

5. A TESE DE HART SOBRE OS ENUNCIADOS JURÍDICOS ..	139
5.1 Hart sobre os enunciados jurídicos	143
5.2 A concepção de realidade na teoria jurídica de Hart	156
CONCLUSÃO	169
BIBLIOGRAFIA	173

INTRODUÇÃO

Muitos problemas característicos da Filosofia do Direito moderna estão relacionados ao fato de que a maior parte de nossos enunciados sobre o Direito afirma (ou ao menos dá por suposta) a existência de entidades como “direitos subjetivos”, “deveres” ou “normas”. Estas afirmações, tipicamente utilizadas por quem participa de um sistema jurídico, serão chamadas “enunciados jurídicos”. Este tipo de enunciado pode ser utilizado em diversas funções, como justificar ações ou persuadir alguém a fazer algo. Os problemas tratados nesta dissertação dizem respeito à utilização destes enunciados com vista à descrição de estados de coisa objetivos.¹

Este trabalho vai esclarecer por que alguns filósofos do Direito (como Hägerström, Olivecrona e Ross) negam que enunciados jurídicos possam ser utilizados para descrever o mundo e também explicar por que outros filósofos e juristas (v.g., Bentham, Austin ou Jhering) tentaram interpretar enunciados e termos jurídicos em termos de fatos brutos como hábitos, ordens, punições. Deve-se lembrar de que não há consenso quanto a este ponto. Pense-se em autores que, como Hart e MacCormick, afirmam o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos sem que seja necessária qualquer interpretação em termos de fatos brutos. O problema fica es-

(1) “Discurso descritivo” será utilizado como sinônimo de “discurso indicativo”. As diferenças entre os atos de “descrever” e “indicar” são apontadas por A. Ross, *La lógica de las normas*, Madrid: Tecnos, 1971, p. 17 e ss, mas são irrelevantes no âmbito deste trabalho.

pecialmente interessante, quando constatamos que as divergências de opinião quanto ao conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos ocorrem mesmo entre autores que assumem explicitamente as mesmas teses fundamentais. Tanto os realistas escandinavos como Hart e Kelsen sustentam as teses fundamentais do positivismo epistemológico, a saber: a) o Direito deve ser explicado por referência a fatos sociais e, por consequência, é irrelevante para a compreensão e descrição de uma ordem jurídica qualquer especulação sobre seus fundamentos metafísicos; b) o valor moral não é condição necessária da juridicidade de uma norma.²

O objetivo deste trabalho é esclarecer como autores que compartilham essas teses positivistas sobre o Direito e a Ciência do Direito podem discordar sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos.³ Por esta razão não se pretende analisar doutrinas que

(2) Esta forma de caracterização do positivismo é muito comum. Tomei de Bobbio a expressão "positivismo epistemológico" para designar a doutrina que professa as teses enunciadas no texto (cf. Sul positivismo giuridico, *Rivista di Filosofia*, 1961, n. I, p. 14-34), mas a mesma distinção pode ser encontrada em outros autores, notadamente Neil MacCormick (cf. *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*, 2.ª reimpressão, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1992, 1.ª impressão de 1986, p. 127-130) e Joseph Raz (cf. *The institutional nature of law, The authority of law: essays on law and morality*, 5.ª reimpressão, Oxford: Clarendon Press, 1994, 1.ª impressão de 1979, p. 103-105). Além disto é possível lembrar de outros autores que assumem explicitamente a caracterização geral do positivismo epistemológico elaborada por Bobbio (v.g., Genaro Carrió, *Le opinioni della cultura giuridica*, vol. X, p. 143-182; no Brasil, a exposição de Bobbio está sintetizada em um texto de Alaor Barbosa, Norberto Bobbio e o positivismo jurídico, *Revista de Informação Legislativa*, n. 97, vol. 25, p. 283, jan.-mar. 1988).

(3) Curiosamente alguns dos autores criticados por Hart negam que exista qualquer diferença relevante entre suas teses e as teses defendidas por

não compartilhem estes postulados, notadamente jusnaturalistas como Tomás de Aquino, Radbruch ou Lon Fuller.

O tipo de assunto escolhido como tema impõe um segundo limite ao objeto do trabalho: só serão levadas em conta teorias que assumem *poder ser* o Direito objeto de conhecimento e que, além disto, assumem que é *útil* conhecer o direito. Com isto este trabalho afasta preocupações de autores que professam uma forma de não-cognitivismo do fenômeno jurídico, segundo o qual ou bem valores de verdade não podem ser atribuídos a qualquer enunciado sobre o direito, ou bem valores de verdade são irrelevantes no que diz respeito aos enunciados jurídicos.⁴ Para os que pensam desta

Hart. Sobre as possíveis discordâncias entre seus pontos de vista e os pontos de vista de Hart, Ross afirma: "As far as I am able to see there is virtually no disagreement at all" ("Tanto quanto eu sou capaz de perceber não há virtualmente qualquer discordância") (cf. *Validity and the conflict between legal positivism and natural law, Revista Jurídica de Buenos Aires*, ano 1961, p. 84). Da mesma forma Hart relata sobre seu primeiro encontro com Kelsen: "Kelsen remarked that the dispute between us was of a wholly novel kind because though he agreed with me I did not agree with him" (Kelsen observou que a disputa entre nós era de um tipo completamente novo, porque embora ele concordasse comigo eu não concordava com ele) (cf. Herbert L. A. Hart, Kelsen visited, *Essays in jurisprudence and philosophy*, reimpressão de 1993, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 287).

(4) Penso aqui nos trabalhos do Professor Castanheira Neves (notadamente em seu texto *O actual problema metodológico-jurídico no seu horizonte filosófico* ou *O quadro das perspectivas atuais da compreensão da juridicidade*, Coimbra, 1995), para quem o Direito não é um objeto de conhecimento, mas um problema a ser constantemente resolvido (p. 92-93). Para o professor de Coimbra a tentativa de atribuição de valor de verdade no campo do Direito é uma apropriação ilegítima da razão prática pela razão teórica. Essa apropriação teria uma raiz recente na identificação moderna entre conhecimento e pensamento e uma raiz antiga no *status* especial da *theoria* na obra de Aristóteles (p. 52).

maneira, o pensamento jurídico é uma habilidade de resolver problemas práticos de modo adequado. Se é possível atribuir algum sentido à expressão “conhecimento jurídico”, não devemos considerá-la como um conhecimento *sobre* o mundo (v.g., que a norma X é parte do ordenamento jurídico brasileiro), mas como uma *habilidade* de compor conflitos sociais concretos de maneira adequada.⁵⁻⁶ Esta não é uma tese facilmente refutável. Felizmente refutá-la não é a preocupação deste trabalho.

Está claro que a diferença de tratamento dos enunciados jurídicos em cada uma das teorias positivistas contemporâneas (notadamente em Kelsen, no Realismo Escandinavo e em Hart) não pode decorrer de suas teses positivistas (já que são teses compartilhadas).

⁽⁵⁾ Ao que parece o valor de verdade não seria necessário para a resolução de qualquer problema moral e, conseqüentemente, para agir de modo bom ou justo não seria necessário saber nada sobre a justiça, mas cultivar uma espécie de habilidade de discernir o justo do injusto. Saber agir de modo justo não é um saber no sentido proposicional (saber que), mas um saber no sentido habilitativo (saber como), e a gramática de “saber agir de modo justo” se assemelha mais à gramática de “saber nadar” do que à gramática de “saber que tal ou tal ação é justa”. Uma das maneiras de desenvolver esta habilidade moral é oferecer exemplos de comportamento mais ou menos detalhados em forma de histórias. Ouvir histórias foi uma parte importante do ensino moral nas culturas pré-Iluministas (cf. Alasdair MacIntyre, *After virtue*, 2. ed., Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984, p. 121). Sobre a distinção entre conhecimento proposicional e conhecimento habilitativo, ver Gilbert Ryle, *The concept of mind*.

⁽⁶⁾ Este é o sentido em que Dworkin fala de “Direito como um conceito interpretativo” (cf. *Legal theory and the problem of sense*. In: GAVISON, Ruth. *Issues in contemporary legal philosophy: the influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 13). O tipo de decisão da teoria jurídica não é uma decisão sobre qual é o estado de coisas, mas sobre qual deve ser o estado de coisas. A teoria jurídica é um conjunto de enunciados normativos e não de enunciados descritivos.

das). Será explorada nesta dissertação a hipótese de que esta diferença de tratamento teórico em relação aos enunciados jurídicos é fruto de uma diferença na concepção das possibilidades e dos limites de *qualquer* descrição do mundo.

A maior parte dos positivistas epistemológicos que nega ou condiciona a possibilidade de uma utilização descritiva dos enunciados jurídicos compartilha uma determinada concepção sobre o que pode ser descrito, a saber: só estados de coisa do mundo objetivamente considerado podem ser objeto de uma descrição.⁷ Esta concepção sobre o que pode ser descrito está implicada em uma concepção mais genérica sobre o mundo, batizada por alguns filósofos de “concepção absoluta do mundo”.⁸

A “concepção absoluta do mundo” envolve um conjunto de regras gramaticais para asserções sobre o que faz parte do mundo. A regra de ouro desta concepção é: tudo o que faz parte do mundo existe independentemente de nossa forma de perceber ou conceber o mundo. Para quem visa a uma “concepção absoluta do mundo”, as asserções aptas a descrevê-lo, das quais podemos predicar

⁽⁷⁾ A exigência de objetividade absoluta auto-imposta pelos positivistas jurídicos está bem retratada por Bobbio em um texto recentemente traduzido para o português. Do autor: “A ciência exclui o próprio âmbito dos juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento absolutamente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade” (*O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135).

⁽⁸⁾ Entre diversos outros autores, ver Bernard Williams (especialmente *Ethics and the limits of philosophy*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985 e *Descartes: the project of pure enquiry*, Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books, 1978) e Hilary Putnam (*Renewing philosophy*, Cambridge, Massachusetts/London, England: Harvard University Press, 1992, especialmente p. 80 e ss).

verdade (ou falsidade), são necessariamente independentes de nossa perspectiva. O mundo "objetivamente considerado" é o mundo como realmente é, sem interferência das imprecisões que frequentemente estão presentes em tentativas subjetivas de descrever algo (como miragens, alucinações, defeitos na aparelhagem sensorial, juízos de valor etc.).

Estas asserções não se assemelham ao modo como normalmente descrevemos os fatos, já que buscam abstrair o ponto de vista do(s) sujeito(s). Observe, por exemplo, o modo como a Física descreve o que é um relâmpago e o modo como alguém explica ao filho o que é um relâmpago (suponha que a criança nunca tenha visto um). O discurso físico procura explicar o fenômeno de tal forma que mesmo alguém que não compartilhe de nossa experiência sensorial (um cego, por exemplo) possa entender o que ocorreu quando dizemos que vimos um relâmpago. Este modo de descrever o mundo, totalmente afastado do ponto de vista dos sujeitos, pode gerar algumas descrições curiosas em outros domínios. Observe-se a seguinte descrição:

"Do bolso direito pendia uma grande corrente prateada com um maravilhoso tipo de engenho na extremidade. Nós ordenamos a ele que tirasse do bolso o que quer que estivesse no final da corrente; o que parecia ser um globo, metade prateado e a outra metade de um metal transparente; no lado transparente nós vimos algumas figuras estranhas desenhadas e imaginamos que poderíamos tocá-las, até que nossos dedos foram impedidos por aquela substância translúcida. Ele colocou o engenho em nossos ouvidos e ouvimos um incessante barulho como aquele de um moinho d'água. E nós conjecturamos que aquilo deveria ser ou um animal estranho ou o Deus ao qual ele presta culto; mas nós estamos mais inclinados à última opinião, já que ele nos assegurou (se nós o compreendemos direito, uma vez que ele se expressa muito imperfeitamente) que raramente fazia qualquer coisa sem consultar o objeto. Ele chamou-

o seu oráculo, e disse que o objeto assinalou o tempo para cada um de seus atos".⁹

Esta descrição foi feita sem levar em consideração o modo como Gulliver e a civilização ocidental utilizam o estranho objeto caso. A descrição dessa situação desde uma perspectiva que pretende ser "absolutamente objetiva" parece perder algo na descrição de um relógio mas, paradoxalmente, essas descrições correspondem à forma de ver o mundo, característica do homem moderno. A imagem do homem moderno sobre o que constitui o mundo é, como afirmou Searle, fácil de reconhecer, mas difícil de descrever.¹⁰ É a imagem de um mundo composto de fatos brutos, ou seja, eventos físicos e mentais. Tudo o que é considerado parte do mundo são eventos físicos ou eventos mentais; afirmações que descrevem esses fatos têm um estatuto epistemológico baseado no método científico (eventos físicos) ou baseado em uma experiência da qual temos direta consciência (eventos mentais).¹¹ Existem alguns fatos que normalmente consideramos fatos objetivos e que não são normalmente descritos como fatos meramente físicos ou mentais, mas que supõem a existência de certas instituições humanas. Imagine-se que um católico afirma: "Hoje eu louvei a Deus na missa". Existe uma série de fatos brutos envolvidos em "louvar a Deus na missa", mas diante de uma descrição desses fatos brutos o católico normalmente diria: "Eu fiz isso, mas fiz algo mais". Um grupo de pessoas aperta botões em uma grande sala em Brasília. É possível identificar alguns fatos brutos como o movimento de certos cor-

⁽⁹⁾ Este é um trecho das *Gulliver's travels* de Jonathan Swift, retirado de uma transcrição feita por MacCormick (*Legal reasoning and legal theory*, Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 274).

⁽¹⁰⁾ SEARLE, John R. *Speech acts*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1992. p. 50.

⁽¹¹⁾ As peculiaridades desses dois estatutos epistemológicos são objeto do primeiro capítulo, adiante.

pos no espaço (os membros das pessoas se dirigindo ao botão), o choque de dois corpos (o dedo do parlamentar e o botão) a liberação de corrente elétrica (resultado da pressão sobre o botão). Essa descrição em termos de fatos brutos pode ser mais ou menos exaustiva, mas é diferente do modo como damos conta do fato ocorrido. Diríamos que (presentes algumas condições) foi votada uma lei.

Esses fatos não meramente naturais serão chamados de “fatos institucionais”, já que sempre supõem uma instituição humana. Instituições podem ser definidas como um conjunto de regras constitutivas, ou seja, um conjunto de regras que criam a possibilidade de novas formas de comportamento. Existem, além das regras constitutivas, regras regulativas e a distinção entre um e outro tipo de regra elaborada por Searle¹² é suficiente, ao menos para os fins desse trabalho. Regras constitutivas criam a possibilidade lógica de um comportamento. Regras de xadrez criam a possibilidade de que um indivíduo X se comporte de forma tal a colocar o rei do adversário em xeque. Sem as regras do jogo de xadrez não existiria uma tal ação como “colocar o adversário em xeque”. Se Gulliver afirmasse “são duas horas da tarde em meu relógio”, esse enunciado só descreveria algo no contexto de nossas regras para medir o tempo (parte do efeito cômico da passagem pode ser explicada pelo fato de que os lilliputianos não partilhavam dessas regras). Uma regra regulativa estabelece formas de levar a cabo algo que poderia logicamente ser levado a cabo, sem que existissem as regras. Regras de etiqueta à mesa, por exemplo, não criam a possibilidade lógica de que os homens comam.¹³

(12) SEARLE, John R. Op. cit. p. 33 e ss.

(13) A distinção entre regras regulativas e regras constitutivas não é totalmente satisfatória. As regras regulativas são em certa medida também regras constitutivas. Uma regra que afirma que devo comer com talheres regula um comportamento que poderia ocorrer mesmo na ausência de uma regra (comer); mas, por outro lado, existe uma ação que só pode

A descrição acima transcrita é uma tentativa de descrever apenas os fatos brutos que correspondem a um fato institucional, ou seja, uma tentativa de descrever fatos sem levar em conta as regras constitutivas. Essa tentativa está ligada à nossa visão do mundo como constituído apenas de fatos brutos (uma “concepção absoluta do mundo”) e à tese segundo a qual uma correta descrição do mundo só pode ser feita em termos de fatos brutos.

Uma sensação de estranheza resulta da pretensão de descrever as coisas sem levar em conta a existência de regras constitutivas, mas essa sensação não é suficiente para afastar uma “concepção absoluta do mundo” e a correlata idéia de uma “objetividade absoluta das descrições”. Um dos objetivos dessa dissertação é apresentar um contraste entre duas formas de descrição: aquela que toma em conta a experiência humana e aquela que pretende representar as coisas como “realmente são”, ou seja, independentemente de nossa experiência.¹⁴ Um outro objetivo é esclarecer se é possível descrever o Direito independentemente de nossa experiência.

ser exercida se existe ao menos alguma regra de etiqueta, a saber: “comer educadamente”. Searle deixa de lado expressamente as regras morais e regras de etiqueta, afirmando que são casos problemáticos. Justamente por isso seria necessário que fossem discutidos. Não obstante as dúvidas sobre a possibilidade de distinguir tão rigorosamente regras constitutivas das regras regulativas, como fez Searle, é correto afirmar que as regras têm um aspecto constitutivo de novas formas de comportamento (o que, ademais, não foi uma contribuição de Searle, mas de G. E. M. Anscombe, cf. *On brute facts. Ethics, religion and politics*, Collected Philosophical Papers, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1981, vol. III, p. 22-25).

(14) Existe uma tensão entre essas duas formas de descrever o mundo (a descrição de um ponto de vista externo e a descrição de um ponto de vista interno). Uma completa descrição do mundo feita do ponto de vista externo deve incluir uma explicação das descrições do ponto de vista interno e, por esta razão, uma descrição elaborada do ponto de vista subjetivo conta apenas como objeto de uma descrição do mundo, mas

A distinção hartiana entre o ponto de vista interno ao sistema jurídico e o ponto de vista externo ao sistema jurídico é uma instância desta distinção genérica entre duas maneiras de descrever. A descrição do Direito de um ponto de vista externo procura depurar nossa descrição do fenômeno jurídico daquilo que não podemos referir ao mundo considerado de modo absolutamente objetivo (como "realmente" é). As duas estratégias para depuração, como veremos adiante, são: 1. a tentativa de interpretar os termos e enunciados jurídicos que aparentemente não têm referência no mundo "real" em termos ou enunciados que representam estados de coisa no mundo "real"; 2. a negação de que os termos e enunciados jurídicos que aparentemente não têm referência no mundo real sejam termos ou enunciados representativos.

A descrição do Direito do ponto de vista interno é a que toma em consideração o modo como as pessoas dão conta dos fenômenos jurídicos e sociais em termos de enunciados jurídicos. Todo aquele que postula uma concepção absolutamente objetiva das descrições não pode admitir que descrições do ponto de vista interno sejam representativas de um estado de coisas real.

O principal objetivo desse trabalho é demonstrar que as teses dos positivistas epistemológicos do século XX sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos (nomeadamente os realistas escandinavos, Kelsen e Hart) são diferentes, porque a concepção de mundo e a concepção de como devem ser as descrições em geral são diferentes.

não como uma boa descrição (a "concepção absoluta do mundo" deve incluir uma teoria do erro). Uma descrição do ponto de vista interno, por sua vez, pretende compreender qualquer descrição do ponto de vista externo, já que a descrição, por mais pessoal que pareça, é sempre parte do ponto de vista de uma pessoa sobre o mundo. Uma forma de descrição pretende incluir a outra. Sobre essa questão ver Thomas Nagel, *Subjective and objective, Mortal questions*, 1ª reimpressão de 1995, Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 205.

O PROJETO MODERNO PARA A CIÊNCIA EM GERAL E PARA A CIÊNCIA DO DIREITO

SUMÁRIO: 1.1 A Ciência Moderna entre subjetividade e objetividade – 1.2 Linhas gerais do programa moderno para a ciência do direito.

O projeto moderno para a Ciência em geral (e para a Ciência do Direito especificamente) pode ser compreendido como uma tentativa de resolver um problema clássico da Filosofia: quais as relações entre aparência e realidade ou, em termos mais gerais, quais as relações entre o mundo conforme nós o percebemos e o mundo como ele realmente é (independentemente de nossa forma de percebê-lo).¹ É possível imaginar diversos casos em que a nossa

(1) De fato, este parece ser um dos mais antigos problemas filosóficos. Pen-se-se na tentativa constante entre os filósofos pré-socráticos de descobrir do que o mundo era feito e, com isto, descobrir se, por trás da aparente mutabilidade das coisas, existe alguma estabilidade. É possível lembrar de Tales que, como é sabido, imaginava que todas as coisas como sendo feitas de água ou umidade (para a interpretação de parte da Filosofia pré-socrática como a busca de estabilidade das coisas na estabilidade das aparências, ver W. K. Guthrie, *Os filósofos gregos de Tales a Aristóteles*, trad. Maria José Vaz Pinto, Lisboa: Presença, 1987, p. 23 e ss). Esta é uma instância do problema das diferenças e relações entre

percepção do mundo está equivocada (pense-se nos defeitos e limites de nossa aparelhagem sensorial ou em casos extremos, como delírios e alucinações) e, portanto, é natural intuir uma dissociação entre a aparência e a realidade. Se existe uma diferença entre o que aparece e o que realmente existe, é necessário estabelecer quais as relações entre um e outro. A Filosofia moderna pretende ter encontrado a chave para resolver este problema, criando uma rígida e clara fronteira entre o que é objetivo e o que é subjetivo e atribuindo às descrições objetivas a propriedade de representar o mundo como ele realmente é.

O modo como foram configuradas as relações entre a subjetividade e a objetividade na modernidade foi determinado pela grande crise intelectual do Renascimento. O século XVI é um século de dúvida e perplexidade e, nessa dúvida, foi gestada a concepção moderna de mundo (absoluta). Essas dúvidas e perplexidades decorrem de alguns importantes fatos, notadamente os descobrimentos, a Reforma (e suas consequências) e, por fim, a revolução científica (que também pode ser encarada como uma tentativa de eliminar a dúvida).

Os descobrimentos ensejam um contraste constante da forma de vida européia com a forma de vida de comunidades sobre as quais não havia qualquer notícia até então. Essas comparações abalam a certeza do europeu quanto aos seus próprios costumes e crenças, a ponto de, eventualmente, utilizarem os hábitos sociais do novo mundo para fazer uma crítica violenta às instituições européias da

aparência e realidade e é interessante notar que as explicações de Tales, Anaximandro ou Anaxágoras sobre a composição "verdadeira" do universo não são tão estranhas quanto as explicações que a Física moderna dá ao mesmo problema. Por que imaginar as coisas do mundo como água em diversos estados é mais assombroso do que explicá-las como conjuntos de pequenas nuvens de energia que orbitam outras nuvens de energia?

