *seguindo a legislação*’ [...] As palavras em itálico são importantes. Os tribunais ‘seguem’ a legislação – eles são ‘fiéis’ ou ‘verdadeiros’ a ela – quando eles adotam interpretações conservadoras que dão efeito às intenções do legislador. Quando eles adotam uma interpretação inovadora, que modifica a legislação, eles não são fiéis a ela: eles a estão mudando em vista do que ela deve ser, ao invés de aplicá-la da forma como ela é⁶⁰⁴.

Como Goldsworthy nota, a distinção entre interpretações conservadoras e inovadoras é “crucial” para o positivismo jurídico de Raz. É que, se não fossem as intenções dos legisladores (entendidas a partir da tese da intenção autoritativa), identificadas por via de uma interpretação conservadora, a fixarem o conteúdo do direito, este conteúdo não seria uma questão de *fato*. “Se o seu significado fosse determinado por alguma mistura de fatores conservadores e inovadores, ele seria determinado pelo balanço de razões morais que determinam a mistura apropriada. O conteúdo do direito seria uma questão de moralidade, e não de fato”⁶⁰⁵. Raz reconhece que há diversas razões que orientam a atividade interpretativa: além da autoridade, há razões relacionadas à continuidade, equidade e necessidade de ajuste do direito⁶⁰⁶. Essas são razões para interpretarmos o direito de certa maneira em resposta a elementos que consideramos valiosos na prática jurídica. Ocorre, no entanto, que essas razões frequentemente apontam para lados distintos, de modo que, se todas fossem igualmente relevantes para a determinação do conteúdo do direito, tal como ele existe, teríamos, necessariamente, que recorrer a argumentação moral para determinar o correto equilíbrio entre essas razões para interpretar. Como Raz precisa reconhecer, ao mesmo tempo, que essas são razões utilizadas na prática jurídica de interpretação do direito, e que elas apontam para algo que valorizamos nessa prática, sua solução para não comprometer a tese das fontes e o modelo comunicacional (núcleo do seu positivismo jurídico) é afirmar que parte dessas razões são

⁶⁰⁴ GOLDSWORTHY, Jeffrey. Raz on Constitutional Interpretation. **Law and Philosophy**, v. 22, n. 2, p. 167–193, 2003, p. 190.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 233.

razões para não sermos fiéis ao direito. Assim, a interpretação de uma lei baseada na equidade, por não corresponder às intenções dos legisladores, será uma interpretação que *modifica* o direito e, portanto, não é fiel ao seu conteúdo atual.

Vimos no item anterior, no entanto, que mesmo se nos limitarmos às interpretações conservadoras, teremos uma multiplicidade de candidatos possíveis para qual é o conteúdo do direito criado por um dado de ato de autoridade. Como tentei demonstrar, o conceito de autoridade e o conceito correlato de legislação não nos oferecem elementos que permitam resolver uma controvérsia interpretativa entre interpretações conservadoras *conflitantes*. Mas agora, podemos generalizar o ponto e questionar a própria divisão entre tipos de interpretação: por que, afinal de contas, diferenciar interpretações conservadoras e inovadoras, e considerar que ambas são igualmente interpretações? Goldsworthy está correto ao afirmar que essa distinção é exigida pelos compromissos teóricos do positivismo raziano. Ainda que a atividade interpretativa envolva razões morais e que os juízes argumentem moralmente sobre as fontes do direito (dois fatos que Raz reconhece), precisamos separar razões relacionadas ao conteúdo do direito, tal como ele é, de razões para modificá-lo, pois, do contrário, a tese das fontes sofreria um poderoso golpe.

A questão, no entanto, é qual o custo teórico de subscrevermos à tese das fontes se ela implica fazermos distinções conceituais artificiais e, no limite, inadequadas. As razões que guiam a atividade interpretativa – se conservadoras ou inovadoras – não aparecem claramente distintas na prática jurídica. Raz, mais uma vez, concede este ponto. O problema que ele precisa resolver, no entanto, é outro: como determinar, numa disputa interpretativa, que uma das interpretações é fiel ao direito e outra, não é? Para Raz, a autoridade do direito estabelece a razão primária pela qual nós o interpretamos: “a autoridade [...] oferece uma razão para dar atenção ao direito”⁶⁰⁷ e “uma interpretação é exitosa se iluminar o significado do seu objeto, na medida em que ela responde a qualquer razão existente para dar atenção ao objeto como algo de seu tipo”⁶⁰⁸. Ela funciona, desse modo, como uma razão primária para interpretação, na medida em que “se não houvesse as razões primárias que determinam a necessidade de interpretar o direito, as razões secundárias não seriam razão para interpretá-lo”⁶⁰⁹. Mas numa disputa entre uma interpretação conservadora e uma interpretação inovadora, ambos os lados *dão atenção ao direito*. Eles não disputam sobre se devem ser fiéis ao direito existente ou se devem modificá-lo. Também não disputam sobre se devem seguir o direito ou agir de acordo

⁶⁰⁷ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 238.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 231.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 238.

com o que consideram ser moralmente correto, tudo o mais considerado. Ambos os lados concordam que devem dar atenção às fontes e interpretá-las do modo mais adequado, razoável e fidedigno possível. Cada um apresentará o produto de sua interpretação como uma afirmação acerca do que o direito é, e não de como gostariam de modificá-lo.

Podemos dizer que o conceito de autoridade oferece o ponto de vista privilegiado para adjudicar a disputa? Uma interpretação teleológica, que recorra a critérios morais substantivos, desafia o conceito de autoridade na medida em que as autoridades existem para substituir nossa deliberação sobre os méritos de um conflito. Assim, ao não ser fiel ao conceito de autoridade (e a exigência conceitual de que o conteúdo do direito seja fixado por seus atos) a interpretação que recorra a argumentos morais não pode senão modificar o direito existente. Mas será mesmo? Imaginemos uma interpretação alternativa sobre o que um intérprete deve fazer para ser fiel ao direito existente. Por hipótese, imaginemos que nosso intérprete deseja aplicar o direito, e não o modificar. Se aceitarmos a distinção conceitual entre interpretações inovadoras e conservadoras, diríamos que ele considera que sua atuação só é legítima se se limitar a interpretações desse último tipo. O problema é que ele tem uma visão diferente sobre o que é o direito e sobre como identificar o seu conteúdo. Ao invés de recorrer a supostas convenções interpretativas, ele entende que seu papel, se ele quer ser fiel ao direito, é aplicar os princípios que orientaram a criação daquela lei específica. O papel das autoridades não é apenas criar diretivas, mas estabelecer um esquema de princípios que deve governar os destinos da comunidade. Suas diretivas representam esses princípios e, sobretudo, devem ser lidas a partir deles. Não é que o intérprete deve realizar o seu próprio julgamento sobre que diretiva *deveria* ter sido produzida ou sobre que conteúdo o texto da lei deveria ter. Ele reconhece o conteúdo da lei, sabe o que foi promulgado, e seu objetivo é, justamente, fazer valer a decisão das autoridades. Ele, no entanto, tem uma visão diferente sobre o significado dessas decisões e, portanto, sobre qual o seu papel institucional enquanto intérprete do direito. Nosso intérprete, assim como Raz, defende que devemos levar em consideração as intenções dos legisladores: para ele, contudo, se quisermos ser fiéis a essas intenções, devemos procurar pelas *convicções políticas*⁶¹⁰ com base nas quais os legisladores votaram aquela proposta legislativa. As intenções das autoridades legislativas consistem, portanto, nas convicções que poderiam justificar suas decisões, se é que alguma poderia⁶¹¹. Nessa leitura, os votos das autoridades legislativas são evidências de suas convicções, e não afirmações do seu conteúdo. Assim, o

⁶¹⁰ DWORKIN. *Law's empire...* op. cit., p. 327.

⁶¹¹ DWORKIN. *Law's empire...* op. cit., p. 328.

voto dos legisladores e o texto por eles votado não funcionam do mesmo modo que as sentenças usadas por um falante numa linguagem natural: estas são afirmações dos pensamentos dos falantes, os quais são expressos por meio daquelas sentenças; os atos das autoridades – como aprovação de um texto legislativo – apontam ou funcionam como indicativos das convicções que as levaram a agir como agiram. O objetivo do empreendimento interpretativo é identificar essas convicções, e interpretar o texto das leis de acordo com elas.

Não devemos confundir as convicções, que nosso intérprete busca identificar, com o conhecimento que os legisladores de fato tinham ao promulgar uma determinada lei (que poderia ser descrito como um fato). Dworkin explica este ponto da seguinte forma. Consideremos os seguintes argumentos: (1) Édipo matou o homem que ele encontrou na encruzilhada. O homem que ele encontrou na encruzilhada era seu pai; Édipo matou o seu pai. (2) Édipo *sabia* que estava matando o homem que encontrou na encruzilhada. O homem que ele encontrou na encruzilhada era seu pai. Édipo sabia que estava matando seu pai. Enquanto o argumento (1) é um argumento válido, o argumento (2) não é. Nós não podemos substituir descrições distintas – como é o caso da primeira premissa de cada um dos argumentos – ainda que elas se refiram a mesma coisa, no contexto de proposições acerca do que alguém *pensou* ou *sabia*, ao invés de proposições sobre o que ela fez⁶¹². Consideremos, agora, um terceiro argumento: (3) Maria, uma deputada, acredita que a lei que criminaliza o aborto aplica-se apenas no caso de fetos viáveis; um feto anencefálico não é um feto viável, logo Maria acredita que a lei que criminaliza o aborto não se aplica aos fetos anencefálicos. Este argumento, assim como o argumento (2), é um argumento inválido, pois não podemos concluir, a partir da primeira premissa acerca das crenças de Maria, que ela também tenha crenças acerca da conclusão. Afirmações de convicções, no entanto, são diferentes de afirmações de crenças e permitem esse tipo de substituição. Assim, como Dworkin afirma corretamente, não só não é equivocado, mas é “precisamente correto” afirmar que Maria está “comprometida” com a não aplicação do art. 125 ao caso dos fetos anencefálicos, ou que essa conclusão se segue de suas convicções. Nesse sentido, identificar as convicções dos legisladores é diferente de identificar suas crenças, e chegar a conclusões a partir das convicções não exige concluir que os legisladores tinham alguma visão, crença ou conhecimento acerca daquela conclusão. Nosso intérprete não precisa formular hipótese contrafactuais, buscar um fato acerca das intenções efetivas dos legisladores ou descrever uma convenção cujos contornos são problemáticos ou mesmo inexistentes: o seu papel é, a partir do que ele considera serem as convicções dos

⁶¹² RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 331.

legisladores, determinar o que se segue a partir delas. “A leitura das convicções”, escreve Dworkin, “é muito mais adequada aos objetivos de uma comunidade de princípio. Os membros de tal comunidade esperam que seus legisladores ajam com base em princípios e com integridade, e este objetivo é promovido se a legislação é aplicada à luz não de ambições pessoais entre os legisladores, mas das convicções dominantes na legislatura como um todo”⁶¹³.

A passagem de crenças para convicções produz um resultado importante. É possível que as crenças concretas de um determinado legislador (ou mesmo dos legisladores, tomados em conjunto) sejam inconsistentes com suas próprias convicções⁶¹⁴. O que fazer nesse caso? Devemos ignorar sua opinião particular para sermos fiéis às suas convicções, ou devemos considerar que respeitamos melhor suas convicções ao aceitar sua opinião particular (que consideramos inconsistente)⁶¹⁵? Dworkin observa, corretamente, que uma questão como essa não pode ser resolvida pela própria autoridade legislativa, uma vez que a questão é sobre se suas convicções e opiniões estão em conflito, e não se ela “pensa que estão”⁶¹⁶. Assim, essa é uma questão que o próprio intérprete deve resolver e, para fazer isso, ele precisa engajar-se com as convicções da autoridade de uma forma “mais geral e interpretativa”⁶¹⁷.

Podemos entender melhor este ponto se recorrermos a algumas categorias desenvolvidas por Waluchow no contexto do seu argumento sobre o *judicial review*. Em *A Common Law Theory of Judicial Review*, Waluchow enfrenta o problema da representação e da legitimidade da atuação de representantes eleitos em termos de “desejos expressos”, “melhores interesses” e desejos “autênticos e inautênticos”⁶¹⁸. Seu objetivo é investigar se representantes eleitos estão legitimados a desconsiderar os “desejos expressos” dos seus eleitores. O que as categorias de Waluchow indicam, no entanto, é que é possível haver um conflito entre as várias convicções de um indivíduo, e é uma questão moralmente controversa saber qual dessas convicções deve ter prioridade. Agir de acordo com os “melhores interesses” dos eleitores seria o equivalente a agir com base numa avaliação direta do equilíbrio de razões e ignorar, portanto, qualquer manifestação dos representados que conferiram um mandato ao representante. Isso é o mesmo que ignorar uma fonte autoritativa do direito e, portanto, as decisões feitas pelas autoridades no passado, e decidir um caso inteiramente com base em seus

⁶¹³ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 328–329.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 333–334.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 333.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 334.

⁶¹⁷ *Idem.*

⁶¹⁸ WALUCHOW, Wilfrid J. **A common law theory of judicial review: the living tree**. 1. publ. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 91.

méritos. É óbvio que, assim como os representantes não possuem legitimidade para ignorar por completo os desejos e convicções de seus representados, um intérprete – seja ele um juiz ou cidadão – não pode, sob pena de frustrar o propósito das autoridades, ignorar o fato de que ela estabeleceu diretivas autoritativas que devem ser levadas em consideração para a decisão do caso. Mas excluir a possibilidade de atuação com base em “melhores interesses” ainda não resolve o problema: é que podemos distinguir entre desejos ou crenças autênticos ou inautênticos de uma pessoa. Waluchow menciona, a partir de uma analogia da representação com o caso do consentimento informado de pacientes, duas causas para que possamos diferenciar afirmações autênticas e inautênticas. A primeira delas ocorre quando há falhas epistêmicas na manifestação do consentimento⁶¹⁹. A segunda, mais relevante para o nosso caso, surge quando “há dúvida sobre se ela entende ou tem a dimensão da extensão na qual seus desejos expressos estão radicalmente em choque com suas próprias crenças, valores, compromissos e preferências estabelecidas fundamentais”⁶²⁰. Um caso extremo dessa situação seria o de uma filha que afirma, diante da mãe que pede o desligamento de seus aparelhos: “eu sei o que ela disse, mas não pode ser minha mãe falando! Ela diz que deseja morrer, mas ele sempre acreditou, de modo firme, em um dever que temos para com Deus de preservar a vida a todo custo. Entregar-se à morte desta forma seria, a seus olhos, um insulto a Deus – algo que ela jamais desejaria fazer”⁶²¹. No caso da representação política, a mesma situação pode ocorrer: um legislador pode pensar, por exemplo, que os *desejos expressos* da comunidade são incompatíveis com seus compromissos mais básicos e, se quiser ser um legítimo representante, deve fazer valer os compromissos filtrados pelo critério da autenticidade. Waluchow escreve:

Não há nada que exclua a possibilidade de que um legislador possa, de maneira inteligível e legítima, julgar que os desejos expressos de uma comunidade a respeito de um dado tema são *inautênticos*. Ele pode fazer isso apenas porque os desejos expressos são algumas vezes inconsistentes com as crenças, valores, compromissos e preferências estabelecidas mais básicas da comunidade. Estes são expressos, por exemplo, através das leis mais básicas e das instituições políticas da comunidade, bem como através de muitas e variadas práticas sociais⁶²².

Podemos, agora, utilizar essas distinções no caso do nosso intérprete da lei. Ele pode pensar que os desejos expressos do legislador sobre a aplicação da lei a determinado caso são

⁶¹⁹ WALUCHOW, *A common law theory...* op. cit., p. 86.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 87.

⁶²¹ *Ibid.*

⁶²² *Ibid.*, p. 95.

incompatíveis com suas convicções e compromissos mais básicos, tal como ele os identifica a partir do contexto legislativo (dos demais trechos da lei aprovada, ou de outras leis produzidas pelo legislativo em temas correlatos), das práticas nas quais ele está engajado e de outras instituições relevantes que moldam a atividade do legislador e cujos valores ele está firmemente comprometido. Ser fiel ao direito, neste caso, exige do intérprete ser fiel às convicções mais básicas da autoridade, aos seus compromissos e valores fundamentais – e estes só podem ser identificados por meio de um esforço interpretativo de natureza indiscutivelmente moral.

Não precisamos definir, neste momento, qual método interpretativo deve ser utilizado. Meu ponto é outro, e diz respeito ao aspecto arquimediano do modelo comunicacional e da teoria de Raz. Ele pode ser colocado na forma da seguinte pergunta: com base em qual critério ou a partir de que posição podemos dizer que a interpretação moral baseada em convicções está modificando o direito ao invés de ser fiel ao direito existente? Não podemos simplesmente afirmar, aqui, que o direito se limita ao conteúdo comunicado (ou, para usar a expressão de Waluchow, aos desejos expressos) pelos legisladores, pois isto seria uma petição de princípio. O que estou levantando é se a afirmação de que uma interpretação baseada em convicções é fiel ao direito é uma afirmação que faz sentido dentro da prática jurídica. Responder simplesmente que essa posição não é fiel ao direito, mas antes pretende modificá-lo, pois o direito é *comunicação* ignora o fato de que nosso intérprete tem uma visão diferente do que o direito é, na qual a comunicação é relevante, mas nem de longe é definitiva, para determinar o seu conteúdo. Poderíamos, então, dizer que a interpretação baseada em convicções nega a autoridade dos legisladores de criarem direito na forma como pretendem criá-lo e, portanto, é incompatível com nossos conceitos de legislação e de autoridade. A questão, no entanto, é: por que seria? Nosso intérprete não ignora o texto legislativo, nem considera que as decisões das autoridades são irrelevantes. Pelo contrário: é justamente porque os atos de autoridade são altamente relevantes para o direito que ele entende que deve interpretar os documentos produzidos com base nos compromissos e valores mais básicos daqueles que criaram a lei.

Não é possível, portanto, colocar-se fora do próprio conflito interpretativo para tentar, a partir de um ponto arquimediano, separar interpretações ditas conservadoras de interpretações inovadoras. Essa posição arquimediana ignora que, do ponto de vista dos participantes da prática, uma interpretação é oferecida como uma *boa* interpretação e como uma afirmação do que o direito é. Categorias externas à própria interpretação podem ser desafiadas por meio de interpretações divergentes, e só podemos resolver essa disputa recorrendo a novos argumentos interpretativos, que demonstrem, a partir de critérios internos à prática, qual das leituras possíveis de um texto é mais fiel – se é que alguma é fiel – ao que o direito é. À objeção de que

uma dada interpretação ignora a autoridade do direito, um intérprete poderá responder que ele tem uma visão distinta sobre o que significa, para o direito, ter autoridade e sobre qual é, afinal, o propósito da prática jurídica, em geral, e da prática legislativa, em particular. A essa resposta só poderemos objetar novamente por meio de uma nova interpretação – não só da lei, mas também do propósito de criar leis, de manter instituições dotadas de autoridade para criá-las e, no limite, de manter o próprio direito. Em síntese: apenas um argumento interpretativo que considere todos esses elementos pode responder porque uma dada interpretação é – ou não é – fiel ao direito existente. Ronaldo Porto Macedo Junior explica este ponto de modo preciso, e é útil transcrevê-lo:

[...] O critério de avaliação de uma interpretação não tem exterior. A contestabilidade ou derrotabilidade (*defeseability*) da interpretação, contudo, não implicaria a inexistência de um critério de correção nem a preferência de uma interpretação em relação a outras interpretações [...] A contestabilidade sempre abre espaço para que uma interpretação consagrada ou até mesmo dominante venha a ser desafiada. A forma do desafio, contudo, conforme afirmará Dworkin, deverá ser feita de uma perspectiva interpretativa. Apenas uma nova interpretação (*interpretive*) pode efetivamente desafiar outra interpretação. Não há espaço para uma contestação ‘de fora’, externa ao próprio jogo argumentativo interpretativo⁶²³.

A conclusão de Ronaldo sintetiza o argumento que expus nesta seção: “o jogo interpretativo não admite um ponto de vista arquimediano, externo à própria interpretação”⁶²⁴. Desse modo, saber se uma interpretação é melhor que outra, se é fiel ao direito ou se não é, são, em si mesmas, questões interpretativas e que só podem ser respondidas por uma interpretação da prática jurídica. A razão principal desse fato é que, como ilustrado pelas divergências interpretativas que apresentei neste tópico, o direito é uma prática social distinta de outras práticas pelo seu caráter essencialmente *argumentativo*. Assim, na medida em que a prática jurídica consiste em “organizar e apresentar argumentos”⁶²⁵ acerca da verdade de proposições jurídicas, ela só tem “as suas condições de significatividade estabelecidas dentro da própria prática”⁶²⁶. Em outras palavras: “as proposições jurídicas [...] somente têm sentido dentro da prática argumentativa de apresentar as melhores justificativas para as razões para agir. A correta apresentação dessa dimensão normativa da prática [...] não pode ser feita de ‘fora’

⁶²³ MACEDO JUNIOR, **Do Xadrez à Cortesia...** op. cit., p. 221.

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ DWORKIN, **Law’s empire**, p. 13.

⁶²⁶ MACEDO JUNIOR, **O direito em desacordo...** op. cit., p. 103.

(arquimedeanamente), visto que aspectos centrais da produção do sentido das próprias práticas somente ganham seu significado dentro da própria prática”⁶²⁷.

5.5. INTERPRETATIVISMO

No tópico anterior, mostrei como o modelo comunicacional e a teoria de Raz podem ser vistos como teorias arquimedianas. Terminei o tópico afirmando que apenas um argumento *interpretativo* pode responder a outro argumento interpretativo. Não podemos partir de um critério que separe interpretações conservadoras de interpretações inovadoras. Essa distinção é a *conclusão* do argumento: uma interpretação será inovadora se não for fiel ao direito, e será conservadora se for. Quero, agora, explorar este ponto a partir da ideia, desenvolvida por Dworkin, de que a própria interpretação é interpretativa. Ela será a base do que Dworkin chamou de *teoria valorativa da interpretação* [the value theory] e o núcleo do *interpretativismo*. Conforme veremos, o interpretativismo oferece uma explicação superior do que significa interpretar o direito, além de apresentar um modelo alternativo – e mais adequado – ao modelo comunicacional.

