

1. O QUE É JURISPRUDENCE?

1.1. Sentidos de *Jurisprudence*:

- 1.1.1. Em *medical jurisprudence*, era um jeito pomposo e antigo de dizer ‘direito médico’.
- 1.1.2. Em *4th Amendment Jurisprudence*, diz respeito ao dispositivo constitucional e à doutrina que o cerca.
- 1.1.3. *Jurisprudence* está também relacionado ao “estudo acadêmico do direito”.
 - 1.1.3.1. Nesse sentido, preocupa-se em descrever o direito de sistemas jurídicos em particular, o que tipicamente envolve a apresentação de teorias com princípios gerais.
 - 1.1.3.2. Se *medical jurisprudence* fosse tomada nesse sentido, se relacionaria a uma subdisciplina acadêmica, no sentido mais próximo da etimologia da palavra: “knowledge of the law”.
- 1.1.4. *Jurisprudence* ainda é tipicamente reservada ao sentido do estudo filosófico do direito.
 - 1.1.4.1. Assim, *jurisprudence* não está relacionado a qualquer curso em direito, mas às questões filosóficas que o direito levanta.

1.2. Filosofia do Direito Normativa e Filosofia do Direito Analítica [Jurisprudence: Normative and Analytical]

- 1.2.1. **Normative Jurisprudence**: lida com os fundamentos morais do direito.
 - 1.2.1.1. NJ Interpretativa: procura fornecer uma explicação real da lógica do direito atual.
 - 1.2.1.1.1. Ex: “Por que o direito criminal pune criminosos?”
 - 1.2.1.1.2. Ex2: Qual a função moral do direito contratual?”
 - 1.2.1.2. NJ Crítica: procura conhecer o que, de um ponto de vista moral, o direito *deveria* ser.
 - 1.2.1.2.1. Ex: A lógica do direito penal é justificada?
- 1.2.2. **Analytical Jurisprudence**: analisa a natureza do direito e das instituições jurídicas, não se preocupando com a moralidade.
 - 1.2.2.1. Ex: “O que distingue sistemas jurídicos de jogos, etiqueta e religião?”

1.3. O que é “O que é o direito”?? [What is “What is Law?”?]

- 1.3.1. O livro está preocupado com a filosofia do direito analítica.
- 1.3.2. O autor se propõe a abordar a questão “O que é o direito?”, examinar respostas dadas historicamente influentes e oferecer sua própria explicação.
- 1.3.3. Onde está a importância da filosofia do direito analítica?
 - 1.3.3.1. Enquanto questões da filosofia do direito normativa alcançam um engajamento maior, por abordarem ‘burning questions’ da moralidade do direito cotidianas, questões de filosofia do direito analítica, sobre a natureza fundamental do direito, engajam um público menor.
 - 1.3.3.2. Há, no entanto, um sentido, em que todos sabem o que o direito é: o sentido relacionado aos sistemas e instituições jurídicas, à elaboração e ao cumprimento de leis.
 - 1.3.3.3. Antes de aprofundar a questão de relevância, é necessário dizer algo sobre o tipo de questão que a filosofia do direito analítica quer responder.

2. “LAW”

2.1. A ambiguidade dos termos.

- 2.1.1. *Law*:
 - 2.1.1.1. Como termo de massa: ‘law’ se refere a uma quantidade incontável de normas jurídicas.
 - 2.1.1.2. Quando se diz ‘a law’ ou ‘many laws’, torna-se um termo contável.
 - 2.1.1.3. Pode se referir também a uma organização social em particular, ao receber artigo definido ‘the’.
- 2.1.2. *Legal System*:
 - 2.1.2.1. Pode se referir a um ‘sistemas de regras’, como se constituído de normas. Ex: ‘O ordenamento jurídico americano é a soma total de suas leis’.
 - 2.1.2.2. Pode se referir a uma organização ou instituição em particular, como se constituído de pessoas. Ex: “A ordem jurídica americana é composto de juízes, senadores, policiais”.
- 2.1.3. As perguntas que ‘law’ e ‘legal system’ geram são também ambíguas.
 - 2.1.3.1. ‘What is Law?’ e ‘What are legal systems?’ se referem a normas ou a organizações?
 - 2.1.3.1.1. Se tomado como normas, a análise filosófica gerada gira em torno da existência e da estrutura de normas jurídicas e de suas interrelações.
 - 2.1.3.1.2. Se tomado como organizações, a análise gira em torno de saber o que organizações fazem e devem fazer e qual a sua estrutura geral.