época.² A Reforma, em si mesma, não representou qualquer abertura espiritual, mas, sim, uma tentativa de retornar a um modo de vida em que Deus ocupa a posição central. A Reforma Luterana é uma reação ao antropocentrismo da Renascença e uma proposta de retorno a um tipo de cultura em que Deus reina com sua autoridade. Mas a reforma joga um papel importante na construção da epistemologia moderna por duas razões. Em primeiro lugar, a Reforma ensina as guerras religiosas e o esfacelamento da unidade espiritual da Igreja Católica. A unidade espiritual que a Igreja sustentava era responsável pelas certezas mais fundamentais na Idade Média, nomeadamente as sagradas escrituras e os artigos de fé católicos. Ao final da Reforma, a palavra de Deus era interpretada de diversas maneiras na Europa (o próprio Lutero havia convocado todos os seus paroquianos a interpretar a palavra de Deus, sem a intermediação dos grandes filósofos e teólogos). Em segundo lugar, a Reforma ensejou o surgimento de uma reação filosófica e teológica de alguns pensadores católicos, e esses pensadores (notadamente Erasmo) elaboraram uma doutrina católica cética. A maior arma na mão de Erasmo é a dúvida e isso fica claro já nas primeiras páginas de sua maior obra endereçada a Lutero.³

² Em um de seus mais famosos ensaios, Montaigne afirma que "... não vejo nada de bárbaro ou selvagem no que dizem daqueles povos (os habitantes do novo mundo); e, na verdade, cada qual considera bárbaro o que não se pratica em sua terra" (cf. *Ensaíes*, trad. Sérgio Milliet, São Paulo: Abril Cultural, 1972, em especial o Capítulo XXXI - Dos Cambais, p. 105). A ironia da passagem final desse mesmo capítulo (p. 109) é mordaz. Montaigne afirma que entre as três coisas que os habitantes do novo mundo acharam estranhas na Europa estava o fato de que alguns viviam bem alimentados e gozando de toda a comodidade, enquanto outros miseráveis mendigavam às portas dos primeiros. Os índios chamaram esses mendigos de "metades de homem" e não compreenderam por que não se revoltavam.

³ Já no início de *De libero arbitrio collatio* (utilizei a tradução italiana *Sul libero arbitrio*, de Italo Pin, Pordenone: Studio Tesi srl, 1989).

Por fim, a revolução científica oferece ao homem moderno uma opção epistemológica clara. Galileu, Bacon, Descartes e outros estão oferecendo claramente uma alternativa para a epistemologia baseada na fé católica e no estudo dos desígnios de Deus. Diante dessas duas alternativas o homem moderno esteve, mais uma vez, em dúvida.

Todos esses fatores convergem para a construção da teoria do conhecimento moderna (cujo "fundador" é Descartes). A epistemologia moderna, como uma reação às incertezas provocadas pelos descobrimentos, pela quebra da unidade espiritual da Igreja, pelos pensadores católicos céticos e, enfim, pela alternativa entre o teocentrismo e o antropocentrismo na teoria do conhecimento, vai tentar construir o caminho para a certeza sobre as coisas "como realmente são". Um critério seguro para distinguir aparência da realidade.

1.1 A Ciência Moderna entre subjetividade e objetividade

Na modernidade, a forma de conceber as relações entre objetividade e subjetividade é diferente da forma como foram concebidas estas relações na antiguidade e no medievo. O fato de que os filósofos modernos têm em suas pautas diversos problemas relacionados com a oposição sujeito/objeto que não faziam sentido antes do século XVI (relações entre a mente⁴ e o corpo, o estatuto das

Erasmo afirma sua simpatia pelo ceticismo (p. 4). Mais adiante toma como um dos pontos centrais de seu argumento a tese de que existem assuntos sobre os quais não é útil proceder qualquer inquérito (p. 7-8) e que "é mais próprio do espírito religioso adorar o que é desconhecido do que analisar o imperscrutável" (p. 8).

⁽⁴⁾ A tradução da palavra inglesa *mind* pela palavra em português *mente* não é de todo satisfatória. Todavia as opções à palavra *mente* são também insatisfatórias. A palavra *espírito* tem em português conotações

qualidades secundárias, a possibilidade de estabelecer conhecimento sobre as próprias sensações, o problema do livre arbítrio⁵ etc.) é um indício desta nova concepção. Um dos resultados desta concepção é um abismo entre a descrição do mundo feita de um ponto de vista subjetivo e a descrição de um ponto de vista objetivo. Procura-se imaginar o modo como um físico descreveria minha mesa de trabalho, cujo tampo tem superfície contínua, textura lisa e cor marrom. A descrição de minha mesa, do ponto de vista físico (o ponto de vista paradigmático para o conceito moderno de objetividade), estaria em franca contradição com o meu modo de descrevê-la: seria provavelmente um conjunto descontínuo de partículas incolores e invisíveis que emitem ondas e radiação eletromagnética. Para o físico, não há lugar no mundo para a cor marrom ou a textura lisa, "a natureza é algo insípido, sem cheiro ou cor; apenas agitação da matéria, interminável, sem sentido".⁶ A pergunta que surge quando comparamos descrições comuns e descrições físicas é: como é possível que eu (e qualquer um de nós) esteja tão equivocado sobre o mundo real?; ou como é possível que a aparência seja tão diferente da realidade? Para responder a estas perguntas é necessário compreender alguns aspectos do quadro de relações entre objetividade e subjetividade instituído pela Filosofia moderna.

Deste complexo quadro é necessário destacar apenas os dois aspectos centrais, nomeadamente: a) maneira moderna de traçar os limites entre o que é subjetivo e o que é objetivo; b) a idéia de

sobrenaturais; a palavra *psique* (talvez a mais apropriada) é fortemente ligada a uma determinada idéia da *geografia* da mente (consciência, inconsciência) típica da teoria psicanalítica.

⁽⁵⁾ Para a relação entre o problema do livre arbítrio e o problema dos pontos de vista objetivo e subjetivo, ver Thomas Nagel, *Subjective and objective*, p. 197 e ss.

⁽⁶⁾ A. N. Whitehead, *Science and the modern world*, New York: Mentor Books, 1948, p. 56 apud P. M. S. Hacker, *Appearance and reality*, Cambridge, Massachusetts: Basil Blackwell, 1991, p. 2.

que as descrições cujo paradigma é a Ciência Física representam o mundo como realmente é (e de que, portanto, são as mais adequadas para expressar conhecimento científico).⁷

Os pais da Ciência moderna (Galileu, Descartes etc.) percorrem caminhos diferentes para separar o objetivo do subjetivo, mas a estrutura e as conclusões dos seus argumentos são, em grande medida, similares. A estratégia para separar o objetivo do objetivo passa por postular a existência de um "lugar" onde ocorrem eventos subjetivos (o mundo interior) e um "lugar" onde ocorrem eventos objetivos (o mundo exterior).

Mesmo que alguns autores não concordem com a afirmação de que a distinção entre o mundo interior e o mundo exterior é distintiva da modernidade (cf. nota 11), atribuindo ao estoicismo e ao ceticismo greco-romanos a elaboração de uma forma incipiente de separação entre mundo exterior e mundo interior, é importante perceber que o mundo interior de Descartes, Galileu ou Hume é muito diferente do mundo interior que os cééticos e estoicos poderiam, porventura, ter concebido. Em parte, isto é devido à concepção moderna de mente.

⁷ Nossos guias na tentativa de compreender os dois aspectos mais salientes do quadro serão alguns dos primeiros cientistas e filósofos modernos (notadamente Descartes) e um defensor contemporâneo da concepção absoluta, Bernard Williams. Estes autores justificam e desenvolvem estas teses, mas é necessário ter em mente que são apenas exemplos paradigmáticos de teóricos que postulam uma concepção objetiva do mundo. Em Descartes encontramos não só um exemplo, mas também um dos instituidores deste paradigma (sobre o papel paradigmático da obra de Descartes, ver Oswaldo Porchat Pereira, *Ceticismo e mundo exterior*, *Vida comum e ceticismo*, 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 157; ver também Anthony Kenny, *Cartesian privacy*, *Wittgenstein: The philosophical investigations*, edited by George Pitcher (Pitcher et al.), Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1968 (1966), p. 353).

Na modernidade, a subjetividade (a mente) é pela primeira vez considerada um *lugar*. A peculiaridade da concepção moderna da mente está no fato de que a "mente" não é apenas a capacidade de compreender o mundo, mas é o *local* onde ocorrem fatos como as emoções, a vontade, o prazer, as imagens mentais e as sensações.⁸ Em seu sentido clássico, os termos *dianóia*,⁹ no grego, e *cogitatio*,¹⁰ no latim, expressam uma habilidade para compreender as coisas (o entendimento), jamais uma concepção topológica da subjetividade. Em virtude da concepção moderna da mente, foi possível elaborar uma distinção entre o mundo interior (o local onde ocorrem os fatos subjetivos) e o mundo exterior (o local onde ocorrem os fatos objetivos, que existem fora do sujeito). Esta distinção entre mundo interior e mundo exterior tornou possível confinar a subjetividade no mundo interior e alijá-la da descrição do mundo "como ele realmente é".¹¹ A questão

⁸ Cf. Anthony Kenny, *Cartesian privacy*, p. 352-353.

⁹ Um exemplo da utilização antiga deste termo é a concepção estoica da *dianóia* como a parte da alma que serve de instrumento para a apreensão de objetos exteriores (cf. Oswaldo Porchat Pereira, *Ceticismo e mundo exterior*, p. 152-153).

¹⁰ Uma breve (e bem fundamentada) comparação entre a utilização escolástica e a utilização cartesiana do termo *cogitatio* pode ser encontrada em Anthony Kenny, *Cartesian privacy*, p. 352 e ss.

¹¹ A separação do mundo interior e do mundo exterior é apontada no texto como uma característica da modernidade, todavia houve quem afirmasse que na antiguidade esta separação já existia. Oswaldo Porchat Pereira afirmou, em um artigo publicado em 1986, que é possível perceber traços de um "mentalismo" (e de uma separação entre mundo interior e exterior) na teoria do conhecimento estoica e o pensamento céético (cf. *Ceticismo e mundo exterior*, *Vida comum e ceticismo*, 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 138 e ss). Mais tarde o autor abandonou esta tese e reconheceu que uma concepção "mentalista" da subjetividade depende de uma série de recursos conceituais e lingüísticos que só estarão disponíveis após Descartes (cf. Sobre o que aparece, *Vida*

agora passa a ser: que espécie de fatos e coisas existem no mundo interior e que espécie de fatos e coisas existem no mundo exterior; em outras palavras: quais as fronteiras entre o mundo interior e o mundo exterior?

O critério para decidir quais fatos ocorrem no mundo exterior e quais fatos ocorrem no mundo interior varia de autor para autor. O ponto importante aqui é notar que, como foi dito, independentemente do critério utilizado, os resultados a que chegam os primeiros autores modernos são muito similares, ou seja, as fronteiras entre o subjetivo e o objetivo, entre o mundo interior e o mundo exterior, são traçadas em lugares muito próximos. Mais ainda: estas fronteiras são traçadas onde ninguém antes havia pensado colocá-las. O mundo interior passará a compreender, como foi mencionado acima, fatos como as nossas emoções, vontades, prazeres, imagens mentais e sensações.¹² Para compreender como foi feita esta separação devemos entender a distinção entre qualidades primárias e secundárias.

Para o filósofo moderno, das qualidades que normalmente atribuímos às coisas do mundo, algumas são genuínas qualidades das coisas e outras não fazem parte da coisa descrita, mas do sujeito percipiente. As qualidades genuínas das coisas ocorrem no mundo exterior (o mundo da objetividade) e são chamadas de “qualidades primárias”, enquanto as demais ocorrem no mundo interior (na mente do sujeito), e são chamadas de “qualidades secundárias”; esta separação é conhecida como “tese da subjetividade das qualidades

comum e ceticismo, 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 186). De qualquer forma, o próprio Porchat admite o papel paradigmático da investigação de Descartes para a teoria do conhecimento moderna (idem, p. 157). No mesmo sentido da opinião de Porchat em Sobre o que aparece, ver R. Rorty (Philosophy and the mirror of nature. Apud Oswaldo Porchat Pereira, Ceticismo e mundo exterior, loc. cit.).

(12) Cf. Anthony Kenny, Cartesian privacy, p. 352-353.

secundárias”.¹³ A investigação sobre quais são as qualidades primárias das coisas resultará em uma lista de características que podem ser utilizadas em uma descrição objetiva do mundo. Se utilizamos outras qualidades para descrever as coisas, deixamos de descrevê-las e passamos a descrever coisas que não ocorrem no mundo objetivamente considerado, mas que constituem um conjunto de fatos internos (meramente subjetivos). Mas quais são os critérios para distinguir as qualidades primárias e quais são as qualidades secundárias? A resposta é diferente em Galileu, Descartes ou Bernard Williams (para citar apenas três autores que defendem uma forma de “concepção absoluta da objetividade”) mas, mesmo usando diferentes métodos para separar o mundo interior do mundo exterior (o mundo como realmente é), chegam a resultados semelhantes. Vejamos:

Galileu admitia como qualidades primárias apenas aquelas sem as quais seria impossível pensar uma substância material. Por este motivo, tamanho e posição no espaço eram características primárias (tente-se imaginar um corpo sem tamanho ou posição), mas a cor e o cheiro de algo são apenas qualidades secundárias (é fácil imaginar objetos sem cor ou sem cheiro).¹⁴ Descartes oferece um

(13) Esta terminologia (qualidades primárias e secundárias) não é cartesiana (cf. P. M. S. Hacker, *Appearance and reality*, p. 10). Todavia, foi utilizada por muitos autores que escreveram no século XVII (v.g., Boyle) e pelo empirismo inglês (que consagrou os mencionados termos), notadamente Locke e Hume. Os autores contemporâneos que discutem o problema também estão inclinados a falar de qualidades primárias e qualidades secundárias (v.g., P. M. S. Hacker, idem, passim; John McDowell, *Non-cognitivism and rule-following*, *Wittgenstein: to follow a rule*, ed. por Steven H Holtzman e Christopher M. Leich. London: Routledge, 1981, p. 142 e ss; Hilary Putnam, *Renewing philosophy*, p. 82 e ss; entre outros).

(14) Galileu, *Philosophy of science*, ed. A. C. Danto e S. Morgenbesser. Cleveland, New York: Meridian Books, 1960, p. 28. Apud P. M. S. Hacker, *Appearance and reality*, p. 3.

triplo critério: seriam objetivas as qualidades que são detectadas por mais de um sentido; as qualidades primárias podem ser imaginadas distintas e claramente, o que não pode ocorrer com as qualidades secundárias (pense-se por exemplo se é possível distinguir claramente entre frio ou calor, ou se não seria o frio apenas a ausência de calor ou o calor a ausência do frio); por fim as qualidades mensuráveis são superiores às não-mensuráveis e, portanto, podem ser consideradas qualidades primárias.¹⁵⁻¹⁶

É importante notar que, independentemente do critério utilizado, o resultado a que chegam os primeiros autores modernos é muito similar, ou seja, as fronteiras entre o subjetivo e o objetivo, entre o mundo interior e o mundo exterior, são colocadas em lugares muito próximos. Os atributos sensíveis (cor, odor, textura etc.) são, por exemplo, qualidades secundárias.¹⁷ Da mesma forma, sensações como a dor e a náusea são eventos mentais. Esta coincidência não é gratuita. A distinção entre o interior e o exterior é parte da

(15) Aproveitamos a compilação de critérios utilizados por Descartes elaborada por Hacker (cf. *Appearance and reality*, p. 11 e ss).

(16) Na verdade a mensurabilidade parece ser o critério mais importante. No modelo de Ciência elaborado por Descartes, todas as verdadeiras qualidades deveriam ser traduzidas em termos de quantidade. O apelo da mensurabilidade em Descartes é tão forte que, para admitir a "posição" como uma qualidade primária, foi necessário criar um modo de medir a posição (os planos cartesianos). A idéia cartesiana de que a análise em termos quantitativos é superior a qualquer outra análise não é uma novidade filosófica. Na antiguidade podemos encontrar algumas afirmações neste sentido mesmo fora do círculo de Pitágoras. Uma das afirmações mais explícitas está na *República* de Platão, no trecho de 602d-603a (utilizei a 7.ª edição portuguesa da editora Calouste Gulbenkian (trad. Maria Helena da Rocha Pereira), Lisboa, 1993. A novidade em Descartes é a tentativa de levar esse privilégio do mensurável às últimas consequências, ou seja, negar que uma descrição não mensurável seja uma descrição do mundo.

(17) Cf. Anthony Kenny, *Cartesian privacy*, p. 352-353.

estrutura do próprio pensamento moderno. Descartes e Galileu trataram apenas de oferecer uma justificação para esta noção.

Pode-se apenas especular sobre os motivos que levaram Descartes (e a maior parte da epistemologia moderna¹⁸) a reconstruir o conceito de mente. O valor fundamental para a Ciência moderna é a certeza, e a primeira providência para afastar o perigo das incertezas é exilar as aparências (leia-se "as percepções e sensações" ou "as qualidades secundárias" ou "a subjetividade") em um mundo do qual a Ciência não deve ocupar-se (o mundo interior de cada um). O exílio da aparência "objetiva" o mundo, transformando-o em algo absolutamente mensurável e, portanto, cognoscível. Convém recordar a descrição que o físico faria de minha mesa ou a descrição que os lilliputianos fizeram do relógio de Gulliver.

Foi mencionada, no parágrafo acima, a crença moderna de que a Ciência não tem acesso ao mundo interior de cada um. Esta menção introduz a segunda linha mestra do quadro moderno das relações entre descrições objetivas e subjetivas e é necessário, portanto, esclarecer como esta segunda tese se relaciona com a primeira e como foi fundamentada.

Estabelecidos os limites entre o subjetivo e o objetivo, é possível imaginar ao menos três tipos de descrição (que correspondem a três tipos de proposição): proposições que descrevem o mundo exterior, proposições que descrevem o meu mundo interior e proposições que descrevem o mundo interior dos outros. Até aqui não temos motivos para pensar que as descrições de fatos do mundo interior não podem ser científicas. A justificação da idéia de que o conhecimento científico visa a descrever o mundo de modo "absolutamente objetivo" (e não pode, portanto, utilizar vocabulário e proposições meramente subjetivas) envolve demonstrar que exis-

(18) Sobre a contaminação da Filosofia moderna por Descartes, ver Oswaldo Porchat Pereira, *Ceticismo e mundo exterior. Vida comum e ceticismo*, 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 157 e ss.

te uma diferença no estatuto epistemológico destas descrições. Quem chama essa tarefa a si é Descartes e, por essa razão, convém analisar, ainda que brevemente, seu argumento.

As afirmações sobre o mundo interior têm um estatuto peculiar, porque os fatos do mundo interior de cada indivíduo têm uma peculiaridade em relação aos fatos do mundo exterior. Os fatos do mundo interior são fundamentalmente eventos mentais (v.g., pensamentos, desejos e sensações). Os eventos mentais têm algo em comum, a saber: aquele em cuja mente ocorrem estes eventos está necessariamente consciente deles.¹⁹ Descartes afirma: "Não há nada que proporcione conhecimento de qualquer objeto que não nos conduza ainda mais certamente a conhecer nosso pensamento".²⁰ Quando vemos algo, podemos estar enganados quanto a este algo, mas não pode haver dúvida de que estamos tendo a sensação de ver. Quando pensamos em algo, nosso pensamento pode estar equivocado, mas não podemos duvidar do fato de que pensamos algo.

A peculiaridade dos fatos do mundo interior é, assim, a impossibilidade de engano quanto a eles. Não é possível que eu esteja enganado sobre o que estou vendo ou pensando (embora eu possa estar enganado *naquilo* em que estou vendo ou pensando). Por consequência, não faz sentido predicar falsidade de descrições sinceras que eu faço dos fatos de meu mundo interior, pois não posso estar enganado a seu respeito.²¹ Não há qualquer razão para proceder a

(19) Anthony Kenny, *Cartesian privacy*, p. 355 e ss.

(20) Cf. *Oeuvres de Descartes*, ed. Ch. Adam et P. Tannery, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1973, vol. 8, p. 8.

(21) A força do "Cogito" cartesiano reside na tese de que os eventos interiores são dados imediatos da consciência. É impossível estar errado sobre estes eventos. Descartes utiliza um evento "interior" (pensar) para estabelecer uma prova de que algo existe, mas poderia ter utilizado qualquer outro evento interior. Descartes poderia ter dito: "tenho dor, logo existo" ou "vejo, logo existo" e teria produzido igualmente uma prova da existência de algo.

uma investigação científica de meu mundo interior (já que eu necessariamente sei de tudo o que ocorre lá (ou aqui)). É neste sentido que deve ser compreendida a conhecida afirmação de Descartes segundo a qual a mente é melhor conhecida do que o corpo.²²

As proposições que se referem ao mundo interior dos outros, por sua vez, também são afastadas por Descartes do âmbito do conhecimento científico. A razão fundamental para isso é a impossibilidade de estabelecer uma boa prova sobre os fatos do mundo interior de outra pessoa. Tome-se a dor como um exemplo de fato do mundo interior. O que pode nos levar a pensar que outra pessoa sente dor? Provavelmente seu comportamento ou a declaração de alguém sobre sua própria dor. Em ambas as situações, todavia, o outro pode estar-nos enganando, fingindo dor ou mentindo sobre os fatos do seu mundo interior.²³ Este tipo de justificação para as minhas asserções sobre a dor dos outros é vulnerável ao menos à mentira e ao fingimento e, portanto, não pode proporcionar a certeza visada pela Ciência. Sem que existam critérios seguros para decidir sobre a dor de outra pessoa, não haveria como verificar a

(22) Este é o assunto da Meditação segunda - De natura mentis humanae: *quòd ipfa fit notior quàm corpus* ou Da natureza da mente humana; e como ele é mais fácil de conhecer do que o corpo (Oeuvres de Descartes, cit., p. 23; ed. brasileira da Coleção Os Pensadores, *Discurso do método; meditações; objeções e respostas; paixões da alma; cartas* 3. ed.) (trad. J. Guimburg e Bento Prado Jr. São Paulo: Abril, 1985).