5.5.1. Interpretação como uma prática interpretativa

No capítulo 7 de *Justice for Hedgehogs*, Dworkin se coloca uma das perguntas centrais de seu livro: há verdade na interpretação⁶²⁸? Essa é uma questão crucial, pois, como vimos até agora neste trabalho, há diversos candidatos possíveis para o conteúdo do direito criado por uma lei e, conseqüentemente, diversas formas – muitas delas incompatíveis entre si – de interpretá-lo. Podemos dizer que uma dessas interpretações é verdadeira e as demais, falsas? Ou devemos dizer que não há verdade na interpretação, e tudo que existem são interpretações diferentes de um mesmo objeto? Embora esta última posição possa parecer atraente, Dworkin observa que a *fenomenologia* da atividade interpretativa aponta em direção diversa⁶²⁹. Nós rotineiramente nos referimos a algumas interpretações como certas e outras, como erradas. Em 2019, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal enfrentou um de seus temas mais sensíveis, do ponto de vista político: o chamado cumprimento provisório ou antecipado da pena criminal – saber se alguém pode iniciar o cumprimento da pena após condenação em segunda instância, mas antes de transitada em julgado a decisão condenatória. A questão colocada era como

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ DWORKIN, **Justice...** op. cit., p. 123.

⁶²⁹ DWORKIN, **Justice...** op. cit., p. 125–126.

interpretar o dispositivo contido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, bem como o art. 283 do Código de Processo Penal. O primeiro deles dispõe que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, e o segundo, que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”⁶³⁰. O caso, que envolvia a soltura de um ex-Presidente da República, com impactos diretos sobre o cenário político e eleitoral brasileiro, dividiu opiniões. Mas o ponto relevante para nossa discussão é outro: cada um dos lados defendia sua interpretação como verdadeira e as interpretações rivais como erradas, e seria um absurdo imaginar que, para uma das partes envolvidas na disputa, sua interpretação é tão correta e razoável quanto a dos seus rivais. Basta tentar pensar em um juiz dizendo ao Presidente Luis Inácio Lula da Silva que, embora sua decisão seja de que a prisão antes do trânsito em julgado é possível e que, portanto, Lula deveria continuar preso, há outra interpretação, *igualmente boa*, que permitiria sua soltura.

A fenomenologia da interpretação, portanto, indica que a atividade interpretativa busca a verdade e que há interpretações verdadeiras e interpretações falsas. Mas no que consiste essa verdade?⁶³¹ Uma resposta possível – e compatível com o modelo comunicacional – seria apelar a “estados psicológicos”. Nesse caso, a verdade de afirmações interpretativas dependeria de “um tipo ordinário de fato”⁶³². É isso o que outras versões do modelo comunicacional pretendem: responder ao problema da verdade da interpretação apontando para algum “fato ordinário”, seja ele um estado psicológico, uma convenção para uso de palavras ou uma convenção sobre a interpretação de textos legislativos. Vimos, contudo, que cada uma dessas alternativas enfrenta graves problemas, ao menos se as considerarmos respostas “conceituais” – isto é, externas às práticas interpretativas – sobre o que consiste a verdade na interpretação. Nosso ponto, agora, é saber o que colocar em seu lugar. Dworkin resume sua resposta em *Justice for Hedgehogs* num trecho que merece ser citado integralmente:

A interpretação é um fenômeno social. Nós interpretamos como fazemos apenas porque há práticas ou tradições de interpretação às quais podemos nos juntar [...] Nós podemos falar do significado de uma lei ou de um poema ou de uma época apenas porque outros fazem isso: eles compreendem o que

⁶³⁰ POMPEU, Ana; FREITAS, Hyndara; CARNEIRO, Luiz Orlando. Supremo derruba a possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância, **JOTA Info**, 07 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/supremo-derruba-a-possibilidade-de-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia-07112019>>. Acesso em: 7 fev. 2023.

⁶³¹ DWORKIN, **Justice...** op. cit., p. 127.

⁶³² DWORKIN, **Justice...** op. cit., p. 129.

queremos dizer quando dizemos que a cláusula da proteção igualitária permite as ações afirmativas ou que Lady Macbeth era ou não era casada antes. Essas práticas sociais buscam a verdade. Em cada caso, quando nós oferecemos uma interpretação de algo, nós afirmarmos e somos entendidos como se afirmássemos o que consideramos ser a verdade a respeito de um dado assunto. Nós não tratamos essas práticas interpretativas como exercícios sem propósito: nós assumimos que algo de valor é e deve ser servido pela elaboração, apresentação e defesa de opiniões sobre o âmbito de proteção da cláusula da proteção igualitária ou da história sexual de Lady Macbeth. Nós aceitamos uma responsabilidade, como intérpretes, de promover esse valor. Quando nós interpretamos um objeto ou evento particular, portanto, nós também estamos interpretando a prática da interpretação no gênero ao qual nos reunimos: nós interpretamos aquele gênero atribuindo a ele o que consideramos ser o seu propósito próprio – o valor que ele oferece e deve oferecer⁶³³.

O ponto de Dworkin, no trecho acima, é que não podemos supor, a partir de elementos externos à própria atividade interpretativa, o que é a “verdade” de uma interpretação. Se tomarmos o exemplo da interpretação legislativa, que tem conduzido nossa análise nesta tese, poderíamos pensar na seguinte situação: faria sentido afirmar que uma interpretação verdadeira é tão somente aquela que resgata as intenções dos legisladores (ou as convenções semânticas, ou as convenções interpretativas) no contexto de uma prática em que os intérpretes constroem argumentos interpretativos diversos e consideram que a verdade não se limita à afirmação desses fatos ordinários? É evidente que não. A forma como os juristas interpretam o direito é parte daquilo que o direito é. Já vimos, sobretudo quando analisamos o processo legislativo e a distância que separa autores e textos, que não podemos simplesmente fixar, de um ponto arquimediano, que o conteúdo do direito é determinado de uma certa maneira, e ignorar a forma como as fontes (que representam os atos das autoridades) são usadas e mobilizadas na construção de argumentos jurídicos. Se a interpretação é, ela mesmo, interpretativa, a distinção entre interpretações conservadoras e inovadoras só pode se dar *no interior da própria prática*. Uma interpretação conservadora no direito, por exemplo, pode ser diferente de uma interpretação conservadora de uma obra de arte ou de um trecho de conversa entre falante e interlocutor.

Dworkin divide, a partir disso, a interpretação em três estágios: no primeiro, nós individuamos a prática na qual estamos engajados. Nesse estágio, devemos definir se estamos engajados em uma interpretação *jurídica*, ao invés de uma interpretação *literária*, por exemplo. No segundo estágio, nós interpretamos quando atribuímos algum “conjunto de propósitos”⁶³⁴

⁶³³ DWORKIN, **Justice...** op. cit., p. 130–131.

⁶³⁴ DWORKIN, **Justice...** op. cit., p. 131.

ao gênero ou subgênero que identificamos ser pertinente. Por fim, no terceiro estágio, nós interpretamos quando tentamos identificar a melhor realização daquele conjunto de propósitos em uma ocasião particular⁶³⁵. De modo sintético, “nós reconstruímos uma interpretação distinguindo três elementos explícitos ou implícitos nela: primeiro, uma identificação de fundo da prática ou tradição à qual a interpretação pertence [...] segundo, um conjunto de suposições sobre o propósito daquela prática [...] e, terceiro, uma afirmação de que a interpretação oferecida melhor realiza aquelas suposições de propósito do que as compreensões alternativas”⁶³⁶.

Em cada um dos estágios da interpretação que a teoria valorativa identifica, podemos esperar níveis diversos de convergência e divergência. O primeiro nível, por exemplo, exige um alto grau de convergência entre os participantes. Sem um acordo sobre em que tipo de interpretação estão engajados, não é possível que haja desacordo sobre a forma de interpretar o objeto. Imaginemos, por exemplo, a esdrúxula situação de duas pessoas que discordam sobre a interpretação de um texto: enquanto a primeira considera que o texto é uma lei e oferece uma interpretação *jurídica*, a segunda considera que o texto é um romance, e oferece, portanto, uma interpretação literária. Falar de divergência interpretativa, nesse caso, não teria sentido: ambos estão, afinal de contas, engajados em interpretações de tipo diversos. No segundo e no terceiro nível, contudo, o nível de divergência irá aumentar (especialmente no terceiro estágio). Como Dworkin nota, se os juristas não concordarem que a interpretação de uma lei é um exercício político, “não poderia haver interpretação jurídica das leis”⁶³⁷. Mas, obviamente, cada pessoa pode ter uma visão distinta sobre o que significa esse “exercício político”, sem que, em razão disso, deixem de estar engajadas no mesmo empreendimento.

Independente dos graus de divergência, não devemos supor que haja um limiar fixo e determinado de forma *a priori* de convergência necessário. “Quanto acordo é necessário em cada estágio para sustentar a prática não é fixado *a priori*”⁶³⁸, escreve Dworkin. Para ele, “nós descobrimos quanto e que tipo de desacordo é tolerável apenas *ex post*: apenas julgando se alguma prática particular de acordo e desacordo permanece frutífera ou desemboca numa areia argumentativa”⁶³⁹. Dentro da teoria valorativa, portanto, não podemos determinar, *a priori*, e independentemente da própria prática argumentativa, que interpretações são boas e que interpretações são ruins. Se usarmos a distinção de Raz, não é possível identificar, de forma

⁶³⁵ *Idem.*

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 134.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 131.

⁶³⁸ *Idem.*

⁶³⁹ DWORKIN, *Justice...* op. cit., p. 131–132.

prévia e externa aos argumentos interpretativos, quando uma interpretação está sendo fiel ao texto interpretado e quando está sendo inovadora, criativa e, portanto, modificando o direito existente. Na teoria valorativa, portanto, nós interpretamos *dentro* de uma prática interpretativa, e é essa prática que dá o sentido e o caráter à interpretação oferecida. Esta é a razão pela qual Dworkin conclui que, quando interpretamos uma lei (ou um dispositivo de lei) nós estamos, na verdade, interpretando a própria prática dentro da qual aquela lei foi produzida.

Quando aplicamos a teoria valorativa da interpretação ao caso da interpretação do direito legislado esse fato torna-se mais evidente. A forma de interpretar uma lei depende de quais argumentos interpretativos são aceitos dentro de uma prática interpretativa de interpretar leis em dada comunidade. Essa prática seguirá, nos termos da teoria valorativa, os três estágios sugeridos por Dworkin e é a partir deles que devemos compreender a divergência entre métodos interpretativos e entre supostas interpretações conservadoras e inovadoras. Se em uma dada comunidade, as práticas jurídicas e interpretativas consideram que argumentos baseados no propósito moral das leis (ou das convicções dos legisladores) são movimentos válidos no jogo de dar e oferecer razões em favor de uma conclusão sobre o que o direito é, não podemos afirmar – sob pena de incorreremos numa forma de arquimedianismo – que aquela interpretação será, necessariamente, inovadora e, portanto, que não será fiel ao direito existente. Dworkin ilustra esses pontos a partir de sua análise da interpretação legislativa:

A interpretação legislativa tem o objetivo de tornar o governo da comunidade em questão mais equânime, sábio e justo. Essa descrição se adequa ao que advogados e juízes fazem quando eles interpretam as leis; ela justifica essa prática, de uma forma geral, e sugere, também de forma geral, que padrões são apropriados para decidir que interpretações de uma lei em particular é mais exitosa⁶⁴⁰.

Não podemos saber *como* interpretar uma lei sem que tenhamos uma visão de qual é o propósito de interpretá-las em primeiro lugar. É a partir desse propósito que inferimos critérios de sucesso para a nossa interpretação e, obviamente, visões diferentes dos propósitos gerarão visões diferentes desses critérios. Mas isso ainda não é suficiente. Como Dworkin observa, essa descrição “é muito abstrata para ser útil na prática”⁶⁴¹. Os juristas precisam de afirmações mais “refinadas e complexas”⁶⁴² do valor da própria prática para que possam decidir entre interpretações alternativas. Teremos que decidir, por exemplo, qual a melhor concepção acerca da divisão de poderes entre os órgãos do estado – especialmente entre o poder legislativo

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 133.

⁶⁴¹ DWORKIN, **Justice...** op. cit., p. 133.

⁶⁴² *Idem.*

e o poder judiciário – o que nos levará a enfrentar intrincadas questões sobre teoria democrática. Também teremos que tomar uma posição acerca das responsabilidades morais dos juízes e até que ponto eles podem agir na escolha de interpretações semanticamente possíveis de um texto controverso. “Cada uma dessas questões adicionais, a seu turno, implica ainda outras questões que exigiriam, se fossem enfrentadas, expedições mais profundas em teoria política e moral que levariam os juristas para ainda mais longe da lei particular que era o objeto inicial do seu desafio”⁶⁴³. A forma de interpretar, portanto, dependerá de diversos compromissos com questões adicionais sobre o propósito da interpretação, do objeto e do gênero a ser interpretado etc. A divergência entre juristas sobre a interpretação de uma lei, desta forma, não envolve uma divergência sobre seguir o direito ou modificá-lo. Na teoria valorativa, “os desacordos entre juristas sobre a melhor interpretação de leis em particular são [...] sintomas de desacordos submersos e raramente reconhecidos sobre [as] extensões e refinamentos”⁶⁴⁴ daquela visão inicial do propósito da prática.

5.5.2. A teoria valorativa e o modelo comunicacional

Em que medida a teoria valorativa da interpretação e o interpretativismo oferecem uma alternativa (e uma crítica) ao modelo comunicacional? O primeiro ponto que devemos observar é que, no interpretativismo, não há algo como um critério de verdade das interpretações em geral. A interpretação é, em si mesmo, uma prática, e os seus critérios de sucesso (ou a verdade na interpretação) depende de padrões que são internos a ela. A teoria valorativa, além disso, é uma teoria que unifica as práticas interpretativas: ela é uma teoria geral de práticas interpretativas particulares. Nesse sentido, “ela reivindica aplicação sobre todos os gêneros de interpretação [...] Ela também explica porque não há nada que possa ser chamado de interpretar em geral, independente de um gênero em particular”⁶⁴⁵. Lawrence B. Solum, em artigo que analisa a teoria da interpretação de *Justice for Hedgehogs*, chama a posição de Dworkin de tese da “unidade da interpretação”⁶⁴⁶. A ideia de que, nada obstante variações específicas a cada gênero, há algo que unifica a interpretação é reforçada pelo fato de que “consideramos natural reportar nossas conclusões, em cada um e em todos os gêneros de interpretação, na linguagem da intenção e do propósito. Falamos de significado e importância de uma passagem de um poema ou de uma peça, do *point* de uma cláusula de uma lei em particular, dos motivos que

⁶⁴³ *Idem.*

⁶⁴⁴ *Idem.*

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 149.

⁶⁴⁶ SOLUM, Lawrence B. The Unity of Interpretation. *Boston University Law Review*, v. 90, 2010.

produziram um certo sonho, das ambições ou compreensões que moldaram um evento ou um era”⁶⁴⁷. Isto indica a existência de uma correlação entre interpretação e intencionalidade: tanto a prática de interpretar quanto as práticas interpretadas possuem uma intencionalidade, são responsivas a elas e dela derivam seus padrões de verdade e de falsidade.

Essa característica da interpretação fica mais evidente quando a contrastamos com as explicações científicas. Ambos os empreendimentos buscam a verdade, e em ambos há um engajamento crítico de seres humanos. Mas a interpretação difere da ciência porque apenas a primeira, e não a segunda, está baseada em *propósitos*, “não apenas no vocabulário de suas afirmações, mas também [e sobretudo] nos seus padrões de sucesso”⁶⁴⁸. Podemos, é claro, ter vários objetivos e propósitos para nos engajarmos em uma investigação científica: podemos nos engajar em pesquisas médicas com o objetivo de curar doenças e melhorar a vida das pessoas; podemos nos engajar em pesquisas agrônômicas com o objetivo de melhorar a qualidade de grãos e sementes e, com isso, aumentar a produção de alimentos e diminuir a fome; podemos, enfim, ter diversos objetivos – nobres ou não – que nos conduzem às investigações científicas. O ponto crucial, no entanto, e que diferencia a ciência da interpretação, é que nossos objetivos justificadores não entram “em qualquer teste de sucesso para encontrar a verdade”⁶⁴⁹. Podemos ter muitas razões para nos engajar em pesquisas médicas, mas não serão os nossos objetivos – de salvar vidas, por exemplos – que tornarão verdadeira a conclusão de que um remédio funciona ou que um determinado tratamento para o câncer é eficaz. Como afirma Dworkin, “podemos estudar cosmologia porque estamos encantados pela vastidão do espaço, mas a verdade da teoria do *big bang* não depende do fato de se ele nos encanta”⁶⁵⁰. O cientista pode ter uma intencionalidade que o leva à decisão de fazer ciência: mas a verdade na ciência não depende, nem é responsiva, a essa intencionalidade. O contrário ocorre na interpretação. Na teoria valorativa, “nossos padrões de sucesso num gênero interpretativo dependem [...] do que consideramos ser a melhor compreensão do *point* de interpretar naquele gênero”⁶⁵¹. A intencionalidade da prática, portanto, é determinante para o que consideramos ser uma interpretação verdadeira no interior dessa prática.

A partir desta teoria geral (ou unificadora) da interpretação, a interpretação conversacional representa um gênero interpretativo no qual as intenções do falante são fundamentais. Dworkin afirma, sobre este ponto, que “a interpretação conversacional é

⁶⁴⁷ DWORKIN, *Justice...* op. cit., p. 125.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 152.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 153.

⁶⁵⁰ *Idem.*

⁶⁵¹ DWORKIN, *Justice...* op. cit., p. 153.

dominada pelas intenções do falante porque o *point* de interpretar numa conversação é quase sempre a comunicação dessas intenções”⁶⁵². A comunicação é uma prática humana dotada de propósito e, ao interpretamos num contexto comunicacional, nossos padrões de sucesso (i.e., os critérios que nos permitirão optar por uma interpretação em detrimento de outras) dependem do propósito do próprio ato de comunicar-se com outras pessoas. O problema, contudo, é que não devemos supor que esta seja a única forma de se interpretar ou que a interpretação de uma conversação tenha a mesma natureza da interpretação em um contexto diverso. O modelo comunicacional só seria relevante para uma explicação do direito e da interpretação jurídica se os propósitos das autoridades criadoras do direito fossem, dentro da prática que lhes dá sentido, o mesmo das nossas práticas conversacionais. O que tentei demonstrar até aqui, no entanto, é que esses propósitos são distintos e que qualquer argumento que pretenda sugerir o contrário terá que se basear numa posição controversa (e moralmente robusta) acerca do propósito da prática jurídica. Dworkin, por exemplo, após observar que o propósito da conversação é a comunicação de intenções, nota que, no caso da interpretação jurídica, isso não ocorre. Para ele, “a interpretação jurídica não é dominada pelos estados mentais dos legisladores e de outros oficiais porque a melhor compreensão do propósito de interpretar leis e outros dados jurídicos torna irrelevante quase tudo o que aqueles oficiais pensaram ou tinham a intenção de fazer”⁶⁵³.

Isso não significa, todavia, que as intenções dos legisladores ou o significado semântico convencional dos textos por eles produzidos não sejam relevantes. Rejeitar o modelo comunicacional não significa rejeitar a possibilidade de que a melhor interpretação de uma lei seja, afinal de contas, uma interpretação baseada numa leitura textualista do seu conteúdo. Fazer isso seria o mesmo que definir, *a priori*, qual o valor da prática a ser interpretada e do propósito da interpretação naquele gênero específico. Se não podemos supor, de antemão ou a partir de um ponto de vista estranho à prática, que o objetivo da interpretação do direito é identificar o conteúdo comunicado pelas autoridades, também não podemos excluir essa possibilidade. O ponto de Dworkin é justamente que “os estados mentais do autor são pertinentes quando, e na medida em que, eles são tornados pertinentes pela melhor explicação do valor servido por meio da interpretação no gênero em questão”⁶⁵⁴. Nessa perspectiva, o erro do modelo comunicacional não é defender um método interpretativo baseado em intenções legislativas ou convenções, sejam elas semânticas ou interpretativas. O erro fundamental do modelo é supor que essa forma

⁶⁵² *Ibid.*, p. 149.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 149–150.

⁶⁵⁴ DWORKIN, *Justice...* op. cit., p. 149.

de interpretar decorre de um fato estranho à própria prática interpretativa de juristas, oficiais e cidadãos.

Mas não é só isso. Os defensores do modelo comunicacional – como Raz e Marmor – pretendem sustentar sua relevância explicativa com base em fatos que não são, em si mesmos, dependentes de interpretação ou de argumentos de natureza moral e avaliativa. Assim, ao invés de tentarmos entender o que o direito é a partir de uma análise dos tipos de argumentos que são construídos na prática e de como as leis são utilizadas para justificar afirmações sobre o conteúdo do direito, nós partimos de uma certa concepção acerca do conteúdo do direito – derivada, por exemplo, de uma teoria sobre o significado linguístico em geral – e só a partir daí definimos como interpretar o direito e determinar o seu conteúdo. O conteúdo vem primeiro e a interpretação vem depois. Quando, no entanto, alteramos o nosso ângulo de análise – de uma tentativa abstrata de identificar o conteúdo das leis, para uma análise de como as leis são interpretadas e mobilizadas na construção de argumentos jurídicos – percebemos que as ideias de que a legislação *é comunicação* ou de que o conteúdo comunicado pelas autoridades equivale ao conteúdo do direito são posições dependentes de concepções controversas de valor e de propósito. Elas não são pontos privilegiados e estranhos à prática. Ao invés disso, elas funcionam como justificativas substantivas para conclusões sobre o conteúdo do direito. Nessa leitura, o modelo comunicacional não seria um ponto de partida explicativo, mas, ao invés disso, um ponto de chegada: podemos dizer que legislação *é comunicação* porque interpretamos o direito com vistas a identificar o que as autoridades comunicaram, e fazemos isso porque consideramos ser esta a melhor forma de dar sentido à prática jurídica, em geral, e à prática de interpretar as leis, em particular. Ainda assim, essa atividade interpretativa envolverá, inevitavelmente, argumentos morais: mesmo que consideremos que o *point* da prática interpretativa seja recuperar alguma noção de “significado do falante”, essa posição dependerá, ela mesma, de argumentos morais. É nesse sentido que Dworkin escreve, em *How Law is Like Literature*:

Quando uma lei ou a constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal [do direito], o significado do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual, dos vários sentidos crucialmente diferentes da intenção do falante ou do legislador é o apropriado não pode ser referida às intenções de ninguém, mas deve ser decidida, por quem quer que deva tomar essa decisão, como uma questão de teoria política⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ DWORKIN, *A Matter of Principle*, p. 160–161.