2.1.3.2. A filosofia do direito analítica tem se focado em 2.1.3.1.1.

2.1.3.3. Muitos ramos das ciências sociais seguiram a ‘rota organizacional’, o que foi bastante produtivo.

2.1.3.4. Analogia econômica: o direito como uma empresa com subdivisões (legislativo, agências administrativas, tribunais), que produz leis.

2.1.3.5. Pergunta-se: por que agentes morais se reúnem para formar sistemas jurídicos ao invés de manter núcleos menores de deliberação e interação social (assim como surgem empresas)?

2.1.3.5.1. A resposta não só mostra a natureza das organizações jurídicas como também é um pré-requisito para se abordar questões sobre a natureza nas normas jurídicas.

2.1.4. As ambiguidades apontadas poderiam ser evitadas ao se falar em ‘legalidade’[property of being law].

2.2. Law, the Law, and “Law”

2.2.1. “What is the Law?” se refere ao desejo de se saber qual o direito em uma questão em particular.

2.2.2. “What is Law?” se refere à natureza do direito em geral.

2.2.3. “What is ‘Law’?” se refere ao significado da palavra ‘law’.

2.2.3.1. Às vezes se pensa que o que preocupa a filosofia do direito analítica é essa definição, mas é importante esclarecer que filosofia do direito não é lexicografia, mas sim um esforço para se entender a natureza de uma instituição social e os seus produtos.

2.2.3.2. Evidência disso é que mesmo quem não fala inglês se engaja em filosofia do direito.

2.2.3.3. Além disso, não dá nem para considerar só o sentido próprio de ‘law’ para se fazer filosofia, uma vez que a palavra é:

2.2.3.3.1. *Overinclusive*, no sentido de que há muita coisa a que se refere como ‘law’.

2.2.3.3.2. *Underinclusive*, no sentido de que há quem se refira a ‘law’ somente como lei, ato legislativo.

2.2.3.4. Assim, demonstra-se que a questão não é somente semântica.

3. A NATUREZA DE UMA COISA: o que queremos saber quando perguntamos a natureza de algo?

3.1. 1ª Possibilidade – **Identity Question**: queremos saber a *identidade* de algo.

3.1.1. Ex: conhecimento como crença verdadeira e justificada e X, como diferente de Y e Z.

3.1.2. Em direito: o que faz do direito *direito* e nada diferente disso.

3.2. 2ª Possibilidade – **Implication Question**: queremos saber o que necessariamente decorre do fato de que algo é algo e nada diferente disso.

3.2.1. Ex: número 3. Identidade: vem depois do ‘2’. Implicação: é primo.

3.2.2. Em direito: quais as propriedades que o direito não pode deixar de ter, sob pena de não sê-lo.

3.2.3. Não são todas as propriedades que importam, mas as que são distintivas.

3.2.4. Há propriedades que não interessam porque não respondem perguntas interessantes.

3.2.4.1. Por essa razão, não se pode esperar que teorias do direito sejam completas, pois cada geração identifica questões que se quer estudar.

3.2.5. Filósofos também se interessam no que necessariamente *não* segue de algum fato.

4. A ESTRUTURA DO MUNDO SOCIAL

4.1. Agora o autor vai reformular as questões abstratas sobre a natureza do direito em termos mais concretos.

4.2. Nós classificamos o mundo social em grupos sociais e também em *legal officials*.

4.2.1. Nós não só diferenciamos em grupos jurídicos e grupos não-jurídicos de uma comunidade e também entre as comunidades.