(23) Descartes na verdade utiliza um argumento muito mais radical. Afirma em uma carta ao Marquês de Newcastle que: "Nenhuma de nossas ações exteriores assegura àqueles que nos examinam que nosso corpo não é apenas uma máquina semovente, mas que também contém uma alma que tem pensamentos..."; a seguir arrola uma exceção. Este tipo de objeção é mais radical no sentido de que não duvida apenas de um fato do mundo interior dos outros, mas duvida da própria existência de um mundo interior nos outros (e consequentemente duvida de que existem outros) (Ouvres de Descartes, vol. IV, p. 514).

sua veracidade da proposição que a expressa (não é possível conhecer o valor de verdade desta). Não seria nem mesmo uma verdade provável, já que a maior parte das pessoas poderia fingir dor na maior parte do tempo, sem que soubéssemos.

O mundo exterior passa a ser assim a totalidade do mundo que pode ser problematizado e essa é a tese fundamental do que foi chamado acima “concepção absoluta do mundo”. Tudo o que é subjetivo faz parte do mundo interior (pensamentos, sentimentos, vontade etc.) e, pelas razões que acabei de reproduzir, não faz sentido problematizar o mundo interior, quer o meu, quer o dos outros. As únicas proposições que merecem atenção do cientista são aquelas que figuram o mundo exterior e, com isto, a subjetividade é afastada das considerações científicas. A distinção entre mundo exterior e interior é radical e precisa e, postas as coisas assim, não resta ao cientista mais do que tentar descrever o mundo considerado de um ponto de vista que pretende ser absolutamente objetivo. Na verdade este é o único ponto de vista válido para a Ciência.

Os limites gerais do conhecimento científico foram traçados no início da modernidade e apenas as descrições do mundo físico estão purificadas para os propósitos desse conhecimento científico. O mundo exterior é definido por uma série de características objetivas (qualidades primárias): espaço, posição, movimento etc. O que resta são fatos brutos, em que não há qualquer traço de subjetividade, e estes fatos brutos serão considerados os únicos componentes da “realidade”. Para estudar esta nova realidade depurada, em que só existem coisas como espaço e movimento, a modernidade criou a nova Ciência matemático-experimental da natureza, ou seja, a Física moderna.

A forma clássica de justificar a concepção absoluta de mundo (de Descartes, Galileu e, em certa medida, Locke e Robert Boyle) é muito semelhante à forma como alguns filósofos sustentam hoje que uma “concepção absoluta do mundo” é necessária. Os autores que se preocupam atualmente em justificar uma “concepção ab-

soluta do mundo” procuram salvar a idéia central (descrever o mundo de modo absolutamente objetivo), abrindo mão de algumas teses problemáticas que estiveram durante muito tempo conectadas à idéia de uma “concepção absoluta do mundo”. Um dos elementos da justificação clássica de uma “concepção absoluta do mundo” é, por exemplo, uma teoria representacional da percepção, ou seja, uma teoria da percepção segundo a qual nossas percepções são apenas sinais de algumas qualidades primárias. Desta forma, a cor é apenas um “sinal” da luz ou da disposição de alguns objetos de refletir luz em tal ou qual frequência. Filósofos como Bernard Williams e Michael Dummet negam explicitamente que seja necessária uma teoria representacional da percepção para distinguir qualidades primárias e secundárias e para, conseqüentemente, distinguir o mundo subjetivamente considerado e o mundo objetivamente considerado.²⁴

As semelhanças e algumas dessemelhanças entre as formas clássica e contemporânea de justificar uma “concepção absoluta do mundo” serão analisadas no Capítulo IV deste trabalho. Basta por hora perceber que o padrão da modernidade para julgar o que pode ser conhecido é a exclusão da subjetividade e que a Ciência objetiva por antonomásia é a física.

Diante desta concepção de conhecimento, o jurista se depara com um problema fundamental durante toda a modernidade, a saber: se a Física é a Ciência absoluta, o que fazer com o pensamento jurídico dos séculos anteriores?

1.2 Linhas gerais do programa moderno para a ciência do direito

O problema inicial do jurista moderno será: que tipo de conhecimento é o conhecimento do direito? Dentro do paradigma epis-

(24) WILLIAMS, B. *Descartes: The project of pure enquiry*, p. 241.

temológico moderno só existem duas respostas possíveis a esse problema, que podemos chamar, *grosso modo*, de resposta racionalista²⁵ e resposta empirista. Cada uma dessas respostas corresponde a uma determinada tese sobre o que é direito. O Direito pode ser um conjunto de regras de conduta deduzidas pela razão humana a partir de um princípio (ou um fato) em si evidente ou pode ser simplesmente um conjunto de fatos empíricos.

Boa parte do jusnaturalismo moderno é resultado de uma estratégia racionalista para o conhecimento jurídico. O ponto de partida do jusnaturalismo moderno é normalmente a natureza humana e a natureza humana é um dado em si evidente, que não necessita prova empírica. Esse é um dos motivos pelos quais autores como Grócio não procuraram demonstrar experimentalmente o dado inicial de seus sistemas de Direito natural.²⁶ Grócio postula a sociabilidade como característica mais fundamental do ser humano, mas não existe uma preocupação de estabelecer qualquer prova experimental de que o homem é um ser social. Rousseau parte do princípio de que a natureza humana é boa, mas não constata a exis-

⁽²⁵⁾ O termo "racionalista" é utilizado para expressar coisas diferentes. Bobbio utiliza o termo "razão" (e outros conexos) em contraste com "autoridade" (me refiro ao seu livro *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino: G. Giappichelli, s/d.). Bobbio afirma que a substituição do princípio da autoridade pelo racionalismo é a característica determinante da passagem da idade média para a modernidade. Não é nesse sentido que deve ser entendido o termo "racionalismo" conforme empregado no texto. O racionalismo do texto não contrasta com o "princípio da autoridade", mas com empirismo.

⁽²⁶⁾ No caso de Grócio, existe ao menos um motivo adicional para que não houvesse uma preocupação com qualquer demonstração experimental: a obra de Grócio não pretende ser um sistema completo de conhecimento e pode, portanto, se dar ao luxo de partir do trabalho de outros teóricos. A definição do homem como um ser social, por exemplo, é obviamente inspirada em Aristóteles (cf. Norberto Bobbio, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino: G. Giappichelli, s/d, p. 14-15).

tência do bom selvagem a partir de experiências com povos selvagens. A tese da "bondade natural" do homem não é uma tese sobre como o mundo é, mas sobre como o homem é "essencialmente". O jusnaturalismo racionalista parte sempre de um dado da natureza humana e, portanto, de algo que faz parte do interior dos indivíduos. Como tudo o que é interior ao homem, a natureza humana também é algo imediatamente evidente e desnecessita de prova. Para um jusnaturalista racionalista, um enunciado sobre o Direito descreve algo sobre o que temos imediata consciência e talvez por isso a ferocidade contra quem discorda de sua opinião sobre a natureza humana. O fato de que alguém objeta ao jusnaturalista que sua descrição da natureza humana não corresponde à realidade é uma prova de que os princípios primeiros que deveriam ser evidentes não o são. Sempre que alguma objeção é tecida à forma como um jusnaturalista dá conta da natureza humana, só restam duas opções a esse autor: a) concordar que a sua caracterização da natureza humana é discutível e, portanto, não é por si evidente; b) duvidar da boa-fé de quem coloca em dúvida a sua forma de caracterizar a natureza humana. Nesse sentido, o fato de que houve alguma dúvida quanto ao princípio primeiro de um jusnaturalista é mais pernicioso do que pode ser a consistência da objeção levantada. Ao jusnaturalista racionalista que deseja sustentar sua crença de que o Direito é um conjunto de regras dedutíveis pela razão a partir da natureza humana só resta duvidar da boa-fé ou da sanidade daquele que não concorda com sua caracterização da natureza humana.

É necessário fazer uma advertência: do fato de que muitos filósofos jusnaturalistas optaram por essa concepção de Direito e, conseqüentemente, por uma epistemologia racionalista para a Ciência jurídica, não decorre que todos os filósofos que defenderam alguma forma de jusnaturalismo tenham necessariamente uma abordagem racionalista. Existem razões para crer que ao menos alguns filósofos modernos que utilizam categorias como "Direito (*right*) natural" e "lei natural" trataram a Ciência jurídica como uma

Ciência empírica, notadamente Hobbes.²⁷ Não é necessário detalhar esse ponto, já que a forma de dar conta dos enunciados jurídicos que se pretende explicar nessa dissertação não é a forma racionalista. As explicações empiristas para o conteúdo cognitivo dos enunciados internos nos interessam mais diretamente no âmbito do presente trabalho.

A explicação empirista do Direito está ligada à concepção de "Direito" como um evento do mundo exterior. O tipo de enunciado que expressa o conhecimento do mundo exterior tem, como vimos, algumas características que diferem dos enunciados que expressam eventos "interiores", notadamente a possibilidade de que cometamos erros (é possível que o enunciado sobre um evento do mundo exterior seja falso). Para garantir a veracidade desses enunciados devemos interpretá-los em termos de algumas características primárias (como "extensão" e "massa") e comprovar os eventos enunciados através do método experimental.

Mas o conhecimento do Direito não é facilmente adaptável a este tipo de exigência. É comum que nos reframos no discurso jurídico a entidades que temos dificuldade de descrever em termos de características meramente físicas (espaço, posição, movimento etc.). Pense-se em termos como *contractus*, *delictus* ou *nulum*. A idéia de

(27) Hobbes é o melhor exemplo de uma tentativa de explicar a realidade social por meio destas categorias e, conseqüentemente, de igualar o trabalho do cientista social ao do cientista da natureza (cf. a Introdução do *Leviathan*, p. 1). Para tanto estabeleceu um postulado inicial: definiu a vida como movimento. A seguir aplicou a lei da inércia: todo o movimento tende a conservar-se. Logo, a vida tende a manter a vida. Por isto o homem tem um impulso primal de autopreservação. O egoísmo Hobbesiano (que servirá de base para a suposição do estado de natureza e para o contrato social) é um resultado de Física aplicada à teoria social. Devo esta interpretação a Balthazar Barbosa Filho em seu *Condições para a autoridade e autorização em Hobbes, Filosofia política*, vol. 6, p. 63-77, outono 1991.

explicá-los em termos de fatos brutos parece absurda. Duas são, então, as alternativas do teórico do Direito que postula a "concepção absoluta da realidade" e que pretende dar uma explicação empirista do Direito: ou bem oferecer uma interpretação dos termos e enunciados jurídicos em termos cuja referência são fatos brutos, ou bem considerar que a maneira pela qual tradicionalmente damos conta dos fenômenos jurídicos é repleta de equívocos e deve ser abandonada. Em suma, o cientista do Direito moderno que tenta explicar o Direito em termos empíricos se encontra diante das seguintes possibilidades quanto aos termos e enunciados jurídicos: interpretá-los como fatos brutos ou extirpá-los da linguagem científica.

As tentativas de explicação do discurso jurídico em termos de fatos brutos marcam boa parte dos esforços da Filosofia e da Ciência do Direito nos últimos séculos.²⁸ O que caracteriza estas tentativas é o que Quine chamou de *princípio da caridade*, segundo o qual devemos presumir que asserções claramente falsas devem esconder alguma diferença de linguagem.²⁹ Este princípio é como

(28) O modo como os conceitos jurídicos são traduzidos em termos de fatos brutos lembra o modo como a "concepção absoluta do mundo" pretendia dar conta de valores morais, nomeadamente a separação entre fatos e valores em um julgamento moral. Segundo esta concepção em cada conceito moral é possível identificar uma verdadeira característica do mundo e uma determinada propensão a uma determinada atitude. Assim, se conseguimos identificar esta verdadeira característica do mundo podemos identificar todos os casos em que aplicamos o valor em questão, sem que tenhamos de perguntar sobre nossa disposição para determinada atitude (cf. John McDowell, *Non-cognitivism and rule-following*, cit., p. 143-144). Desta forma é procedida a eliminação do subjetivismo dos valores morais e de forma similar filósofos como Bentham e Jhering pretendem eliminar o subjetivismo de conceitos como dever jurídico e direito subjetivo.

(29) Cf. Willard van Orman Quine, *Word and object*, Cambridge, Massachusetts: The M. I. T. Press, 1960, p. 59.

um voto de confiança na sanidade ou na capacidade intelectual de quem fala. Só através desse princípio é possível compreender a tentativa de compatibilizar a exigência de descrever tudo em termos de fatos brutos com a forma tradicional de dar conta do jurídico. A missão do jurista empirista moderno é tentar esta conciliação através de interpretações dos termos e enunciados jurídicos em termos de fatos brutos, ou, ao menos, em termos de fatos que podem ser facilmente traduzidos para fatos brutos. Esta é uma missão com muitos percalços e frequentemente será impossível encontrar os fatos brutos (objetivos) que estariam subjacentes à nossa terminologia jurídica.

Um exemplo aqui pode ser esclarecedor. Lembre-se do modo como Bentham explica o que é um dever jurídico. "Dever jurídico" (*political duty*) é um evento externo ao sujeito. Quando alguém afirma que outro alguém tem um dever está falando de um evento externo real ou provável e que, portanto, não diz respeito aos seus sentimentos (necessariamente internos).³⁰ Este evento real ou provável ao qual nos referimos quando falamos em dever é uma punição.³¹ É interessante perceber que Bentham considera a punição como algo objetivo, mas, quando trata de defini-la, faz referência a uma noção que normalmente consideramos subjetiva, a saber: a dor. A punição é a dor associada a um ato, vinda de uma determinada fonte.³² Uma vez que a noção de dever está contaminada de subjetividade e que o conceito de dever jurídico tem um papel fundamental em sua teoria jurídica,³³ a explicação de Bentham do fenô-

⁽³⁰⁾ Cf. Jeremy Bentham, *A fragment on government*, ed. by J. H. Burns e H. L. A. Hart, 1. ed. (2.ª reimpressão), Cambridge: Cambridge University Press, 1988 (reimpressão de 1994), p. 110 (Capítulo V, nota c, que inicia na p. 109).

⁽³¹⁾ *Idem*, *ibidem*.

⁽³²⁾ *Idem*, p. 108 (Capítulo V, nota b).

⁽³³⁾ Muitos conceitos jurídicos fundamentais são definidos em função do dever jurídico. Direitos, por exemplo, são contrapartes dos deveres (*idem*).

meno jurídico resulta comprometida (ao menos se mantermos o conceito de dor como algo "interior").

O exemplo de Bentham é paradigmático das tentativas de explicação dos conceitos e categorias da antiga Ciência do Direito em novos parâmetros ligados à nova objetividade e isso pode ser evidenciado com a sua idéia de que o dever jurídico é algo exterior ao indivíduo (a punição). Mas é também um paradigma das dificuldades de efetuar esta interpretação, o que transparece na referência à "dor" (um evento interno) em sua definição de punição (um evento que o autor afirma ser "externo").

Mesmo que alguém tivesse logrado pleno êxito em uma destas tentativas de interpretação, cabe assinalar a estranheza que uma definição fiscalista do Direito causaria em um jurista prático. Afinal, que importa ao advogado, ao juiz ou ao cidadão comum (na medida em que tem noções sobre seus direitos e deveres) que os deveres sejam previsões sobre uma futura dor que será causada por alguém e que tem uma fonte determinada. Este tipo de definição "objetiva" será considerada por certo um tanto extravagante pelo jurista prático. Note-se que o tipo de problema que o filósofo do Direito enfrenta é tão incompressível para o jurista prático quanto o problema da existência do mundo exterior (uma espécie de paradigma da teoria do conhecimento a partir das meditações de Descartes) é estranho para ao homem comum. Da mesma forma, o modo como o teórico do Direito dá conta das descrições do fenômeno jurídico parece tão extravagante ao jurista prático quanto a descrição de um relógio pelos habitantes de Lilliput.³⁴

⁽³⁴⁾ Na verdade as tentativas de interpretação modernas não são ainda mais extravagantes pelo fato de que os tradutores não levaram a empreitada às últimas conseqüências. Um exemplo: Bentham não descreve detalhadamente o que é uma ameaça ou uma ordem em termos físicos, embora existam algumas indicações.

As tentativas de interpretação dos termos e enunciados jurídicos em termos e enunciados que representam fatos brutos têm algumas limitações. O principal destes problemas reside no fato de que as definições em termos de fatos brutos sempre deixam de explicar algum uso que fazemos dos termos e enunciados jurídicos. Assim, quando Windscheid fala do direito subjetivo como a vontade juridicamente protegida é possível objetar que mesmo quem não tem plena capacidade volitiva pode ser titular de um direito. Quando Bentham define dever como a possibilidade (ou efetividade) de uma punição é possível objetar que em algumas situações todos falamos em deveres, mesmo que não exista qualquer possibilidade de punição.³⁵ Podemos dizer que a extensão destas paráfrases é diferente da extensão do termo original ou, ao menos, que o conjunto das situações em que a paráfrase nos aponta a existência de um Direito ou de um dever jurídico é diferente do conjunto de situações nas quais normalmente utilizamos estes

³⁵ Hart objeta à tese de Bentham segundo a qual os deveres (e as obrigações) são a possibilidade de que ocorra uma sanção que podem existir obrigações mesmo onde não há qualquer possibilidade de sanção. "Na hipótese de uma desobediência, seria contraditório dizer que ele (a pessoa que desobedeceu) tinha a obrigação de prestar serviço militar e que, devido ao fato de que escapou da jurisdição ou de que subornou a polícia ou o Tribunal, não há a menor chance de que seja pego ou de que lhe seja infligido qualquer sofrimento. De fato, não há qualquer contradição em afirmar isso e tais enunciados são freqüentemente proferidos e entendidos" (Herbert L. A. Hart, *The concept of law*, 2. ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 84). Convém notar que, nesse argumento de Hart, a prova de que não há contradição entre os enunciados que afirmam deveres e obrigações e os enunciados que negam a possibilidade de uma punição é o fato de que tais enunciados são utilizados e entendidos. A premissa implícita no argumento de Hart é: inquéritos sobre o sentido das palavras ajudam a compreender melhor o mundo (os fenômenos). Esta premissa é explicitada no prefácio do *Concept of law*. Mas Hart não nos dá uma boa razão para justificar essa premissa. Voltaremos a isso mais tarde (Capítulo IV, 2.ª Seção, e Capítulo V).

termos. Em virtude desta dificuldade de encontrar fatos brutos aos quais o uso corrente dos termos jurídicos corresponda, alguns autores empiristas que postulam uma "concepção absoluta do mundo" propõem uma alternativa às tentativas de interpretação dos enunciados jurídicos em termos de fatos brutos: deixar de ser "caridoso" com o modo comum de falar sobre o Direito, ou seja, deixar de lado a suposição de que os termos e enunciados do jurista prático têm algum sentido.

Esta alternativa significa uma reforma ainda mais radical em nossa forma de dar conta do fenômeno jurídico, na qual todos os termos e enunciados tradicionalmente empregados para descrever estados de coisas jurídicas são considerados inaptos para esta tarefa. Esta é a base do programa do realismo escandinavo.

De um modo geral, o Realismo Escandinavo sustenta a tese da ilegitimidade do uso descritivo da linguagem jurídica,¹ ainda que as razões que suportam esta tese não sejam as mesmas em cada um dos autores.² Esta tese está ligada à idéia de que os termos especificamente "jurídicos" que compõem os enunciados jurídicos não têm referência na realidade. Sem que alguns de seus termos substituídos tenham referência na realidade, os enunciados jurídicos não podem descrever nada, e não lhes pode ser atribuído qualquer valor de verdade.

O realista não vê possibilidade de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos e, portanto, resta apenas eliminá-los. Uma de suas principais tarefas é denunciar a impossibilidade de levar a cabo o projeto de interpretação dos enunciados jurídicos e condenar o princípio da caridade dos juristas positivistas

(1) Isto não significa que os realistas não vejam qualquer sentido nestes enunciados. Reconhecem, no mais das vezes, que faz sentido utilizá-los para influenciar o comportamento de alguém. Veja, v.g., a definição de imperativo (gênero que compreende as normas jurídicas) fornecida por Olivecrona: aquela forma de expressão que procura fazer as pessoas se sentirem obrigadas (OLIVECRONA, Karl. *Law as fact*. 2. ed. London: Stevens & Sons, 1971. p. 119).

(2) Alguns comentaristas negam que possamos falar do Realismo Escandinavo como uma escola, dadas as grandes diferenças entre as teorias de cada um dos autores (BULYGIN, E. Alf ross y el Realismo Escandinavo. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social-Asociación Argentina de Derecho Comparado-Sección Teoría General*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1981, vol. 1, p. 75). Parece-me que esta escola pode ser identificada por algo mais do que a referência geográfica. Creio que existe um núcleo de teses comuns aos realistas, nomeadamente a tese da inexistência de referência para termos tipicamente jurídicos. Além desta tese fundamental alguns outros pontos são normalmente compartilhados, v.g., a tese segundo a qual enunciados que incorporam os termos jurídicos não têm valor descritivo, ou seja, não têm valor de verdade. Estas teses se apresentam de modo peculiar nos vários autores, especialmente, como veremos a seguir, em Ross.

2

A DESILUSÃO COM O PROJETO MODERNO PARA A CIÊNCIA DO DIREITO: O REALISMO ESCANDINAVO

SUMÁRIO: 2.1 Apresentação do argumento realista sobre os enunciados jurídicos: Hägerström - 2.2 Olivecrona denuncia a tentativa moderna de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos - 2.3 Ross e uma nova estipulação de sentido para os enunciados jurídicos - 2.4 O conceito de realidade no realismo escandinavo.

2.1 Apresentação do argumento realista sobre os enunciados jurídicos: Hägerström

As principais teses compartilhadas pelos realistas escandinavos (Hägerström, Olivecrona, Lundsted, Ross, entre outros) dizem respeito à possibilidade e aos limites do conhecimento sobre o Direito. Daí a sua preocupação com o estatuto epistemológico dos enunciados jurídicos. Neste capítulo pretende-se analisar as teses dos três principais representantes do Realismo Escandinavo sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos: Hägerström, responsável pela elaboração do programa realista; Olivecrona, o mais elaborado e conseqüente realista; e, por fim, Ross, o mais direto debatedor realista de Hart.

para com estes enunciados. O princípio da caridade levou a pos-tular que termos tipicamente jurídicos como "direito subjetivo" ou "dever jurídico" tenham alguma referência no mundo. Para o realista escandinavo este postulado é injustificado e, mais do que isso, falso. Continuar utilizando estes termos como se eles tivessem uma referência "real" é admitir a existência de entidades metafísicas (aquelas que não se encontram no mundo objetiva-mente considerado). O combate à tentação de admitir a existên-cia de entidades metafísicas (constante na Ciência do Direito) é uma das bandeiras do Realismo Escandinavo, como está ex-presso no modo escolhido por Hägerström: *Preterea censeo metaphysicam esse delendam*.³

Considere-se o argumento introdutório dos *Inquiries...* de Hägerström. O ponto de partida é oferecido desde logo como um dado que subjaz toda a exposição: a estrutura do pensamento moderno não comporta conceitos que não estejam referidos a fatos "reais".⁴ Um conceito que não tem referência a fatos "reais" é uma hipótese, ou seja, uma simples concatenação de sons sem um pensamento (uma representação) por trás. O passo seguinte é demonstrar a impossibilidade de encontrar referências em fatos "reais" para os termos jurídicos fundamentais, notadamente "di-reito subjetivo" e "dever jurídico". Para isso, Hägerström elege algumas das tentativas de interpretação destes termos em fatos reais e faz objeções lembrando alguns casos nos quais todos con-cordaríamos que existe um "direito subjetivo" ou um "dever jurí-dico", mesmo que os fatos "reais" apontados não estejam presen-tes. Tendo apontado o fracasso de algumas tentativas de interpre-

(3) Cf. H. L. A. Hart, Review of the "inquires into the nature of law and morals" by Axel Hägerström, *Philosophy*, 1955, 30, p. 369.