O papel que a moral desempenha na determinação do conteúdo do direito, portanto, deriva, em primeiro lugar, do fato de que o direito é uma prática interpretativa, i.e., uma prática na qual a centralidade da interpretação é parte daquilo que caracteriza a própria prática. Além disso, na construção de argumentos interpretativos numa prática social intencional e sensível a seu propósito, como é o caso do direito, argumentos avaliativos sobre moralidade política desempenharão, inevitavelmente, algum papel. Mas aqui precisamos de alguns esclarecimentos adicionais. A centralidade da interpretação na prática jurídica, e o fato de que essa interpretação deve ser entendida com base na teoria valorativa, indicam que não há uma separação clara entre uma teoria do direito (i.e., uma explicação sobre o que o direito é) e uma teoria da interpretação (i.e., uma explicação sobre como identificar o conteúdo do direito). Definimos o que o direito é ao levarmos em conta a forma como os juristas argumentam no interior da prática e a forma como eles interpretam as leis, documentos jurídicos e decisões judiciais. Quando interpretam e argumentam, por outro lado, os juristas pressupõem, ainda que de maneira pouco articulada, uma certa teoria sobre o que é o direito, que deve ser responsiva à forma como eles interpretam. Interpretação e teoria, portanto, não são partes distintas ou explicações independentes do fenômeno jurídico. A ideia de que “a interpretação vem depois”, que é implicada pelo modelo comunicacional, é incompatível com o caráter interpretativo da prática jurídica. É exatamente essa a posição de Dworkin quando afirma que “nenhuma linha firma divide a teoria do direito da tomada de decisão judicial ou de qualquer aspecto da prática jurídica”⁶⁵⁶. Para ele,

Os filósofos do direito debatem sobre a parte geral, o fundamento interpretativo que qualquer argumento jurídico deve ter. Nós podemos virar a moeda. Qualquer argumento jurídico, não importa quão detalhado ou limitado, assume o tipo de fundamento abstrato que a teoria do direito oferece, e quando fundamentos rivais competem, um argumento jurídico assume um e rejeita os outros. Dessa forma, qualquer decisão de um juiz é, em si mesma, um trecho de filosofia jurídica, mesmo quando a filosofia está escondida e o argumento visível é dominado pela citação e listagem de fatos. A teoria do direito é a parte geral da tomada de decisão judicial, o prólogo silencioso a qualquer decisão no direito⁶⁵⁷.

Essa visão do direito não deve ser confundida com a postulação distinta de que a moral pode, de algum modo *não interpretativo*, determinar o conteúdo do direito. Essa parece ser a posição de Mark Greenberg em sua *teoria do impacto moral do direito*, mas não é a posição que estou apresentando nesta tese. Embora as ideias de Greenberg tenham desempenhado um papel importante na construção do meu argumento – em especial na descrição do retrato padrão

⁶⁵⁶ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 90.

⁶⁵⁷ *Idem*.

– ele está comprometido com uma posição metodológica que é incompatível com a visão da teoria valorativa da interpretação. De acordo com Greenberg, podemos falar de uma teoria do direito como uma “uma explicação constitutiva do conteúdo do direito – ou seja, uma explicação dos aspectos dos fatos mais básicos que determinam o conteúdo jurídico e de como essas determinantes juntas tornam o caso de que as várias obrigações jurídicas, poderes e assim por diante sejam o que são”⁶⁵⁸. Sua teoria propõe, então, que o direito é o impacto ou efeito moral das ações das instituições jurídicas⁶⁵⁹. Não nos interessa discutir o mérito da teoria de Greenberg, mas antes seu pressuposto metodológico. Para ele, dado que podemos falar de explicações constitutivas do direito, a interpretação, assim como no modelo comunicacional, virá depois. Tanto é assim que o próprio Greenberg afirma que “o método correto de interpretação jurídica depende de como o conteúdo do direito é determinado”⁶⁶⁰. Essa afirmação sugere que podemos definir o conteúdo do direito a partir de uma teoria constitutiva e independentemente da forma como ele é interpretado na prática (na verdade, a interpretação dependerá da nossa teoria constitutiva sobre o seu conteúdo). A interpretação vem, portanto, depois.

O que a dependência mútua entre teoria e interpretação implica, no entanto, é uma rejeição da posição de Greenberg de que é possível existir uma teoria constitutiva (ou, poderíamos dizer, metafísica) do conteúdo do direito. Um dos erros fundamentais do modelo comunicacional, como vimos acima, era justamente seu compromisso arquimediano com um critério externo à prática (como a existência de fatos linguísticos sobre o conteúdo de uma lei) que determinaria o que são interpretações certas e erradas (ou conservadoras e inovadoras). Pensar que a moral pode desempenhar um papel similar seria ignorar o argumento central de Dworkin de que o caráter interpretativo da prática jurídica faz com que não seja possível identificar um critério fundacional (seja ele factual ou moral) para explicar o conteúdo do direito. Thomas Bustamante, em sua crítica à teoria de Greenberg, desenvolve esse ponto de forma esclarecedora. Segundo Bustamante, não podemos dizer que Dworkin subscreve a uma teoria do conteúdo do direito “num nível fundamental” ou “básico”, porque Dworkin provavelmente iria “negar que há qualquer nível fundamental para além da prática jurídica”⁶⁶¹. Assim, “não podemos afirmar que fatos morais determinam o conteúdo do direito num nível fundamental enquanto defendemos, como faz Dworkin, uma teoria não-Arquimediana de como

⁶⁵⁸ GREENBERG, *The Moral Impact Theory...* op. cit., p. 1295–1296.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 1301.

⁶⁶⁰ GREENBERG, *What Makes...* op. cit., p. 110–111.

⁶⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas. *Law, Moral Facts and Interpretation: A Dworkinian Response to Mark Greenberg's Moral Impact Theory of Law*. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 32, n. 1, p. 5–43, 2019, p. 31.

não apenas proposições jurídicas, mas também proposições morais, podem ser verdadeiras”⁶⁶². Greenberg, ao contrário de Dworkin, “vê a interpretação como uma investigação na qual nós identificamos um direito que está determinado, em última instância, por fatos morais independentes”⁶⁶³. Na visão defendida até aqui, no entanto, a ideia de que há um conteúdo do direito independente das nossas práticas interpretativas é um erro filosófico. Bustamante resume esse ponto:

O ponto importante a comparar Greenberg e Dworkin não é que cada um tenha uma explicação metafísica diferente da natureza do direito (pois Dworkin afirma explicitamente que ele não precisa desse tipo de explicação metafísica), mas que suas concepções jurídicas implicam uma atitude diferente no processo de definição do conteúdo do direito. A Teoria do Impacto Moral de Greenberg sustenta que, em nível fundamental, o conteúdo do direito é determinado por fatos morais. Devemos recorrer a fatos morais para entender a importância dos eventos legislativos que pretendem alterar o perfil moral em nossa comunidade política, uma vez que esses eventos devem ser determinados racionalmente por algo mais. Quando recorremos a fatos morais, recorremos a algo externo e independente da prática do direito. O Direito como Integridade de Dworkin é diferente. Primeiro, enquanto a Teoria do Impacto Moral é uma teoria arquimediana do direito, o Direito como Integridade propõe explicar o direito do ponto de vista interno da prática do direito. Segundo, já que para Dworkin os materiais jurídicos são "direito" apenas em um "sentido pré-interpretativo", o conteúdo do direito é determinado por uma leitura integrativa das fontes do direito, nas quais esses materiais pré-interpretativos interagem constantemente com os princípios que fornecem sua justificação moral. Precisamos de interpretação porque nossas proposições jurídicas devem ser justificadas a partir da argumentação jurídica, que é um subconjunto da argumentação moral. Nossas proposições sobre fatos jurídicos ou fatos morais também são julgamentos morais substantivos. Não há nível fundamental ao qual possamos recorrer⁶⁶⁴.

A conclusão a que chegamos a partir da análise do modelo comunicacional e da teoria valorativa da interpretação é que não há uma teoria independente (e metafísica) do conteúdo jurídico. É apenas a partir da análise da forma como o direito é interpretado na prática – o que exige que nos engajemos com essa prática, também de maneira interpretativa – que podemos diferenciar boas interpretações de interpretações ruins. Ao fazermos isso, chegaremos a uma resposta sobre o conteúdo do direito – ela, contudo, será a conclusão de um argumento interpretativo, e não um ponto de partida metafísico ao qual a interpretação deve ser adequar.

5.5.3. Problemas para o conceito de autoridade

⁶⁶² *Idem.*

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 33.

Ao introduzir o conceito de autoridade em *Authority, Law, and Morality*, Raz parte de um exemplo que já analisamos (em 2.3.1): o exemplo do árbitro. Diante da exposição anterior acerca dos problemas do modelo comunicacional, e com os elementos que construímos a partir da teoria valorativa da interpretação, precisamos agora voltar a este exemplo para entender em que medida o conceito de autoridade desenvolvido a partir dele se adequa (ou não se adequa) ao contexto específico da prática legislativa e à ideia de que a interpretação desempenha um papel central no direito. Com efeito, na seção I do artigo (intitulada *Authority and Justification*) Raz pede que imaginemos o exemplo de dois indivíduos que referem uma disputa a um árbitro. O árbitro tem autoridade para resolver a disputa porque eles concordaram em seguir sua decisão. A decisão do árbitro, por sua vez, é uma razão para a ação das partes do litígio, pois reflete as outras razões aplicáveis ao caso. Ele tem a responsabilidade de decidir com base nas outras razões e sua decisão é chamada, por isso mesmo, de uma razão dependente. A decisão do árbitro destina-se a refletir o equilíbrio de razões que se aplicam ao caso, o que nos leva ao segundo elemento característico do exemplo: a decisão do árbitro destina-se a substituir as razões nas quais ela depende. “Ao concordar em obedecer à decisão [do árbitro] as partes em litígio concordam em seguir o seu julgamento sobre o equilíbrio de razões, ao invés do seu próprio”⁶⁶⁵. Raz reproduz o mesmo exemplo do árbitro em *The Morality of Freedom*⁶⁶⁶, e em ambos os textos ele observa que “não é que a *palavra* do árbitro seja uma razão absoluta que deve ser obedecida custe o que custar. Ela pode ser desafiada e justificadamente afastada em certas circunstâncias”⁶⁶⁷, como, por exemplo, nos casos em que o árbitro foi alvo de suborno ou se ele estava bêbado quando tomou sua decisão.

Destaquei, no trecho acima, uma expressão: a *palavra* do árbitro. A razão para isso é que, no exemplo central da exposição de Raz, as partes não têm dúvidas sobre o que o árbitro disse, qual foi sua decisão, o que ele queria que elas entendessem e assim por diante. As partes sabem que devem interpretar o árbitro como interpretam umas às outras, justamente porque o exemplo do árbitro ocorre num contexto estritamente *conversacional*. As partes “devem agir como [o árbitro] diz porque assim ele disse”⁶⁶⁸ porque elas sabem o que ele disse, e sabem, exatamente, qual foi sua decisão para o caso. Raz, de fato, considera a hipótese de o exemplo do árbitro não ser um típico exemplo de autoridade e menciona a possibilidade de ele representar apenas um caso de autoridade *decisória*, e não de autoridade *legislativa*. Mas ele só

⁶⁶⁵ RAZ, Ethics... op. cit., p. 212.

⁶⁶⁶ RAZ, Joseph. **The morality of freedom**, Oxford: Clarendon press, 1990, p. 42.

⁶⁶⁷ RAZ, Ethics... op. cit., p. 213; RAZ, **The morality of freedom**... op. cit., p. 42.

⁶⁶⁸ RAZ, Ethics... op. cit., p. 212.

considera essa distinção pelo prisma do conceito de razões dependentes. A objeção à relevância do exemplo do árbitro seria a seguinte: muito embora os legisladores ajam baseados em razões, estas são razões “que se aplicam a eles e que não dependem de, i.e., não se destinam a refletir, as razões que se aplicam àqueles sujeitos a eles”⁶⁶⁹. Para rejeitar essa hipótese, Raz menciona o caso de uma Lei do Parlamento que imponha aos pais o dever de sustentar seus filhos pequenos: “os pais têm esse dever independentemente da lei, e apenas porque eles o têm a lei está justificada”⁶⁷⁰. A resposta de Raz, no entanto, destina-se a estabelecer uma única conclusão: que as autoridades legislativas também satisfazem o requisito da tese da dependência, i.e., que os legisladores agem com base nas razões que se aplicam àqueles sujeitos a eles. Mas essa não é a única, e nem a melhor, objeção à tese de que o exemplo do árbitro se aplica, também, ao contexto legislativo.

Voltemos ao exemplo do árbitro e imaginemos o caso em que as partes que submeteram sua disputa à sua decisão têm dúvidas sobre, exatamente, o que ele quis dizer (ou o que de fato disse) acerca de um determinado termo ou conceito utilizado em sua diretiva. No exemplo original de Raz, esse é um problema que não se coloca. Mas podemos imaginar que, caso se colocasse, as partes teriam à sua disposição a possibilidade de simplesmente perguntar ao árbitro o que ele quis dizer: tudo bem, Árbitro, você decidiu isso, mas o que quer dizer com a expressão *p* contida em sua decisão? De certa forma, a possibilidade de esclarecimento está embutida na forma como o exemplo é construído, uma vez que as partes renunciam à sua própria deliberação em favor da deliberação da autoridade. Assim, não cabe a elas deliberar sobre o sentido ou propósito da diretiva do árbitro, mas apenas segui-la, nos termos em que foi colocada. Caso surja alguma dúvida a seu respeito, cabe ao árbitro saná-la. É isto o que Scott Shapiro nota ao comentar o conceito de autoridade de Raz. Segundo ele, a decisão do árbitro serve para “eliminar a necessidade de deliberar e debater o mérito do caso que [as partes] submeteram”⁶⁷¹.

A exclusão da deliberação é um ponto importante do conceito de autoridade de Raz. Tanto é assim que ele próprio utiliza o modelo da ação individual para ilustrar a divisão entre dois estágios distintos da ação: um deliberativo e outro, executivo. No primeiro, ela considera os méritos dos cursos alternativos de ação e termina quando chega a uma conclusão sobre o que deve fazer. Esse estágio é seguido por outro, chamado de executivo, se e quando a pessoa forma

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 213.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 214.

⁶⁷¹ SHAPIRO, Scott J. Authority. In: COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott (Orgs.). **The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 404.

uma intenção de praticar uma certa ação. Quando esta intenção é formada, o estágio deliberativo se encerra⁶⁷². Raz aplica esta distinção para as instituições jurídicas, e conclui que ela implica a impossibilidade de uso de argumentação moral no estágio executivo. De acordo com ele:

No estágio deliberativo a questão sobre o que deve ser feito está aberta à argumentação baseada em todos os tipos de consideração. Razões de natureza moral frequentemente irão dominar. Uma vez que o caso foi decidido de forma que a instituição envolvida considere satisfatória, seu órgão apropriado irá formular a ‘intenção social’, i.e., ele emite uma instrução autoritativa. Na medida em que essa instrução representa a conclusão do estágio deliberativo e pertence, ela mesma, ao estágio executivo, ela será identificada sem recurso a argumentos morais adicionais. Estes pertencem, por definição, ao estágio deliberativo. Apenas considerações positivistas podem pertencer ao estágio executivo⁶⁷³.

A divisão entre estágios deliberativo e executivo aplica-se bem à ação individual e ao exemplo do árbitro porque, em ambos os casos, não há dúvidas sobre qual o resultado da deliberação: o indivíduo, ao agir, não tem dúvidas sobre como decidiu agir. O resultado de sua deliberação é transparente para si mesmo. Assim também no caso do árbitro, em que o resultado de sua deliberação é identificado pelo que ele comunicou num dado contexto conversacional em que (1) a comunicação entre as partes é síncrona e (2) todas as partes estão presentes no mesmo local e no mesmo momento. No exemplo de Raz, não faz sentido que as partes disputem sobre a correta interpretação da diretiva do árbitro porque ele próprio está presente na situação e pode, por óbvio, esclarecer o que disse (ou, em outras palavras, decidir, de forma autoritativa, a nova disputa interpretativa). Portanto, na divisão de trabalho entre autoridades e aqueles subordinados a elas, cabe às autoridades a deliberação e, aos subordinados, a execução daquilo que foi decidido, de forma deliberada, pelas autoridades. Essa exclusão, no entanto, não significa uma ação cega ou automatizada. O ponto de Raz é que, na fase executiva, apenas considerações positivistas – i.e., que digam respeito a *factos* – são relevantes. A argumentação moral está conceitualmente excluída pois, do contrário, reabriríamos a fase deliberativa e frustraríamos o propósito de termos autoridades.

Em que medida a exposição anterior sobre a natureza da atividade legislativa e sobre a prática interpretativa afetam essa concepção de autoridade? O primeiro e mais óbvio ponto que devemos mencionar é que, ao contrário da situação do árbitro, no contexto legislativo as partes não estão presentes no mesmo momento e no mesmo local e a “comunicação” entre autoridades e subordinados ocorre de maneira *assíncrona*. Os legisladores promulgam textos

⁶⁷² RAZ, Ethics... op. cit., p. 206.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 207.

sem terem qualquer contato com aqueles que serão governados pelas regras criadas por eles. Estas pessoas, por sua vez, terão seus direitos e deveres alterados mesmo que não tenham qualquer ideia sobre quem, afinal de contas, foi o responsável por produzir o documento que gerou aquele impacto jurídico em suas vidas. Como já vimos em 3.5.2, o papel essencial desempenhado pelos *textos* cria contextos distintos no processo legislativo: há o contexto daquele que escreveu a proposta legislativa; o contexto daqueles que a aprovaram; e o contexto daqueles que, subordinados a ela, deverão interpretá-la e aplicá-la. O caráter assíncrono da atividade legislativa gera pelo menos uma consequência importante para a ideia de significado jurídico: na medida em que uma lei aprovada há anos, ou mesmo décadas ou séculos, ainda pode ser válida e aplicável atualmente, podemos concluir que o significado jurídico *perdura no tempo*⁶⁷⁴.

O fato de que o significado jurídico perdura no tempo desafia o modelo do árbitro e, no limite, o próprio conceito de autoridade dele derivado. Antes de entendermos como, é preciso observar que a continuidade do significado jurídico no tempo não deve ser confundida com a possibilidade de que atos comunicativos, em geral, perdurem no tempo. Uma carta, um diário ou um panfleto podem ser considerados atos comunicativos que, quando escritos e documentados num meio físico, podem durar no tempo. Podemos entender o que eles disseram se recorrermos às regras convencionais de significado vigentes à época, ou talvez por meio de inferências acerca das intenções de seus autores⁶⁷⁵. Seja como for, esse sentido de continuidade significa, tão somente, que um significado *fixado* num momento original, perdura no tempo e pode ser recuperado na forma como originalmente fixado.

A continuidade do significado jurídico, contudo, tem outra dimensão, que não está presente na continuidade de atos comunicativos e que torna um modelo conversacional inadequado para compreendê-la. É que, no caso do significado jurídico, “contribuições subseqüentes são capazes de alterar o significado das anteriores, ou mesmo eviscerá-lo [...] no direito, alguém que diga algo incompatível com o que você disse pode implicar que o que você disse deixa de significar, agora, o que ele significava antes”⁶⁷⁶. A possibilidade de que atos jurídicos posteriores alterem o significado de atos jurídicos anteriores ocorre porque, em certo sentido, os atos posteriores “são a razão pela qual [o ato anterior] ainda tem, e de fato sempre teve, significado jurídico”⁶⁷⁷. O elemento da continuidade introduz, assim, mais um contexto

⁶⁷⁴ KÖPCKE TINTURÉ, *Legal validity...* op. cit., p. 140.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 141–142.

⁶⁷⁶ KÖPCKE TINTURÉ, *Legal validity...* op. cit., p. 140–141.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 142.

que deve ser levado em conta pelo intérprete encarregado de identificar o conteúdo do ato produzido pela autoridade (na verdade, um número indeterminado deles): além do contexto em que uma lei foi promulgada, há também o contexto das autoridades que, podendo revogá-la, optaram, deliberadamente, por não o fazer. São essas autoridades posteriores que, por força da permanência no tempo das diretivas jurídicas, mantém a sua obrigatoriedade e, em decorrência, sustentam o seu significado.

Raz reconhece que a continuidade do significado jurídico entra em conflito com a ideia de autoridade. Segundo ele, “a importância da continuidade no direito é manifestada sobretudo por duas características centrais. A primeira é o fato de que a legislação e os precedentes permanecem vinculantes muito tempo após os seus autores perderem poder. A vida do direito não está vinculada à vida dos legisladores”⁶⁷⁸. Essa característica explica por que a continuidade “transcende e entra em conflito com a autoridade”⁶⁷⁹. Mas Raz não explora os impactos e a extensão desse conflito para o próprio conceito de autoridade e sua relevância para o direito. O primeiro desses impactos está na inadequação do exemplo do árbitro para explicar o fenômeno jurídico. No exemplo de Raz, a continuidade da diretiva do árbitro só se coloca no sentido de continuidade de um ato comunicativo. O árbitro decide a disputa entre as partes e, caso essa decisão seja registrada num documento, podemos, anos depois, recuperar o seu significado. O ato do árbitro, no entanto, se esgota naquele momento e com aquela decisão. Os impactos que ele eventualmente possa ter no futuro são implicações que não faziam parte do próprio ato, da mesma maneira que os impactos de um texto antigo nas crenças de uma pessoa vivendo atualmente não faziam parte das intenções do autor que o escreveu. Não é desta forma que o processo legislativo opera. Na verdade, o processo legislativo já incorpora o elemento da continuidade na medida em que as leis são criadas com o objetivo de decidir casos futuros e que podem ocorrer num ponto indeterminado do tempo. Em outras palavras: ao contrário da comunicação, que se esgota no e se limita ao contexto em que ocorreu, as leis são criadas para serem aplicadas em novos e desconhecidos contextos. Anos depois da decisão do árbitro, podemos retornar a ela para tentar descobrir como ele resolveu aquela disputa específica; anos após a promulgação de uma lei, retornamos a ela para saber como ela impacta, *aqui e agora*, os nossos direitos e obrigações.

A consequência óbvia desse fato é que, no caso das leis, a autoridade que a produziu não encerra o processo deliberativo dos seus subordinados. Na medida em que a promulgação

⁶⁷⁸ RAZ, **Between authority and interpretation...** op. cit., p. 233.