4.3. Como diferenciamos grupos, diferenciamos sistemas de regras.

4.4. O fato de diferenciar revela que nosso mundo social é pluralístico.

4.4.1. Se todos tivessem as mesmas crenças e valores, não nos diferenciaríamos em grupos nem nos importariamos com questões como ‘de quem é essa lei?’ ou em classificar regras.

4.5. Mas em razão da diversidade ideológica do mundo moderno, nos importamos com as questões de 4.4.1.

4.5.1. Ex: De quem é a regra sobre não comer carne? É uma regra moral ou é só contra a lei?

4.5.2. Ex2: regra de um amigo. Observamos apenas em sua presença para apoiá-lo?

4.6. Assim, podemos dizer que uma das motivações filosóficas de se responder a questão ‘What is Law?’ é a de tentar dar sentido ao nosso esquema de classificação social.

4.6.1. Se entendermos isso como uma ‘Identity Question’, seria só fazer taxonomia.

4.6.2. Se entendermos a questão como uma ‘Implication Question’, veríamos como uma tentativa de dar lógica às nossas classificações sociais mesmo.

4.7. Austin abordou a questão enquanto ‘Identity Question’ e Hart e Dworkin enquanto ‘Implication Question’.

4.8. O autor se propõe a tratar as duas questões.

5. ANÁLISE CONCEITUAL

5.1. ‘As questões de identidade e implicação foram abordadas por uma metodologia distinta, a ‘análise conceitual’.

5.1.1. Metodologia filosófica é um tópico controvertido, mas o autor espera capturar a descrição geral.

5.2. Truísmos.

5.2.1. Exemplo do trabalho do detetive.

5.2.2. No caso do detetive, a evidência coletada diz respeito ao *verdadeiro* estado das coisas, enquanto, no caso do filósofo, ao *truístico* estado das coisas, uma vez que é verdadeiro *e* auto-evidente.

5.2.3. A chave da análise conceitual é a reunião de truísmos sobre uma dada entidade.

5.2.3.1. Ex: truísmos de *conhecimento*.

5.2.4. Assim, **truísmos são pistas que nos ajudam a determinar a identidade do objeto em questão.**

5.2.4.1. Embora não tenhamos que satisfazer todos, uma boa teoria é aquela que explica o máximo.

5.2.4.2. Ex: teoria do que seja conhecimento.

5.2.5. Determinada a resposta para a ‘Identity Question’, o filósofo pode inferir verdades necessárias.

5.2.5.1. Ex: conhecimento é também acumulável.

5.3. Truísmos sobre o direito.

5.3.1. Para responder as questões de identidade e implicação, temos de reunir truísmos sobre o direito, o que significa identificar as verdades que aqueles que operam o direito consideram auto-evidentes.

5.3.1.1. Dizem respeito às instituições jurídicas básicas, às normas, à autoridade, à motivação.

5.3.2. Identificar o direito é determinar o que o direito deve ter se tem as propriedades especificadas.

5.3.2.1. “O direito é o que os tribunais dizem que são” não é uma teoria boa porque viola o truísmo de que os tribunais são falíveis, por exemplo.

5.4. Discordâncias na Análise Conceitual.

5.4.1. O que acontece quando não concordamos se uma afirmação é um truísmo ou não?

5.4.1.1. Ex: regimes jurídicos perversos ainda tem direito ou não?

5.4.1.2. Nessas questões, os que as pessoas dizem ser auto-evidente e óbvio difere, suas intuições diferem.

5.4.1.3. Uma possibilidade é que esse conflito não seja solucionável, se as pessoas estiverem se referindo a coisas diferentes ao falarem em ‘law’.

5.4.1.4. Outra possibilidade é que os que negam que Nazistas tinham direito reconhecem que isso sai do padrão, mas o afirmam porque sentem que teorias rivais não explicam truísmos do direito bem.