(4) A. Hägerström, *Inquiries into the nature of law and morals*, p. 5 e ss, apud H. L. A. Hart, Review of the "inquires into the nature of law and morals" by Axel Hägerström, p. 370.

tação dos termos jurídicos, Hägerström conclui por indução que este tipo de interpretação é impossível. Este é, entretanto, um ponto fraco do argumento de Hägerström, em primeiro lugar, porque as tentativas de interpretação examinadas não são as mais conhecidas ou consistentes⁵ e, em segundo lugar, porque o racio-cínio indutivo não é o mais apropriado para uma investigação de natureza conceitual.⁶ Curiosamente a objeção de princípio a qual-quer tentativa de interpretação dos termos e enunciados jurídicos em termos "reais" foi a maior contribuição do realismo escandi-navo à teoria jurídica, ou, ao menos, à epistemologia da Ciência do Direito.

A conclusão do argumento é a impossibilidade de que os ter-mos "direito subjetivo" ou "dever jurídico" tenham referência na realidade. Hägerström estende a conclusão sobre o direito subjeti-vo (e sobre o dever jurídico) aos demais conceitos jurídicos e anun-cia que todos os enunciados que pretendem descrever um estado de coisas por meio de termos jurídicos não têm sentido. Hägerström chama com frequência estes termos e enunciados de "mágicos", "místicos" ou "sobrenaturais". Para o autor, o enunciado "você me deve cinco reais" tem tanto valor descritivo quanto o enunciado "existem muitos duendes nos bosques de Avalon".

Poderíamos objetar a Hägerström que sua conclusão contra-diz frontalmente o senso comum e que todos sabemos de nos-sos direitos e deveres. A estranheza (e a graça) das descrições que os lilliputianos fizeram do relógio de Gulliver é similar à

(5) Um exemplo: Hägerström escolhe refutar as tentativas de explicar o direito subjetivo como garantia de proteção pelo Estado e o Direito como vantagem auferida em função de uma ordem do Estado que obriga (em sentido físico) todos os cidadãos a respeitá-la. As tentativas pandectistas de explicar o direito subjetivo não são mencionadas (nem mesmo as teorias de Jhering e Windscheid).

(6) Isto não significa que em investigações conceituais seja impossível analisar casos concretos como ponto de partida.

estranheza de descobrir que tudo o que normalmente afirmamos sobre nossos direitos, ou deveres, ou contratos, ou poderes, não tem qualquer referência real. Esta estranheza está relacionada com o fato de que tanto o texto de Swift quanto a opinião realista segundo a qual contratos ou direitos são entidades místicas manifestam uma ignorância ou uma recusa de usar as regras que nos permitem compreender um relógio ou um fenômeno jurídico particular. Esta não-aceitação é uma forma de afrontar os valores que sustentam estas regras e que nós (homens ocidentais no século XX) compartilhamos.

Esta objeção, todavia, não poderá dissuadir o realista. O realismo está engajado em um projeto de Ciência que não pode compactuar com ilusões, mesmo que sejam ilusões generalizadas. Afirmar algo contra o senso comum pode ser necessário para dar conta corretamente dos fatos. Convém sobre este ponto lembrar que a concepção absoluta de mundo, que leva os realistas a não enxergar fatos reais como referência a termos como "direito subjetivo", levou Descartes e Galileu a defender que, ao contrário da opinião comum, é a Terra que gira ao redor do Sol, e não o Sol que gira ao redor da Terra.

De resto, o realismo não é insensível ao senso comum. Ao mesmo tempo que a "concepção absoluta do mundo" absolve o realista de tomar em conta o ponto de vista subjetivo quando descreve o mundo, lega o dever teórico de explicar as ilusões da subjetividade. Lembremos que uma descrição absoluta do mundo deve explicar a sua própria possibilidade e a possibilidade de todas as opiniões meramente subjetivas. A Ciência deve poder explicar como foi possível que durante tanto tempo tenhamos vivido na ilusão de que os termos jurídicos tivessem alguma referência. O Realismo Escandinavo chama a si esta tarefa, e parte do seu programa é oferecer uma explicação de como se forma a ilusão da existência de direitos, deveres, normas etc.

No argumento descrito acima, Hägerström expõe as linhas gerais do argumento realista sobre os enunciados jurídicos. Deixando de lado, por hora, alguns problemas importantes em relação à justificação e ao esclarecimento das premissas (v.g., o argumento paralelo que justifica a segunda premissa ou o significado do termo "realidade" na primeira premissa), temos:

'P₁': conceitos que não têm referência na realidade são hipóstases;

P₂ : não existem fatos reais aos quais estejam referidos os termos jurídicos (direito, dever; propriedade etc.);

C₁ (de P₁ e P₂): os termos jurídicos são hipostáticos;

Adicionando mais uma premissa,⁷ chegamos à conclusão realista sobre os enunciados jurídicos.

P₃ : enunciados que predicam ou dão por suposta a existência de termos hipostáticos não têm sentido;

C₂ (de C₁ e P₃): os enunciados que atribuem referência aos conceitos jurídicos não têm sentido".

Hägerström elabora um esboço do argumento realista que justifica a tese da inaptidão dos enunciados jurídicos para descrever a realidade. De um lado, sua preocupação é demonstrar que não existem entidades "mágicas" como direitos ou deveres; de outro lado, explicar por que estamos tentados a pensar nestas entidades como existentes. Este argumento será assimilado e desenvolvido por outros autores, notadamente, Olivecrona e Ross.

⁷ Esta premissa não consta explicitamente no argumento de Hägerström, mas é possível inferi-la de suas conclusões. De qualquer forma alguns representantes posteriores do Realismo Escandinavo deixam claro que assumem P₃.

2.2 Olivecrona denuncia a tentação moderna de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos

Olivecrona assimila a estrutura geral do argumento já presente em Hägerström e acrescenta alguns elementos complementares. No contexto deste trabalho, duas das idéias de Olivecrona sobre os enunciados jurídicos são especialmente significativas, a saber: 1) a explicação da tentação moderna de interpretar os termos e enunciados jurídicos em termos ou enunciados que expressam fatos brutos; e 2) a tese da ausência de referência semântica dos termos e enunciados jurídicos.

A explicação de Olivecrona sobre o modo como podemos dar conta da tentação moderna de interpretação dos termos e enunciados jurídicos lança luz sobre o modo moderno de compreender o mundo. O seu ponto de partida é a constatação de que filósofos do Direito, juristas e cidadãos comuns estão habituados a falar sobre entidades como "direitos" e "deveres" e de que os enunciados que utilizam para fazê-lo parecem descrições perfeitamente corretas da realidade. Ainda assim, afirma Olivecrona, admitir a existência dessas entidades causa perplexidade, uma vez que não existe nada observável que corresponda a expressões como "ter uma obrigação", ou "ter um direito". Costumamos pensar que estes fenômenos ocorrem em uma outra esfera da realidade, que não podemos apreender por nossos sentidos e na qual existe toda uma cadeia de causalidade diferente da causalidade natural que ocorre no mundo espaço-temporal.⁸ Esta "duplicação" da realidade nos lega um pro-

(8) Uma das tentativas de imaginar uma esfera própria da realidade em que ocorrem os fenômenos jurídicos (direitos, deveres, obrigações etc.) foi elaborada por Pontes de Miranda. Em sua idéia de um mundo jurídico, e das relações de causalidade jurídica que ocorrem neste mundo, está um modelo do que Olivecrona não está disposto a aceitar. Sobre a concepção de Pontes do que é o mundo jurídico, veja o prefácio e os parágrafos iniciais (do § 1.º até o § 13.º) do *Tratado de direito privado* (2.

blema que parece ser a principal fonte da perplexidade, a saber: qual a diferença entre a causalidade do mundo espaço-temporal e a causalidade deste mundo "jurídico"?; ou: quais as relações entre o mundo objetivamente considerado e este segundo mundo que imaginamos existir?⁹

Para resolver esta perplexidade, surgem tentativas de demonstrar que direitos e deveres são apenas abreviações de fatos socialmente complexos¹⁰. Olivecrona oferece com isto uma explicação para as tentativas modernas de interpretação de termos e enunciados jurídicos em termos de fatos brutos. Estas tentativas, porém, estão condenadas ao fracasso, já que, como veremos, direitos, deveres e outros termos jurídicos não são apenas termos sem um referente real (como um centauro), mas sem qualquer referência semântica.¹¹

Existe algo importante que podemos aprender através desta explicação. Para Olivecrona uma concepção mais complexa do mundo (com diferentes níveis de realidade) é fonte de perplexidade. Quando Bentham ou Jhering afirmam que os termos jurídicos, na verdade, designam fatos e entidades da realidade espaço-temporal, estão tentando resolver esta perplexidade desconsiderando o mundo supra-sensível no qual existiriam os direitos e deveres e reduzindo toda a realidade ao nível da realidade espaço-tempo-

ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 1, p. IX a XXIV e p. 3-35). Note que o conceito de mundo de Pontes é idêntico ao famoso conceito do mundo exposto na proposição 1.1 do *Tractatus logico-philosophicus* de Wittgenstein: "1.1 O mundo é a totalidade dos fatos (Tatsachen) e não das coisas (Dinge)" (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Edição bilingüe. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Edusp, 1993. p. 135).

(9) Karl Olivecrona, *Law as fact*, p. 138.

(10) Idem, ibidem.

(11) Idem, p. 183.

ral. A estratégia de Olivecrona (e do realismo) é diferente, mas o resultado é o mesmo. Os realistas afirmam simplesmente que os termos jurídicos não têm qualquer referente, e assim (com Bentham e Jhering) reunificam a realidade (pois não necessitam de qualquer mundo supra-sensível). O que nós aprendemos com Olivecrona pode ser aplicado a toda a concepção absoluta do mundo.

A segunda lição a aprender com Olivecrona decorre da tese da ausência de referência semântica para termos jurídicos. Segundo esta tese, termos como “direito” ou “dever” não são irreais apenas no sentido de que não existe qualquer objeto ou fato no mundo que corresponda ao termo. Este é o modo de um “centauro” ser irreal, mas existe algo nos termos jurídicos que os torna, por assim dizer, mais irreais do que os centauros. Não só não existem direitos e deveres no mundo “real” como não é nem mesmo possível imaginar o que seria um direito ou um dever se existisse na realidade. Se tentamos conceber um Direito como concebemos um animal fantástico, não virá qualquer imagem à nossa cabeça. O centauro tem ao menos uma “referência semântica” (se existisse sabemos como seria), mas os direitos não têm nem mesmo isto¹² (para compreender o ponto de Olivecrona, tente-se imaginar como seria um direito se existisse). O mais revelador nesta tese é uma certa imagem sobre o que pode ser a “referência semântica” de uma palavra (sobre este ponto voltaremos no item 2.4 deste Capítulo).

2.3 Ross e uma nova estipulação de sentido para os enunciados jurídicos

A tese de Ross sobre os enunciados jurídicos é mais complexa do que as teses de Hägerström e Olivecrona. Ainda assim é possível identificar os passos e a conclusão do argumento realista. A peculiaridade da análise de Ross sobre os enunciados jurídicos está

(12) Idem, *ibidem*.

no fato de que são identificados dois tipos de enunciados jurídicos, que merecem tratamento teórico diferenciado. Como Ross não dá nomes a estes tipos de enunciados, escolhi chamá-los “enunciados jurídicos de primeira ordem” e “enunciados jurídicos de segunda ordem”.

Os enunciados de primeira ordem descrevem diretamente a norma jurídica. Estes enunciados são formalmente idênticos à norma, compartilhando também sua estrutura geral (“Se H, logo C”¹³). Quando a norma afirma “Se uma pessoa adquiriu legitimamente uma coisa por compra, deverá ditar-se sentença a seu favor, ordenando a entrega da coisa contra qualquer pessoa que a retenha em seu poder”, o enunciado jurídico que descreve esta norma tem exatamente a mesma forma (“Se uma pessoa adquiriu legitimamente uma coisa por compra, deverá ditar-se sentença a seu favor, ordenando a entrega da coisa contra qualquer pessoa que a retenha em seu poder”). A diferença está no uso da expressão: no primeiro caso, a expressão é uma diretiva (espécie do gênero imperativo)¹⁴

(13) Onde H é uma hipótese e C é uma consequência. Esta notação foi tomada do próprio Ross (*Sobre el derecho y la Justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1962, p. 164-165) e deixa claro que a norma jurídica e o enunciado de primeira ordem que a descreve têm a estrutura de um condicional.

(14) Os enunciados normativos têm um significado. Este significado, todavia, não é representativo de um estado de coisas, mas apenas expressão de sentimentos de desejo, dor, compulsão etc. A pergunta que surge desta afirmação é: qual a diferença entre significar representativamente e significar expressivamente? Na significação representativa é afirmado um estado de coisas como na frase “Existe uma escrivinha em frente a mim”. Existe uma representação da realidade que pode ser destacada dos sentimentos que me levaram a pronunciar esta frase. Na significação expressiva, ao contrário, não é afirmado qualquer estado de coisas e a expressão apenas decorre de um sentimento como nas situações em que grito “Ai” por sentir dor ou quando digo “apague o cigarro” ao sentir desconforto. Como não existe qualquer representação

e não está sendo utilizada para descrever, enquanto, no segundo caso, quem enuncia a frase não quer (e freqüentemente não está em condição de) dirigir qualquer comportamento por meio de uma diretiva, mas apenas afirmar que esta é uma norma (ou diretiva) que faz parte de um sistema jurídico. Descrever completamente um sistema jurídico utilizando este tipo de enunciado significa elaborar uma lista de todas as normas do sistema.

É compreensível que operar com este modelo de enunciado dificulta terrivelmente a tarefa de quem está preocupado em descrevê-lo.¹⁵ Por isto lançamos mão de um segundo tipo de enun-

da realidade em tais orações ou interjeições, o seu significado seria simplesmente o sentimento que lhe deu causa. Pode-se dizer, em suma, que uma expressão como "apague o cigarro" significa sua causa, mas que uma expressão como "existe uma escrivãinha em frente a mim" significa o estado de coisas que representa e não somente os sentimentos que lhe deram causa.

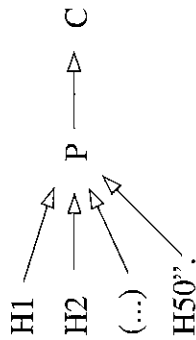
Os enunciados normativos seriam exemplos de atos lingüísticos meramente expressivos, que não representariam qualquer estado de coisas e que, portanto, não poderiam ser avaliados como verdadeiros ou falsos. Um enunciado como este só serviria para expressar meus sentimentos de compulsão ou outro sentimento qualquer. O ponto é: estes enunciados não representam qualquer estado de coisas e não podem ser científicos. O enunciado normativo é um imperativo e se assemelha, por isto, a uma ordem. Algumas peculiaridades, porém, impedem Ross de considerá-los uma ordem, como haviam feito Bentham e Austin no século passado. Por isto o autor usa o termo diretiva. Sobre a teoria do significado em Ross, ver fundamentalmente o seu *Sobre el derecho y la Justicia*, p. 6 e ss. Sobre a necessidade de que qualquer ato lingüístico tenha um significado (seja expressivo ou representativo) ver também Alf Ross, *Ascesa e caduta della teoria dei performativ*, trad. Claudia Calfi e Riccardo Guastini, *Critica del diritto e analisi del linguaggio (a cura di Alberto Febbraio e Riccardo Guastini)*, Bologna: Società Editrice il Mulino, 1982, p. 241-242.

⁽¹⁵⁾ Além da dificuldade, Ross objeta que a própria utilidade de uma tal descrição é questionável (seu *Sobre el derecho y la Justicia*, p. 165).

ciado que incorpora alguns conceitos cuja função é otimizar a descrição de um conjunto de normas jurídicas. Para compreender como operam estes conceitos, admitamos por hipótese que cinquenta normas jurídicas atribuam a cinquenta diferentes hipóteses a mesma consequência. Para descrever este sistema utilizando apenas enunciados de primeira ordem necessitaríamos de 50 enunciados, como na figura.¹⁶

"H1 → C; H2 → C; H3 → C;...;H50 → C"

Uma maneira mais simples de descrever estas normas seria, segundo Ross, a seguinte:¹⁷



A relação entre condicionante e condicionado é intermediada por um vocábulo e a afirmação da existência da entidade a que corresponderia este vocábulo é implicada por qualquer das cinquenta hipóteses das cinquenta normas que estamos tentando descrever. A afirmação da existência da entidade a que corresponderia este vocábulo implica, por sua vez, a consequência jurídica que todas as cinquenta normas têm em comum. Este vocábulo funciona como um termo médio que ajuda a simplificar nossa descrição e sua peculiaridade é não possuir um referente (é uma hipótese). Em relação aos enunciados de segunda ordem, Ross concorda com a tese de Hägerström segundo a qual os conceitos utilizados em

⁽¹⁶⁾ Idem, *ibidem*; ver também *Tú-Tú* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d), p. 27.

⁽¹⁷⁾ Cf. *Sobre el derecho y la Justicia*, p. 165; ver também *Tú-Tú*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d, p. 28.

enunciados jurídicos não têm uma referência na realidade (observe-se a primeira conclusão do argumento geral do realismo apontado acima), e que devemos evitar entificar estes termos. No mundo objetivamente considerado, não existe nada como um direito de propriedade ou um casamento. Estes termos apenas conectam um conjunto de hipóteses normativas (disjuntivas) com um conjunto de conseqüências jurídicas (conjuntivas). Não tem sentido procurar na realidade o referente do direito de propriedade ou do casamento, pois estas entidades não existem. Os termos foram artificialmente criados para simplificar a descrição de algo que realmente existir, a saber: normas jurídicas (diretivas).

A peculiaridade de Ross é atribuir conteúdo cognitivo aos enunciados jurídicos de segunda ordem, mesmo que, por definição, estes enunciados sejam compostos por ao menos um termo hipostático. A existência de termos como "propriedade" no enunciado "Todo aquele que tem Direito de propriedade pode dispor da coisa" não priva o enunciado de conteúdo cognitivo. A diferença é que este enunciado (e qualquer outro enunciado de segunda ordem) só tem conteúdo cognitivo, se os termos "sem referência" são abreviações de termos com referência que compõem os enunciados de primeira ordem, ou seja, as normas (diretrizes) jurídicas. O conteúdo cognitivo de um enunciado de segunda ordem depende do conteúdo cognitivo dos enunciados de primeira ordem aos quais está relacionado. O conteúdo cognitivo do enunciado de primeira ordem depende de que a entidade da qual ele predica existência tenha uma referência "real".

A questão agora é: os enunciados jurídicos de primeira ordem (normas ou diretrizes jurídicas) possuem alguma referência na realidade? Ross, ao contrário da maior parte dos realistas, admite que estes enunciados possuem uma referência na realidade. Aparentemente existe uma contradição entre minha caracterização inicial do argumento realista sobre os enunciados jurídicos e a opinião de Ross sobre os enunciados jurídicos de primeira or-

dem. Além disto parece existir uma contradição interna no argumento do próprio autor sobre os enunciados e conceitos jurídicos. Isto porque, em diversas ocasiões, ao longo de sua obra, Ross afirma que termos tipicamente jurídicos, como direito subjetivo ou dever jurídico são hipóteses e que uma descrição que atribua substância a estes termos não pode ser tomada como uma descrição séria (que tem alguma condição de verdade). Nos exemplos do próprio Ross de enunciados jurídicos de primeira ordem aparecem alguns destes termos "metafísicos", em especial o termo "dever". Como é possível, então, que Ross atribua algum conteúdo cognitivo a estes enunciados?

Pretende-se provar que a admissão de que enunciados jurídicos de primeira ordem descrevem algo não está em contradição com nossa afirmação inicial sobre o realismo (e Ross segue sendo um realista neste sentido) e nem mesmo com a tese do próprio Ross sobre a impossibilidade de descrever um estado de coisas por referência a termos metafísicos. A estratégia na produção desta prova é esclarecer o que um enunciado de primeira ordem diz sobre o mundo.

Conforme foi dito acima, os enunciados de primeira ordem predicam existência a normas jurídicas. Segundo os princípios empiristas de Ross e do realismo escandinavo em geral, para que estes enunciados tenham algum sentido deve existir uma referência real para as "normas jurídicas". Mas o que significa para uma norma jurídica "existir" ou "ser real"?

A fórmula kelseniana, segundo a qual a validade é o modo específico de existência da norma, é assumida por Ross.¹⁸ Esta res-

(18) Cf. A. Ross, *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, p. 76. Kelsen repete esta definição em diversos trabalhos, v.g., *Théorie pure du droit*, trad. Henri Thévenaz, 12. ed., Neuchâtel: Éditions de La Baconnière, 1988, p. 42; *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke, 1960, p. 9 (3. ed. portuguesa, p. 28).

posta não resolve o problema, afinal é necessário esclarecer o que significa "ser válido". Ross dedica boa parte de seu *On law and justice* a uma análise do que significa "ser válido"¹⁹ e, em um artigo posterior, volta a expor suas idéias sobre o conceito de validade.²⁰

Antes de expor sucintamente suas idéias sobre o tema, deve-se fazer uma observação. Em ambos os textos, a preocupação de Ross é criticar o conceito de validade tradicionalmente empregado pelos juristas e oferecer uma alternativa. É importante ter em mente que Ross não pretende interpretar o conceito usual de validade, mas criticá-lo. A sua definição de validade é uma alternativa e não um equivalente à noção usual de validade. Ross não está engajado no projeto moderno de interpretação dos termos e enunciados da tradicional Ciência do Direito em termos de fatos brutos, mas na denúncia da impossibilidade de levar a cabo esta interpretação e na tentativa de reconstrução da Ciência do Direito sem qualquer compromisso com os conceitos e métodos através dos quais a Ciência do Direito foi anteriormente elaborada.