⁶⁷⁹ *Idem.*

da lei ocorre em um dado momento e, em razão da continuidade ou da persistência no tempo do significado jurídico, sua interpretação ocorre em outros, os seus destinatários, sejam eles juízes ou cidadãos, devem deliberar sobre como aquela lei (i.e., aquele documento escrito produzido, votado e promulgado pelo Parlamento) afeta seus direitos e deveres *agora*. O intérprete deve, por exemplo, determinar se o contexto relevante para a determinação do conteúdo da lei é aquele dos legisladores que promulgaram a lei ou dos que, muitos anos depois, podendo revogá-la, preferiram não o fazer. Ele deve decidir se deve levar em consideração as convenções interpretativas vigentes à época da promulgação; as convenções que os legisladores, na época da promulgação, acreditavam estar vigentes; as convenções vigentes no momento da sua interpretação ou as convenções que os legisladores atuais acreditam estar vigentes no momento de sua interpretação. Ele deve, enfim, tomar diversas decisões sobre qual é, *agora*, o conteúdo jurídico daquela lei e cada uma dessas decisões gerará uma resposta diferente e potencialmente conflitante sobre que direitos e deveres aquela lei cria, modifica, extingue ou afeta em um dado momento. Mas como tomar esta decisão sem reabrir aquilo que o conceito de autoridade exige que esteja encerrado?

Raz pode alegar que o conceito de autoridade exige que o conteúdo seja fixado pelas autoridades, no momento da promulgação da lei, e que qualquer interpretação que não leve isso em consideração deve ser considerada uma interpretação inovadora: portanto, uma interpretação que *modifica* o direito. O problema desta alternativa é duplo: o primeiro é que a questão da continuidade nos impõe uma decisão interpretativa que não é óbvia – afinal de contas, que autoridades devemos levar em conta? Aquelas que escreveram o texto, que votaram a seu favor, ou as que optaram por mantê-lo em vigor quando poderiam tê-lo revogado? Tomemos um exemplo. O Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848) foi promulgado em 7 de dezembro de 1940. Desde sua redação original (ele já foi modificado diversas vezes), o Código Penal contém um dispositivo que torna crime “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. É razoável imaginar que, em 1940, os exames de imagem, como ultrassom, não estavam desenvolvidos e muito menos disponíveis para serem utilizados por gestantes. Também é razoável imaginar que, em razão disso, os legisladores não tivessem qualquer conhecimento sobre a possibilidade de se identificar um feto inviável ainda dentro do útero da mãe. O problema da anencefalia detectada em fetos em gestação, portanto, não passou pela cabeça dos legisladores e não passou pela cabeça dos juízes de cujas práticas surgiram convenções interpretativas relevantes. Os legisladores de 1940 tinham que decidir se o aborto deveria ou não ser crime, e decidiram pela aprovação de uma lei que contém o teor do art. 125 do Código Penal.

Mas imaginemos que, em 2023, os atuais legisladores brasileiros resolvam realizar uma ampla revisão legislativa do Código Penal. O objetivo é atualizar seu texto para torná-lo mais adequado aos “novos tempos”. Suponhamos, então, que a questão sobre a atualização do art. 125 tenha sido objeto de intensa deliberação, com vistas a deixar claro que o seu texto não abrange, no conceito de aborto, a prática da interrupção de gravidez de fetos anencefálicos. Após muitas discussões, os legisladores optam por não realizar nenhuma alteração no dispositivo, e deixam registrado, nas atas dos debates, que fizeram isso por entender que o texto é suficiente e que, na sua formulação atual, ele não torna crime a prática de interromper uma gestação quando os exames de imagem demonstram que o feto é anencefálico. Outras disposições são alteradas, um novo texto é promulgado, substituindo diversos artigos, mas mantendo ileso o art. 125 do Decreto-Lei 2.848/1940.

Qual das duas decisões deve ser considerada para determinarmos o conteúdo do art. 125 do Código Penal? A decisão das autoridades que aprovaram o texto original de 1940, e que não tinham nenhuma opinião ou intenção acerca da aplicação da regra contida no dispositivo aos casos de anencefalia, ou a decisão dos legisladores atuais, que deixaram de revogar ou alterar o dispositivo por entenderem que ele não se aplica aos casos de interrupção de gestação de fetos anencefálicos? A decisão de nada alterar – que é possível em razão da persistência no tempo das regras e do significado jurídico – é uma decisão autoritativa tanto quanto a decisão de introduzir um novo texto. Como determinar, então, qual das duas decisões (a decisão de promulgar ou a decisão de não revogar) “fixa” o conteúdo de um texto legislativo? Uma resposta possível é sugerir, como Raz, que, para que possamos chamar os legisladores de autoridades, eles devem ter o “controle” sobre o significado jurídico dos atos que praticam. Essa resposta, no entanto, não resolve o nosso problema. A autoridade atual (ou, sob a perspectiva dos legisladores de 1940, a autoridade futura) deve ter, sob a perspectiva de Raz, tanto controle sobre o significado jurídico de seus atos quanto as autoridades originais. Se ela decide não modificar um texto por entender que seu sentido é *p*, ou que as convenções interpretativas atualmente vigentes são adequadas para a determinação do seu conteúdo, ela deve, tanto quanto a autoridade que promulgou o texto, ter controle sobre o significado deste ato. Teríamos, então, autoridades distintas, em pontos diferentes do tempo, “controlando” os significados jurídicos de seus atos de formas diversas. Como resolver esse conflito?

Alguém poderia sugerir que o meu contraexemplo tem um problema. Supor que a mudança de contexto gera uma mudança de significado implicaria, no limite, que os legisladores atuais não precisam alterar formalmente as leis vigentes, que seriam alteradas simplesmente pela mudança de contexto. Essa objeção, no entanto, erra o alvo: no meu

exemplo, houve expressamente uma deliberação pela *manutenção* do texto atual em razão dos legisladores atuais considerarem que, na sua formulação, ele não se aplicava aos fetos anencefálicos. Além disso, o objetivo do exemplo era destacar que a persistência no tempo das regras jurídicas implica, necessariamente, a existência de contextos diversos e temporalmente distantes. Assim, o problema interpretativo sobre qual o contexto relevante sempre se colocará. Devemos, por exemplo, interpretar a cláusula da igualdade contida no *caput* do art. 5º da Constituição da forma com os constituintes a entendiam; da forma como as pessoas a entendiam, quando a cláusula foi redigida e promulgada; da forma como ela é, atualmente, entendida; ou de acordo com o que consideramos ser a melhor interpretação do princípio da igualdade nela contido? A única saída para essa situação é que as partes devem *deliberar* sobre qual dos momentos deve ser relevante, e isso, obviamente, não pode ser resolvido por apelo ao conceito de autoridade: temos, afinal, duas autoridades e, no limite, um número indeterminado delas, sobrepondo-se ao longo do tempo enquanto a regra criada por uma lei perdura em sua vigência. A continuidade do significado jurídico, portanto, ao invés de afastar, demanda que juízes e cidadãos *deliberem* sobre qual é, afinal, esse significado. Eles podem entender que o significado da diretiva é o significado que os legisladores originais tinham a intenção de que se tornasse direito; ou podem entender que “a terra pertence aos vivos, e não aos mortos”⁶⁸⁰ e que, portanto, são as intenções atuais daqueles que optam por manter um determinado texto em vigor as intenções relevantes. O ponto central é: a deliberação ainda será necessária.

Se a deliberação ainda é necessária, não há razões para supormos que a argumentação moral esteja conceitualmente excluída do conceito de direito. O que a exposição acima demonstrou é que tudo o que o conceito de autoridade é capaz de estabelecer é que uma fonte (no caso, uma lei) é dotada de autoridade e que, portanto, não é mais possível às partes deliberar sobre se aquela é ou não uma fonte do direito. Nada disso exclui a possibilidade de que as partes deliberem sobre o significado jurídico daquela fonte, sobre qual o seu sentido e quais os conjuntos de direitos e obrigações são afetados por ela. O controle que os legisladores têm sobre o processo legislativo é o controle de introduzir um determinado texto no universo jurídico com um certo conteúdo, e não outro. Mas o caráter sistêmico do conteúdo jurídico (que exploramos em 3.5.3), o fato de que a atividade legislativa é mediada por textos escritos e, por fim, a persistência no tempo das diretivas jurídicas (que introduz, além do elemento de autoridade, um elemento de *continuidade* na explicação do fenômeno jurídico) explicam por que as autoridades não estão, necessariamente, no controle do significado jurídico dos atos que elas

⁶⁸⁰ STRAUSS, David A. **The living Constitution**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2010, p. 99–100.

próprias produzem. Não podemos deliberar sobre se o art. 125 do Código Penal Brasileiro é uma fonte do direito: mas podemos deliberar sobre quais os direitos e deveres foram criados por aquele dispositivo. A argumentação moral sobre o significado das fontes, portanto, não está excluída do domínio do direito e nem é uma argumentação com vistas a modificá-lo, como Raz sustenta. Ela pode ser concebida – e creio que é assim que deve ser concebida – como uma argumentação com vistas a determinar a melhor forma de *interpretar* as fontes, dado que elas podem ser interpretadas de diversas formas.

A persistência do direito no tempo nos permite observar outro problema do conceito de autoridade de Raz. No exemplo do árbitro – de onde ele parte para construir suas três teses da autoridade – quando as partes decidem submeter a disputa à resolução arbitral, elas tomam uma decisão que se esgota em si mesma e que estabelece, de uma vez por todas, a autoridade do árbitro para resolver a controvérsia. Não faria sentido, e nisso Raz está correto, submetermos um litígio a um árbitro para, no momento em que ele o decide, questionar por que deveríamos aceitar sua autoridade para decidi-lo. Mas não é esta a situação dos cidadãos e juízes em relação aos atos das autoridades legislativas. Nós não concedemos, em um dado momento do tempo, autoridade para que um certo grupo de legisladores, em 1940, decidisse, por nós, a questão do aborto. Também não concedemos, do mesmo modo que concedemos ao árbitro, no exemplo de Raz, autoridade para que os legisladores atuais façam o mesmo. Ao invés disso, nós *reconhecemos* a autoridade dessas instituições e das leis por elas produzidas, e a persistência no tempo do caráter vinculante de suas diretivas, exige também a persistência no tempo do reconhecimento do caráter autoritativo dessas diretivas. Além disso, ao contrário do contexto do árbitro ou do contexto conversacional, as diretivas jurídicas, uma vez produzidas, são mobilizadas em contextos argumentativos diversos, potencialmente indeterminados e que ocorrem independentemente das intenções que os legisladores tinham a seu respeito.

A produção de leis por autoridades legislativas, portanto, é parte de uma prática social sustentada não só pelas autoridades, mas também pelos cidadãos, juízes e oficiais do direito que reconhecem essas autoridades justamente ao mobilizarem suas diretivas na construção de argumentos jurídicos. É no interior dessa prática que faz sentido falar de um “ato de autoridade” ou de um “ato de criação de leis” e é apenas no seu interior que o ato legislativo adquire seu sentido. Isto quer dizer que a autoridade legislativa não fixa, sozinha, o sentido de seu ato. A autoridade legislativa tem, é claro, um papel institucional, dentro da prática, distinto daquele do cidadão ou do juiz. O ponto, no entanto, é que, de algum modo, todos os membros da prática jurídica contribuem para a determinação do conteúdo do direito e do sentido jurídico do seu ato de autoridade. O ato de criação de uma lei, assim como o ato de interpretação, é um ato que

ocorre dentro de uma prática e é em razão dela que este ato adquire o seu sentido. É na forma como os juízes, cidadãos e oficiais do direito utilizam os textos jurídicos que identificamos o reconhecimento das autoridades e o papel que suas diretivas desempenham no interior dessa prática. Quando nos damos conta desse ponto, percebemos, com mais clareza, a insuficiência do exemplo do árbitro: não é que o conceito de autoridade presente naquele contexto esteja equivocado; é que a prática descrita pelo exemplo *não tem a mesma natureza e o mesmo caráter da prática jurídica*. O que expus sobre a persistência no tempo das regras jurídicas, sobre a assincronia entre o momento de criação do texto e o momento de sua interpretação e sobre o caráter sistêmico do significado jurídico demonstram que estamos diante de práticas sociais essencialmente distintas: a prática jurídica não é, portanto, um exemplo da prática de arbitragem, no sentido ilustrado por Raz. Isso também fica claro quando percebemos que o exemplo do árbitro não é capaz de explicar o direito enquanto prática social dotada de propósito e intencionalidade, no sentido que vimos acima.

Dworkin chama atenção para este ponto logo nas primeiras páginas de *Law's Empire*. De acordo com ele, “a prática jurídica, ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, é argumentativa. Todos os atores na prática entendem que o que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido *pela e na prática*”⁶⁸¹. E prossegue:

A prática consiste em larga medida em utilizar e argumentar sobre essas proposições. As pessoas que dispõem de direito fazem e debatem afirmações sobre o que o direito permite ou proíbe que seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o direito, e uma boa parte do que o seu direito revela sobre eles não poderia ser descoberto sem que se levasse em conta como eles fundamentam [*ground*] e defendem essas afirmações⁶⁸².

Quando observa a prática jurídica, mesmo Raz reconhece nela traços que não estão presentes no exemplo simples do árbitro. O principal deles é o seu caráter *interpretativo*. Como já vimos (especialmente, em 4.5.1), Raz afirma que a interpretação “desempenha um papel crucial na tomada de decisão judicial”⁶⁸³ e que a “proeminência do raciocínio interpretativo no raciocínio jurídico resulta do fato de que os dois aspectos do raciocínio jurídico, quais seja, estabelecer o conteúdo de padrões jurídicos autoritativamente endossados e estabelecer as (outras) considerações morais relevantes para o caso, estão inextricavelmente interligadas”⁶⁸⁴. Podemos dizer o mesmo da situação do árbitro? Acredito que não. Embora tenhamos um

⁶⁸¹ DWORKIN. *Law's empire*... op. cit., p. 13.

⁶⁸² *Idem*.

⁶⁸³ RAZ, *Between authority and interpretation*... op. cit., p. 224.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 121.

contexto de autoridade, as partes estão engajadas, essencialmente, numa prática conversacional. O árbitro comunica-se com as partes assim como se comunica com seus amigos e sua esposa, e nada há de especial nesse contexto. Não é isso que ocorre no direito. A despeito desse reconhecimento, no entanto, Raz tenta manter as ideias básicas do modelo comunicacional a partir do seu conceito de autoridade (construído com base num exemplo que *não* se ajusta bem à prática jurídica) e da distinção entre interpretações conservadoras e inovadoras. Agora, no entanto, estamos em posição de questionar: por que manter essa distinção?

A única razão para aderirmos a uma distinção tão artificial quanto a sugerida por Raz é a adoção do conceito de autoridade, *na forma como Raz o desenvolve*, i.e., de forma externa à prática jurídica. Em outras palavras: devemos adotar uma teoria arquimediana de autoridade. O problema, no entanto, é que a prática jurídica tem diversos elementos que não se adequam a modelos simples de autoridades. Reconhecemos que a ideia de autoridade desempenha um papel central no direito pela forma como os participantes da prática jurídica mobilizam argumentos relacionados ao papel das autoridades no interior dessa prática. A autoridade do legislativo se revela, por exemplo, no fato de que, mesmo depois de os legisladores que produziram uma certa lei terem morrido, continuamos debatendo e argumentando acerca dos direitos e obrigações que aquela lei, criada há décadas ou talvez séculos, nos impõe hoje. São também essas práticas argumentativas que sustentam, ao longo do tempo, a autoridade de uma lei aprovada há anos e que, portanto, não pode mais derivar sua autoridade da autoridade dos seus autores.

A teoria de Raz (e, nesse sentido, também de Marmor) entende, ao contrário, que há algum fato, independente das próprias práticas argumentativas, que permite estabelecer, de fora, que uma interpretação é conservadora (e, portanto, fiel ao direito criado pelos atos de autoridade) ou inovadora (e, portanto, modificadora do direito existente). A própria distinção só faz sentido se tivermos, a nosso dispor, esse fato externo que permita diferenciar, em práticas igualmente interpretativas, aquelas que são fiéis daquelas que não são fiéis ao direito criado pelas autoridades. Nessa ideia de autoridade, teríamos, então, o que Patterson chama de uma “visão da ‘descoberta’ acerca da natureza da verdade no direito”⁶⁸⁵: haveria um fato social – mais especificamente, um fato linguístico – que tornaria uma proposição jurídica verdadeira ou falsa. Uma interpretação que busque identificar esse fato é uma interpretação conservadora. Qualquer outra que vá além desse fato linguístico, seria uma interpretação moralmente carregada e que, portanto, modifica o conteúdo do direito. O problema desta visão, como o

⁶⁸⁵ PATTERSON, *Law and truth*, p. 64.

próprio Patterson reconhece, é que “a verdade de uma proposição jurídico é o produto de uma atividade (justificação) e não uma questão de correspondência entre uma proposição e um fato social”⁶⁸⁶. É essa a ideia que a teoria valorativa da interpretação busca identificar. Sob essa nova perspectiva, podemos compreender os problemas do modelo comunicacional (seja na versão de Raz ou na versão de Marmor) de forma mais simples: o problema fundamental do modelo é a tentativa de identificar um fato metafísico em virtude do qual seja possível identificar, de modo fixo e definitivo, o conteúdo do direito. Nessa abordagem, o conteúdo do direito é um dado e, para usar a expressão que usei anteriormente, a interpretação *vem depois*. Essa ideia enfrenta, contudo, sérias dificuldades diante da multiplicidade de candidatos possíveis para esse “fato” – convenções semânticas, convenções interpretativas, intenções (radicais ou autoritativas) e assim por diante. Quando, no entanto, abandonamos a tentativa de identificar um fato linguístico, podemos compreender que Marmor, Raz e os defensores do modelo comunicativo estão propondo argumentos *dentro da prática*: cada uma de suas teorias defende que um certo movimento dentro do jogo de dar e oferecer razões em favor da verdade de uma proposição jurídica é adequado, e que outros não são. Assim, não é que o conceito de autoridade implique que o conteúdo do direito é fixado por um ato comunicativo dos legisladores: é que um argumento baseado em autoridade acerca do conteúdo jurídico de uma proposição é considerado um argumento válido (ou potencialmente válido) dentro do jogo jurídico argumentativo. Para seus defensores, portanto, a melhor interpretação do direito, aquela que o coloca sob sua melhor luz, é uma interpretação que vê, como propósito abrangente e fundamental do direito, a ideia de decidir conflitos de maneira autoritativa.

As disputas interpretativas sobre a forma de se interpretar um determinado texto legislativo, portanto, não são disputas sobre como determinar o significado de um texto qualquer ou da comunicação humana em geral. Quando Hermes e Hércules debatem sobre a forma correta de interpretar o direito e oferecem metodologias interpretativas diversas, eles estão fazendo movimentos dentro do jogo de oferecer razões a favor de uma proposição jurídica. A interpretação literal ou semanticamente convencional de um texto é, tanto quanto uma interpretação teleológica ou sistemática desse mesmo dispositivo, uma forma de argumento possível no interior da prática jurídica. Não é, portanto, a intenção das autoridades ou mesmo o conceito de comunicação em contextos conversacionais que explica por que deveríamos interpretar o direito a partir do significado semântico dos textos legislativos: se isso for o caso (e estou apenas considerando esta hipótese, mas não a endossando) é porque esse é

⁶⁸⁶ *Ibid.*

um movimento argumentativo aceito como justificação adequada para a verdade de uma proposição jurídica. Mas esse não é o único movimento argumentativo aceito na prática e, por isso mesmo, não devemos reduzir o conteúdo do direito ao conteúdo semântico ou convencional (no sentido de derivado de convenções interpretativas) dos textos legislativos.

Para utilizar um exemplo que já apresentei, imaginemos uma disputa sobre a correta interpretação do art. 125 do Código Penal Brasileiro. Uma das partes da disputa afirma que o significado convencional do conceito de “aborto” é a interrupção de uma gravidez (qualquer que seja ela), de modo que a lei se aplica a aborto de fetos anencefálicos. A outra afirma, ao contrário, que o conceito de aborto e, mais especificamente, o sentido de sua criminalização refere-se, tão somente, à interrupção de vidas viáveis, de modo que o art. 125 deve ser interpretado de modo a não incluir, no tipo penal, a interrupção de gravidez de fetos anencefálicos. Ambos os lados da disputa concordam que o que está em jogo é o que o direito é, e não a forma como gostaríamos de alterá-lo ou modificá-lo. Além disso, concordam que o art. 125 do Código Penal possui o texto que possui, e não outro que consideráramos melhor ou mais adequado. Em virtude do que podemos dizer que um lado defende uma interpretação conservadora e outro uma interpretação inovadora? A partir de que critério dizer, contrariamente às convicções de que cada um dos lados da disputa, que enquanto uma das partes defende seguir o direito a outra defende modificá-lo?

Quando uma das partes afirma que a intenção dos legisladores que promulgaram o dispositivo era que o texto fosse lido e interpretado de uma certa forma, ou não de outra, ela não está apontando para um fato do mundo que explica, independentemente das nossas próprias convicções, qual o direito criado por aquela lei. Não há nenhum fato que estabeleça, independentemente dos nossos argumentos, qual é o significado jurídico daquele documento legislativo. Ao apontar para as intenções do legislador e para convenções interpretativas que eles acreditavam estar vigentes, o intérprete está oferecendo uma *razão* a favor de uma determinada conclusão. “Quando um juízo valorativo é verdadeiro”, escreve Dworkin, “deve existir uma *razão* pela qual ele é verdadeiro. Ele não pode ser *simplesmente* verdadeiro”⁶⁸⁷. Como já vimos, Dworkin ilustra esse ponto a partir da diferença entre os juízos avaliativos e os juízos feitos pelas ciências. Com efeito, cientistas procuram compreender o mundo da forma como ele é e, de certa maneira, a forma do mundo é independente das nossas explicações sobre ele. É por esta razão que podemos aceitar a possibilidade de que, em algum ponto, a possibilidade de explicações pode simplesmente acabar: um ponto em que seria correto

⁶⁸⁷ DWORKIN, *Justice...* op. cit., p. 114.

simplesmente dizer “é assim que as coisas são”⁶⁸⁸. Podemos pensar o mesmo sobre julgamentos avaliativos? Dworkin argumenta que não. Segundo ele, “é sempre apropriado perguntar por que a moralidade [e, na verdade, qualquer domínio avaliativo] exige o que ela diz que exige, e nunca é apropriado dizer: ela simplesmente exige isso”⁶⁸⁹. Há casos fáceis em que essa demanda por razões, na prática, pode não ser exigida. Mas isso não significa que ela não seja possível ou mesmo que não esteja presente: quando alguém diz, por exemplo, que a “tortura é simplesmente errada, e isso é tudo”, faz sentido imaginar um contexto em que ela pode ser demandada a oferecer razões em favor de sua posição e uma recusa em fazê-lo não contará como um argumento adequado no jogo de linguagem da moralidade.