5.4.1.4.1. Essa afirmação não é um *truistic input*, mas, sim, um *output*.

5.4.1.4.2. Nesse sentido, entre intuições rivais, deveríamos examinar as teorias de que são parte.

5.4.2. Disso, pode-se dizer: as intuições têm um papel provisório na análise conceitual.

5.4.2.1. Não devemos tomar nossas reações como sacrossantas ou imutáveis.

5.4.2.2. O fato de que uma teoria falha em uma de nossas intuições não é um problema fatal.

5.4.2.3. Devemos considerar a totalidade e estar dispostos a abrir mão de algumas, num exercício de **reconstrução racional**.

5.4.2.4. A análise conceitual busca identificar fontes de confusão e nos ajudar a resolvê-las.

5.4.3. Assim, não devemos inferir do fato de que a análise conceitual deve começar de julgamentos truísticos o fato de que devem *acabar* em teorias truísticas.

5.4.3.1. A explicação, ela mesma, não precisa ser truística.

5.4.4. Por essa razão, o fato de que teorias do direito são contestadas não deve impugnar a análise conceitual.

5.4.4.1. Como dois detetives, após a evidência ser recolhida, podem divergir quanto a quem cometeu o crime, filósofos também podem discordar quanto ao que faz algo ser o que é.

5.5. Estratégias para a imaginação.

- 5.5.1. A filosofia é uma empreitada difícil: diferentemente da matemática, ela não tem procedimentos estabelecidos para garantir que alguém *descobriu* a identidade de algo.
- 5.5.1.1. Como resultado, os filósofos nunca têm certeza sobre se deixaram de considerar algum ponto crucial por falta de sorte ou de inteligência.
- 5.5.1.2. Exemplo disso é a conceituação de “conhecimento” como “*crença verdadeira e justificada*”.
- 5.5.1.2.1. Tal conceituação foi aceita por mais de dois mil anos, até que Edmund Gettier apresentou exemplos de casos em que estava claro que um indivíduo tinha uma crença verdadeira e justificada mas *não tinha conhecimento*.
- 5.5.1.2.1.1. Exemplo da estátua de uma vaca.
- 5.5.1.2.2. O mesmo acontece com o direito, em que conceituações da natureza da legalidade duraram gerações para depois serem derrubadas por simples contraexemplos.
- 5.5.1.3. O fato de que a análise conceitual é falível não a invalida, porém, como método de raciocínio.
- 5.5.2. Para elucidar propriedades de algo que podem estar se escondendo próximas de nós, precisamos desenvolver estratégias de compensação [compensatory strategies], quatro exemplos são:
- 5.5.2.1. **Estratégia comparativa**: trata de comparar instituições e práticas similares, mas não idênticas, ao direito para que vejamos com mais clareza suas peculiaridades
- 5.5.2.2. **Estratégia de “montagem de quebra-cabeças” [puzzle-solving possibility]**: trata de analisar quebra-cabeças, paradoxos, colocados pelo conceito que se analisa esperando que se torne mais claro o caráter do conceito analisado.
- 5.5.2.2.1. Uma grande parte do livro vai usar essa estratégia, ao tratar do “possibility puzzle”
- 5.5.2.3. **Estratégia “construtivista”**: trata de, a partir de uma situação simples não-jurídica, fazer uma comparação com o direito e verificar o que seria necessário para transformá-la em um sistema jurídico.
- 5.5.2.3.1. Hart faz uma reconstrução da teoria de Austin utilizando essa estratégia.
- 5.5.2.3.2. No cap. 5, o autor usa essa estratégia imaginando um grupo de pessoas cozinhando.
- 5.5.2.3.3. Essa estratégia possibilita que os filósofos excluam propriedades meramente contingentes dos sistemas jurídicos, ao perceberem que é possível criar um sistema legal sem elas.
- 5.5.2.3.4. Ela possibilita, também, que sejam identificadas as propriedades essenciais do direito, já que se criam sistemas hipotéticos com o mínimo de elementos possível.
- 5.5.2.3.5. Ao criar sistemas jurídicos a partir de dados não jurídicos, a estratégia construtivista evita análises circulares – aquelas em que se usa o direito para explicar o direito.
- 5.5.2.4. **“Anecdotal strategy”**: examina evidências antropológicas e históricas sobre a operação e formação de sistemas jurídicos.
- 5.5.2.4.1. Esta estratégia será também usada neste livro.
- 5.5.3. Essas quatro estratégias são ferramentas indispensáveis para que se empreenda uma análise conceitual, ao exercitar a imaginação e, assim, possibilitar a descoberta de verdades que são de difícil definição justamente por serem verdades claras.