O conceito tradicional de validade é comum a formas tão conflitantes de compreender o Direito como a teoria pura de Kelsen e o jusnaturalismo. Este conceito tradicional de validade está ligado a uma forma intuitiva de compreender o direito, a saber: normas válidas (existentes) são aquelas obrigatórias.²¹ O conceito de validade está relacionado ao conceito de obrigatoriedade não só em construções teóricas, mas em nossa linguagem comum sobre o direito.²² Este é o conceito de validade que Ross ataca.

(19) Cf. Alf Ross, *Sobre el derecho y la Justicia*, em especial o segundo capítulo e o ponto III (no primeiro capítulo).

(20) Idem, *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, loc. cit.

(21) Idem, *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, p. 78; e também *Sobre el derecho y la Justicia*, p. 12 e ss e p. 51 e ss.

(22) Nossa linguagem comum identifica validade com obrigatoriedade, mas Ross não pensa que a obrigatoriedade tenha qualquer referência na reali-

Seu argumento para refutar esta noção de validade envolve dois passos. Em primeiro lugar, Ross propõe uma análise gramatical da expressão "X é uma norma válida" em que validade significa obrigatoriedade. Afirma que, sendo as normas diretas que estabelecem obrigações, a expressão "X é uma norma válida" significaria que "deve-se agir conforme deve-se agir"; mas esta é uma afirmação tautológica e, como tal, não acrescenta nada ao que já sabemos sobre a norma (logo, a expressão equivalente "X é uma norma válida" também não diz nada sobre a norma). Com alguma boa vontade, podemos transformar essa tautologia em uma expressão que afirma algo sobre a norma. Basta imaginar que as duas ocorrências de "deve-se" na oração acima significam duas coisas diferentes. A idéia subjacente a essa sugestão é que, se a norma expressa um dever jurídico, o dever de seguir a norma não pode ser um dever jurídico (sob pena de redundância). Neste ponto, Ross introduz a idéia de que o dever designado pela expressão "é válida" seja um dever moral. Assim qualquer utilização do conceito "validade" como obrigatoriedade, se pretende ser algo a mais do que uma tautologia, será uma afirmação sobre um dever moral de seguir as normas jurídicas.²³

O "dever moral" é uma entidade que Ross qualifica de "metafísica" e que, por esta razão, não pode ser objeto de conhecimento (é o não-cognitivismo moral de Ross).²⁴ Em conclusão, é impossível

Como alerta Kalinowski, a "obrigação" para Ross é um fenômeno subjetivo (a consciência da obrigação ou o sentimento de compulsão). Cf. G. Kalinowski, *Théorie, métathéorie ou philosophie du droit* chez H. L. A. Hart e A. Ross, *Archives de philosophie du droit*, 1970, t. XV, p. 192.

(23) Cf. exposição do argumento em A. Ross, *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, p. 60 e ss.

(24) Para Ross, que se considera um positivista, uma das teses positivistas fundamentais é a "negação de qualquer conhecimento ético". Sobre a impossibilidade de estabelecer conhecimento sobre a moral, cf.

vel estabelecer conhecimento sobre a validade da norma jurídica, se o termo "validade" é entendido como uma força obrigatória que se agrega à norma.

O argumento de Ross é questionável em vários pontos. Deixando de lado pontos menores como a premissa implícita de que os deveres que não são jurídicos tem um estatuto moral (considere-se nos deveres de um conviva à mesa, ou os deveres de culto de um católico), gostaria de apontar os dois principais problemas do argumento. Ambos os problemas estão relacionados com a orientação epistemológica do realismo escandinavo, notadamente com uma idéia sobre o tipo de atividade em que consiste fazer Ciência do Direito (muito similar ao tipo de atividade em que consiste fazer Filosofia do Direito) e com a noção realista do que pode ser considerado real.

Em primeiro lugar, na conclusão de que a expressão "X é uma norma válida" é tautológica repousa um mal-entendido sobre a gramática do termo "validade". O termo "validade" é analisado

Validity and the conflict between legal positivism and natural law, p. 60. Ross já havia tratado do mesmo tema em um livro *Critique of the so-called practical cognition*, de 1933, e em um artigo *On the logical nature of propositions of value*, *XI Theoria*, 172-210 (1945). Sobre o mesmo assunto ver também de Ross, *Sobre el derecho y la Justicia*, p. 60. J. M. Paniagua comenta esse aspecto da doutrina de Alf Ross e nota que apesar da tese da impossibilidade de conhecer a "moral", Ross não nega que seja possível ter um ponto de vista (e lutar por um ponto de vista) moral (cf. J. M. Rodrigues Paniagua, *História del pensamiento jurídico*, 7. ed., Madrid: Universidad Complutense - Facultad de Derecho - Sección de Publicaciones, 1992, p. 589-590). Dessa maneira, afirma Paniagua, Ross não pode ser considerado um nihilista moral. Esta imunidade da vida prática de Ross à sua teoria não é filosoficamente irrelevante e, em certo sentido, é uma decorrência do fato de que Ross está mais do que ninguém ao projeto moderno para a Filosofia do Direito.

como se fosse um substantivo que corresponde a uma propriedade de estados de coisas espaço-temporais, mas fazer isto é demonstrar incompreensão sobre o uso do termo. Afirmar a validade é algo muito similar a afirmar a existência de algo (lembre-se: a validade é a existência específica da norma). Mas o que significa o termo "existir" (e o que significa para uma norma valer). Nós sabemos identificar algo real, mas qual a substância a que corresponde a expressão "ser real"? Atribuir a validade a uma norma é o termo "tautológico" quanto atribuir existência a um rato ou atribuir realidade a uma mesa. A busca de uma referência substancial para o termo validade é um resultado da fixação do realismo escandinavo em uma determinada concepção do que pode ser descrito (e do que pode ser considerado "real"). Destas idéias realistas tratar-se-á mais adiante.

Se deixamos de lado a premissa implícita em Ross de que o termo validade corresponde a uma substância, podemos imaginar uma outra forma de dizer que a validade está relacionada à obrigatoriedade da norma. Pense-se na similaridade entre as seguintes orações: "a norma X é válida, portanto é obrigatória" e "o objeto X é um rato, portanto é um mamífero". Atribuir existência a algo que por definição é um mamífero (um rato) implica que este algo é um mamífero; da mesma forma atribuir existência a algo que é, por definição, obrigatório (uma norma jurídica) implica que este algo é obrigatório.

Um segundo problema do argumento de Ross diz respeito à premissa que asseve a impossibilidade de estabelecer qualquer conhecimento sobre as regras morais. O conceito de "realidade" dos realistas escandinavos implica essa tese e, portanto, refutar suas teses sobre o que é "real" é uma maneira de remover o fundamento para o seu não-cognitivismo moral. A próxima seção deste capítulo objetiva esclarecer o que os realistas entendem por "real".

Ross pensou ter ferido de morte a noção de validade como obrigatoriedade através do argumento acima.²⁵ Este argumento conclui a fase de destruição de sua teoria sobre o Direito e, sobre a terra arrasada, começa a reconstrução da Ciência do Direito de acordo com um programa “verdadeiramente científico”. O primeiro ponto para Ross é restabelecer o que significa para uma norma “existir” (valer).²⁶ Só assim podemos saber se os enunciados jurídicos de primeira ordem têm alguma referência “real”.

Aqui Ross introduz um novo conceito de “validade de uma norma jurídica”. Na edição inglesa, o termo validade é mantido mesmo após a refutação de Ross do modo tradicional de compreender a validade. Na edição castelhana (em muitos aspectos superior à edição inglesa) o termo utilizado é *vigência*.²⁷ Em dinamarquês Ross teria utilizado um termo (*gældende*) que tem uma série de

(25) É interessante notar que o realista considera-se imune à maior parte das objeções que suscitei, uma vez que, para aceitá-las, deve abandonar suas idéias sobre o que significa fazer Ciência e Filosofia e sobre o que pode ser considerado real. De um modo geral o realista não está disposto a fazer concessões neste ponto porque, se concedesse, estaria se afastando do projeto moderno para todas as Ciências (o que lhe parece inadmissível).

(26) É interessante conjecturar por que razão Ross não substituiu o termo “válido” pelo termo “existente”. Ele explicitamente se refere aos dois termos como sinônimos (Validity and the conflict between legal positivism and natural law, p. 76), trata os dois como sinônimos, mas utiliza normalmente o termo “válido”. Com isto teria evitado que Hart tivesse sido induzido a erro em sua análise de *Sobre el derecho y la Justicia*. Segundo Ross, a crítica que Hart faz à sua teoria em Scandinavian realism (*Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983 (reimpressão de 1993), p. 161-169) decorre de uma má tradução do termo dinamarquês *gældende* por *valid* na edição inglesa de *Sobre el derecho y la Justicia* (cf. Validity, p. 84).

(27) Cf. Validity and the conflict between legal positivism and natural law, loc. cit.

significados e, por isso, dificilmente pode ser traduzido por um termo único (chega a se recriminar por ter utilizado o termo *validity* na edição inglesa e, atribuindo a este erro as objeções levantadas por Hart ao seu conceito de validade, conclui que não existem sensíveis diferenças entre suas idéias e as do autor inglês²⁸). Esta confusão terminológica não influi no fato de que o conceito de validade (ou vigência, ou existência) em Ross é diferente do uso tradicional do termo. Deve-se, ainda que brevemente, apontar o que significa “validade” para Ross.

O que quer que corresponda à noção de validade, é necessário que tenha uma referência real. Isto é um problema sério, pois o fato, a qualidade ou coisa que corresponde ao termo “validade” não é tão óbvio quanto os fatos ou coisas a que correspondem os termos “raio” e “cadeira”. Para explicar a que fatos corresponde o substantivo validade Ross elabora uma interessante alquimia de fatos sociais. O conceito de validade corresponde a uma conjunção de dois fatos, a saber: 1. uma conduta externa dos indivíduos que está de acordo com o padrão de comportamento estabelecido em uma norma; 2. um fato psicológico que Ross expressa repetidas vezes dizendo que as normas “são vividas (sentidas) como socialmente obrigatórias”.²⁹ A validade implica então uma análise meramente comportamental (behaviorista) e uma análise dos sentimentos de compulsão dos indivíduos em relação à norma. Com esta composição, Ross pretende ter chegado à síntese entre o realismo puramente behaviorista e o realismo psicológico.³⁰ Qualquer um dos “realismos” oferece apenas uma visão parcial do fenômeno jurídico, mas a incorporação de elementos psicológicos e de elementos puramente comportamentais ao

(28) Idem, p. 84-86.

(29) Por exemplo, *Sobre el derecho y la Justicia*, p. 15-16.

(30) Idem, p. 69 e ss.

conceito de validade pode explicar de maneira global o fenômeno jurídico.³¹

Existe, enfim, algo real a que o conceito de validade se refere. Convém lembrar, todavia, que o termo "validade" em Ross não é o mesmo termo "validade" utilizado por Kelsen ou pelos jusnaturalistas. Ross tem consciência do fato de que não está oferecendo uma interpretação do uso comum do termo "validade" em termos de fatos empíricos. O conceito de validade normalmente empregado por juristas e cidadãos comuns, quando falam de normas, não tem, em sua análise, qualquer referência "real"; se existe uma entidade à qual corresponde este conceito, esta é uma entidade metafísica (o que quer que signifique "existir" para um ente metafísico). Quando Ross fala de "validade" está falando de algo completamente diferente da "validade" no sentido tradicional do termo e, por este motivo, não é possível falar em uma interpretação do conceito. Não é nada similar ao que fazia Bentham ao definir o dever jurídico como "a probabilidade de que ocorra uma punição".³² Bentham estava tentando demonstrar a que fatos correspondia a noção comum de dever jurídico; Ross, ao contrário, rechaça a noção comum de validade como metafísica e oferece outro conceito que nos permitirá descrever o Direito "como ele realmente é". Assim, não há interpretação em Ross, mas alteração. Por isso, ainda que utilize o mesmo termo, Ross não está engajado no projeto moderno de "interpretação" dos termos jurídicos em termos de fatos brutos.

(31) Para uma apresentação especialmente clara do argumento de Ross ver Herbert L. A. Hart, *Scandinavian realism, Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983 (reimpressão de 1993), p. 161-169.

(32) Cf. Jeremy Bentham, *A fragment on government*, ed. by J. H. Burns e H. L. A. Hart, 1. ed. (2.ª reimpressão). Cambridge: Cambridge University Press, 1988 (reimpressão de 1994), p. 109-110.

Existe um problema de coerência entre essa concepção de validade e os princípios empiristas proclamados pelo realismo escandinavo. O programa moderno para o conhecimento científico, ao qual o realismo abertamente adere, não está disposto a considerar como objeto de conhecimento os fatos "psicológicos" do mundo interior. Sobre fatos que não podem ser considerados de modo absolutamente objetivo, não é possível produzir conhecimento científico. Este tipo de problema será analisado adiante quando o conceito realista de realidade estiver em questão.

O fato é que a introdução de um referencial empírico para o termo validade resolve o problema de saber se os enunciados internos de primeira ordem têm algum valor de verdade, ou seja, se eles têm algum sentido como descrições empíricas. Com o novo conceito de validade, passa a ser possível imaginar (representar) os fatos aos quais corresponde um enunciado jurídico de primeira ordem e, portanto, é possível estabelecer suas condições de verdade. Resolvido o problema do conteúdo cognitivo dos enunciados de primeira ordem, segue-se que os enunciados de segunda ordem também têm sentido, uma vez que são "abreviações" de enunciados de primeira ordem. Por estas razões, Ross pôde encontrar, afinal, algum conteúdo cognitivo em qualquer enunciado jurídico, tanto os que chamei de enunciados de primeira ordem quanto os que chamei de enunciados de segunda ordem.

Aqui voltamos ao nosso problema inicial sobre Ross: como é possível que um realista veja algum conteúdo cognitivo empírico em enunciados jurídicos? A resposta para esta questão é um procedimento com os seguintes passos: 1. admitir que não existe um referente real para os enunciados jurídicos como eles estão; 2. conectar todos os enunciados jurídicos ao conceito de norma jurídica; 3. modificar o conceito de validade (existência) de uma norma jurídica (o que significa modificar o próprio conceito de norma jurídica) referindo-o a um conjunto de fatos brutos. Com estes três passos, Ross não trai a Ciência moderna, mas paga um

tributo ao nosso modo de falar sobre o Direito. O que é sacrificado na execução de todo este projeto é o modo como nós compreendemos o Direito: Ross salva a estrutura sintática de nosso discurso sobre o Direito, mas sacrifica a estrutura semântica deste discurso. Mas é bom lembrar que isso não é nenhum problema para um realista, pois é parte de sua missão desmascarar as ilusões às quais estamos propensos.

O último passo para uma caracterização completa do Realismo é esclarecer o que significa para um realista “ser real”. Como, afinal de contas, um realista identifica o que é “real”?

2.4 O conceito de realidade no realismo escandinavo

O conceito de realidade não é objeto de qualquer exposição sistemática no realismo escandinavo.³³ Os realistas professam a coragem de escrutinar os mais obscuros problemas jurídicos utilizando como critério a referência à realidade, mas não explicam que condições devem ser satisfeitas, para que algo possa ser considerado “real”. Há algo a aprender com essa omissão. O motivo que levou os realistas a não se deter para explicar o que entendiam por “realidade” é a suposição de que este é um conceito óbvio e, de fato, “realidade” passa a ser um conceito óbvio para qualquer cientista engajado no projeto moderno de Ciência. Deve-se agora esclarecer em que medida os realistas estão engajados no projeto moderno de Ciência reconstruindo através de provas indiciárias seu con-

⁽³³⁾ A exposição mais completa do conceito de realidade elaborada por um realista escandinavo consta em *La lógica de las normas*, de Ross. Ainda que esta seja uma interessante análise gramatical do adjetivo “real”, Ross não toca o ponto que realmente importa quando procuramos compreender sua posição sobre os enunciados internos, a saber: quais as condições para a atribuição do adjetivo “real” a algo (cf. A. Ross, *La lógica de las normas*, Madrid: Editorial Tecnos, 1971 – trad. *Directives and norms*, London: Routledge & Kegan Paul).

ceito de realidade e comparando-o ao conceito de realidade que caracteriza a Ciência moderna.

Mesmo sem a preocupação de esclarecer o que significa o termo realidade,³⁴ os realistas (ao menos Hägerström, Olivecrona e Ross) apelam sistematicamente à “realidade” para traçar os limites entre o que pode e o que não pode ser conhecido e, conseqüentemente, para julgar o sentido de qualquer afirmação sobre um estado de coisas no mundo, em especial, dos enunciados jurídicos. Este apelo ao conceito de realidade fornece indicações que podemos utilizar, quando procuramos entender que condições devem ser satisfeitas para que algo conte como “real”. Estabelecer as condições para a atribuição do predicado “real” é estabelecer uma condição necessária para enunciados que pretendem descrever estados de coisa objetivos.

A análise do uso que os realistas fazem dos termos “real” e “realidade” nos leva a uma conclusão interessante: existem ao menos duas concepções realistas sobre o que é real. Vamos chamá-las daqui para frente de “concepção fiscalista da realidade” e “concepção fenomenalista da realidade”. Ainda mais surpreendente é o fato de que cada autor (ao menos Hägerström, Olivecrona e Ross) admite ambas as concepções. Elas são tratadas como se fossem aspectos de uma mesma idéia do que é real ou, ao menos, como concepções coextensivas (jamais afirmam claramente isto, mas esta parece ser a única conclusão possível, como se pretende demonstrar adiante).

⁽³⁴⁾ O fato de que os realistas não oferecem qualquer explicação sobre seu conceito de realidade é uma evidência indireta do primado da concepção absoluta de objetividade típica da filosofia moderna de orientação empirista. O principal motivo pelo qual os realistas não esclareceram o que consideram real (o mundo considerado de maneira absolutamente objetiva) é porque imaginam que esta concepção de realidade é óbvia.

A concepção fiscalista da realidade é denunciada pelas constantes referências dos realistas ao "mundo físico",³⁵ às "propriedades físicas",³⁶ ao "mundo do tempo e do espaço"³⁷ etc. Conceber a realidade de modo fiscalista significa utilizar as lentes através das quais o físico julga o que é real. Os realistas tomam emprestadas estas lentes e passam a julgar o que é real e o que não é real no "fenômeno" jurídico como um físico julgaria a realidade das coisas.

Nenhuma surpresa neste procedimento. Os realistas buscam na Física o que qualquer cientista moderno procura, a saber: um paradigma de objetividade absoluto. Devemos lembrar que desde Descartes as qualidades físicas dos objetos têm sido consideradas absolutamente objetivas e, portanto, invulneráveis à subjetividade. As qualidades físicas, por não dependerem em nada da subjetividade, podem ser compreendidas tanto por homens que vivem em nosso planeta como por um astronauta de um planeta distante.³⁸ As qualidades não-físicas que atribuímos às coisas são meramente subjetivas e não fazem parte do mundo real. Para o Realismo Escandinavo, as afirmações sobre entidades e qualidades não-físicas não dizem nada sobre o mundo em que nós vivemos e, por esta razão, os termos e enunciados jurídicos dizem nada sobre o mundo. O astronauta de um planeta distante ficaria perplexo com alguns substantivos e adjetivos que utilizamos, notadamente termos jurídicos como "direitos", "deveres", "capacidade jurídica".

⁽³⁵⁾ A. Hägerström, *Inquiries into the nature of law and morals*, p. 324, apud Karl Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*. Traduzido do original inglês de 1962 por Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 24.

⁽³⁶⁾ Cf. Karl Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*, p. 40.

⁽³⁷⁾ *Idem*, *El derecho como hecho* (traduzido da 1.ª edição em inglês), Buenos Aires: Depalma, 1959, p. 6; ver também *Law as fact*, 2. ed. cit., p. 138, e, na introdução, p. VII.

⁽³⁸⁾ O exemplo do astronauta é do próprio Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*, p. 8.

Em suma, o realista luta pela objetividade absoluta das descrições (ao menos as descrições que expressam o verdadeiro conhecimento) e essa objetividade absoluta só pode ser atingida, se descrevermos o mundo em termos físicos. A realidade é confinada à objetividade absoluta das descrições físicas, e os enunciados através dos quais normalmente descrevemos estados de coisa jurídicos não têm qualquer valor descritivo (como vimos, o realista não crê na possibilidade de explicar os enunciados e termos jurídicos em termos físicos).

Olivecrona dá um exemplo de como seria possível descrever de modo "objetivo" um fato que envolve normas jurídicas. Trata-se de um contrato de compra e venda que se "inicia com uma sequência de atividades das partes e de outras pessoas. Na maior parte dos casos, as partes levam adiante os termos do contrato: o vendedor entrega os bens e o comprador paga o preço. O vendedor, então, considera-se habilitado a utilizar o dinheiro como se fosse dele, e ele pode fazê-lo sem incorrer em risco. O comprador, por seu turno, considera-se proprietário dos bens, e seu ponto de vista é aceito por aqueles que estão ao seu redor".³⁹

Não é necessário ir adiante para perceber alguns problemas sérios nesta descrição "objetiva" dos acontecimentos. Olivecrona utiliza termos como "bens" ou "vendedor" que não estão reduzidos a fatos brutos. Mesmo na estrutura conceitual das teorias de Olivecrona e Ross, encontraremos diversos conceitos que são definidos em função de fatos psicológicos como sentimentos. Um realista poderia arguir que estes termos poderiam ser eliminados posteriormente em favor de termos que representam fatos brutos (v.g., "bens" talvez fossem definidos como coisas que causam prazer). De qualquer forma, mesmo que fosse possível interpretar os termos das explicações realistas em termos que descrevem fatos

⁽³⁹⁾ Esta é apenas a parte inicial da descrição que consta na 2. ed. de *Law as fact*, p. 137-138.

físicos, parece que os realistas não foram conseqüentes com sua idéia de descrição científica, quando trataram de explicar o direito. Ao menos, deixaram o trabalho pela metade.

Para quem está familiarizado com as obras de Ross ou Olivecrona pode causar espanto que autores tão conseqüentes e metódicos tenham abandonado a tarefa autoproposta pela metade. Cremos que existe um motivo filosófico para que Ross e Olivecrona tenham abandonado sua tarefa, a saber: é impossível realizar esta tarefa. É impossível interpretar termos e enunciados jurídicos como se houvesse referência a fatos brutos, sem que ocorra alguma perda de significado. Pense-se, por exemplo, no termo "preço" que foi utilizado por Olivecrona na descrição acima. Este é um exemplo de termo que não pode ser substituído por um ou mais termos que designem fatos brutos. Talvez seja possível interpretar "preço" como "uma quantidade X de Reais", mas lembremos do que o próprio Olivecrona diz sobre as unidades monetárias: são palavras "vazias".⁴⁰ Não se pretende tratar agora desta objeção, já que a possibilidade de interpretar toda e qualquer descrição do que é real em termos de fatos brutos será examinada no quarto capítulo desta dissertação.