Dworkin desenvolve o mesmo argumento a partir de outra distinção. Nas ciências formais ou informais, afirma ele, nós buscamos *evidências* para certas proposições. Estas apontam a probabilidade de um determinado fato, embora não constituam, em si mesmas, o próprio fato. Podemos afirmar que há água em um dado planeta porque temos evidências disso na forma de dados espectrográficos. No entanto, esses dados não *constituem* a verdade da proposição de que há água naquele planeta: é o fato de haver – caso haja – que torna a proposição verdadeira ou falsa. Nos domínios avaliativos – dos quais o direito é uma parte – nós não buscamos evidências para uma proposição, mas antes buscamos “construir um argumento” [make a case] em seu favor⁶⁹⁰. Dworkin ilustra esse ponto com um exemplo jurídico:

Quando um promotor mostra ao júri impressões digitais, ele está introduzindo evidência de que o acusado estava na cena. Quando ele cita um precedente para mostrar que o direito não reconhece um certo argumento de defesa, ele está fazendo um argumento em favor de sua conclusão. O precedente não é evidência de um fato jurídico posterior e independente. Se o argumento do promotor é razoável, o precedente que ele cita ajuda a tornar sua afirmação verdadeira⁶⁹¹.

A teoria valorativa da interpretação e a concepção de Dworkin do direito como uma prática (e um conceito) interpretativa captam esta ideia melhor do que o modelo comunicacional. Raz e Marmor oferecem teorias arquimedianas sobre o conteúdo jurídico, que sugerem ser possível oferecer uma explicação constitutiva sobre ele que seja independente da forma como ele é interpretado. A lição central das diversas falhas do modelo comunicacional – em especial, a dificuldade de identificar um fato linguístico, externo às práticas, que possa

⁶⁸⁸ *Idem.*

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 115.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 116.

⁶⁹¹ DWORKIN, *Justice...* op. cit., p. 116.

funcionar como “determinante” fundamental do conteúdo jurídico – é que não há algo como um conteúdo do direito que seja independente dos argumentos e das razões que oferecemos a favor da verdade de certas proposições jurídicas. É nessa prática de defender, criticar e argumentar acerca das proposições jurídicas que encontraremos uma resposta para o problema da relação existente entre fontes e conteúdo do direito.

5.6. CLAREZA E INTERPRETAÇÃO

Nos tópicos anteriores, apresentei uma versão alternativa ao modelo comunicacional, que nos permitiu, juntamente com o argumento sobre o arquimedianismo, chegar a uma importante conclusão: não podemos separar uma teoria do conteúdo do direito de uma teoria da interpretação. Rejeitar teorias arquimedianas é rejeitar a ideia de que “a interpretação vem depois” e colocar a prática interpretativa como um elemento central de nossas teorias jurídicas. Embora essa seja, por si só, uma conclusão importante, precisamos, ainda, enfrentar um potencial desafio. É que, não obstante seus erros metodológicos, os defensores do modelo comunicacional têm pelo menos um ponto a seu favor: sob a premissa de que o direito é comunicação, conseguimos explicar muitos dos casos jurídicos rotineiros. Os chamados *casos fáceis*, aqueles que não despertam maiores controvérsias argumentativas, parecem adequar-se a uma explicação comunicativa na medida em que sua solução parece estar embutida no significado semântico convencional dos textos legislativos. Além disso, alguém poderia sugerir que, em casos incontroversos, não precisamos de interpretação. *In claris cessat interpretatio*. Meu argumento fez conteúdo do direito e interpretação serem mutuamente dependentes. Mas, agora, um crítico sustenta que há ocasiões em que podemos afirmar o conteúdo do direito sem recorrer a interpretação. Como responder a essa objeção?

5.6.1. Interpretação e compreensão

No artigo de Torben Spaak sobre o “escopo” do positivismo jurídico, que já examinei no capítulo 1, o autor, ao sustentar a possibilidade de uma teoria positivista limitada à existência do direito (da validade jurídica) escreveu que “[essa distinção] assume que nós podemos falar, de modo coerente, de normas (e regras) jurídicas de um modo ‘não-interpretado’[*uninterpreted*]”⁶⁹². Seu ponto é que podemos falar que, em casos claros e de

⁶⁹² SPAAK, The Scope of Legal Positivism... op. cit., p. 458.

formulação precisa, o conteúdo de uma norma é mais ou menos idêntico à sua própria formulação⁶⁹³. O argumento de Spaak sugere uma possível linha de defesa para o modelo comunicacional contra minha objeção interpretativa. De acordo com ela, nos casos em que estamos diante de textos com formulações claras (os casos *fáceis*), (1) a norma jurídica tem exatamente o conteúdo da formulação contida no texto e (2) não há a necessidade de interpretação, de modo que a passagem da fonte à norma ocorre sem necessidade de um intermediário explicativo. Ainda que em casos difíceis a interpretação possa ser necessária para ‘extrair’ ou ‘atribuir’ o sentido à fonte, nos casos fáceis essa extração ou atribuição não ocorre. O direito é o que a fonte diz, e o que a fonte diz é o conteúdo do texto em que ela foi formulada.

Uma versão mais sofisticada dessa linha de defesa foi oferecida por Marmor em *Interpretation and Legal Theory*. No capítulo “*No Easy Cases?*”, Marmor procura defender o positivismo a partir de uma defesa da existência conceitual de casos fáceis no direito. Para ele, casos fáceis são aqueles em que “a norma jurídica relevante pode simplesmente ser compreendida, e aplicada ao caso particular, sem a mediação de uma interpretação da norma; nós simplesmente compreendemos o que o direito diz, e sabemos que ele se aplica, ou não, ao caso em questão”⁶⁹⁴. A existência de casos fáceis, entendidos de acordo com a formulação de Marmor, oferece um argumento importante para o modelo comunicacional. É que, se existem casos em que é possível se obter o conteúdo do direito sem mediação de interpretação, e se esse conteúdo é apreendido diretamente da compreensão do que “o direito diz”, então é porque, pelo menos em casos fáceis, o direito é o resultado direto dos atos de comunicação de autoridades. Para defender essa posição, Marmor mobiliza, no seu argumento, os famosos trechos de Wittgenstein acerca de “seguir uma regra”. Seu objetivo é mostrar que a ideia wittgensteniana de que há uma forma de se apreender uma regra que não é uma interpretação tem implicações importantes para o direito e para a possibilidade conceitual de existência de casos fáceis. Começamos, então, com o argumento de Wittgenstein.

Nas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein oferece o seguinte exemplo no §185: um professor pede a um aluno que continue uma série de números a partir da ordem para somar 2 (“+2”). O aluno escreve a série de maneira “correta” até o número 1000, quando, de repente, ele escreve 1004, 1008, 1012. O aluno cometeu um “erro”? E que fato torna a sequência escrita pelo aluno errada⁶⁹⁵? “Como é decidido qual o passo correto a se tomar em qualquer ponto

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 458–459.

⁶⁹⁴ MARMOR, *Interpretation*... op. cit., p. 97.

⁶⁹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Rev. 4. ed. Chichester, West Sussex, U.K.; Malden, MA: Wiley-Blackwell, 2009, seq. 185.

particular?”, pergunta Wittgenstein⁶⁹⁶. Simplesmente apontar para a forma como o aluno vinha escrevendo a série até o número 1000 é insuficiente para responder à questão: “em tal caso, nós poderíamos talvez dizer: esta pessoa considera natural, uma vez dadas as nossas explicações, entender nossa ordem como *nós* entenderíamos a ordem ‘adicione 2 até 1000, 4 até 2000, 6 até 3000, e assim por diante’”⁶⁹⁷.

Marmor não explora os debates sobre o paradoxo das regras inaugurado pela leitura de Kripke do §201 das Investigações. Seu ponto é mais simples. De acordo com ele, o exemplo da adição citado no §185 mostra, em primeiro lugar, que “qualquer regra pode ser mal interpretada, e não é claro em que essa má interpretação consiste”⁶⁹⁸. Em segundo lugar, “as ações, de acordo com uma regra, parecem ser sub-determinadas pela formulação da regra”⁶⁹⁹. É possível que qualquer curso de ação possa se adequar a uma regra, se a formulação desta regra for submetida a uma interpretação que, de alguma forma, *force* o seu alcance para englobar aquele curso de ação específico.

Embora não explore o debate sobre o paradoxo das regras, é exatamente esse o ponto levantado pelo §201 das Investigações. De acordo com o trecho:

Este era o nosso paradoxo: nenhum curso de ação pode ser determinado por uma regra, porque todo curso de ação pode ser tornado de acordo com a regra. A resposta era: se todo curso de ação pode ser tornado de acordo com a regra, então ele também pode ser colocado em conflito com ela. E, desta forma, não haveria nem acordo nem conflito aqui⁷⁰⁰.

No trecho imediatamente seguinte do §201, Wittgenstein observa que há uma “confusão” aqui, evidenciada pelo fato de que “colocamos uma interpretação atrás da outra” e que, “o que desta forma mostramos é que há uma forma de captar uma regra que *não* é uma interpretação, mas que, de caso em caso de aplicação, é manifesta no que nós chamamos de ‘seguir uma regra’ e ‘ir contra ela’”⁷⁰¹. Marmor quer explorar justamente a ideia de que a interpretação não é essencial ao significado e que, portanto, podemos falar de significado mesmo quando não há interpretação. Seu ponto, portanto, é utilizar uma leitura possível de Wittgenstein para concluir, com ele, que “as interpretações, por si mesmas, não determinam significado”⁷⁰². Eis a conclusão de Marmor:

⁶⁹⁶ *Ibid.*, seq. 186.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, seq. 185.

⁶⁹⁸ MARMOR, *Interpretation...* op. cit., p. 114.

⁶⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁰⁰ WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations...* op. cit., seq. 201.

⁷⁰¹ *Idem.*

⁷⁰² *Ibid.*, seq. 198.

Este é o ponto crucial: se uma regra não puder determinar quais ações estão de acordo com ela, então nenhuma interpretação pode fazer isso também. Interpretação é apenas outra formulação da regra, como se fosse uma substituição da regra por outra (e, assim, mudando a regra muitas vezes). Desta forma, ela não pode suprir a lacuna entre a regra e a ação. Uma regra, em outras palavras, é como um sinal e seu significado não pode ser determinado por outro sinal; os significados das regras, como aqueles de todos os símbolos, deve ser determinado pelas ações em si mesmas, isto é, pela forma como as regras são *usadas*. Assim também, compreender uma regra consiste na habilidade de especificar que ações estão de acordo com ela, o que não é uma interpretação da regra, mas é exibido por meio da ‘obediência à regra’ e de ‘ir contra ela’, isto é, na prática⁷⁰³.

De acordo com Marmor, Wittgenstein sustenta que o significado é determinado pelo uso, e não por uma interpretação da regra (que nada mais é do que sua reformulação em outra regra, mais específica). O uso das regras, por sua vez, consiste num *costume*, definido como uma multiplicidade de ocasiões de uso da regra. Assim, compreender uma regra consiste “na habilidade de especificar que ações estão de acordo com a regra”⁷⁰⁴ e, naturalmente, quais vão contra ela. Nada disso exige recurso a interpretação. Mesmo no caso de uso de termos vagos em uma linguagem natural – em que não é possível especificar todas as ações que estão de acordo com a regra – não se pode concluir que a regra está inevitavelmente sujeita à interpretação. É que, mesmo nesses casos, não é necessário especificar *toda as ações* que seguem ou vão contra uma regra: “é um [...] erro assumir que uma compreensão completa de uma regra deve remover todas as possíveis dúvidas sobre sua aplicação”⁷⁰⁵. Na verdade, uma explicação da regra será completa se ela “satisfizer o seu propósito”⁷⁰⁶, isto é, se ela é suficiente para remover a confusão e a má compreensão acerca de sua aplicação naquele caso.

A conclusão de Marmor, quanto a este ponto, é que o recurso ao propósito da regra ou da prática em que aquela regra é instanciada não pode ser uma condição necessária para a compreensão. Isso equivaleria a afirmar que a aplicação de uma regra sempre exige sua tradução em termos de uma outra regra – ou, em outras palavras, que a interpretação sempre é necessária. É essa conclusão, contudo, que Marmor objeta a partir de sua leitura de Wittgenstein. Para Marmor, “a interpretação só é necessária quando a formulação da regra deixa dúvidas acerca de sua aplicação num dado conjunto de circunstâncias”⁷⁰⁷. Esta, contudo, é uma situação excepcional e parasítica na nossa forma padrão de compreender e captar uma regra, que não envolve, segundo ele, recurso à interpretação. Se o interpretativismo faz o conteúdo do

⁷⁰³ MARMOR, *Interpretation*... op. cit., p. 114–115.

⁷⁰⁴ MARMOR, *Interpretation*... op. cit., p. 117.

⁷⁰⁵ MARMOR, *Interpretation*... op. cit., p. 117.

⁷⁰⁶ WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations*... op. cit., seq. 87.

⁷⁰⁷ MARMOR, *Interpretation*... op. cit., p. 118.

direito depender da forma como o direito é interpretado – eis o argumento de Marmor – ela incorre no erro filosófico de considerar que o significado *sempre* depende de interpretação.

Marmor não foi o único autor a utilizar a distinção entre compreensão e interpretação para esclarecer elementos da prática jurídica. Dennis Patterson também recorreu a Wittgenstein para formular uma crítica à ideia de Ronald Dworkin do direito como uma prática interpretativa. Patterson define a interpretação como “um ato de mediação” que, feito de forma correta, gera a “apreensão do significado”⁷⁰⁸. Esta é uma formulação próxima àquela que ofereci para a interpretação como atividade que permite chegar ao conteúdo do direito a partir de suas fontes (e que, portanto, pode ser vista como um ato de mediação entre fontes e significado jurídico). O problema que Patterson observa é o mesmo apontado por Marmor: “a compreensão de uma locução não é uma questão de derivar seu significado de um ato ou operação mental”⁷⁰⁹. Para ele, compreender uma locução envolve reagir ou responder de modo apropriado a ela. Assim, eu compreendo o pedido de “por favor, passe o sal” passando, efetivamente, o saleiro ou explicando por que não posso fazê-lo. “Compreender é agir de modo apropriado em resposta a um pedido”⁷¹⁰. A interpretação só será necessária caso o pedido (ou a locução) seja vago ou opaco. Do contrário, ela não desempenha qualquer papel na nossa apreensão do significado.

Qual a razão pela qual a interpretação não pode ser uma condição necessária para a compreensão e, portanto, para o significado? Patterson recorre à ideia de cadeia de interpretações sugerida por Wittgenstein nas Investigações⁷¹¹. De acordo com Patterson, “se toda compreensão fosse uma interpretação, então cada interpretação precisaria, ela própria, de uma interpretação, e assim por diante num regresso ao infinito”⁷¹². A única forma de não incorrer neste regresso infinito é reconhecer que a compreensão da regra (ou o que Patterson chama de “normatividade do comportamento regrado”) não depende necessariamente de interpretação e que, na verdade, a interpretação é parasítica numa forma mais básica de compreensão.

Em que medida a distinção entre compreensão e interpretação oferece um argumento a favor do modelo comunicacional? O ponto de Marmor é que a interpretação desempenha um papel mediador entre um *senal* e o seu significado. A compreensão, ao contrário, seria uma forma de captação direta do significado, sem mediações e, portanto, sem risco de um regresso ao infinito. Se podemos imaginar casos fáceis em que o conteúdo do direito é asserido sem

⁷⁰⁸ PATTERSON, *Law and truth*, p. 87.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations...* op. cit., seq. 201.

⁷¹² PATTERSON, *Law and truth*, p. 88.

recurso a uma atividade interpretativa que percorra o caminho da fonte para o seu significado jurídico – isto é, sem mediação interpretativa – então é possível identificar o significado jurídico com o significado linguístico compreendido, e não interpretado, o que implica haver um conteúdo jurídico independente de interpretação. É exatamente isso que a tese da explicação direta afirma ser parte central do retrato padrão⁷¹³. Recorde-se que esta tese afirmava que não há intermediários explicativos entre os pronunciamentos autoritativos e o conteúdo do direito. Expliquei anteriormente que antes de ser a base, esta tese é uma decorrência da identificação do direito com o conteúdo comunicativo dos atos de autoridade. Assim, se é possível chegar a esse conteúdo sem interpretação (este é o argumento de Marmor) então, naturalmente, também é possível chegar ao conteúdo do direito sem recurso a ela.

Marmor (e, nesse sentido, também Patterson) limita o conceito de interpretação a uma atividade de elucidação de significados obscuros. Assim, para ele, a “interpretação é uma exceção ao, e parasítica sobre, conhecimento anterior dos significados literais e diz respeito, normalmente, àqueles aspectos da comunicação que são subdeterminados por regras e convenções”⁷¹⁴. Ora, se a interpretação só é necessária quando o conteúdo comunicado em pronunciamentos autoritativos é obscuro (do contrário, é possível captar-se o seu sentido sem recurso à interpretação), é porque a clareza da comunicação determina, de forma direta, a clareza do direito. Para Marmor, portanto, a compreensão do ato comunicativo (no mais das vezes, de um texto) gera, sem necessidade de recurso à interpretação, a compreensão do direito. Isso só pode ocorrer se admitirmos que o direito, afinal de contas, equivale ao conteúdo comunicado ou, mais precisamente, que há um conteúdo do direito determinado *independente* de interpretação.

5.6.2. Leituras equivocadas de Wittgenstein

A objeção de Marmor apresentada acima sugere que há a possibilidade de um significado jurídico independente de interpretação, o que, de fato, lança um desafio para a teoria interpretativa que apresentei neste capítulo. Antes de vermos como a teoria de Dworkin responderia a essas objeções, contudo, é importante questioná-las no terreno exegético: Marmor e Patterson oferecem leituras adequadas da teoria de Wittgenstein? Com efeito, para que a objeção acima faça sentido como uma defesa alternativa do modelo comunicacional (que é o

⁷¹³ GREENBERG, *The Standard Picture and Its Discontents*, p. 45–47.

⁷¹⁴ MARMOR, *Interpretation...* op. cit., p. 25.

que Marmor pretende) devemos supor que há algum fato – alguma convenção – em virtude do qual o direito possui um conteúdo determinado, ao menos em casos fáceis. Essa convenção fixa o conteúdo da regra e podemos captá-la sem recurso a interpretação. Marmor, portanto, atribui uma teoria *positiva* do significado a Wittgenstein ou, pelo menos, derivaria uma teoria desse tipo de sua obra na medida em que afirma existir algum fato que determina, de forma constitutiva, o conteúdo do direito. Embora Patterson também faça uma crítica similar a Dworkin, ele não se compromete com a mesma teoria positiva de Marmor. Desse modo, irei me concentrar na formulação dada pelo último, uma vez que ela é utilizada, de modo declarado, para oferecer uma defesa do positivismo jurídico e, por via de consequência, do modelo comunicacional.

O problema da leitura de Marmor acerca do papel da interpretação é que ela ignora que, nas *Investigações*, Wittgenstein rejeita a própria formulação do problema como um problema filosófico real. Tomarei como base para essa leitura o trabalho de David G. Stern sobre as *Investigações Filosóficas*. Um dos pontos centrais da leitura analítica que Stern desenvolve das *Investigações* concentra-se nas chamadas “vozes” de Wittgenstein. Stern observa que grande parte das interpretações do texto de Wittgenstein veem as *Investigações* como um diálogo entre duas vozes, uma delas atribuída ao próprio Wittgenstein e a outra desempenhando o papel de objetor utilizado como trampolim para o desenvolvimento do argumento filosófico positivo das *Investigações*⁷¹⁵. Contra essa leitura, Stern afirma que se torna muito difícil, caso admitamos o diálogo entre duas vozes, explicar diversas passagens nas quais Wittgenstein critica e rejeita os próprios problemas filosóficos – e não simplesmente as soluções oferecidas pela voz objetora. “O livro também insiste, numa voz que claramente não é a do interlocutor, que os problemas filosóficos tradicionais são mais como doenças do que questões que necessitam de uma resposta, e a abordagem do próprio autor à filosofia procura não resolver estes problemas, mas dissolvê-los ou desfazê-los – levar-nos a ver que eles são um *nonsense*”⁷¹⁶.

A discussão em torno das passagens sobre seguir uma regra – em especial aquelas influenciadas, diretamente ou indiretamente, pela leitura cética de Saul Kripke⁷¹⁷ – deixam de lado qualquer discussão sobre esse ponto preliminar, i.e., sobre as passagens nas quais Wittgenstein trata da própria natureza da filosofia. Grande parte dos autores – em especial

⁷¹⁵ STERN, David G. **Wittgenstein’s Philosophical Investigations: an Introduction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 3–4.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁷¹⁷ KRIPKE, Saul A. **Wittgenstein on rules and private language: an elementary exposition**. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2000.

Kripke, mas, em certa medida, também Marmor – leem os trechos das *Investigações* sobre o problema do significado e das regras como passagens sem qualquer conexão ou, mais importante ainda, relação de dependência teórica, com os trechos em que Wittgenstein discute o método e a natureza da filosofia. Nessa linha, tanto a solução cética quanto as soluções diretas propostas por seus críticos tentam encontrar uma teoria positiva do significado que possa ser atribuída a Wittgenstein, sem que trechos como o §119 – “os resultados da filosofia são a descoberta de algum pedaço de claro *nonsense* e dos solavancos a que chegou o entendimento por ir contra os limites da linguagem” – pareçam ser especialmente úteis para elucidar a natureza e o papel do paradoxo das regras.

Essas leituras isolam as passagens de §§185-242 do fluxo argumentativo das *Investigações*. Isso pode ser observado, em especial, quando se nota que o paradoxo das regras dificilmente é articulado ou relacionado com outros paradoxos apresentados em seções anteriores das próprias *Investigações*. Na parte final do §28, Wittgenstein apresenta o paradoxo da ostensão – “é dizer, uma definição ostensiva pode ser interpretada de várias formas em *qualquer* caso” (§28) – para mostrar que o ato de nomear objetos, sozinho, não explica o significado de nossas palavras. Nos §§85-86, Wittgenstein trata de um paradoxo similar – o paradoxo da explicação – que também sugere que uma interpretação pode ser interpretada de várias formas em todos os casos: “não podemos imaginar uma regra adicional para explicar *esta* regra?” (§85). Assim como o paradoxo das regras, o paradoxo da ostensão e o paradoxo da explicação colocam em xeque, se tomados de maneira literal, a ideia mesma de significar algo por alguma coisa. Mas por que o paradoxo das regras colocaria um problema cético fundamental e os demais, não?