6. POR QUE SE IMPORTAR? [Why Care?]

- 6.1. A maioria dos juristas e operadores do direito acha a pergunta “o que é o Direito?” desinteressante.
- 6.1.1. Às vezes, essa reação é consequência de um desinteresse pela filosofia em geral.
- 6.1.2. O autor acredita, porém, que a maior parte dessa antipatia pela filosofia do direito advém de uma má-compreensão do projeto da filosofia do direito analítica.
- 6.1.2.1. Exemplo: compreensão de que a pergunta “o que é o direito?” é um *mero exercício semântico*.
- 6.1.3. Outros têm antipatia pela matéria por associá-la a um de seus debates específicos, *o debate sobre as limitações morais à validade do direito*
- 6.1.3.1. Os positivistas afirmam não existir tal limitação, já os “naturalistas” entendem que algumas normas são injustas demais para serem considerados como direito.
- 6.1.3.2. Alguns afirmam que “não importa o que *chamem* de direito injusto, se quiserem chamar de direito, chamem; se quiserem chamar de ‘não-direito’, chamem”, mas a questão não é o que se *chama* de direito, é o que o direito *é*.

6.2. Por que deveriam os juristas se interessar por essa disciplina (a filosofia do direito) que estuda sua prática sem ensinar a eles nada que altere a forma como eles atuam?

6.2.1. O objetivo do autor é mostrar que não é possível enfrentar muitas das maiores questões da prática jurídica sem enfrentar as questões analíticas que a filosofia do direito coloca.

6.2.1.1. A pergunta “qual é o direito aplicável ao caso [what the law is]?” depende da pergunta “o que é o direito em geral [what is law]?”.

6.2.1.2. Para provar qual é o direito aplicável a um caso, é necessário saber quais fatos determinam em *última instância* [ultimately] o conteúdo e a existência de sistemas jurídicos, é necessário conhecer algumas verdades sobre a natureza da lei que a filosofia do direito procura encontrar.

7. OS DETERMINANTES ÚLTIMOS DOS FATOS JURÍDICOS [THE ULTIMATE DETERMINANTS OF LEGAL FACTS]

7.1. Um ‘fato jurídico’[legal fact] é um fato sobre a existência ou conteúdo de um sistema jurídico em particular.

7.1.1. Exemplo: são fatos jurídicos a Bulgária ter um sistema jurídico e a Califórnia proibir que se dirija a mais de 65 milhas por hora.

7.2. Fatos jurídicos nunca são últimos [ultimate facts]: sempre que uma lei ou sistema jurídico existem, isso decorre de outros fatos.

7.3. A argumentação jurídica é moldada de forma fundamental por essa característica dos fatos jurídicos.

7.3.1. Argumentamos apelando sempre a outros fatos que demonstrem qual é o direito em uma jurisdição.

7.3.2. Assim, nos EUA, precisamos sempre demonstrar que a autoridade deriva da Constituição.

7.4. Mas isso coloca uma questão: *o que fazer quando acabam os fatos jurídicos em que podemos nos apoiar? O que fazer quando alguém diz que a Constituição Americana não é vinculante para os funcionários [officials] federais e estaduais?*

8. POSITIVISMO JURÍDICO E DIREITO NATURAL

8.1. Os **positivistas** respondem às perguntas de **7.4** afirmando que todos os fatos legais são determinados, *em última instância*, apenas por “fatos sociais”.