Batizamos a segunda forma de conceber a realidade de "fenomenalista". De acordo com esta concepção, o critério para julgar se algo é real é a possibilidade de apreensão pelos sentidos. As referências de autores realistas a este critério são ainda mais freqüentes do que as referências ao critério fiscalista. Podemos encontrar às dúzias, nos trabalhos mais representativos do Realismo Escandinavo, evocações da visão, do tato ou do mundo sensível como critérios para julgar se algo é real.⁴¹ É necessário

(40) Cf. *Lenguaje jurídico y realidad*, p. 34-38; ver ainda *Law as fact*, 2. ed. cit., p. 247 e ss.

(41) Ver, entre dezenas de outros exemplos, a identificação do mundo dos fatos com o mundo sensível feita por Olivecrona (*Lenguaje jurídico y*

admitir que os sentidos, na maior parte dos casos, são um critério adequado para julgar se algo é real ou não. O problema é saber se este tipo de critério pode ser utilizado por um cientista moderno. Como vimos no primeiro capítulo, o filósofo e o cientista modernos não acreditam que o mundo interior de cada indivíduo (e tudo o que encontramos neste mundo interior) possa ser objeto de conhecimento científico.

Muito bem, agora os realistas, que professam sua adesão aos padrões modernos de Ciência, afirmam que o critério para aferir se algo é real é a possibilidade de apreensão pelos sentidos. Mas as percepções sensoriais não fazem parte do mundo interior de cada indivíduo? Para Descartes com certeza fazem, mas e para os realistas escandinavos? Ao que tudo indica a percepção sensorial também aqui faz parte do mundo interior dos indivíduos. Lembrem-se de que Ross chama de "internos" os enunciados que falam do sentimento de compulsão. Teriam os realistas diferenciado os conceitos de sentimento e sensação, identificando os primeiros com o mundo interior e os segundos com o mundo exterior? Parece pouco provável, mesmo porque os sentimentos são freqüentemente tratados como fatos reais (que podem, portanto, ser conhecidos pela Ciência).

Mas o que pode significar uma "realidade psicológica" para um teórico moderno? Eventos psicológicos não estão no mundo interior e, como tais, não estão afastados do mundo "como realmente é"? Talvez esta "concepção absoluta do mundo" estava na raiz da indisposição de filósofos como Karl Popper ou escritores

realidad, p. 8); uma crítica ao uso da linguagem descritiva fora do mundo sensível também em Olivecrona (idem, p. 9); o especial *status* emprestado aos fenômenos observáveis pelo mesmo autor (*Law as fact*, 2. ed. cit., p. 138), bem como sua ironia para quem fala de fenômenos invisíveis (*Lenguaje jurídico y realidad*, p. 41), intangíveis (*Law as fact*, 2. ed. cit., p. 56).

como Jorge Luis Borges para com a psicanálise. Se os sentimentos fazem parte da realidade, não vemos motivo para que os realistas não considerem nossas percepções sensoriais como partes do mundo.

Se esta hipótese está correta, existem dois problemas sérios na concepção de realidade do Realismo. Em primeiro lugar, qualquer das noções de realidade (fiscalista ou fenomenalista) exclui a possibilidade de que saibamos algo sobre o mundo interior dos outros homens. Em segundo lugar, existe uma contradição entre as duas concepções. Lembre que em uma visão fiscalista da realidade é impossível incluir as cores, enquanto em uma visão fenomenalista as cores fariam parte da realidade; ou que uma concepção meramente fenomenalista da realidade teria dificuldades em admitir, como reais, entidades como átomos ou *quarks* que não podem ser observadas diretamente.

Este tipo de objeção interna ao sistema de Ross poderia ser desenvolvido por quem compartilha da idéia moderna de Ciência (concepção absoluta do mundo, descrição do mundo como “realmente” é etc.). Lembre-se de que o Realismo Escandinavo abandona o projeto moderno para a Ciência do Direito, mas não o projeto moderno para a Ciência em geral. Na verdade, a desgraça que se abate sobre o projeto moderno para a Ciência do Direito é a sua incompatibilidade com o projeto moderno para todo o conhecimento. Comprovada a incompatibilidade, é necessário reformular as bases do conhecimento científico do Direito e esta é a tarefa do realista. A impossibilidade de verificação empírica de fatos psicológicos pode, portanto, deixar Ross embaraçado, mas não faz sentido levantar esta objeção, se você não compartilha o modelo de mundo e de Ciência de Ross. Para alguém que não acredita na “concepção absoluta do mundo” não faz sentido falar mesmo em privacidade cartesiana. Dado que o objetivo deste trabalho é apresentar uma alternativa ao modelo geral de conhecimento da modernidade que foi aplicado

à teoria do Direito desde Hobbes até Ross, não faz sentido desenvolver aqui esta objeção.

As objeções que se pretende apresentar ao conceito de validade de Ross são externas no sentido de que o que está em jogo não é a coerência entre os pontos de partida e os resultados de Ross, mas, sim, a própria consistência de seu ponto de partida. O quarto capítulo será dedicado à apresentação das dificuldades do modelo moderno de Ciência, em especial de suas instâncias em relação à Ciência do Direito.

sentido é possível afirmar que o conceito kelseniano de objetividade está relacionado a sua tese sobre os enunciados jurídicos.

Uma primeira constatação sobre a concepção kelseniana do mundo é que se mantém a distinção pós-cartesiana entre eventos exteriores e eventos interiores. São frequentes as referências nas obras de Kelsen a “eventos exteriores” (äußerer Vorgang¹) ou “factos exteriores” (äußerlichen tatbestand,² äußere tatbestand³). Os eventos exteriores são caracterizados como aqueles que ocorrem no espaço e no tempo e como aqueles que são sensorialmente perceptíveis. O fato de que Kelsen caracteriza os eventos exteriores ora como conjunto dos fatos que ocorrem no espaço e no tempo, ora como o conjunto dos fatos sensorialmente perceptíveis leva a crer que Kelsen supõe que estes conjuntos são extensionalmente coincidentes.⁴ Na caracterização do mundo exterior de Kelsen (que é chamado normalmente de “mundo natural”) aparece, portanto, a

(1) KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre* 2. Auflage, Wien: Franz Deuticke, 1960, p. 2 (3. ed. portuguesa, p. 18); a menção a eventos exteriores já existia em textos anteriores, como a edição francesa da *Teoria pura* (KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Trad. Henri Thévenaz, 12. ed. Neuchâtel: Éditions de La Baconnière, 1988 - 1. ed. de 1953, p. 45).

(2) Idem, *ibidem* (3. ed. portuguesa, p. 19).

(3) Idem, p. 3 (3. ed. portuguesa, p. 20).

(4) Uma primeira forma de caracterizar assim os eventos exteriores pode ser encontrada no referido trecho da 2.ª edição alemã da *Teoria pura do direito* na sua p. 2 (p. 18 da edição portuguesa). Mais adiante o mundo exterior é novamente identificado como aquilo que pode ser percebido pelos sentidos (p. 2 da 2. ed. alemã; p. 19 da tradução portuguesa). Adiante ainda uma nova referência ao espaço e ao tempo (p. 3 da 2. ed. alemã e p. 20 da tradução portuguesa). Eventualmente as duas formas de caracterizar o mundo exterior (pelos sentidos e por referência a conceitos físicos) são mencionadas com a partícula copulativa “e”, sugerindo que o conjunto das coisas perceptíveis pelos sentidos é extensionalmente coincidente com o conjunto dos fatos físicos (brutos). Veja-se, por exemplo, Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, cit., p. 44.

3

KELSEN E O PROJETO MODERNO PARA A CIÊNCIA DO DIREITO

A *Teoria pura do direito* de Kelsen dá uma explicação peculiar do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos. Kelsen anda no “fio da navalha” entre uma determinada concepção filosófica acerca do que pode ser objeto de conhecimento (e acerca da própria natureza do conhecimento científico) e a tentativa de explicar o que significa um enunciado jurídico. Esta situação teórica delicada resulta da tentativa de combinar duas posturas aparentemente inconciliáveis: de um lado a concepção kelseniana de objetividade ainda está, em muitos sentidos, vinculada ao paradigma empirista moderno; por outro lado, Kelsen nega expressamente o dilema ao qual esta concepção de objetividade havia levado a moderna teoria jurídica empirista, nomeadamente, a opção entre negar o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos e interpretá-los como enunciados físicos. A chave para compreensão da tese de Kelsen sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos é perceber como a sua concepção de objetividade difere da concepção moderna de objetividade (mesmo que o próprio Kelsen, em algumas passagens, adote explicitamente um conceito de objetividade ligado ao mundo físico). O primeiro passo para identificar as relações entre o conceito de objetividade e o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos é procurar esclarecer algo sobre a idéia kelseniana do que seja “objetividade” (e “realidade”, “fato” etc.). Será necessário esclarecer, em seguida, que tipo de objeto os enunciados jurídicos descrevem. Esta exposição será suficiente para esclarecer em que

mesma tensão que caracteriza o conceito de realidade do realismo. Existem dois critérios para determinar que fatos contam como fatos brutos: um critério fisicalista e um critério fenomenalista. A tensão entre estes dois critérios resulta do fato de que nem tudo o que minha percepção sensorial garante como existente pode ser caracterizado em termos físicos (basta pensar no argumento da ilusão, tipicamente utilizado pelos célticos e repetido nas *Meditações da Filosofia Primeira* de Descartes).

Por oposição a estes eventos exteriores podemos imaginar que existem eventos não-exteriores (interiores) e estes podem ser caracterizados, *a contrario sensu*, como aqueles que não se realizam no espaço-tempo e que não são perceptíveis pelos sentidos.⁵ Esta distinção entre características e eventos que são exteriores e características ou eventos que não são exteriores lembra a distinção cartesiana entre o mundo exterior (o "local" onde ocorrem os acontecimentos do mundo espaço-temporal) e o mundo interior ("local" onde ocorrem os acontecimentos que não fazem parte do mundo espaço-temporal).

Certamente que o "mundo exterior" em Kelsen (o "mundo natural") é mais rico do que o mundo exterior de Descartes ou de Galileu. Algumas características que Descartes vê como subjetivas, e que, portanto, só podem ser consideradas afecções do mundo interior, são consideradas por Kelsen como qualidades do mundo exterior. Por exemplo, características sensíveis como cor, peso, textura são, para Kelsen, características dos objetos do mundo exterior e, portanto, qualidades naturais (do "mundo natural").⁶ Deve-

⁵ Kelsen afirma que a percepção da realidade especificamente jurídica (das qualidades jurídicas das coisas) ocorre através de processo mental (*Denkprozess*) e não apenas como resultado de uma experiência sensorial. *Idem*, p. 4 (edição portuguesa, p. 20-21).

⁶ Kelsen afirma expressamente que qualidades como dureza e cor são características dos objetos. *Idem*, p. 2; tradução portuguesa, p. 19.

se lembrar que essas características sensíveis (as qualidades secundárias) são afecções do mundo interior para Descartes ou Galileu. Mas as diferenças na fronteira dos mundos exterior e interior são secundárias em relação ao fato de que Kelsen assume uma distinção entre eventos, qualidades, estados, objetos exteriores e não-exteriores (interiores).

A pergunta natural nesta altura é: os fenômenos jurídicos (descritos nos enunciados jurídicos) pertencem ao mundo exterior ou ao mundo interior? Responder a esta questão implica responder a uma outra: quais são os eventos tipicamente jurídicos? Kelsen não deixa margem a dúvidas ao afirmar repetidas vezes que os fenômenos jurídicos (descritos pelos enunciados jurídicos) são *normas jurídicas*.⁷ Mas o problema proposto no início do parágrafo só será resolvido, quando ficar esclarecido o que é uma norma jurídica para Kelsen.

⁷ Nos primeiros escritos de Kelsen, os conceitos de enunciado jurídico e norma jurídica são claramente diferenciados. Em 1941, a separação entre enunciados jurídicos (dever-ser em sentido descritivo) e normas jurídicas (dever-ser em sentido prescritivo) é introduzida (cf José Vilanova, Aportes de Hans Kelsen a la filosofía del derecho, *Anuário de Filosofia Jurídica y Social da Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Buenos Aires, 1981, vol. 1, p. 159-166) e transforma-se progressivamente em um dos pilares da Teoria Pura do Direito. A distinção já aparece claramente na *General theory of law and State* (p. 45-46) e será reiterada na maior parte das obras posteriores do autor. Alguns autores, entre os quais Ross e Bulygin têm dificuldade em compreender como um "dever-ser" pode ter um sentido descritivo. Para ambos uma descrição diz respeito às coisas que são e um "dever-ser em sentido descritivo" só poderia significar que algo que deve ser, efetivamente é (cf. Vilanova, *idem*, p. 162). O erro destes autores é considerar que para Kelsen o conceito de descrição só pode ser aplicado às coisas que são. Os enunciados jurídicos são, justamente, descrições de um dever-ser. Para uma análise mais elaborada da idéia de um dever-ser descritivo, ver Herbert L. A. Hart, *Kelsen visited, Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983 (reimpressão de 1993), p. 287.

A noção de norma (de um dever-ser) é considerada por Kelsen uma noção simples e, portanto, uma noção não-analisável. Esta é uma noção que não pode ser problematizada, já que é considerada como um dado imediato da consciência.⁸ Afirmará mais adiante que não é possível duvidar seriamente da noção de dever-ser⁹ (ainda que seja possível duvidar da noção de um dever-ser objetivo¹⁰). A noção de dever-ser é parte da geografia do "lugar" onde ocorrem os eventos não-exteriores¹¹ e, neste sentido, assemelha-se a um dado do mundo interior de Descartes. Os fatos do mundo interior de Descartes se apresentam imediatamente à consciência de quem pensa. As diversas normas que existem em um dado sistema jurídico não se apresentam imediatamente à consciência, mas o gênero

(8) Sobre o que entende por conceitos não-analisáveis, Kelsen remete à *Principia Ethica* de Moore e dá o ponto por encerrado na 2.ª ed. da *Teoria pura*. Cf. *Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 5 (edição portuguesa, p. 23).

(9) Cf. Hans Kelsen, idem, p. 110 (3. ed. portuguesa, p. 158).

(10) Idem, ibidem.

(11) Na primeira exposição sistemática de sua teoria (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911) Kelsen afirma expressamente que não é um monista ("Ich bin nicht ein monist", p. VI), já que acreditava que o dualismo entre ser e dever-ser era irredutível. Mas é interessante perceber que esta concepção dualista do mundo não satisfaz Kelsen. Algumas linhas adiante, o autor austríaco afirma: "Então, infelizmente, eu intuí (senti) uma construção dualista da imagem do mundo, no meu pensamento não vejo outro caminho que conduza a algo além da divisão entre eu e realidade, entre alma e corpo, entre sujeito e objeto, entre conteúdo e forma..." (So unbefriedigend ich auch eine dualistische Konstruktion des Weltbildes empfinde, in meinem Denken sehe ich keinen Weg, der über den unleidlichen Zwiespalt hinwegführt zwischen Ich und Welt, Seele und Leib, Subjekt und Objekt, Form und Inhalt..., p. VI). O ponto interessante nesta passagem é que Kelsen demonstra preferir uma espécie de monismo (semelhante, talvez, ao monismo realista), mas decide aceitar ("Annahme", p. V) a separação entre ser e dever-ser (p. V-VI).

à qual pertencem (o dever-ser) sim.¹² Se existe algum problema na definição do que seja uma norma jurídica, este problema é saber o que significa um "dever-ser" jurídico.

A norma jurídica é definida por Kelsen como o sentido objetivo atribuído a um ato de vontade.¹³ A atribuição de sentido é meramente subjetiva, quando o sujeito livremente interpreta um determinado ato como sendo algo a mais do que o simples evento físico. Pense-se em dois homens que se encontram na rua e que trocam um aperto de mãos. É possível interpretar este fato como um evento meramente físico em que um dado conjunto de matéria organizado de uma determinada forma (músculos, ossos, pele etc.) muda de posição no espaço até encontrar uma outra porção de matéria que está organizada de modo similar e, tendo ocorrido o encontro, realizam uma série de movimento no mesmo sentido e direção. Mas também é possível ver neste mesmo evento uma saudação entre dois homens e, neste caso, estamos atribuindo um sentido ao fato, ou seja, estamos interpretando este fato de uma dada maneira. Uma atribuição objetiva de sentido tem a simples peculiaridade de que o padrão de interpretação do fato é uma norma jurídica.¹⁴

Assim, a existência de uma norma (o sentido objetivo de um ato de vontade) sempre depende da existência de outra norma que serve como padrão para interpretação de alguns fatos brutos.¹⁵ Um

(12) Sua convicção na impossibilidade de definir o que seja um dever-ser (uma norma) está expressa em um relato feito por Hart da reação de Kelsen ao ser questionado em um debate com o próprio Hart sobre o que era uma norma. Kelsen bate a mão sobre a mesa e responde categoricamente: "normas são normas" (Kelsen visited, p. 287).

(13) Cf. *Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 2 (edição portuguesa, p. 19); idem, p. 3 (edição portuguesa, p. 20).

(14) Kelsen afirma taxativamente: A norma funciona como esquema de interpretação ("Die Norm fungiert als Deutungsschema"), idem, p. 3 (edição portuguesa, p. 20).

(15) Idem, ibidem.

homem e uma mulher pronunciam certas palavras em frente a outro homem, assinam um livro e cumprem alguns outros detalhes rituais – foi celebrado um casamento e surgiram para o homem e para a mulher obrigações. Por que esta série de atos pode ser considerada um casamento? Por que o Código Civil assim o determina. Mas o que diferencia o Código Civil de outros textos impressos? Por que utilizamos este texto (o Código Civil) e não livros de literatura para determinar a ocorrência de um casamento? Por que este texto foi aprovado pelo Poder Legislativo da República em 2002, ou seja, a maior parte de um grupo de senhores reunidos em uma sala em Brasília levantou as mãos, outros não. Mas o que diferencia este grupo de senhores de um bando de salteadores (para evocar o problema clássico proposto por Santo Agostinho) ou de um clube de suicidas (das novas mil e uma noites de Robert Louis Stevenson)? Por que as votações do clube de suicidas não criam normas jurídicas? Kelsen responderia, porque a Constituição determina em que circunstâncias o fato de que a maioria de um grupo de senhores levanta a mão pode ser considerada a votação de uma lei. Esta “cadeia de validação” nos põe dois problemas dos quais trataremos adiante: a) esta cadeia de validação deve terminar em alguma norma que é válida por si mesma, ou seja, sem necessidade de uma norma superior que a valide? b) Se esta cadeia deve terminar em uma tal norma, como é possível que esta norma última seja uma norma válida?

Por ora é importante ressaltar que a atribuição de sentido jurídico a fatos que ocorrem no espaço e no tempo não é um evento sensorialmente perceptível (do mundo natural-exterior), como o próprio Kelsen reconhece.¹⁶ A específica juridicidade de algo não é, portanto, uma qualidade no mundo espaço-temporal. Desta maneira todas as tentativas de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos serão sempre malsucedidas, pois não será

¹⁶ Idem, p. 4 (edição portuguesa, p. 20-21).

possível apreender a juridicidade de algo por sua posição no espaço e tempo, seu movimento etc. Enunciados jurídicos não descrevem fatos brutos, fatos do mundo exterior.¹⁷

Dentro do paradigma empirista moderno para a Ciência do Direito, como foi dito no primeiro capítulo, a única alternativa à interpretação dos enunciados jurídicos em termos de fatos brutos é a negação de que os enunciados jurídicos descrevam qualquer coisa *real*. O mundo para o cientista moderno é um mundo de fatos brutos, fatos em cuja caracterização a Ciência se despiu de toda a subjetividade. Só descrições elaboradas em termos de fato naturais podem garantir que não houve interferência da subjetividade na descrição de um estado de coisas. Sentenças que pretendem descrever algo e não são redutíveis a fatos brutos estariam contaminadas de subjetividade, e este tipo de contaminação tornaria a sentença imprestável como uma descrição do mundo “como ele realmente é”. Esta é a razão que justifica a tese realista segundo a qual expressões como “direitos subjetivos”, “deveres jurídicos” ou “obrigatoriedade das normas jurídicas” expressam ilusões.

Tendo sido constatado que as normas jurídicas não são entidades do mundo exterior, e que não poderiam nem mesmo ser traduzidas em termos de entidades físicas, Kelsen, como qualquer empirista jurídico moderno, se encontra diante da aparente necessidade de negar qualquer conteúdo cognitivo aos enunciados jurídicos. Mas Kelsen vai rejeitar também esta alternativa. Os enunciados jurídicos descrevem normas jurídicas e estas são entidades reais,¹⁸ ainda que não existam no mundo exterior. A pergunta que

¹⁷ Segundo afirma Kelsen, a redução de uma norma a um fato é uma maneira de simplificar a situação teórica, cf. idem, p. 220 (3. ed. portuguesa, p. 299).

¹⁸ O termo “real” é utilizado com cuidado por Kelsen. É possível identificar ao menos duas concepções de realidade em seus textos, quais sejam: 1) realidade como sinônimo de “mundo natural” (que é o mundo

pode surgir ao leitor de Kelsen é a seguinte: se as normas jurídicas não são objetos exteriores, como é possível que sejam entidades "reais" (a "realidade" na modernidade é o mundo como é independentemente de nosso ponto de vista)? Por outro lado, se as normas jurídicas são objetos interiores, os enunciados jurídicos não estariam descrevendo estados-de-coisa subjetivos e, portanto, algo que não faz parte do mundo considerado objetivamente (do mundo real)? Neste caso, a "Ciência" do Direito ficaria reduzida a um saber sobre a subjetividade, um saber sem objeto? Os conceitos de objetividade e exterioridade não são coextensivos?