De fato, parece claro, em certo sentido, que uma das vozes de Wittgenstein – o narrador ou a “voz da correção” – responde diretamente aos diversos paradoxos, em especial aos paradoxos da ostensão e da explicação. No §30, Wittgenstein escreve, em resposta ao paradoxo da ostensão, que “uma definição ostensiva explica o uso – o significado – de uma palavra se o papel que a palavra supostamente deve desempenhar na linguagem já estiver claro”; no §87, o narrador responde ao paradoxo da explicação, concluindo que “o sinal está em ordem – se, sob circunstâncias normais – ele atinge seu propósito”; e no famoso §201, Wittgenstein, após apresentar o paradoxo das regras, afirma que “há uma confusão aqui”, e que “há uma forma de captar uma regra que *não* é uma interpretação”. É justamente nessa passagem que Marmor baseia sua objeção a Dworkin.

Ler essas considerações como respostas positivas aos três paradoxos, todavia, nos colocaria pelo menos dois problemas: diante de uma teoria positiva do significado, um cético

radical poderia, ainda que abandonando a pretensão de estar ‘interpretando’ Wittgenstein – oferecer uma nova objeção cética irrespondível. Qualquer fato ou fundamento que pudéssemos apontar para justificar uma atribuição de significado sempre poderia ser questionado diante do nosso uso passado. Procurar nas *Investigações* uma solução direta para os paradoxos envolveria, contudo, um segundo problema: seríamos, de algum modo, obrigados a ignorar as passagens em que Wittgenstein expressamente rejeita a ideia mesma de teorias filosóficas positivas. No §109, por exemplo, Wittgenstein escreve:

§109. [...] Toda explicação deve desaparecer, e apenas a descrição deve tomar seu lugar. E essa descrição toma sua luz – isto é, seu propósito – dos problemas filosóficos. Estes não são, é claro, problemas empíricos; mas eles são resolvidos através de um *insight* na forma como nossa linguagem trabalha, e desta forma estes mecanismos [*workings*] são reconhecidos – a despeito de um empuxo para os confundirmos. Os problemas são resolvidos, não pela chegada a novas descobertas, mas por reunir aquilo que há muito nos é familiar. A filosofia é uma luta contra o enfeitamento do nosso entendimento pelos recursos da linguagem.⁷¹⁸

No §119, Wittgenstein acrescenta, ainda, após afirmar que o resultado da filosofia é a descoberta de algum pedaço de claro *nonsense* e dos solavancos a que chegou o entendimento por ir contra os limites da linguagem – que são justamente esses solavancos que “nos fazem ver o valor da descoberta”. Essas passagens sugerem que o ceticismo das *Investigações* se volta não contra a ideia de que palavras possuem significados, mas sim contra a própria filosofia – ou, pelo menos, contra uma concepção tradicional de filosofia. Stern chama essa leitura de Wittgenstein de leitura *pirrônica*, e nota que quaisquer soluções diretas para os paradoxos das *Investigações* enfrentam um problema: “como podemos fazer justiça ao ceticismo de Wittgenstein sobre a filosofia tradicional e atribuir uma teoria filosófica tradicional a ele?⁷¹⁹”. Em outras palavras: para aceitarmos uma solução, seja cética, seja direta, para o paradoxo das regras, temos que aceitar uma leitura *não-pirrônica* das *Investigações*. Como essa leitura não é óbvia, uma compreensão adequada da discussão sobre seguir uma regra – e na verdade, de todos os paradoxos das *Investigações* – depende de enfrentarmos o debate entre leituras *pirrônicas* e *não-pirrônicas* de Wittgenstein.

Em uma leitura *pirrônica* das *Investigações*, é possível dar sentido tanto às discussões sobre seguir uma regra, quanto às passagens metodológicas em que Wittgenstein demonstra um ceticismo quanto à filosofia tradicional. Essa é a leitura proposta por Stern. Segundo ele,

⁷¹⁸ WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations...* op. cit.

⁷¹⁹ STERN, *Wittgenstein's Philosophical Investigations...* op. cit., p. 54.

“Wittgenstein nem está dizendo que uma solução para os paradoxos céticos ou uma ‘linguagem privada’ são possíveis, nem provando que tais coisas são impossíveis. Ao invés disso, Wittgenstein sustenta que tais palavras não têm qualquer papel útil”⁷²⁰. Em apoio a essa leitura, Stern cita, além das passagens pirrônicas citadas anteriormente, trechos dos §§ 254 e 255. Em §254, Wittgenstein escreve que “o que nós somos ‘tentados a dizer’ em tal caso não é, por óbvio, filosofia; mas é seu material bruto. Assim, por exemplo, o que um matemático está inclinado a dizer sobre a objetividade e realidade dos fatos matemáticos não é uma filosofia da matemática, mas algo para *tratamento filosófico*”. No parágrafo seguinte, §255, há, ainda, a afirmação de que “o filósofo trata uma questão; como uma doença”.

Se o problema do seguir uma regra é um problema *filosófico*, ele só pode surgir porque, de algum modo, a linguagem *saiu de férias* (§38).⁷²¹ Imaginá-lo como um problema filosófico à espera de uma solução – seja cética, seja direta – é ignorar pelo menos uma das vozes das *Investigações*: aquela em que Wittgenstein “rejeita problemas filosóficos e compara sua forma de fazer filosofia a uma terapia”⁷²², afirmando que “não há *um* método filosófico, embora de fato haja métodos, como *diferentes terapias*” (§133). O paradoxo das regras, nessa leitura, não deve ser respondido – fazê-lo seria admitir que a questão tem sentido – mas sim utilizá-lo como oportunidade para uma terapia da nossa linguagem.

Stern mostra que diversos autores, ao tentarem responder o paradoxo das regras, substituíram uma solução cética para o paradoxo por uma solução direta, o que equivale a atribuir a Wittgenstein uma teoria filosófica positiva. Esse é o caso de Marmor, ao tentar mobilizar o argumento acerca do *seguir uma regra* para uma defesa da teoria positivista acerca dos casos fáceis e da natureza do direito. Para Stern, contudo, “tanto as soluções ‘diretas’ quanto as soluções ‘céticas’ são igualmente equivocadas, pois ambas compreendem mal a natureza e os métodos das *Investigações Filosóficas*”⁷²³. A resposta para o paradoxo das regras deve ser vista da mesma forma como a resposta aos paradoxos da ostensão e da explicação: em todos os casos, Wittgenstein “buscou dissolver aqueles problemas através do diálogo entre vozes opostos, um diálogo no qual o comentador chega mais próximo de expressar o ponto de vista do autor do que qualquer dos seus principais protagonistas”⁷²⁴.

Stern, no entanto, está ciente de passagens das *Investigações* em que Wittgenstein parece sugerir uma resposta positiva para o problema do seguir uma regra, em especial por meio

⁷²⁰ STERN, *Wittgenstein’s Philosophical Investigations*... op. cit., p. 26.

⁷²¹ WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations*... op. cit.

⁷²² STERN, *Wittgenstein’s Philosophical Investigations*... op. cit., p. 5.

⁷²³ *Ibid.*, p. 23.

⁷²⁴ *Idem.*

de referências a práticas sociais e acordos em “formas de vida”. No §241, por exemplo, Wittgenstein escreve uma passagem facilmente lida como antirrealista: “então você está dizendo que o acordo humano decide o que é verdadeiro e o que é falso?” – o que é verdadeiro ou falso é o que os seres humanos *dizem*; e é na sua linguagem que os seres humanos concordam. Este é um acordo não em opiniões, mas, ao invés disso, em forma de vida”. No §202, logo após apresentar o paradoxo das regras em §201, há o trecho: “é por isso que ‘seguir uma regra’ é uma prática”. E, em §198, Wittgenstein, ao tratar do problema do regresso de interpretações, observa que “eu indiquei, além disso, que uma pessoa passa por um sinal apenas e na medida em que há um uso estabelecido, um *costume*”. Todas essas passagens sugerem que nas ideias de práticas, formas de vida ou costumes há uma *resposta positiva* para o paradoxo cético apresentado por Kripke.

O problema, como Stern observa, é que Wittgenstein não oferece nenhuma teoria sobre essas práticas sociais. Ao contrário, nas *Investigações* ele apresenta “uma abordagem da prática que insiste em permanecer na superfície, dando atenção aos detalhes e complexidade dos padrões complicados que formam nossas vidas⁷²⁵”. A tentativa de encontrar na prática uma *resposta* para o paradoxo das regras contrasta com a própria abordagem *anti-teórica* das práticas apresentadas nas *Investigações*. Não há, na obra, qualquer desenvolvimento que permita concluir que as práticas oferecem – além de um pano de fundo no qual ocorre o nosso discurso sobre sentido e objetividade – um *fundamento* ou *justificação* para atribuições de sentido. Apontar para as práticas e para nossas “formas de vida” não é, portanto, uma maneira de responder o problema cético, mas antes de dissolvê-lo.

Nessa leitura, que Stern chama de quietista, “a referência de Wittgenstein a formas de vida não é o início de uma teoria positiva da prática, ou uma teoria pragmatista do significado, mas, ao invés disso, destina-se a ajudar os seus leitores a superar seu vício em teorizar sobre a mente e o mundo”⁷²⁶. Quando Wittgenstein afirma, em resposta ao paradoxo cético, que há outras formas de captar uma regra que não são interpretações, seu objetivo não é substituir essa teoria por uma outra tese filosófica positiva, mas nos mostrar que a própria questão, isto é, procurar por uma teoria do significado, é algo que *não faz sentido*. Nada mais distante das intenções de Marmor de defender uma teoria positivista do significado jurídico.

Stern insiste que, para compreendermos as *Investigações*, não podemos ignorar a forma como ela foi estruturada. Assim, aquilo que parece ser a voz do próprio Wittgenstein,

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 167.

⁷²⁶ STERN, *Wittgenstein's Philosophical Investigations...* op. cit., p. 169.

isto é, as passagens em que ele, respondendo à voz da tentação, oferece uma resposta filosófica positiva, deve ser visto como parte de um diálogo a serviço de um projeto mais amplo e revelado em suas passagens sobre a natureza da própria filosofia. Dessa forma, as passagens sobre o paradoxo das regras são melhor entendidas “como um problema de diferentes vozes dentro de um diálogo, estabelecendo visões filosóficas opostas, dentro de um argumento que está a serviço de um pirronismo sobre a filosofia”⁷²⁷. Tanto a voz que apresenta o paradoxo, quanto aquela que o responde, são parte de um diálogo que mostra a falta de sentido de certos problemas filosóficos.

Mas se isso é assim, por que dedicar-se a problemas que, afinal, não fazem sentido? A resposta de Stern, que me parece adequada do ponto de vista do texto de Wittgenstein, é afirmar que “muita coisa depende dos termos em que entendemos o erro”⁷²⁸. Com efeito, “ao invés de construir o autor das *Investigações Filosóficas* como genuinamente em conflito entre quietismo e visões filosóficas substantivas (...) seria mais próximo da verdade abordá-lo como um quietista que vê que qualquer tentativa de explicitamente articular o quietismo levará a dogmatismo de um tipo ou de outro”⁷²⁹.

Ora, a partir da leitura de Stern, fica claro que a objeção de Marmor, ao menos como uma leitura possível de Wittgenstein, erra o *alvo*. Wittgenstein, no contexto específico da discussão sobre o paradoxo de regras, estava, na verdade, *rejeitando* a possibilidade de uma teoria positiva do significado. Mas se rejeitamos tal teoria, o modelo comunicacional, mais até do que o interpretativismo, passa a ser não apenas uma explicação equivocada do direito: ele é uma explicação inadequada para um *problema inadequado*. Não podemos apontar um *fato* que fixa o significado jurídico porque não há algo como um fato (ou um conjunto deles) que fixe o significado *em geral*. O nosso objetivo, ao examinar as práticas interpretativas que ocorrem no interior do direito, não é estabelecer critérios gerais de verdade das proposições jurídicas, mas antes rejeitar a possibilidade de identificação desses critérios. Essa é a razão, aliás, pela qual não faz sentido falar em uma teoria de *segunda* ordem sobre as práticas argumentativas: quando nos engajamos com essa prática com o objetivo de identificar as condições de verdade das proposições jurídicas, nós oferecemos, diretamente, argumentos no seu interior. Ao descrever essas práticas argumentativas não estamos querendo identificar um teste decisivo de verdade, mas antes entender as noções de verdade e objetividade empregadas no interior da prática

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 170.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 169.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 170.

jurídica. Em última instância, isso significa que o empreendimento filosófico realmente interessante é o de oferecer argumentos a favor de conclusões específicas sobre o que direito exige, e não tentar, a partir de um exame alegadamente exaustivo da forma como os juristas argumentam, encontrar um conjunto fixo de critérios que nos permitiriam determinar, de fora, quais proposições são verdadeiras e quais são falsas.

5.6.3. Explicando os casos fáceis

Ainda que a objeção de Marmor falhe enquanto uma leitura adequada das *Investigações* de Wittgenstein, precisamos enfrentar o problema de como explicar, a partir da teoria interpretativista de Dworkin, o que os juristas fazem diante de casos fáceis. Marmor, de fato, tem um ponto: as etapas da interpretação que identificamos no interpretativismo – em especial a identificação de um propósito moral substantivo, e a derivação de padrões de correção a partir desses propósitos – não parece ocorrer, como um fato, nos casos fáceis. Estes, ao contrário, parecem ser decididos a partir de um processo mais simples, em que o significado semântico de uma expressão contida num texto legislativo parece realizar todo o trabalho de justificação necessário. Dworkin formula essa objeção da seguinte forma: “bons juízes apenas sabem que o significado claro de uma lei clara, ou que uma regra precisa sempre aplicada, e nunca questionada, nos precedentes, é direito, e isso é tudo que há nisso. Seria absurdo, e não apenas demorado, sujeitar essas verdades inquestionadas a testes interpretativos em cada ocasião”⁷³⁰.

A teoria de Marmor sobre casos fáceis, no entanto, sofre de um problema que a teoria interpretativa de Dworkin não enfrenta. A questão colocada pelos casos fáceis não diz respeito aos processos mentais envolvidos em sua solução, ou mesmo ao fato de o conteúdo semântico de uma dada proposição parecer desempenhar todo o papel necessário na determinação do conteúdo do direito. O problema está na ideia mesma de que podemos separar, conceitualmente, casos fáceis de casos difíceis. Em outras palavras: o problema está em pressupor a existência de um critério fixo e *a priori* por meio do qual podemos determinar, antes de qualquer processo interpretativo, e antes da mobilização das fontes no interior de argumentos jurídicos, quais casos são fáceis e quais casos são difíceis. Um exemplo ilustra esse ponto. Tomemos uma formulação mais completa da famosa regra de que “são proibidos veículos no parque”, utilizada por Hart

⁷³⁰ DWORKIN, *Law's empire...* op. cit., p. 265.

para elucidar a diferença entre núcleo de significado e zona de penumbra⁷³¹. De acordo com a nova formulação: “(1) Com a exceção de bicicletas e ambulâncias, nenhum veículo deve ser autorizado a entrar em qualquer parque estadual ou municipal; (2) qualquer pessoa que coloque um veículo dentro de um parque municipal ou estadual estará sujeita a uma multa de até \$ 100”⁷³². Nessa nova regra, não há dúvidas de que ela não se aplica a bicicletas e ambulâncias (casos em que, na formulação original, estaríamos na zona de penumbra). Mas o que ocorreria se, como sugere Lon Fuller em sua resposta a Hart, “alguns patriotas locais quisessem colocar em um pedestal no parque um caminhão usado na Segunda Guerra Mundial, enquanto outros cidadãos, considerando o memorial proposto como desagradável, apoiam sua posição pela regra de “nenhum veículo?”. Esse caminhão, em perfeito estado de funcionamento, está dentro do núcleo ou na penumbra?”⁷³³. O ponto de Fuller é que, neste caso, a formulação da regra é clara e, portanto, a partir do seu conteúdo semântico, ela claramente *proíbe* que o caminhão seja colocado no pedestal. Trata-se, à primeira vista, de um caso fácil. Todavia, ao contrário do que essa leitura sugere, o caso é *difícil*. Hershovitz, utilizando o mesmo exemplo, explica que “o que torna o caso difícil é que, embora o caminhão esteja na extensão da classe de itens proibidos, algumas pessoas acreditam que o direito não o proíbe realmente”⁷³⁴. As razões para isso podem variar.

Talvez alguns acreditem nisso porque a proibição não serviria ao propósito da lei, ou talvez porque alguns acreditem que implícita na lei está condição de que os veículos estão proibidos quando usados como veículos normalmente são usados, ou talvez porque alguns acreditem que a exceção de bicicleta estabelece um princípio que isenta todos os veículos que não são barulhentos, ou qualquer outro motivo que um advogado talentoso possa inventar⁷³⁵.

O ponto é: não podemos determinar, de antemão, e de forma fixa, que um caso seja fácil. Se o nosso teste para um caso fácil fosse “uma situação que está claramente abrangida pelo conteúdo semântico de uma regra”, não poderíamos cogitar, como argumentos razoáveis acerca do conteúdo do direito, as diversas interpretações da mesma regra oferecidas no trecho de Hershovitz. O problema é que é exatamente isso o que ocorre na prática jurídica. Casos tidos como fáceis são desafiados e tornados difíceis a partir da contestação argumentativa de um

⁷³¹ HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals, **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, 1958, p. 607.

⁷³² WALDRON, **Law and Disagreement**... op. cit., p. 124.

⁷³³ FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 630, 1958, p. 663.

⁷³⁴ HERSHOVITZ, Scott. Wittgenstein on Rules: The Phantom Menace. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 22, n. 4, p. 619–640, 2002, p. 632.

⁷³⁵ HERSHOVITZ. Wittgenstein on Rules... p. 632.

advogado, promotor ou mesmo de um cidadão. Casos em que a aplicação parecia incontroversa tornam-se controversos; argumentos que não haviam sido pensados são finalmente mobilizados e mostram, em retrospectiva, o erro do que antes parecia claro. “Embora a aplicação de um termo descritivo chave no direito [...] possa ser um caso fácil de seguir uma regra, no sentido wittgensteniano, a aplicação do próprio direito pode ser difícil, no sentido jurídico”⁷³⁶. Marmor, de fato, considera este exemplo em seu argumento, mas sua resposta é esclarecedora. Em uma nota de rodapé, Marmor afirma que acha “este exemplo particular quase bobo. Certamente, a resposta jurídica correta é 'sim', tal tentativa de colocar o caminhão em um pedestal, como um memorial respeitável ou não, é uma violação da regra de 'nenhum veículo no parque’”⁷³⁷. Mas essa, de fato, não é uma resposta, mas apenas a afirmação de uma posição para a qual não são oferecidos argumentos. Marmor considera que a resposta para o problema é clara: ocorre que não é assim que o problema se coloca para as partes envolvidas e, possivelmente, para o juiz encarregado de decidir a controvérsia.

Como – eis o núcleo do problema enfrentado por Marmor – determinar de antemão que um caso é fácil ou difícil? O exemplo de Fuller mostra que mesmo diante de clareza semântica as controvérsias podem surgir. É em razão da inexistência desse critério fixo e *a priori* que Dworkin afirma, em *Law's Empire*, que não existe uma distinção categorial entre casos fáceis e casos difíceis: os primeiros são apenas “casos especiais” dos segundos⁷³⁸. Assim, não é que tenhamos a nossa disposição um teste para diferenciar os tipos de casos ou que a interpretação só ocorra em alguns, mas não em outros. A marca dos casos fáceis é que neles consideramos que apenas uma interpretação é plausível – o que, por óbvio, demanda que interpretemos, em primeiro lugar. “É óbvio que o limite de velocidade na Califórnia é 55 porque é óbvio que qualquer interpretação competente da lei de trânsito da Califórnia produzirá essa conclusão”⁷³⁹. Para Dworkin, portanto, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis ocorre *dentro* do processo interpretativo, e não a partir de um critério externo a ele. Ele escreve, nesse sentido, que:

Hércules não precisa de uma distinção pré-analítica ou um ponto de mudança entre leis claras e obscuras quando a possível falta de clareza está de fato localizada numa palavra ou frase particular. Uma lei que limita depósitos agregados em bancos não é obscura, para nós, mas ela poderia ser numa comunidade keynesiana de bandos de piratas. Hércules considerará uma lei problemática em razão da ambiguidade ou vagueza ou abstração de alguma

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ MARMOR, *Interpretation...* op. cit., p.

⁷³⁸ DWORKIN, *Law's empire...* op. cit., p. 266.

⁷³⁹ DWORKIN, *Law's empire...* op. cit., p. 266.

palavra apenas quando haja pelo menos alguma dúvida sobre se a lei seria uma performance melhor da função legislativa lida de uma forma ao invés de outra. Quando não há dúvida, a lei é clara, não porque Hércules tem alguma distinção, fora do seu método geral, para distinguir usos claros de usos obscuros de uma palavra, mas porque o método que ele sempre usa é, então, tão fácil de aplicar. Ele aplica-se a si mesmo⁷⁴⁰.

O ponto de Dworkin é que a única diferença possível entre casos fáceis e casos difíceis é que, nos primeiros, os métodos interpretativos são tão fáceis que eles ocorrem quase de forma imperceptível ou automática. Assim, o método interpretativo ilustrado na teoria valorativa da interpretação funciona tanto em casos fáceis quanto em casos difíceis – a diferença é que, nos primeiros, “as respostas às questões que [o método] coloca são tão óbvias, ou pelo menos assim parecem, que não estamos atentos de que há alguma teoria trabalhando”⁷⁴¹. Mas que há, de fato, uma interpretação em jogo é algo que pode ser constatado por uma simples observação: pelo fato de que “questões consideradas fáceis durante um período se tornam difíceis antes que, novamente, tornem-se questões fáceis – com as respostas opostas”⁷⁴². Esse ponto foi bem explorado por Nelson Juliano Cardoso Matos em seu *Dos casos difíceis e dos casos fáceis*. Matos observa que, se considerarmos que o que define os casos fáceis é a facilidade da interpretação (ou, para ser mais preciso em relação à objeção de Marmor, a ausência dela) teríamos que enfrentar o problema de saber se os casos fáceis são (a) previamente fáceis ou (b) se são fáceis apenas porque não produzem controvérsias. A distinção (b) não teria relevância teórica, uma vez que ela apenas reafirma a distinção entre casos controvertidos e não-controvertidos (e todo caso pode, potencialmente, ser um caso controvertido). Para o autor, só faria sentido discutir sobre casos fáceis e difíceis “se a distinção for conceitual, ou seja, feita a partir de modelos e condições prévias (antes dos próprios casos)”⁷⁴³. A questão, portanto, é saber se uma distinção desse tipo é viável.