8.1.1. Questões sobre existência ou conteúdo de sistemas jurídicos seriam, em última instância, resolvidas pelo que as pessoas pensam, desejam, defendem, dizem ou fazem.

8.1.2. Uma versão plausível da posição positivista seria: o fato de os funcionários [officials] tratarem as convenções estaduais como tendo o poder de ratificar a constituição os torna legalmente vinculados a ela.

8.2. Os **partidários do direito natural**, por sua vez, sustentam que os fatos jurídicos são, *em última instância*, determinados por fatos morais e sociais

8.2.1. Uma forma plausível da posição naturalista seria: o fato de a constituição ser ratificada por todas as convenções estaduais a investe de *autoridade moral* e, portanto, de *autoridade legal*

8.2.2. Nesta perspectiva, a constituição é vinculante porque ela *deve ser seguida* e não porque ela *é seguida*.

8.3. Há dois pontos que devem, inicialmente, ser destacados sobre este debate:

8.3.1. O debate diz respeito às propriedades necessárias do direito e, portanto, à **natureza do direito**.

8.3.1.1. Os positivistas tratam o direito como um costume na medida em que sua existência e conteúdo se baseiam unicamente em fatos sociais.

8.3.1.1.1. Por exemplo, é um costume comer peru no dia de ação de graças apenas porque as pessoas costumam fazer isso.

8.3.1.2. Os naturalistas, por outro lado, ao sustentar que a existência e o conteúdo do direito são baseados em última instância em fatos sociais e morais, acreditam que a natureza do direito é semelhante à da moralidade política.

8.3.2. Mais importante, **esse debate tem implicações relevantes para a prática jurídica**.

8.3.2.1. Essa importância é obscurecida pelo exemplo da vinculabilidade da Constituição, vinculabilidade que ninguém questionaria fora do meio acadêmico.

8.3.2.2. Mas, no problema da *interpretação* da constituição, a controvérsia filosófica sobre a natureza do direito pode fazer grande diferença prática.

8.3.2.3. Por exemplo, na discussão sobre a constitucionalidade da pena de morte nos Estados Unidos tendo em vista a Oitava Emenda à Constituição, que dispõe que penas cruéis não podem ser aplicadas.

8.3.2.3.1. Alguns entendem que as penas realmente cruéis deveriam ser proibidas.

8.3.2.3.2. Outros entendem que apenas as penas consideradas cruéis pelos constituintes deveriam ser proibidas.

8.3.2.3.3. A primeira interpretação entende que o que determina o sentido da oitava emenda é apenas o próprio texto e a segunda interpretação entende que é a vontade dos constituintes que determina esse sentido.

8.3.2.4. Para decidir entre essas interpretações, o debate entre naturalistas e positivistas é relevante.

8.3.2.4.1. Se os positivistas estiverem certos, a única forma de resolver a questão é apontar um *fato social*, por exemplo o fato de que as cortes seguem uma ou outra metodologia

8.3.2.4.2. Se os naturalistas estiverem certos, a única forma de resolver a questão seria recorrer à filosofia moral e política.

8.4. Assim, percebe-se que a filosofia do direito analítica [analytical jurisprudence] pode desempenhar papel crucial na prática na medida em que para se determinar o direito aplicável [the law] muitas vezes é necessário determinar a natureza do direito em geral [law].

8.4.1. Para demonstrar qual é o direito no caso concreto, não é suficiente apontar que ele foi criado por alguém com autoridade e que se está interpretando o direito adequadamente, é necessário demonstrar que se está *justificado* a atribuir autoridade a uma pessoa e a interpretar o texto legal de determinada forma.

9. Rótulos [Labels]

9.1. O capítulo pretendeu demonstrar que a desconfiança sobre a relevância da filosofia do direito analítica [analytical jurisprudence] não se justifica, na medida em que a questão da natureza do direito tem implicações diretas e importantes para a prática jurídica

9.1.1. Frequentemente, para se determinar quem tem autoridade e qual deve ser a metodologia de interpretação do direito, será necessário se reportar a verdades filosóficas sobre o que, em última análise, determina autoridade e o método de interpretação em cada sistema jurídico.