Note-se a importância desses problemas. Kelsen afirma que a norma jurídica é um dever-ser objetivo (o sentido objetivo de um ato de vontade). Se esta afirmação não puder ser sustentada, e chegarmos à conclusão de que as normas jurídicas não são entidades objetivas (reais), mas meras impressões ou ilusões subjetivas, não será possível preservar a especificidade de uma Ciência do Direito, em bases kelsenianas.¹⁹ Se as normas jurídicas são entidades

sensível e/ou o mundo do espaço e do tempo); 2) realidade como objetividade (*Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 111-112, ed. portuguesa, p. 160). As normas jurídicas não são reais no primeiro sentido do termo, mas são reais no segundo sentido. Somente se tomamos o termo "real" e seus correlatos (realidade etc.) neste segundo sentido podemos compreender a afirmação de Kelsen segundo a qual a Teoria Pura do Direito a uma teoria radicalmente realista (a expressão "radicalmente realista" pode ser encontrada tanto na primeira quanto na segunda edição alemã da *Teoria pura* (cf. Hans Kelsen, *La teoria pura del derecho: método y conceptos fundamentales*, trad. da 1. ed. alemã da *Teoria pura do direito* por Luis Legaz y Lacambra, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, p. 19; quanto à 2.ª ed. alemã, ver *Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 112 (3. ed. portuguesa, p. 161).

(19) A tentativa de encontrar um estatuto teórico específico (e um objeto específico) para a Ciência do Direito é claramente uma das principais preocupações de Kelsen, conforme ele próprio esclarece no início de cada edição de sua *Teoria pura do direito*. É um lugar comum na literatura

meramente subjetivas, não é possível estabelecer conhecimento sobre elas (descrições de normas jurídicas não seriam descrições do mundo)²⁰ e o que restaria ao cientista do Direito seria fazer sociologia (ou psicologia social). Especificamente quanto aos nosos enunciados jurídicos, teríamos de admitir, segundo a concepção de Ciência de Kelsen, que são enunciados sem sentido.²¹ Kelsen não está disposto a conceder quer uma coisa (a subjetividade do direito²²), quer outra (a impossibilidade de atribuir um conteúdo cognitivo aos nosos enunciados sobre o direito²³). Esta postura de Kelsen pode ser explicada pelo objetivo maior de sua *Teoria pura do direito*: oferecer um esquema racional de compreensão dos atos de coação eficazes em uma sociedade. De qualquer forma, não nos

sobre a obra de Kelsen a afirmação de que sua principal contribuição à Teoria do Direito foi a busca de um estatuto verdadeiramente científico para a Ciência jurídica (v.g., Martín Laclau, Palabras inaugurales, da homenagem a Hans Kelsen publicada pelo *Anuário de Filosofía Jurídica y Social da Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Buenos Aires, 1981, vol. 1, p. 154; José Antonio Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid: Editorial Tecnos, 1989, p. 36; Miguel Reale, *A visão integral do direito em Kelsen, Estudos de Filosofía do Direito: Uma visão integral da obra de Hans Kelsen*, São Paulo: RT, 1984, p. 19-20; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 (trad. da 5.ª edição alemã de 1983 por José Lamengo e revisão por Ana de Freitas), p. 82).

(20) Esta afirmação só está correta dentro do paradigma kelseniano sobre o que pode ser objeto de conhecimento. Para Kelsen, entidades não objetivas não podem ser objeto de conhecimento e, por esta razão, é impossível estabelecer um conhecimento absolutamente objetivo da moral. A moral só pode ser estudada como um ramo da psicologia social.

(21) Cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 110 (3. ed. portuguesa, p. 158).

(22) Idem, p. 110-111 (3. ed. portuguesa, p. 158-160).

(23) Idem, ibidem.

compete aqui uma análise completa da teoria pura do direito, e, em especial, das razões que levaram Kelsen a desenvolver esta teoria. O importante é apenas ter em mente dois dos objetivos imediatos de Kelsen: defender o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos e defender a possibilidade de compreender os atos de coerção em uma sociedade de um modo diferente do que a compreensão fornecida pelas ciências da natureza. Para atingir estes objetivos Kelsen deve encontrar um meio de considerar objetivo um fenômeno não-externo, qual seja a atribuição de sentido em que consiste uma norma jurídica. Desde já é importante perceber que o próprio Kelsen não considera este um problema trivial.²⁴ Para resolvê-lo será necessário subverter um dos postulados clássicos de uma concepção filosófica sobre a ciência que é típica do empirismo moderno, a saber: a identificação do "objetivo" com o "exterior". Só eliminando esta identificação, o autor austríaco pode admitir a existência de entidades que, mesmo não sendo parte do mundo exterior, podem ser consideradas objetivas. O problema que persiste é: como tornar objetivo algo que não ocorre no mundo exterior (uma atribuição de sentido).

Kelsen não oferece uma resposta específica para esse problema, mas é possível tirar algumas conclusões sobre o assunto a partir de seus textos fundamentais. É bom lembrar que a norma é o sentido *objetivo* de um ato de vontade. Existir para uma norma (em termos kelsenianos, valer) significa ser o sentido objetivo de um ato de vontade. A norma é, por definição, algo objetivo, de modo que o simples fato de ser válida implica sua objetividade. Isto quer dizer que toda a extensão de "normas válidas" está contida em "dados objetivos".

Mas o que significa para uma norma ser válida (existente)? A validade da norma jurídica é simplesmente o resultado da interpre-

²⁴ Idem, p. 110 (3. ed. portuguesa, p. 158).

tação de um ato de vontade segundo uma outra norma jurídica. A validade desta segunda norma depende, por sua vez, da interpretação de outro ato de vontade em que se utiliza uma terceira norma como esquema de interpretação. Este é o momento de retomar dois problemas que foram apenas introduzidos acima. O primeiro destes problemas é: a cadeia de validação deve ter um fim em alguma norma?

Para este problema, a resposta de Kelsen é clara: a validação deve ter um fim. O que Kelsen não explica é: *por que* a cadeia não pode ser infinita? Uma resposta para este problema será objeto da segunda parte do próximo capítulo. Para Kelsen, o ponto importante é definir qual o momento final da cadeia de validade (ou, o que é o mesmo, o ponto inicial da imputação de deveres jurídicos).

Quando admite que a cadeia de validação deve ter um fim, Kelsen deve oferecer uma resposta segura a um problema fundamental: como a última norma do sistema pode ser considerada válida? A cadeia de validação só é possível até o ato constituinte. Desta maneira, o problema da objetividade das normas é diferido até as normas constitucionais, acima das quais é impossível imaginar uma norma que resulte da interpretação de um ato de vontade. Aqui surge o problema: se não existe nenhuma norma resultante da interpretação de um ato humano que nos possa oferecer um padrão para a interpretação do ato constituinte, o que garante a validade (e a objetividade) das normas constitucionais e, em consequência, de todo o sistema? Para resolver este problema, Kelsen introduz o conceito de uma norma fundamental que é, a um tempo, o fundamento da validade e o fundamento da objetividade²⁵ das

²⁵ Em diversas ocasiões Kelsen afirma que a pressuposição de uma norma fundamental é uma condição para que seja possível atribuir um sentido objetivo a um ato de vontade, v.g., *Reine Rechtslehre*, 2. ed. p. 8 (3. ed. portuguesa, p. 27) e p. 110 (3. ed. portuguesa, p. 158) etc.; ver também uma menção ao final do Apêndice à 2.ª edição alemã da *Reine*

normas jurídicas. Dado que a noção de uma norma fundamental é apontada pelo próprio autor como a chave para compreender como é possível que o fenômeno jurídico seja algo objetivo, é necessário esclarecer algo sobre o que é a norma fundamental kelseniana.²⁶

Rechtslehre, p. 443 (ver tradução portuguesa em: Hans Kelsen, *Justiça e direito natural* (trad. João Baptista Machado do Apêndice da 2.ª ed. alemã da *Reine Rechtslehre*), 2.ª ed., Coimbra: Arménio Amado, Sucessor, 1979, p. 170-171).

⁽²⁶⁾ O conceito de norma fundamental não permanece inalterado nos mais de sessenta anos durante os quais Kelsen publicou diversas versões de sua teoria. Nos parágrafos seguintes minha interpretação toma por base a segunda edição alemã da *Teoria pura* de Kelsen, sendo que eventualmente serão mencionadas algumas outras obras, notadamente sua pós-tuma *Teoria geral das normas*. A idéia de uma norma fundamental nem sempre foi defendida por Kelsen, que, em seu primeiro trabalho sistemático (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit.), não intui o problema. O próprio Kelsen afirma no prefácio da segunda edição de seus *Hauptprobleme...* que a intuição inicial sobre uma norma fundamental surgiu em um artigo publicado em 1914 (RAMOS PASCUA, José Antônio. *La regla de reconocimiento...*, cit., p. 35; VILLANOVA, Lourival. Teoria da norma fundamental. *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*. Org. Teófilo Cavalcanti Filho. São Paulo: RT/Ed. da Universidade de São Paulo, 1977, p. 18). Desde o seu surgimento a noção de norma fundamental não permaneceu inalterada. Note-se, por exemplo, que em 1925 a norma fundamental incluía também alguns princípios estruturais do Direito (como a regra *lex posterior derogat priori*). Já na primeira edição alemã da *Teoria pura do direito* (e nos textos posteriores do autor) não há qualquer menção a estes princípios como parte do conteúdo da norma fundamental. De outra parte é possível perguntar se na edição francesa de 1953 e na segunda edição alemã da *Teoria pura do direito* a possibilidade de derrogação de normas através do costume não estaria inserida *necessariamente* na norma fundamental. Kelsen em momento algum afirma isto, mas, examinando-se as passagens em que discorre sobre o dissuetudo (*Théorie pure du droit*, cit., p. 44 e p. 126-128; *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., cit.), é possível perceber que, mesmo em uma constituição que não prevê o dissuetudo como forma de extinção

A norma fundamental é, como vimos, a última norma em uma cadeia de validação e por isso é logicamente impossível defini-la da mesma forma como foram definidas as demais normas do sistema, ou seja, como o sentido objetivo de um ato de vontade. Se utilizássemos esta definição, seria necessário imaginar outra norma que servisse como esquema de interpretação para o ato que pôs a norma fundamental e, conseqüentemente, esta não seria uma norma última. Por esta razão Kelsen afirma que não se trata de uma norma posta e reconhece que esta não-positividade do fundamento do sistema jurídico aproxima a teoria pura do direito das teorias jusnaturalistas.²⁷ Kelsen afirma em diversas ocasiões que normas são ou bem o sentido objetivo de um ato de vontade, ou bem o conteúdo de um ato de pensamento. Dado que a norma fundamental não pode (logicamente) ser o sentido de um ato de vontade, só pode ser o *conteúdo de um ato de pensamento*.²⁸ Mas o que é um ato de

de normas, é impossível garantir a integridade das normas jurídicas à sua absoluta e geral falta de eficácia. Todas estas alterações estão intimamente relacionadas com a evolução geral da teoria pura do direito de Kelsen, notadamente a problemas como o papel da eficácia e o *status* lógico da regra *lex posterior...* Em todo este período parece, entretanto, que alguns elementos centrais do conceito permaneceram inalterados, em especial a natureza metodológica do ato que põe a norma fundamental (neste sentido, Lourival Villanova, op. cit. p. 31). O conceito de norma fundamental sofrerá alterações (estas mais notórias) após a publicação da segunda edição alemã da *Teoria pura do direito*. Creio que estas alterações (afirmadas expressamente em sua teoria geral das normas) são, ao menos em certo sentido, apenas um desenvolvimento do que já estava contido em seu texto de 1960.

⁽²⁷⁾ Sobre a semelhança entre a teoria pura do direito e o jusnaturalismo (e sobre as grandes dessemelhanças entre uma e outra) ver Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., cit., p. 442-443 (versão portuguesa em Hans Kelsen, *Justiça e direito natural*, cit., p. 169-170).

⁽²⁸⁾ Cf. *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., cit., p. 9 (3.ª ed. portuguesa, p. 28); p. 268 (edição portuguesa, p. 282-283).

pensamento? O ato de pensamento é explicado na teoria geral das normas como a figuração mental de um estado de coisas. A norma fundamental seria, então, a representação de um estado de coisas, qual seja o estado de coisas em que existe o dever de obedecer à primeira constituição histórica. O estado de coisas em que consiste a figuração da norma fundamental tem a peculiaridade de ser um estado de coisas hipotético, ou, como afirmará Kelsen em sua obra póstuma, um estado de coisas fictício. Isto significa que a figuração é de um fato que não necessariamente existe (se trata de uma hipótese) ou que necessariamente não existe²⁹ (se trata de uma ficção em sentido próprio). Toda a validade das normas e, consequentemente, toda a objetividade do Direito repousa na pressuposição³⁰ de uma norma fundamental, ou seja, na pressuposição de uma hipótese ou ficção. O fato de que a norma fundamental não é uma norma posta, mas uma norma pressuposta explica por que Kelsen afirma que *não há necessidade* de que esta norma seja postulada.³¹ Existe, portanto, uma opção entre postular ou não uma norma fundamental; se a objetividade do Direito depende da norma fundamental é lógico pensar que a objetividade do Direito depende da *opção de postular* a norma fundamental. Note-se que a teoria pura do direito vincula neste ponto a própria objetividade das normas a uma opção. Mas é necessário esclarecer quais os limites desta liberdade em postular a norma fundamental.

A norma fundamental é uma norma (uma estrutura de dever-ser) que está pressuposta no sistema jurídico, *se se deseja dar um sentido objetivo aos atos de vontade que o instituem*. Postular uma

²⁹ Cf. Hans Kelsen, *Teoria geral das normas*, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 328-329.

³⁰ Cf. *Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 23 (3. ed. portuguesa, p. 46); p. 206 (edição portuguesa, p. 280); ver também Hans Kelsen, *Teoria geral das normas*, p. 328.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, loc. cit.

norma fundamental é uma opção de quem quer compreender de um determinado modo (o modo especificamente jurídico) alguns atos de vontade humanos. Kelsen afirma textualmente: "Se considerarmos o Direito positivo como válido, então pressupomos a norma segundo a qual nos devemos conduzir tal como prescreve a primeira constituição histórica em conformidade com a qual foi criada a ordem jurídica positiva"³². Ao que parece, então, a postulação de uma norma fundamental depende de um evento subjetivo, qual seja a vontade de interpretar alguns fatos físicos como fatos jurídicos.³³ Note-se que Kelsen é prescritivo para a Ciência do Direito: se eu desejo compreender o direito, devo postular uma norma fundamental. Se não desejo compreender o Direito, posso ater-me à descrição de fatos brutos.

A objetividade da Ciência do Direito repousa, portanto, sobre a vontade de interpretar um conjunto de fatos como fatos jurídicos ou, o que é o mesmo, sobre a vontade de explicar o comportamento por referência a cadeias de imputação (cujos elementos são normas) e, não, a cadeias de causalidade (cujos elementos são fatos brutos). Note-se que a norma fundamental não é uma mera condição de *inteligibilidade* do Direito (embora também o seja), mas uma condição da *objetividade* das normas.³⁴ A imputação não apenas

³² Cf. Hans Kelsen, *Justiça e direito natural*, p. 170. No original: "Wenn man das positive Recht als gültig betrachtet, so setzt man die Norm voraus, daß man sich so verhalten soll, wie die historisch erste Verfassung, der gemäß die positive Rechtsordnung erzeugt ist, vorschreibt" (*Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 443).

³³ Creio que a alteração do conceito de norma fundamental na obra póstuma de Kelsen não é mais do que um desenvolvimento deste aspecto subjetivo já presente na concepção da segunda edição alemã da *Teoria pura do direito*.

³⁴ A norma fundamental é referida como condição de objetividade do Direito em diversas passagens da *Teoria pura do direito*, entre as quais: *Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 8 (edição portuguesa, p. 27); idem, p.

oferece um esquema de compreensão para as normas, mas também cria estas normas (os elos da cadeia de imputação que se encerra na norma fundamental). Dado que a imputação tem uma função adicional em relação à causalidade, é possível questionar a opção kelseniana de considerar a imputação como uma categoria do entendimento (no sentido kantiano).³⁵ Kant não duvidaria de que os fatos conectados em função da categoria "causalidade" existem independentemente de nossa percepção da relação de causalidade.³⁶ A causalidade é só uma categoria de entendimento e, portanto, não tem o condão de criar os fatos brutos que são conectados por ela. Para Kelsen a postulação de uma norma fundamental (algo subjetivo) não determina apenas qual o objeto da Ciência do Direito, mas determina principalmente que exista um objeto para a Ciência do Direito. Kant não duvidaria de que a realidade existe independentemente do sujeito que a concebe. Para Kelsen a realidade (objetividade) do Direito depende da norma fundamental e esta norma depende da decisão subjetiva do pesquisador quanto a postulá-la ou não. O objeto (a realidade) depende do sujeito. Devemos ter em mente que o objetivo da Ciência moderna é descre-

110 (3. ed. portuguesa, p. 158); idem, p. 203 (3. ed. portuguesa, p. 277); idem, p. 205 (3. ed. portuguesa, p. 279).

³⁵ É frequente ver na escolha kelseniana das categorias do ser e do dever-ser a influência da Teoria do Conhecimento de Kant (v.g. e Martin Diego Farrel, *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires: Astrea, 1972, p. 45). De fato, Kant parece exercer influência neste aspecto fundamental do pensamento jurídico de Kelsen, como o próprio autor austríaco admite (*Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 205; ed. portuguesa, p. 279). Mas isto não nos deve impedir de perceber algumas diferenças, como o fato de que a norma fundamental não só torna possível o conhecimento do Direito, como também é responsável pela própria existência de qualquer sistema jurídico (cf. Lourival Villanova, op. cit. p. 6-8).

³⁶ A coisa-em-si existe independentemente de nossa forma de concebê-la, muito embora seja impossível conhecer esta coisa-em-si. Para Kelsen, a categoria "imputação" constitui a coisa-em-si.

ver o mundo independentemente de como nós o vemos, o mundo "como realmente é". Para Kelsen uma parte do mundo objetivo (o seu aspecto jurídico) depende, em última instância da subjetividade, ou seja, da decisão de alguém assumir um determinado ponto de vista.

A parcela do mundo objetivo estudada pelo Direito não existiria "independentemente de um ponto de vista subjetivo". Ao contrário, para que o Direito exista, é necessário que seja postulada uma norma fundamental, o que significa: que seja figurado mentalmente um estado de coisas que não só não existe (como pensava Kelsen até a 2.^a edição alemã da *Teoria pura*) como não poderia logicamente existir (a "ficção" na teoria geral das normas). Esta figuração decorre de uma opção por compreender a realidade "do ponto de vista do jurista". Neste sentido a objetividade do Direito repousa em algo subjetivo, a saber: a vontade de descrever uma série de fenômenos como fenômenos jurídicos.

Aqui Kelsen deixa o flanco aberto para o ataque do realista. A pergunta que o realista escandinavo quer ver respondida é: por que eu devo tomar esta decisão? Por que não é possível explicar todos os fatos de um ponto de vista não-jurídico? Se a existência do direito depende desta opção, esta objeção realista é fatal para Kelsen. O realista convida Kelsen para levar o projeto empirista até o fim, abandonar a proposta de fundar a objetividade em um ato de vontade subjetivo, e se contentar com a objetividade "absoluta" que a física moderna nos apresenta. Kelsen jamais aceitou este convite, mas tratou de estabelecer limites objetivos ao conteúdo da norma fundamental.

Se todo o direito decorre da subjetividade de quem postula a norma fundamental, surge naturalmente o problema de saber se aquele que postula a norma fundamental tem liberdade para determinar seu conteúdo. Se existe liberdade na determinação de conteúdo da norma fundamental, podemos fundamentar um conjunto infinito de sistemas jurídicos. Se eu postulo, v.g., a norma funda-

mental "todos devem se comportar segundo eu ordeno", estou criando um sistema jurídico. A resposta à pergunta "quais são as normas jurídicas válidas?" dependeria, nesta situação, da subjetividade de qualquer um que quisesse postular uma norma fundamental. Esta solução é insustentável para Kelsen e, por este motivo, é introduzido um limite de conteúdo à norma fundamental: só tem sentido postular uma norma fundamental se através dela podemos explicar um conjunto de atos de coação globalmente eficazes.³⁷

Desta forma, Kelsen limita o ato subjetivo que funda esta objetividade à escolha de descrever os fenômenos como fenômenos jurídicos (pela categoria da imputação). Uma vez feita esta escolha, o cientista do Direito não poderá mais influir sobre a objetividade das normas jurídicas. Se eu desejo entender uma série de fenômenos como fenômenos jurídicos, necessariamente devo postular uma norma fundamental (não posso conhecer o Direito sem postulá-la), mas não posso postular *qualquer* norma fundamental. Se eu postulo a norma fundamental "todos devem se comportar segundo eu ordeno", não estou estabelecendo conhecimento sobre nenhum sistema jurídico, já que não existe uma ordem de coação globalmente eficaz que pode ser explicada por esta norma. Se eu me afastar deste limite, o resultado de minha postulação não é satisfatório, ou seja, nenhuma ordem jurídica foi fundamentada. Minha postulação só pode ser encarada como o sentido subjetivo de um ato de vontade, mas não como o sentido de um ato de pensamento. Neste sentido, a liberdade para postular qualquer norma fundamental é limitada.³⁸ A objetividade de um sistema jurídico de-

⁽³⁷⁾ Cf. *Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 443 (em português em *Justiça e direito natural*, p. 170-171); ver ainda Hans Kelsen, *Teoria geral das normas*, p. 328.

⁽³⁸⁾ Cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 204 (3. ed. portuguesa, p. 278); uma breve análise deste aspecto da teoria pura pode ser encontrado em Martin Diego Farrell, op. cit., p. 58 e ss.

corre de um ato subjetivo, mas essa subjetividade não é absoluta na definição de quais são as normas jurídicas e, conseqüentemente, na definição do sentido dos enunciados jurídicos. Meus direitos não decorrem de minha subjetividade no sentido de que eu decido quais os direitos que tenho, mas no sentido de que o conjunto de normas que me conferem direitos e atribuem deveres depende de uma atitude determinada: a decisão de explicar juridicamente os fatos.

Quando limita o conteúdo da norma fundamental, Kelsen deixa claro que a eficácia é condição para que o conjunto de normas seja válido.³⁹ Kelsen nega que a eficácia das normas inferiores à norma fundamental possa ser determinada por fatos, mas reconhece que o conteúdo da norma fundamental não pode ser escolhido arbitrariamente, pois está limitado pela eficácia do sistema como um todo. Nesta situação a pureza da teoria pura do direito fica comprometida. O direito é determinado também por fatos brutos e, portanto, faz parte do mundo exterior. Mais ainda: se os fatos brutos determinam o conteúdo da norma fundamental, a relação entre a eficácia do sistema e a validade da norma fundamental é uma relação de causalidade ou de imputação (ou de um terceiro gênero que Kelsen jamais introduziu⁴⁰)? A tentativa de Kelsen de separar o direito dos fatos brutos apresenta problemas.