Uma solução possível seria assumir que, nos casos fáceis, há apenas uma solução correta e, nos difíceis, várias. O problema é que essa resposta pressupõe uma posição filosófica controversa, para a qual não oferece argumentos: a de que casos difíceis possuem várias respostas. Mas há outro problema: ainda precisaríamos ter um critério conceitual e anterior à própria interpretação que nos permita afirmar que um caso possui várias respostas, e não apenas uma. Esse, no entanto, é o *resultado* do processo interpretativo, e não a premissa para sabermos

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 353.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 354.

⁷⁴² *Idem.*

⁷⁴³ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Dos casos difíceis e dos casos fáceis ou de como os juízes praticam sua arte, *Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI*, 2006, p. 13.

se vamos ou não interpretar. Mas podemos pensar em uma alternativa: assumir que os casos fáceis são aqueles absolutamente incontroversos⁷⁴⁴. Chegamos, no entanto, ao mesmo problema anterior: só podemos saber se um caso é incontroverso ao final do processo interpretativo, e não antes. Potencialmente, todos os casos – fáceis ou difíceis – podem ser controversos. Apenas num contexto argumentativo concreto é que podemos afirmar se ele será ou não: se uma dada interpretação satisfizer a todos os interlocutores, a controvérsia não ocorrerá. Mas nada impede – e esse era o ponto de Dworkin – que, em outro momento, alguém questione uma conclusão antes tida como certa.

Em *Justice in Robes*, Dworkin introduz uma categoria teórica especialmente relevante para compreendermos sua tese de que casos fáceis são apenas casos especiais dos casos difíceis. Trata-se da ideia de *ascensão justificadora*. Segundo ela, nossos argumentos jurídicos estão constantemente sob o risco de serem desafiados a partir de visões mais abrangentes dos princípios que melhor justificam a prática jurídica, seja em áreas adjacentes do direito, seja no direito como um todo. Para Dworkin,

quando elevamos um pouco nosso olhar dos casos particulares que parecem mais relevantes imediatamente, e olhamos para áreas adjacentes do direito, ou talvez elevemos bastante o nosso olhar e olhemos de forma mais geral, digamos, para o direito de acidentes de forma geral, ou para o direito constitucional de forma geral, ou para nossas suposições sobre a competência ou responsabilidade judicial de forma geral, podemos encontrar uma ameaça séria à nossa afirmação de que o princípio que estávamos prestes a endossar nos permite ver nossas práticas jurídicas sob a melhor luz possível⁷⁴⁵.

Podemos interpretar a ideia de *ascensão justificadora* como a ideia de que todos os argumentos jurídicos – mesmo nos casos aparentemente mais óbvios ou “fáceis” – podem ser desafiados por uma demanda adicional de razões justificadoras. À primeira vista, parece inquestionável que a idade mínima para que alguém possa se tornar Presidente da República é 35 anos (art. 14, §3º, VI, “a”, da Constituição Federal). Mas por que deveríamos interpretar esse dispositivo no sentido de idade biológica e não, digamos, de idade mental? É claro que poucos estariam dispostos a colocar a interpretação “óbvia” em dúvida. O ponto, no entanto, é que não há um critério *a priori* por meio do qual podemos excluir a possibilidade de *ascensão justificadora*. “Ao chamar atenção para a ameaça constante de *ascensão justificadora*”, escreve Dworkin, “[não quero dizer] que a ameaça irá sempre ou mesmo frequentemente se

⁷⁴⁴ *Idem*.

⁷⁴⁵ DWORKIN, *Justice in robes...* op. cit., p. 53.

materializar”⁷⁴⁶. Assim, “na maioria das vezes, pelo menos de forma séria e que demande muito tempo, isso não acontecerá, e podemos prosseguir com a base do que podemos chamar de prioridade muito local – na prática, não buscando mais longe em nossos argumentos interpretativos do que as leis ou casos que lidam diretamente com o assunto em questão”⁷⁴⁷.

Em casos aparentemente fáceis, o significado semântico nos é suficiente não em razão de um teste definitivo e decisivo acerca do conteúdo do direito, mas porque consideramos desnecessário, ao menos naquele contexto, nos engajarmos em justificações adicionais. “A ascensão justificadora está sempre, por assim dizer, nos planos”⁷⁴⁸, escreve Dworkin. Ela pode ser rara, “mas o ponto absolutamente crucial é que não há um teste a priori ou completo para decidir quando ela será necessária”⁷⁴⁹. Se combinarmos a ideia de ascensão justificadora com o problema dos casos fáceis podemos, então, concluir que um caso será fácil se a ascensão, embora possível, não for considerada necessária nas circunstâncias concretas do caso porque a resposta dada nos parece suficiente. Isso não significa, no entanto, que, num caso futuro, a mesma lei ou o mesmo precedente de sentidos aparentemente claros não possam ser alvos da ascensão justificadora, de modo que as conclusões que antes pareciam óbvias deixem de sê-lo. O que define um caso fácil, portanto, não é um *fato* a respeito do significado jurídico de um texto, mas apenas a desnecessidade de razões adicionais que, ainda assim, podem vir a ser exigidas. Se em um caso fácil as etapas interpretativas não aparecem (e não precisam aparecer) com nitidez é apenas porque “nós não precisamos fazer perguntas quando já sabemos a resposta”⁷⁵⁰. Mas isso não significa que nossa resposta, afinal, não responda a alguma pergunta. O interpretativismo consiste, portanto, numa “abordagem, em questões, ao invés de respostas”⁷⁵¹.

⁷⁴⁶ DWORKIN, **Justice in robes...** op. cit., p. 53.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 54.

⁷⁴⁸ *Idem.*

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 55.

⁷⁵⁰ DWORKIN, **Law's empire**, p. 266.

⁷⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, Mass: Belknap Press, 1986, p. 239.

CONCLUSÕES

Iniciei esta tese com a disputa entre Hermes e Hércules e quero, nesta conclusão, retornar a ela. Enquanto Hércules defende o método de interpretação construtiva que descrevi nesta tese através dos conceitos de *interpretativismo* e *teoria valorativa da interpretação*, Hermes tem uma visão diferente da interpretação e do direito: para ele, o direito, em geral, e a legislação, em particular, é um ato de *comunicação*. A interpretação do direito, portanto, tem, invariavelmente, um caráter *retrospectivo*: ela olha para trás, e procura um fato – um estado mental, uma convenção semântica ou uma convenção interpretativa – que, sozinho ou em conjunto, fixe o conteúdo do direito. Interpretar é o mesmo que descobrir: há um conteúdo do direito e cabe ao intérprete chegar até ele. O conteúdo do direito vem em primeiro lugar, e a interpretação vem depois.

Quando, no entanto, coloquei Hermes e Hércules frente a frente, levantei algumas perguntas e, agora, estamos em posição de respondê-las. Eis as perguntas que nortearam a investigação conduzida até aqui: como resolver a disputa entre Hermes e Hércules? Trata-se apenas de uma disputa sobre métodos de interpretação jurídica, ou há algo mais fundamental em jogo nesta contenda mitológica? Existe alguma relação entre este debate e aquele travado entre o positivismo jurídico e seus rivais? Podemos dizer que a disputa é entre ser fiel ao direito ou defender que os juízes podem modificá-lo? E o que, afinal de contas, separa Hermes e Hércules: uma controvérsia sobre como interpretar o direito ou visões diferentes sobre o que o direito é?

Ao analisar o modelo comunicacional, seja na versão de Marmor, seja na versão de Raz, procurei uma teoria consistente que nos permitisse identificar um fato que, conceitualmente, identificasse, de forma independente da interpretação, o conteúdo do direito. Meu objetivo era analisar possíveis “candidatos” ao conteúdo comunicacional de uma diretiva jurídica ou dos documentos legislativos. Se fosse possível identificar um desses candidatos, e afirmar que ele corresponde, diretamente, ao conteúdo da diretiva, teríamos um bom argumento a favor tanto do caráter convencional do direito quanto da hipótese de que a interpretação *vem depois*. O problema que procurei demonstrar ao longo da tese, no entanto, é que todos os candidatos a conteúdo comunicacional enfrentam desafios, a meu ver, insuperáveis. A equiparação entre legislação e ato de fala, por exemplo, teve que lidar com problemas relacionados à mediação dos textos no processo legislativo, a possibilidade de aprovação de leis sobre as quais os legisladores não possuem qualquer conhecimento, e o caráter assíncrono

da comunicação (do qual deriva a existência de uma multiplicidade de contextos aptos a servir como elemento decisivo na determinação do conteúdo da comunicação).

A alternativa raziana, sintetizada na tese da intenção autoritativa, gerava outros problemas: a dependência de convenções interpretativas permitia uma discrepância entre a intenção dos legisladores e a forma com as diretivas seriam (ou eram) interpretadas; além disso, a ideia de criação deliberada do direito e de controle sobre o seu conteúdo, que Raz derivava dos conceitos de autoridade e legislação, podiam ser desafiadas sem produzir resultados absurdos. Mais importante, contudo, é que, em todos os casos, o modelo comunicacional implicava em uma atividade interpretativa com contornos radicalmente distintos da forma como, na prática, juristas e cidadãos efetivamente interpretam o direito. A distinção raziana entre interpretações conservadoras e inovadoras foi um exemplo disso: ela era necessária para manter a tese central do modelo comunicacional, segundo a qual o conteúdo do direito é fixado pelo conteúdo comunicado pelas autoridades, ao mesmo tempo em que pretendia ser fiel à forma como os juristas interpretam o direito e as razões que guiam essas interpretações. O problema dessa distinção, como vimos, nos conduziu aquele que considerei o mais fundamental problema do modelo comunicacional: o fato de ele pretender, em primeiro lugar, oferecer um conceito de direito que é anterior e independente aos conceitos jurídicos particulares que são usados na prática jurídica (centralismo); e, em segundo lugar, a pretensão de colocar-se *fora* das práticas jurídicas e interpretativas para julgá-las a partir de um ponto de vista arquimediano (arquimediano). Raz reduzia disputas interpretativas a disputas entre ser fiel ao direito ou pretender modificá-lo a partir de razões morais substantivas. Mas não é assim que os juristas encaram seus próprios argumentos e não temos razão para preferir uma distinção artificial, derivada de um ponto de vista metodologicamente inadequado (arquimediano), a simplesmente rejeitar o ponto de partida que justificou essa distinção: a ideia de que direito é comunicação e que interpretação é descoberta.

Hermes, portanto, está errado: legislação *não é* comunicação. Isso não significa, contudo, que a comunicação seja irrelevante ou mesmo que não possa ser tornada decisiva para o conteúdo do direito. O ponto, contudo, é que isto não é uma premissa, mas uma conclusão. Procurei mostrar nesta tese que, a partir do interpretativismo, nós não partimos da ideia de que o conteúdo do direito seja o conteúdo comunicado pelas autoridades, mas não podemos excluir a possibilidade que a melhor interpretação de uma lei acabe dando peso decisivo justamente ao conteúdo semântico convencional ou mesmo às intenções legislativas (caso possam ser identificadas). Não quero com isso dizer que esta, de fato, seja a melhor forma de interpretar o direito, mas apenas que o modelo comunicacional só faz sentido como uma possível hipótese

interpretativa acerca daquilo que coloca o direito em sua melhor luz. Quando, no entanto, o modelo comunicacional é visto desta forma, ele perde muito do apelo intuitivo no qual autores como Marmor e Raz se basearam. A interpretação sempre desempenhará um papel na determinação do conteúdo do direito – mesmo nos casos em que esse conteúdo parece derivar de um significado convencional de uma palavra ou expressão.

Mas isso também mostra por que a disputa entre Hermes e Hércules não é apenas uma disputa sobre métodos de interpretação, se por métodos de interpretação entendermos um “método para ler textos legais”⁷⁵². Não se trata, aqui, de uma disputa “meta-interpretativa”⁷⁵³, como sugere, por exemplo, a leitura de Shapiro sobre Dworkin. De acordo com essa sugestão, o debate profundo travado entre Hermes e Hércules envolve uma disputa sobre como escolher métodos de interpretação ou, para usar a conhecida expressão de Vermeule, uma disputa sobre “escolhas interpretativas”⁷⁵⁴. O problema, no entanto, é que, para o interpretativismo, a ideia mesma de que há, aqui, uma escolha não faz sentido. Quando pensamos em disputas entre métodos de interpretação ainda estamos partindo da ideia de que há um conteúdo do direito que independe dessa interpretação e que a controvérsia diz respeito aos meios epistêmicos de se chegar a esse conteúdo. Vermeule, por exemplo, deixa isso claro quando afirma que uma escolha interpretativa envolve a “seleção de uma doutrina interpretativa, a partir de um grupo de doutrinas possíveis, a serviço de um objetivo especificado por uma teoria da interpretação de ordem superior”⁷⁵⁵. Essa leitura do debate interpretativo assemelha-se a forma com os filósofos engajados em metaética concebem sua própria atividade teórica: como afirmações desengajadas da própria prática, distintas dos argumentos substantivos que fazemos em debates morais⁷⁵⁶. É como se a “escolha” de métodos de interpretação não fosse, em si mesma, um problema jurídico de primeira ordem, e sim um meta-problema, de natureza diversa e independente dos nossos argumentos sobre se o aborto de fetos anencefálicos é crime ou se uma pessoa que praticou um roubo com arma de brinquedo deve receber uma pena maior do que alguém que não usou arma alguma. Pensar em escolhas interpretativas distorce a ideia central de que a interpretação é, em si mesma, uma prática social e que, afinal, é também interpretativa.

As disputas interpretativas entre Hermes e Hércules decorrem, na verdade, de concepções diversas sobre qual o propósito da atividade interpretativa e da prática jurídica em

⁷⁵² SHAPIRO, Scott. *Legality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011, p. 304.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 305–306.

⁷⁵⁴ VERMEULE, Adrian, Interpretive Choice. *New York University Law Review*, v. 75, 2000, p. 76.

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ DWORKIN, *Justice in robes...* op. cit., p. 141.

geral. Disputas como essa não ocorrem num nível “meta”, mas antes são parte essencial daquilo que o direito *já é*: como o próprio Raz notou, a interpretação é um elemento central da prática jurídica e entender a natureza dos debates sobre formas de interpretar revela elementos centrais do próprio direito. O ponto pode ser colocado de outra forma: o debate entre Hermes e Hércules revela que uma prática na qual disputas como essas são comuns e dotadas de sentido é uma prática de tipo especial: trata-se do que Dworkin *prática argumentativa*⁷⁵⁷. Numa prática como essa, as formas corretas de interpretar dependem de uma concepção sobre (1) qual o propósito do direito e (2) qual o propósito de interpretá-lo, em primeiro lugar. Se isso é assim, a interpretação não pode ser apenas um método de descoberta do direito, mas antes faz parte daquilo que o direito é. O conteúdo do direito é *resultado* dos processos interpretativos no interior dos quais são oferecidas razões em favor de proposições sobre o conteúdo do direito. O ato de interpretar uma lei (e, nesse sentido, a “escolha” de um método para ler um documento legislativo) é apenas parte de um processo interpretativo mais amplo, no qual questões acerca do *point* da prática jurídica, da responsabilidade moral de legisladores e juízes, da adequada divisão de poderes entre órgãos estatais e dos valores essenciais da ordem jurídica são potencialmente decisivas (e assim podem se tornar, caso iniciemos um processo de ascensão justificadora). Era isso o que Dworkin queria dizer ao afirmar, no início do seu *Law as Interpretation*, artigo de onde retirei o título desta tese, que “a prática jurídica é um exercício de interpretação, não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis particulares, mas em geral”⁷⁵⁸. Para ele, os juízes “desenvolvem uma abordagem particular para a interpretação jurídica formando e refinando uma teoria política sensível àquelas questões das quais a interpretação em casos particulares irá depender”⁷⁵⁹.

Uma consequência importante disso é que uma interpretação nunca é um resultado simples da aplicação de um método interpretativo. Ela é, na verdade, resultado da interpretação mais ampla acerca da própria prática do direito: um juiz, ao decidir um caso com base numa interpretação literal de um antigo dispositivo legislativo, está, na verdade, interpretando qual o seu papel na divisão de poderes entre legisladores e juízes, qual o propósito de, ainda hoje, recorreremos a documentos antigos para o governo dos assuntos de nossa comunidade, qual a razão de darmos importância às fontes e às decisões do legislativo, qual a melhor forma de ser fiel a essas fontes e assim por diante. Portanto, mesmo uma leitura formalista de uma lei não é a simples descoberta de um significado, mas antes um argumento em direção a uma certa

⁷⁵⁷ DWORKIN, *Law's empire...* op. cit., p. 16.

⁷⁵⁸ DWORKIN, Ronald, *Law as Interpretation*, *Critical Inquiry*, v. 9, 1982, p. 179.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 196.

conclusão sobre o conteúdo do direito. Nós não descobrimos qual era o conteúdo do direito: nós *justificamos* nossa afirmação de que o direito tem um certo conteúdo.

Qual é, então, a importância dessa análise para o debate entre o positivismo jurídico e seus críticos? Se entendermos o positivismo como a simples afirmação de que o direito tem fontes sociais, praticamente todos os teóricos seriam positivistas. O ponto – e tentei deixar claro isto na primeira parte da tese – é que há uma questão distinta da questão da existência do direito, e que precisa ser enfrentada por quem quer que pretenda manter o caráter exclusivamente convencional do direito: trata-se do problema de como determinar o conteúdo das fontes convencionais. A dificuldade enfrentada pelo modelo comunicacional decorre da dificuldade de apontar um *fato* em virtude do qual o direito teria um certo conteúdo, e não outro. Mas, se aceitarmos o interpretativismo como melhor explicação da nossa prática jurídica, a nossa busca por um fato poderá ser deixada de lado como uma relíquia arquimediana de teóricos engajados numa teoria com objetivos inadequados. O conteúdo do direito surge a partir das nossas práticas de construir argumentos baseados em fontes: ele é, em certo sentido, mais construção do que descoberta. Mas se essa construção é sempre mediada pela interpretação – esta foi a tese central que procurei defender no último capítulo do trabalho – então o direito não está, porque não pode estar, baseado exclusivamente em fatos ou convenções: a verdade da interpretação no interior de uma prática argumentativa não decorre de fatos, mas de *razões*. Na medida em que essa prática argumentativa têm um propósito *político*, como ocorre com o direito, essas razões invariavelmente envolverão razões substantivas de natureza moral e política.

Mas há uma segunda e mais radical consequência da rejeição do modelo comunicacional, e da aceitação do interpretativismo, para o positivismo jurídico. O positivismo precisa de uma teoria do conteúdo jurídico independente da interpretação. Para que o positivismo possa defender o caráter convencional do direito, é necessário que uma convenção fixe o conteúdo do direito, e que a atividade interpretativa se volte, retroativamente, para esse conteúdo. É isso o que tentei explicar com a ideia de “a interpretação vem depois”. O problema, no entanto, é que, se minhas conclusões estiverem certas, não há algo como um conteúdo não interpretado do direito, ou um fato metafísico que determine aquilo que o direito é. Isso se torna claro diante da ideia de ascensão justificadora e da inexistência de critérios *a priori* para a identificação dos casos fáceis. Se não podemos determinar, de antemão, e de forma independente, quais são os casos fáceis e quais são os casos difíceis, então também não podemos determinar de antemão, e independente da interpretação, algo como “o” conteúdo do direito. Isso não significa que, em todos os casos, teremos que, necessariamente, percorrer cada uma das etapas da interpretação construtiva de Dworkin, mas sim que, em todos os casos, estas

etapas estarão potencialmente presentes e disponíveis. Se não as seguimos é simplesmente porque julgamos que isso não é necessário. Não há, portanto, algo como uma teoria geral do conteúdo do direito, se por isso entendemos uma teoria que estabeleça um conjunto de critérios ou fatos que determinam o conteúdo das fontes de modo independente da forma como elas são mobilizadas nas nossas práticas interpretativas.

Mas como, então, interpretar uma lei? Partimos da disputa entre Hermes e Hércules para chegar a questões mais abstratas (e mais fundamentais) acerca dos fundamentos do direito. Como agir, no entanto, quando voltamos ao particular? Um dos pontos que tentei enfatizar é que faríamos melhor se ao invés de pensarmos em disputas de métodos interpretativos, pensássemos de modo substantivo acerca dos argumentos que podemos oferecer em favor de uma conclusão sobre o que o direito exige. Devemos abandonar a ideia de que precisamos escolher um método de interpretação e, depois disso, aplicar esse método às leis e documentos: nós não escolhemos numa estante repleta de métodos interpretativos uma ferramenta para depois a utilizarmos em nossos afazeres interpretativos. Essa visão parece sugerir que primeiro escolhamos se seremos textualistas, formalistas, partidários de interpretações teleológicas ou baseadas em propósitos, e só depois aplicamos esses métodos às leis e documentos. Essa escolha, contudo, não é nem necessária e nem representa a natureza dos nossos próprios argumentos jurídicos. Não estamos interessados em leituras formalistas ou teleológicas do art. 125 do Código Penal. Estamos interessados nos direitos e deveres que decorrem, efetivamente, daquele dispositivo. Nossa preocupação não é oferecer uma leitura possível do dispositivo, mas saber, afinal de contas, se mulheres podem interromper sua gravidez se estiverem grávidas de fetos anencefálicos. Uma leitura textualista do dispositivo será relevante se, e apenas se, ela for um bom argumento, e será um bom argumento se, e somente se, colocar aquele dispositivo em particular, e o direito, em geral, em sua melhor luz.