9.2. A dificuldade dos juristas em perceber a relação entre essas questões deriva de uma compreensão equivocada dos juristas sobre o que os filósofos do direito procuram fazer ao se perguntarem qual é a natureza do direito

9.2.1. Como se viu em 4.6.1, há amplo entendimento de que os filósofos do direito estão preocupados com um “rótulo”, com tentar descobrir o que o rótulo “direito” significa e onde aplicá-lo. Nesse sentido, uma filosofia do direito seria uma “*teoria de rotulação*”, procurando ou definir uma palavra ou decidindo sobre afixá-la ou não a um ou outro objeto

9.2.2. É um erro pensar que essa atividade de rotulação tenha ocupado a maior parte do tempo e dos esforços dos filósofos do direito

9.3. Na maior parte do tempo, é óbvio o que é direito (e.g. os EUA tem um sistema jurídico; a oitava emenda é direito), mas saber o que é direito não satisfaz nossa curiosidade filosófica, duas questões se colocam:

9.3.1. O que faz do direito *direito*?

9.3.2. O que decorre necessariamente desse fato?

9.4. Ou seja, a filosofia do direito está menos interessada em se alguma coisa deve receber o rótulo “direito” do que em *por que deve recebê-lo e quais implicações isso têm*.

9.4.1. O termo direito não é um *output* da teoria, é um *input*.

9.4.2. Quando positivistas e naturalistas discordam sobre quais fatos determinam em última instância a existência e o conteúdo do direito, eles estão discordando sobre as *características necessárias do direito*.

9.4.2.1. Esse debate não é uma mera discussão sobre rótulos.

9.5. O ponto deste capítulo é mostrar como muitas das questões com as quais os juristas mais se importam não podem ser respondidas em um “vácuo filosófico”.

9.6. Dois esclarecimentos, no entanto, são necessários:

9.6.1. Em primeiro lugar, não se está sugerindo que seja impossível resolver uma questão jurídica corretamente sem que se esteja na posse de uma teoria filosófica correta sobre a natureza do direito.

9.6.1.1. Os juristas têm um entendimento básico sobre as regras básicas da prática jurídica, que dão a eles instrumental para resolverem uma diversidade de questões jurídicas.

9.6.1.2. Muitas vezes, a solução de questões não depende de nenhuma visão particular da natureza do direito; em apenas *algumas* questões a questão da natureza do direito será essencial.

9.6.2. Em segundo lugar, mesmo que a questão da natureza do direito tenha implicações importantes para a prática, não decorre disso que a tarefa do filósofo do direito seja responder questões jurídicas.

9.6.2.1. A tarefa do filósofo do direito é identificar o método correto para determinar o conteúdo do direito.

9.6.2.2. A tarefa do jurista é colocar esse método em prática.

9.7. Finalmente, é completamente possível que ter o método correto não signifique que haja uma resposta correta.

9.7.1. Não é apenas porque alguém queira responder à questão “o que é direito?” que existe uma paciente esperando para ser encontrada.

10. O TRUÍSMO DA CONFIANÇA [*THE TRUISM OF TRUST*]

10.1. Esse capítulo pretende destrinchar a questão “o que é direito?” e mostrar como podemos também começar a respondê-la.

10.2. Também se tentou mostrar que a antipatia e o ceticismo que essa questão provoca decorrem em grande medida de simples incompreensões.

10.2.1. Em particular, se tentou demonstrar que a questão sobre a natureza de direito

10.2.1.1. não é uma questão de lexicografia,

10.2.1.2. vai muito além da questão sobre se uma regra injusta é direito e

10.2.1.3. é mais do que um mero interesse acadêmico.

10.3. Entender a natureza do direito é entender os princípios que estruturam nosso mundo social e, como vimos, esses princípios têm profundas implicações na forma como nos engajamos na prática jurídica.