Não precisamos, portanto, oferecer uma resposta geral à pergunta “como interpretar uma lei”, como se fosse possível apontar um método para ler documentos jurídicos que se aplicasse a si mesmo, independentemente da forma como interpretamos o direito. A ideia dworkiniana do *romance em cadeia* pode ser utilizada para explicar essa conclusão. Dworkin utiliza o exemplo de um conjunto de romancistas que decide escrever uma obra em conjunto. Cada um deles é responsável por escrever um capítulo, e cada romancista, da sequência sorteada, deve continuar a história a partir dos capítulos que foram escritos pelos autores anteriores. “Cada romancista [...] tem a dupla responsabilidade de que interpretar e criar porque cada um deve ler o que veio antes de si para estabelecer, no sentido interpretativo, o que o

romance criou até aqui”⁷⁶⁰. Um romancista, encarregado de escrever um capítulo nesse projeto conjunto, terá que interpretar diversas passagens que seus antecessores escreveram. Eles devem determinar o sentido de um certo diálogo ou se uma frase dita por uma personagem era uma piada ou uma ameaça. Cada uma dessas interpretações em particular deverá ser responsiva à interpretação dos capítulos anteriores como um todo: do *point* da história, da estrutura narrativa, do propósito geral dos personagens. Não há, no entanto, um método único para interpretar o texto do romance: talvez a interpretação de passagens do capítulo três seja distinta da interpretação de passagens do capítulo dez. Tudo dependerá da concepção substantiva que cada novo autor terá que formar acerca do sentido da história até o momento em que ele a recebeu. Assim também ocorre no direito: cada lei, cada documento jurídico, é parte de uma história institucional, e não temos razões para supor que cada pedaço dessa história deva ser interpretado da mesma forma. Nosso objetivo não é sermos fiéis a um método para a leitura de textos, mas sim sermos fiéis ao propósito da prática no interior da qual somos encarregados de interpretar certos textos.

Um exemplo concreto ilustrará esse ponto. As normas penais que tipificam condutas criminosas, por conta do caráter restritivo da liberdade individual a elas inerentes, devem ser interpretadas de forma restritiva, não se admitindo – ao menos como regra – a chamada interpretação extensiva⁷⁶¹. A razão para isso é que o direito penal, em especial as normas penais incriminadoras, afetam a liberdade individual e envolvem talvez o mais severo dos poderes estatais: o poder sobre uma pessoa. Nesse sentido, utilizar interpretações baseadas no conteúdo semântico convencional dos termos (a chamada interpretação restritiva) é uma forma de assegurar aos indivíduos que o poder estatal será exercido dentro de limites claros e previamente conhecidos. Ainda que outros valores caros ao direito sejam negativamente afetados, prevalece a ideia de que a razão decisiva é a preservação da liberdade contra o risco de arbítrio estatal. Isso não quer dizer, no entanto, que essa mesma razão se aplique em outros setores do direito. De fato, a interpretação de fontes de direito privado ou mesmo de dispositivos constitucionais levam em conta propósitos diversos e, por isso mesmo, possuem uma natureza e caráter distintos. Como explicar essa diferença? Afirmar acima que cada ato de interpretação

⁷⁶⁰ DWORKIN, *Law as Interpretation...* op. cit., p. 192.

⁷⁶¹ O Supremo Tribunal Federal já decidiu, por exemplo, que “é cediço que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que, antes do advento da Lei nº 12.683/2012, o rol de crimes antecedentes aptos a caracterizar o crime de lavagem de dinheiro era taxativo, *não admitindo interpretação extensiva em razão do caráter restritivo da liberdade individual inerente às normas de natureza penal*” (AP 1003, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 19/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 05-12-2018 PUBLIC 06-12-2018).

particular é parte de um ato de interpretação mais geral da própria prática jurídica. Essas interpretações particulares, no entanto, não precisam chegar, diretamente, às questões relacionadas ao propósito do direito (ainda que isso possa ocorrer via ascensão justificadora). Cada setor ou “departamento” do direito possui propósitos que lhe são próprios e que podem ser suficientes para a construção de um bom argumento acerca do que o direito exige naquela área específica de sua regulação. Uma boa interpretação no direito penal pode ser diferente de uma boa interpretação no direito civil. Dworkin deu a isso o nome de *prioridade local*⁷⁶². Segundo ela, nossos julgamentos acerca da adequação de uma interpretação se expandem numa série de círculos concêntricos, partindo daquilo que é mais próximo (os dispositivos de uma lei, a área do direito na qual a lei está inserida) até chegar, em alguns casos, à prática jurídica como um todo⁷⁶³. Na prática isso significa que, para muitos casos, nossa ascensão justificadora poderá ser limitada a um departamento do direito e, dentro daquele departamento, poderemos derivar padrões para definir o que é uma boa interpretação diferentes daqueles derivados de outro departamento do direito. Essa compartimentalização do direito não é absoluta e os propósitos locais ainda assim precisam ser coeridos em nível global. Essa divisão do direito em áreas mostra, no entanto, a inadequação da imagem da “escolha” interpretativa e da existência de um método geral para interpretação das leis. Há é um método geral para a interpretação *do direito* (é o que caracteriza o interpretativismo), mas os movimentos interpretativos que praticamos dentro do jogo jurídico de dar e oferecer razões poderão variar (e provavelmente irão variar) a depender da natureza dos materiais jurídicos com os quais estamos lidando.

Resta-nos, então, uma última pergunta: se não há um fato em virtude do qual o direito possui o conteúdo que possui, e se não há um método único que podemos utilizar para “extrair” o conteúdo do direito, o que, afinal, significa a verdade de uma interpretação? Como, a partir do interpretativismo, diferenciar boas de más interpretações, se todas elas são apenas argumentos possíveis a partir das fontes do direito? O núcleo da resposta oferecida por esta tese, a partir dos trabalhos de Dworkin, é que não há critérios de sucesso de uma interpretação que sejam independentes da própria prática interpretativa. É apenas quando nos engajamos na prática de interpretar fontes e de oferecer argumentos em favor de conclusões acerca do conteúdo do direito que podemos distinguir boas e más interpretações. Isso significa que, em larga medida, os próprios critérios de sucesso das interpretações são, em si mesmos, interpretativos: sabemos o que são boas interpretações ao oferecermos, nós mesmos, boas

⁷⁶² DWORKIN, *Law's empire...* op. cit., p. 250.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 250–251.

interpretações do direito. Nós não oferecemos critérios para identificar boas interpretações: nós *mostramos* boas interpretações. “O que é verdadeiro ou falso é o que os seres humanos *dizem*; e é na sua *linguagem* que os seres humanos concordam”⁷⁶⁴. A busca por critérios é, em essência, uma busca arquimediana por elementos que expliquem o que são boas interpretações, como se esses critérios fossem uma “aura” que a interpretação “traz consigo e retém em todo o tipo de uso”⁷⁶⁵. Ao invés disso, devemos admitir que só justificamos uma boa interpretação oferecendo interpretações adicionais, as quais reforçam-se mutuamente num processo argumentativo que conduza à unidade do valor. Não haveria aqui um tipo de circularidade? Sem dúvida: “nós sempre somos culpados de um tipo de circularidade”⁷⁶⁶, escreve Dworkin. Só posso testar minhas convicções morais (e interpretativas) oferecendo novas convicções morais (e interpretativas). Isso só seria um problema sob a perspectiva de busca de um *fato* em virtude do qual podemos dizer que o direito possui um certo conteúdo e que, via de consequência, uma interpretação é boa e outra ruim. Mas é justamente essa ideia que o interpretativismo rejeita. A circularidade dos argumentos interpretativos deve ser aceita, e não rejeitada: ela chama atenção para o fato de que apenas *dentro* da prática interpretativa podemos diferenciar boas interpretações de interpretações ruins. É nesse sentido, e apenas nele, que podemos dizer que a verdade no direito é uma questão de interpretação.

⁷⁶⁴ WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, p. §241.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. §117.

⁷⁶⁶ DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, p. 100.

REFERÊNCIAS

- ALLAN, Arlene. **Hermes**. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018.
- AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. Oxford: Clarendon Press, 1962.
- BIANCHI, Claudia. How to do things with (recorded) words. **Philosophical Studies**, v. 167, n. 2, p. 485–495, 2014.
- BIX, Brian H. Legal Positivism. *In*: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Orgs.). **The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell Pub, 2005.
- BOBBITT, Philip. **Constitutional fate: theory of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 1984.
- BRINA, Christina Vilaca. **Dworkin e Raz: uma análise comparada sobre o conceito de direito, a relação entre direito e moral, e a interpretação jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016
- BUSTAMANTE, Thomas. Law, Moral Facts and Interpretation: A Dworkinian Response to Mark Greenberg's Moral Impact Theory of Law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, v. 32, n. 1, p. 5–43, 2019.
- COELHO, André L. S. Por que surgem as regras secundárias? Uma reinterpretação da fábula de Hart. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 0, n. 25, p. 1–20, 2014.
- COLEMAN, Jules L. **The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2001.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DAVIDSON, Donald. **Inquiries into truth and interpretation**. Oxford [Oxfordshire]: New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1984.
- DEMPSEY, Michelle Madden. On Finnis's Way In. **Villanova Law Review**, v. 57, p. 831–832, 2012.
- DICKSON, Julie. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter 2016 Edition.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978.
- DWORKIN, Ronald A. "Natural" Law Revisited. **Florida Law Review**, v. 34, 1982.

- DWORKIN, Ronald, Law as Interpretation, **Critical Inquiry**, v. 9, 1982.
- DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, Mass: Belknap Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: You'd better believe it. **Philosophy & Public Affairs**, v. 25, n. 2, p. 87–139, 1996.
- DWORKIN, Ronald. Ronald Dworkin Replies. *In*: BURLEY, Justine (Org.), **Dworkin and his critics**: with replies by Dworkin. Malden, MA: Blackwell Pub, 2004.
- DWORKIN, Ronald W. **Freedom's law**: the moral reading of the American Constitution. Reprint. Oxford: Oxford Univ. Press, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge, Mass: Belknap Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- EKINS, Richard. **The nature of legislative intent**. 1. ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2012.
- ENRIQUEZ, Igor de Carvalho. **Contribuições da teoria de Joseph Raz para a consolidação de uma teoria dos precedentes constitucionais**: a ideia de discricionariedade forte e o contraste entre precedentes ordinários e precedentes constitucionais. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- FALLON JR, Richard H. The Meaning of Legal Meaning and its Implications for Theories of Legal Interpretation. **U. Chi. L. Rev.**, v. 82, p. 1235-1308, 2015.
- FINNIS, John, **Natural law and natural rights**, 2. ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2011.
- FINNIS, John. How Persistent are Hart's 'Persistent Questions'? *In*: DUARTE D'ALMEIDA, Luís; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Orgs.). **Reading HLA Hart's The concept of law**. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 630, 1958.
- GARDNER, John. Legal Positivism: 51/2 Myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, n. 1, p. 199–227, 2001.

- GARDNER, John. **Law as a leap of faith: essays on law in general**. 1. ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2012.
- GLEZER, Rubens Eduardo. **O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social**. text, Universidade de São Paulo, 2015.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey. Raz on Constitutional Interpretation. **Law and Philosophy**, v. 22, n. 2, p. 167–193, 2003.
- GREENBERG, Mark. How facts make law, **Legal Theory**, v. 10, n. 03, 2004.
- GREENBERG, Mark. Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication. *In*: MARMOR, Andrei (Org.). **Philosophical Foundations of Language in the Law (Philosophical Foundations of Law)**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GREENBERG, Mark. The communication theory of legal interpretation and objective notions of communicative content. **UCLA School of Law Research Paper**, n. 10–35, 2010.
- GREENBERG, Mark. The Standard Picture and Its Discontents. *In*: GREEN, Leslie; LEITER, Brian (Orgs.), **Oxford Studies in Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GREENBERG, Mark. How Facts Make Law. *In*: HERSHOVITZ, Scott (Org.). **Exploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- GREENBERG, Mark. The moral impact theory of law, **Yale Law Journal**, v. 123, p. 1288, 2013.
- GREENBERG, Mark. What Makes a Method of Legal Interpretation Correct: Legal Standard vs. Fundamental Determinants. **Harv. L. Rev. F.**, v. 130, p. 105, 2016.
- GREENBERG, Mark. The Moral Impact Theory, the Dependence View and Natural Law. *In*: DUKE, George; GEORGE, Robert P. (Orgs.), **The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- GREENBERG, Mark. Legal Interpretation. *In*: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021.
- GRICE, H. P. Meaning. **The Philosophical Review**, v. 66, n. 3, p. 377–388, 1957.
- GRICE, H. P. **Studies in the way of words**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989.

- HALPIN, Andrew. **Reasoning with law**. Oxford: Portland, Or: Hart Pub, 2001.
- HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals, **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, 1958.
- HART, H. L. A. **Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory**. Oxford: Oxford University Press, 1982.
- HART, H. L. A. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HERSHOVITZ, Scott. Wittgenstein on Rules: The Phantom Menace. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 22, n. 4, p. 619–640, 2002.
- HERSHOVITZ, Scott. The End of Jurisprudence. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 1160, 2014.
- HIMMA, Kenneth Einar. The Logic of Showing Possibility Claims. A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava**, n. 23, p. 77–104, 2014.
- HORNER, Winifred B. Speech-Act and Text-Act Theory: “Theme-ing” in Freshman Composition. **College Composition and Communication**, v. 30, n. 2, p. 165–169, 1979.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- HURD, Heidi M. Sovereignty in silence. **Yale Law Journal**, v. 99, p. 945-1028, 1989.
- HURLEY, S. L. **Natural reasons: personality and polity**. New York: Oxford University Press, 1989.
- HURLEY, S. L. Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 221–251, 1990.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KÖPCKE TINTURÉ, Maris. **Legal validity: the fabric of justice**. Oxford [UK]; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2018.
- KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o Positivismo Jurídico - Textura Aberta do Direito e Discricionariedade Judicial**. 1. ed. [s.l.]: Juruá Editora, 2014.
- KRIPKE, Saul A. **Wittgenstein on rules and private language: an elementary exposition**. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2000.

- KYRITSIS, Dimitrios. **Interpreting Legislative Intent**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2018.
- KYRITSIS, Dimitrios. **Shared authority: courts and legislatures in legal theory**. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de Filosofia do Direito - O Direito Como Prática**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- LYCAN, William G. **Philosophy of language: a contemporary introduction** 2. ed. New York: Routledge, 2008.
- MACEDO JUNIOR. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria contemporânea do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico**. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (Org.). **Teoria do Direito Contemporânea: autores e temas**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.
- MACKIE, John. The Third Theory of Law. **Philosophy & Public Affairs**, v. 7, n. 1, p. 3–16, 1977.
- MALPAS, Jeff. Donald Davidson, *In*: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019.
- MARMOR, Andrei. Authorities and Persons. **Legal Theory**, v. 1, n. 3, p. 337–359, 1995.
- MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2nd ed. Oxford; Portland, Or: Hart, 2005.
- MARMOR, Andrei. The pragmatics of legal language. **Ratio Juris**, v. 21, n. 4, p. 423–452, 2008.
- MARMOR, Andrei. **Philosophy of law**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011.
- MARMOR, Andrei. Can the Law Imply More than it Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech. *In*: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott (Orgs.). **Philosophical Foundations of Language in the Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- MARMOR, Andrei. **The language of law**. 1. ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014.

- MARMOR, Andrei. The Nature of Law: an introduction. *In*: MARMOR, Andrei (Org.). **The Routledge companion to philosophy of law**. New York: Routledge, 2015.
- MARMOR, Andrei. Defeasibility and pragmatic indeterminacy in law. *In*: **Pragmatics and Law**, [s.l.]: Springer, 2016.
- MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. The Nature of Law. *In*: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019.
- MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott (Orgs.). **Philosophical foundations of language in the law**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2011.
- MATCZAK, Marcin. Three Kinds of Intention in Lawmaking. **Law and Philosophy**, v. 36, n. 6, p. 651–674, 2017.
- MATCZAK, Marcin. Why Legal Rules are not Speech Acts and what follows from that? *In*: ARASZKIEWICZ, Michał (Org.). **Problems of normativity, rules and rule-following**, Cham Heidelberg: Springer, 2015.
- MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Dos casos difíceis e dos casos fáceis ou de como os juízes praticam sua arte, **Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI**, 2006.
- MCGINN, Colin. **Philosophy of language: the classics explained**. Cambridge, Massachusetts; London, England: The MIT Press, 2015.
- MEIJERS, Anthonie. Collective Speech Acts. *In*: TSOCHATZÍDÍS, Savvas L. (Org.). **Intentional acts and institutional facts: essays on John Searle's social ontology**. Dordrecht: Springer, 2007.
- MICHELON, Cláudio. **Aceitação e Objetividade**. São Paulo: RT, [s.d.].
- MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MURATA, Daniel Peixoto. **Em meio à tempestade: valoração e descrição na Teoria do Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Integridade, justiça e constrações institucionais em Law s Empire. **Revista de informação legislativa**, v. 54, n. 215, p. 79–96, 2017.

- NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: a teoria do direito de Joseph Raz**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Uma crítica metodológica ao positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- PATTERSON, Dennis M. **Law and truth**. 1. issued as an Oxford Univ. press paperback. New York, NY: Oxford Univ. Press, 1999.
- PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart**, text, Universidade de São Paulo, 2011.
- PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **Moral e Conceito de Direito em Herbert Hart**. 1. ed. [s.l.]: Grupo Almedina, 2022.
- PINHEIRO, Victor Sales. **Filosofia Do Direito Natural De John Finnis, A - 2020**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PINO, Giorgio. Sources of Law. *In*: GARDNER, John; GREEN, Leslie; LEITER, Brian (Orgs.), **Oxford studies in philosophy of law volume 4**. New York: Oxford University Press, 2021.
- PLUNKETT, David. A positivist route for explaining how facts make law. **Legal Theory**, v. 18, n. 2, p. 139–207, 2012.
- POGGI, Francesca. Semantics, pragmatics, and interpretation. A critical reading of some of Marmor's Theses. **Analisi e Diritto**, p. 159–178, 2007.
- POGGI, Francesca. The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation. **Analisi e diritto = Análisis y derecho = Law and analysis = Droit et analyse = Análise e direito**, n. 2013, p. 313–335, 2013.
- POGGI, Francesca. Against the conversational model of legal interpretation. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava**, n. 40, p. 9–26, 2020.
- POMPEU, Ana; FREITAS, Hyndara; CARNEIRO, Luiz Orlando. Supremo derruba a possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância, **JOTA Info**, 07 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/supremo-derruba-a->

possibilidade-de-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia-07112019>. Acesso em: 7 fev. 2023.

POSTEMA, G. J. **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2011.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. **The Yale Law Journal**, v. 81, p. 33, 1972.

RAZ, Joseph. Dworkin. A New Link in the Chain. **California Law Review**, 1986.

RAZ, Joseph. Dworkin: A New Link in the Chain. **California Law Review**, v. 74, n. 3, p. 1103-1119, May 1986.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**, Oxford: Clarendon press, 1990.

RAZ, Joseph. Why Interpret? **Ratio Juris**, v. 9, n. 4, p. 349–363, 1996.

RAZ, Joseph. Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: *A Critical Comment*. **Legal Theory**, v. 4, n. 1, p. 1–20, 1998.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics**. Rev. ed., repr. Oxford: Clarendon Press, 2001.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Repr. Oxford: Oxford University Press, 2002.

RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.

REIS, Luciana Silva. **Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin**. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013

RIBEIRO, Caio Gentil. **Interpretação e obrigação de obedecer: o papel da legitimidade no direito**. text, Universidade de São Paulo, 2019.

RICŒUR, Paul. **From text to action**. Evanston, Ill: Northwestern University Press, 1991.

SEARLE, John R. **Speech acts: an essay in the philosophy of language**. 34. print. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2011.

- SEARLE, John R. What is a Speech Act? *In*: SEARLE, John R. (Org.). **The Philosophy of Language**. Oxford: Oxford University Press, 1971.
- SGARBI, João Fernando Baldassarri. **Os limites do positivismo exclusivista de Joseph Raz**. text, Universidade de São Paulo, 2018.
- SHAPIRO, Scott J. Authority. *In*: COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott (Orgs.). **The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- SHAPIRO, Scott J. On Hart's Way Out. **Legal Theory**, v. 4, n. 4, p. 469–507, 1998.
- SHAPIRO, Scott. **Legality**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.
- SHECAIRA, Fábio Perin. Sources of Law Are not Legal Norms. **Ratio Juris**, v. 28, n. 1, p. 15–30, 2015.
- SLOCUM, Brian G. **Ordinary meaning: a theory of the most fundamental principle of legal interpretation**. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.
- SMITH, Dale. The practice-based objection to the 'standard picture' of how law works. **Jurisprudence**, v. 10, n. 4, p. 502–531, 2019.
- SOAMES, Scott. Interpreting legal texts: What is, and what is not, special about the law. **Philosophical essays**, v. 1, p. 403–424, 2009.
- SOLUM, Lawrence B. The Unity of Interpretation. **Boston University Law Review**, v. 90, 2010.
- SPAACK, Torben. The Scope of Legal Positivism: Validity or Interpretation? *In*: SPAACK, Torben; MINDUS, Patricia (Orgs.). **The Cambridge companion to legal positivism**. Cambridge, United Kingdom; New York, NY: Cambridge University Press, 2021.
- STAVROPOULOS, Nicos. Obligations, Interpretivism, and the Legal Point of View. *In*: MARMOR, Andrei (Org.). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015.
- STAVROPOULOS, Nicos. The Debate that Never Was. **Harvard Law Review**, v. 130, 2017.
- STAVROPOULOS, Nicos. Legal Interpretivism. *In*: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021.
- STERN, David G. **Wittgenstein's Philosophical Investigations: an Introduction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

- STRAUSS, David A. **The living Constitution**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2010.
- STRAWSON, P. F. Intention and Convention in Speech Acts. **The Philosophical Review**, v. 73, n. 4, 1964.
- STRUCHINER, Fabio P. Shecaira E. Noel. **Teoria Da Argumentacao Juridica**. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Contraponto, 2016.
- VERMEULE. Adrian, Interpretive Choice. **New York University Law Review**, v. 75, 2000.
- VIEIRA, Vinicius Astolpho. **Direito e interpretação na teoria de Dennis Patterson**. 2019. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, n. 13–45, 2013.
- WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994.
- WALUCHOW, Wilfrid J. **A common law theory of judicial review: the living tree**. 1. publ. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- WITTGENSTEIN, Ludwig *et al.* **Remarks on the foundations of mathematics**. 3d ed., rev. Oxford [Eng.]: B. Blackwell, 2001.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Rev. 4. ed. Chichester, West Sussex, U.K.; Malden, MA: Wiley-Blackwell, 2009.