10.4. Há, contudo, uma reclamação dos juristas que deve ser considerada, a de que a filosofia do direito estaria muito dissociada da prática jurídica.

10.4.1. Afirma-se que os filósofos do direito frequentemente ignoram considerações de competência institucional no desenvolvimento de suas análises do direito e, especialmente, nas teorias de interpretação jurídica.

10.5. Exemplo disso é o **debate sobre interpretação no “mundo real”**: quando juristas discutem sobre métodos de interpretação, eles geralmente se justificam se referindo ao grau em que se pode confiar em certos membros do grupo para atuar competentemente e de boa-fé.

10.5.1. Textualistas como Antonin Scalia, por exemplo, acreditam que os juízes devem ser limitados pelo texto, pois ele não confia nos juízes para poderem decidir *além* do texto.

10.5.2. Outros textualistas, como Frank Esterbrook rejeitam a busca de propósito porque eles não confiam nos legisladores para criar legislações visando o interesse público.

10.5.2.1. Nessa visão, leis seriam criadas sobre compromissos entre grupos com interesses divergentes e não sobre visões unificadas de bem estar desenvolvidas por servidores públicos altruístas.

10.5.3. “Purpositivists” como Henry Hart e Albert Sacks, por outro lado, presumem que os juízes [officials] são pessoas buscando fins razoáveis razoavelmente e, por isso, dão a eles maiores poderes para buscar o “espírito” da lei quando seus resultados lhes parecem objetáveis.

10.6. Mas, em contraste com o importante papel que juristas atuantes atribuem à confiança quando tratando de métodos de interpretação, o conceito de verdade quase nunca aparece em discussões filosóficas de interpretação

10.6.1. Exemplo é a teoria de Dworkin.

10.6.1.1. Dworkin argumenta que os intérpretes devem sempre interpretar o texto legal de uma forma que os apresente sob sua “melhor luz moral”.

10.6.1.2. Mas Dworkin nunca considera de forma significativa se essa metodologia é adequada para participantes com capacidades cognitivas e morais significativas.

10.6.1.3. Ao contrário, a teoria de Dworkin deposita uma imensa confiança nas capacidades filosóficas e na boa-vontade para levar adiante rigorosos exercícios intelectuais.

10.6.1.4. Se é razoável supor que a maioria dos indivíduos não é particularmente adepta, ou não está disposta a se engajar, em uma análise filosófica, parece imprudente querer que ela interprete a prática como um teórico moral ou político faria.

10.6.2. A falta de atenção a considerações de confiabilidade não é exclusiva de Dworkin.

10.6.2.1. Teóricos do direito tendem a abordar questões de interpretação legal através das lentes de preocupações da filosofia tradicional, como significado linguístico, moralidade política e análise conceitual.

10.6.3. A indiferença a considerações institucionais não é só irritante para juristas, mas também profundamente *irônica*.

10.6.3.1. Como vimos, um questionamento sobre a natureza do direito trata do julgamento de indivíduos informados como objeto de uma *explicação*.

10.6.3.2. Isso significa que filósofos do direito deveriam ouvir o que dizem os participantes da prática jurídica para justificar suas ações.

10.6.3.2.1. Entretanto, muito poucas vezes as descrições que os filósofos do direito fazem refletem a estrutura real da argumentação jurídica.

10.6.3.2.2. Essa falha é uma das razões pelas quais participantes não levam os filósofos do direito a sério.

10.7. No restante do livro, buscar-se-á enfrentar esse problema.

10.7.1. O autor tentara desenvolver uma teoria do direito em que considerações de competência e caráter sejam centrais para a compreensão de instituições legais e para a estrutura de raciocínio jurídico e de argumentação.

10.7.2. Antes disso, o autor vai tratar de algumas abordagens já feitas por filósofos do direito, atentando não apenas para sua coerência lógica como também para em que medida as representações que fazem da prática jurídica são fiéis à compreensão compartilhada pelos operadores do direito [legal participants].