Estes limites à liberdade de postular a norma fundamental não são suficientes para refutar a objeção realista a Kelsen. Toda a ob-

⁽³⁹⁾ Kelsen afirma que a eficácia é apenas *conditio sine qua non* para a validade, mas não *conditio per quam* (*Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 196-197 - 3. ed. portuguesa, p. 268). Esta distinção não elimina o ponto fundamental: a eficácia é uma condição de validade da ordem jurídica (sobre o tema, veja-se Barzotto, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 48 e ss).

⁽⁴⁰⁾ Talvez a diferença entre *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, mencionada na nota anterior, introduza esta terceira categoria, mas isto não fica claro em Kelsen.

jetividade do Direito segue dependendo da vontade ou não de compreender os fenômenos do ponto de vista jurídico.

Gostaria agora de reconstituir sucintamente meu argumento sobre o modo como Kelsen trata o problema do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos. Toda a descrição científica é, para Kelsen (como para qualquer cientista), a descrição de um evento objetivo. Uma descrição da Ciência do Direito é sempre uma descrição de um tipo de dado objetivo, qual seja a norma jurídica. As normas jurídicas não são objetos "exteriores", no sentido de que não são parte do mundo físico. As normas jurídicas não são objetivas no sentido que a filosofia empirista atribuiu à palavra "objetivo", dado que objetividade era identificada com o mundo exterior e, desta maneira, purificada da subjetividade. A objetividade das normas jurídicas não é independente dos sujeitos, dado que depende de uma norma fundamental e a postulação de uma norma fundamental é uma decisão subjetiva. Mas, ainda que dependa dos sujeitos, a objetividade das normas jurídicas não se confunde com a subjetividade. O meu dever ou o meu direito não dependem somente de minha opinião sobre meus deveres ou direitos. Existe pelo menos uma condição que a atitude subjetiva que funda o Direito (decidir compreender alguns fatos como jurídicos) deve preencher, para que possamos dizer que as normas inferiores, que são validadas pela norma fundamental, são normas objetivamente válidas. As normas jurídicas dependem, portanto, para existir (ser válidas) dos sujeitos, mas não são dados subjetivos.

Kelsen percebe que as fronteiras entre o objetivo e o subjetivo conforme foram traçadas no início da modernidade não servem como esquemas de compreensão para fenômenos jurídicos. Mas Kelsen não está disposto a abandonar completamente esta concepção de objetividade, notadamente a idéia de que só fenômenos objetivos podem ser descritos. Sem poder admitir que é possível descrever fenômenos subjetivos, Kelsen trata de estabelecer uma concepção peculiar de objetividade para as normas jurídicas. A

principal peculiaridade da objetividade de uma norma jurídica é sua relação com um ato subjetivo, nomeadamente, a postulação de uma norma fundamental. E esta norma fundamental, que resulta de um ato de vontade, tem seu conteúdo determinado pela necessidade de que o sistema que fundamenta possa explicar juridicamente um conjunto de atos de coação globalmente eficazes.

giar a ciência que se tornou o padrão para o conhecimento "absoluto" (independentemente de nossa perspectiva): a física. De outro lado, os realistas e Kelsen, por caminhos diferentes, ligam a objetividade do Direito também a nossa perspectiva. O realismo escandinavo freqüentemente utiliza a nossa experiência sensorial para julgar se algo é ou não real (e se pode ou não ser objeto de conhecimento). Kelsen também utiliza os sentidos como padrão para saber o que é ou não real mas, além disto, propõe que a própria objetividade do Direito depende de uma atitude do sujeito cognoscente. Isto significa que tanto o realismo escandinavo quanto a teoria pura do direito ligam, paradoxalmente, a objetividade do jurídico a um ponto de vista além de nossa perspectiva (o que quer que isto signifique), e, simultaneamente, à nossa perspectiva.

Esta tensão, que caracteriza boa parte do positivismo jurídico contemporâneo, é uma instância da tensão mais geral entre a necessidade de que as descrições sejam totalmente desvinculadas de qualquer perspectiva (o que Thomas Nagel chamou de "uma visão desde lugar algum") e a necessidade de que descrevamos o mundo de nossa perspectiva, já que somos seres finitos e que a inteligibilidade de nossas descrições sobre o mundo depende de alguma relação com a nossa perspectiva. Esta tensão é fonte de alguns problemas filosóficos relevantes: como é possível que criaturas finitas descrevam o mundo independentemente de sua perspectiva? Como é possível que uma descrição feita de uma determinada perspectiva seja objetiva (a objetividade não supõe uma existência absoluta do objeto)?

A maior novidade que a teoria de Hart trouxe à compreensão do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos foi o fato de que o autor não assume como necessário o primeiro pólo da tensão. Hart não assume que as "verdadeiras" descrições sejam sempre independentes de nossa perspectiva. Isto explica como as descrições feitas de um "ponto de vista interno" podem ser consideradas descrições objetivas.

4

O MUNDO VISTO DE LUGAR NENHUM: UMA DISCUSSÃO SOBRE A OBJETIVIDADE E O CONHECIMENTO

SUMÁRIO: 4.1 A viabilidade de uma concepção absoluta da objetividade - 4.2 O que resta ao conhecimento sem uma concepção absoluta de objetividade.

O segundo e o terceiro capítulos desta dissertação permitem concluir que existe uma característica comum (e não óbvia) ao realismo escandinavo e à teoria pura do direito: ambas as teorias jurídicas sustentam que verdadeiras descrições do direito são sempre descrições empíricas. Constatamos que existe uma tensão em ambas as teorias entre duas suposições sobre o que pode ser tomado como "empírico" e, conseqüentemente, entre duas concepções de objetividade (realidade).

De um lado, tanto os realistas quanto Kelsen ligam a objetividade (o que pode ser descrito) a um "mundo físico",¹ a um "mundo do tempo e do espaço"² etc. e, desta forma, pretendem privile-

(1) A. Hägerström, *Inquiries into the nature of law and morals*, p. 324, apud Karl Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (traduzido do original inglês de 1962 por Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 24

(2) Para o realismo escandinavo ver Karl Olivecrona, *El derecho como hecho* (traduzido da 1. ed. em inglês), Buenos Aires: Depalma, 1959, p. 6; ver também *Law as fact*, 2. ed., cit., p. 138, e na introdução (p. VII). Para Kelsen, ver *Reine Rechtslehre*, 2. ed., cit., p. 3 (3. ed. portuguesa, p. 20).

Antes de tratar especificamente da forma como Hart dá conta dos enunciados jurídicos, é necessário esclarecer algo sobre quais são as relações entre *objetividade e perspectiva* para um filósofo que postula uma "concepção absoluta da objetividade", em que só as descrições feitas independentemente de qualquer perspectiva podem contar como descrições do mundo.

4.1 A viabilidade de uma concepção absoluta da objetividade

Este capítulo se destina à análise da viabilidade de uma concepção absoluta da objetividade. A tese segundo a qual só descrições absolutamente independentes de nossa perspectiva (descrições feitas a partir de lugar algum) contam como descrições objetivas (descrições do mundo como "ele realmente é") implica: a) uma concepção das relações entre objetividade e perspectivas particulares; b) uma determinada concepção sobre a nossa forma de lidar com os conceitos; e c) uma certa concepção sobre quais são as qualidades verdadeiras dos objetos (as qualidades primárias). Se estas concepções, implicadas pela tese de que a objetividade é independente da nossa perspectiva, não puderem ser sustentadas, a tese, por *modus ponens*, está refutada. O argumento apresentado a seguir procuram demonstrar quais são as concepções implicadas pela mencionada concepção. O objetivo desta seção não é oferecer uma refutação completa à tese de que a objetividade independe de nossa perspectiva, mas os argumentos apresentados podem servir para demonstrar alguns dos problemas mais relevantes desta tese.

a) Quem defende uma "concepção absoluta de objetividade" não pode admitir que uma descrição desde uma perspectiva particular seja considerada uma descrição objetiva. Este tipo de relação entre objetividade e perspectiva é, por definição, impossível. Ainda assim aquele que afirma que as descrições "verdadeiras" não podem ser feitas desde uma perspectiva não pode negar que *existem* descrições sob uma perspectiva. Estas descrições ou bem são

consideradas falsas, ou bem são consideradas descrições sem sentido. De toda maneira, as descrições "desde uma perspectiva" não são boas descrições. Mesmo que as descrições "contaminadas" não possam ser consideradas boas descrições do mundo, existe um sentido em que a concepção absoluta da objetividade não pode desprezá-las: estas descrições são fatos e, como tais, podem (e devem) ser tomadas a sério por aquele que postula uma concepção absoluta da objetividade *como um objeto de estudo*.

É isto que Bernard Williams quer dizer quando afirma que uma descrição completa do mundo "desde lugar nenhum"³ deve conter uma teoria do erro (e do acerto). As descrições "desde uma perspectiva" devem ser explicadas no mesmo sentido que as tempestades elétricas devem ser explicadas. Para que possa ser correta a tese de que as descrições devem ser feitas sempre independentemente de nosso ponto de vista, é necessário que uma tal descrição seja capaz de dar conta de todos os fenômenos, inclusive de nossas concepções parciais do mundo. Ou seja, deve explicar em termos absolutamente objetivos o fato de que pensamos que as coisas têm cor ou o fato de que pensamos ter direitos.

A explicação que se pretende independentemente de nossa perspectiva necessariamente será compreendida por qualquer ser racional, mesmo que este ser não compartilhe nossa aparelhagem sensorial ou a nossa forma de vida (na verdade esta é uma das alegadas vantagens destas descrições sobre as descrições "desde uma perspectiva"). Isto não é apenas *possível* para descrições feitas desde lugar nenhum, mas *necessário* se esta descrição é realmente independente de nossa perspectiva. Se outro ser racional não for capaz de compreendê-la, a descrição pretensamente "pura" está, na verdade, contaminada por nossa perspectiva.

³ É obrigatória a remissão a Thomas Nagel, que propôs a metáfora da visão desde lugar nenhum (*The view from nowhere*. Oxford: Oxford University Press, 1986).

O ponto de que pretendo me ocupar a seguir é uma resposta ao seguinte problema: é possível que uma descrição “desde lugar algum” dê conta corretamente de nossa perspectiva?

Pretendemos tomar como ponto de partida duas afirmações feitas de passagem por autores que assumem que as descrições físicas (“desde lugar algum”) são melhores do que as descrições feitas “desde um ponto de vista” (ainda que esta assunção não seja explícita no caso de Olivecrona). A primeira afirmação é de Bernard Williams: o autor britânico admite que mesmo explicadas do ponto de vista absolutamente objetivo, algumas de nossas experiências não poderão ser compreendidas por seres que, mesmo inteligentes, não compartilhem a vivência de “ser humano”.⁴ A segunda afirmação consta em um texto de Olivecrona vertido para o espanhol: “Se um astronauta de um distante planeta descesse algum dia a terra, não poderia perceber nem direitos nem deveres, nem qualidades nem poderes jurídicos”.⁵ Quando Olivecrona liga a objetividade de algo à possibilidade de explicar as coisas a alguém de um planeta distante, utiliza o termo “astronauta”, e não o termo “alienígena”, optando, mesmo que inconscientemente, por um termo que não afasta a possibilidade de que tenhamos *muito* em comum com este ser de outro planeta. O fato de que estas afirmações são adotadas como ponto de partida não significa que o argumento a seguir seja válido apenas para estes autores ou que apenas aponte um erro ou uma inconsistência em suas teorias. Como será fácil

(4) Sobre a concepção absoluta de mundo Williams afirma que ela “will also help to explain to us, though not necessarily to those alien investigators, such things as our capacity to grasp that conception” (vai também ajudar a explicar para nós mesmos, embora não necessariamente para aqueles observadores alienígenas, coisas tais como a nossa capacidade de alcançar esta concepção). Ver *Ethics and the limits of philosophy*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, p. 140, apud Hilary Putnam, *Renewing philosophy*, cit., p. 212.

(5) Cf. Karl Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*, p. 8.

perceber, o tipo de problema que é apontado no argumento diz respeito à própria concepção de que as verdadeiras descrições são feitas independentemente do nosso ponto de vista.

Para compreender o que Williams e Olivecrona imaginam como uma forma de dar conta de nossas visões parciais, vejamos como a Física (a ciência que pretende descrever o mundo de modo “independente de nossa perspectiva”) explica o que significa “ser vermelho”. Ser vermelho é provavelmente uma disposição de alguns materiais de refletir mais luz na frequência mais baixa perceptível a olho nu do que em qualquer outra frequência. Se um físico nos afirma que esta é a definição de “vermelho” estamos tentados a pensar que nos foi esclarecido algo sobre o que é “ser vermelho”. Mas será verdade que o físico deu precisão ao conceito de vermelho? Tudo o que o físico fez foi oferecer um critério realmente seguro para identificar quais são as coisas vermelhas, mas isto significa que nós sabemos mais sobre o que é “ser vermelho” depois da definição do físico?

Imagine-se a seguinte situação: o físico explica a um homem daltônico o que é vermelho e entrega a este homem um aparelho capaz de medir o comprimento das ondas luminosas refletidas pelos objetos. Suponhamos que o conjunto das coisas que identificamos como “vermelhas” coincide exatamente com o conjunto das coisas que o daltônico agora identifica com sua definição física e com seu aparelho para medir comprimentos de onda. Talvez este homem esteja menos sujeito a erro do que nós estamos, já que o aparelho não se deixará enganar por jogos de luz e sombra. Estaríamos justificados em afirmar que o homem daltônico, que agora identifica as coisas vermelhas com perfeição, sabe o que é “ser vermelho”?

Em uma linguagem mais técnica: a coincidência extensional das definições implica que exista uma coincidência intensional? Saber identificar quais são as coisas vermelhas implica saber o que é “ser vermelho”?

Outras estratégias podem ser elaboradas para tentar explicar a percepção das cores por referência a fatos brutos (físicos). Podemos,

por exemplo explicar “vermelho” como um conjunto de processos químicos mentais. Este tipo de estratégia está aberto, porém, à mesma objeção a que se expõe a definição de vermelho como uma disposição para refletir determinadas frequências de luz, a saber: os processos químicos que acompanham a sensação⁶ do ser vermelho não podem dar conta de nossas capacidades de conceituação.

O que foi dito acima sobre o conceito de “vermelho” serve para a maior parte dos conceitos jurídicos básicos: uma definição em termos de fatos brutos que nos permita determinar todos os casos em que existem direitos subjetivos não esclarece muito sobre o conceito de direito subjetivo. Mesmo que a definição “fiscalista” seja extensionalmente coincidente com o conjunto de situações em que normalmente afirmamos que existem direitos subjetivos, não terá dito nada sobre o que queremos dizer com “direito subjetivo”.⁷

Mesmo concedendo que a Física tenha, afinal, algo a dizer acerca dos conceitos de “vermelho” (v.g., identificar os fenômenos físicos que estão envolvidos no fato de que algo é vermelho) e “direito subjetivo” é importante perceber que a Física não pode dizer

⁶ Neste caso existe uma importante objeção adicional, a saber: estamos a confundir o ser vermelho com perceber que algo é vermelho.

⁷ Note que esta objeção à possibilidade de descrever conceitos jurídicos em termos de fatos brutos é diferente da objeção de Hägerström exposta na primeira seção do segundo capítulo. Hägerström acreditava na impossibilidade de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos em virtude do fato de que seria impossível encontrar fatos brutos cuja ocorrência sempre coincidissem com a ocorrência de, digamos, direitos subjetivos. Hägerström acreditava na impossibilidade de uma definição extensionalmente coincidente. A objeção apresentada acima é mais forte no sentido de que, mesmo que fosse possível uma definição fiscalista extensionalmente correta de direito subjetivo, esta definição não corresponderia ao que nós normalmente chamamos de direito subjetivo. Com isto a pretensão da descrição “objetiva” do mundo de explicar nossas visões parciais do mundo (onde existem direitos subjetivos) não logra êxito.

nada sobre esses conceitos sem que nós já saibamos⁸ o que é o vermelho ou o que é um direito subjetivo.⁹ A definição física não é suficiente para explicar as cores conforme nós vivemos as cores ou para explicar a vida sob normas jurídicas conforme nós as vivemos. A Física é incapaz de explicar de modo absolutamente objetivo nossa atividade conceitual (mais nossas percepções, sensações etc.).

Admitir que nossa atividade conceitual não pode ser explicada pela concepção absoluta da objetividade implica admitir que existe ao menos algo que não pode ser explicado por esta forma de conceber a objetividade. Mas se existem coisas que não podem ser compreendidas de modo “puramente” objetivo, desvinculada de nossa perspectiva, uma concepção de objetividade independente de nossa perspectiva não pode ser absoluta. Mesmo após uma explicação exaustiva do universo objetivamente considerado restará algo que não foi explicado. Por este motivo, se a afirmação de Williams de que uma explicação absoluta da objetividade possivelmente não explicaria a um ser que não compartilha nossa aparelhagem sensorial nossas visões parciais (v.g., nossas sensações) está correta, uma descrição puramente objetiva do mundo não pode dar conta de algumas de nossas concepções subjetivas e, portanto,

⁸ Não quero professar aqui nenhuma tese sobre a origem destes conceitos (conceitos inatos ou adquiridos). O problema diz respeito apenas à tendência de uma concepção absoluta da objetividade de desprezá-los ou de procurar esclarecer quais são os conceitos *na verdade*.

⁹ Existe uma semelhança entre uma investigação sobre o que é “ser vermelho” e uma investigação sobre o que é um “direito subjetivo”. O tipo de investigação que pode esclarecer estes conceitos é uma tentativa de compreender o que já sabemos (cf. Herbert L. A. Hart, *Definition and theory in jurisprudence, Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, reimpressão de 1993, p. 21). A investigação conceitual é uma investigação interior (com o perdão da metáfora). Não há necessidade de fatos novos e, por esta razão, a Ciência experimental não pode auxiliar neste tipo de investigação.

a objetividade, conforme concebida por quem postula uma objetividade independente de nossa perspectiva, não pode dar conta de todos os fenômenos.

Alguém que está convencido de que é possível conceber o mundo independentemente de nossa perspectiva pode afirmar que este defeito da Ciência Física é transitório ou que Física não se afastou o suficiente de nossa perspectiva e é necessário imaginar uma ciência ainda mais "independente de nosso ponto de vista", mas neste caso não terá compreendido o tipo de problema que foi levantado. O importante no argumento acima não é demonstrar que uma determinada descrição física falhou ao tentar explicar a nossa forma de compreender o mundo; o que é importante é que a nossa atividade conceitual é uma atividade intensional e a intensão só pode ser percebida desde a nossa perspectiva. O ponto não é simplesmente negar que a maneira física de descrever nossa atividade conceitual sirva para compreender a nossa atividade conceitual, mas afirmar que os nossos conceitos só podem ser compreendidos "por dentro" (desde a nossa perspectiva). Por esta razão, a melhor maneira de compreender nossa atividade conceitual é tomar o sentido, ou seja, retornar a nossa perspectiva.

É importante deixar claro que o objetivo desta seção é tentar identificar o problema central em torno do qual gira a opção entre descrições pretensamente "absolutas" e descrições "desde nossa perspectiva". Não foi posta uma pá de cal na possibilidade de descrever o mundo "desde nenhum lugar" e, o que é o mesmo, não foi oferecida uma prova completa da necessidade de descrever o mundo desde nossa perspectiva.

Como foi mencionado acima, Hart admite como descrições verdadeiras do fenômeno jurídico as descrições desde uma perspectiva (estas são as únicas descrições específicas do fenômeno jurídico). Isto significa que a intenção de nossa atividade conceitual é tomada como um ponto central na determinação do que pode ser descrito e do que é objetivo.

b) A tese segundo a qual a objetividade não é parte de nossa perspectiva implica uma concepção sobre a nossa linguagem. Se está correta uma concepção absoluta de objetividade, é necessário que os nossos conceitos possam ser traduzidos em termos de fatos brutos. É necessário analisar a possibilidade de elaborar uma definição extensionalmente correta dos nossos conceitos que não têm referência a fatos brutos em termos de fatos brutos. Elaborar tais definições implica em determinar: a) quais os contextos fáticos nos quais é possível afirmar *v.g.* que alguém tem um direito subjetivo; b) o que há em comum entre estes contextos. Com estas informações é possível elaborar uma definição do "direito subjetivo" como aquilo que existe sempre que tais ou quais fatos ocorrerem.¹⁰

A suposição de que uma tal definição é possível depende de uma determinada imagem filosófica sobre nossa atividade conceitual, ou seja, do modo como aplicamos conceitos em casos determinados. Segundo esta imagem existem séries de regras que podem ser codificadas sobre a aplicação de conceitos e aplicar corretamente os conceitos significa ter (ou ao menos depender do) conhecimento destas regras. Estas regras existem independentemente dos indivíduos que utilizam os conceitos e são completas, no sentido de que prevêem todas as possíveis aplicações dos conceitos. Quando não

(10) Um modelo de uma definição deste tipo foi oferecido por Alf Ross em *Tû-Tû*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d. O termo "Tû-Tû" é utilizado, na fábula imaginada por Ross, pelos primitivos habitantes das ilhas Noisuli sempre que alguém viola um determinado tabu (comer comida preparada para o chefe, matar um animal totem etc.). Em virtude do fato de que esta pessoa que está "Tû-Tû" deve ser submetida a uma cerimônia especial de purificação. Para Ross, a palavra "Tû-Tû" não designa nada que exista na realidade, mas um conjunto de fatos que precedem (com uma probabilidade de X%) um conjunto de outros fatos. A palavra "Tû-Tû" tem uma função diretiva de comportamento mas, se encarada como uma descrição, só pode representar esta relação de probabilidade entre dois fatos (cf. p. 13-14).

temos certeza se devemos aplicar um determinado conceito a um caso concreto, o que fica evidenciado é que nós não temos clareza sobre quais são as regras. Assim, se temos dúvidas em afirmar que alguém tem um “direito subjetivo” ou se algo é “vermelho”, está claro que não dominamos as regras conceituais que nos habilitam a utilizar estes conceitos.

É possível tecer uma série de objeções a esta forma de dar conta de nossa atividade conceitual. Wittgenstein tentou demonstrar que em algumas situações a existência destas regras claramente estabelecidas não pode dizer nada sobre nossa forma de aplicar conceitos. Lembre do caso paradigmático de seguir uma regra que é objeto de análise a partir do parágrafo 185 das Investigações Filosóficas:¹¹ à regra “adicionar 2” alguém constrói a série de números 2,4,6,8...até 1.000 e então continua a série da seguinte forma 1.004, 1.008, 1.012... Podemos repreender o aprendiz de matemática perguntando “o que está fazendo?” e ele pode responder simplesmente “estou fazendo a mesma coisa que vinha fazendo”. Neste caso, a comunicação entra em crise, já que ambos acham óbvio que sua maneira de ver a regra “adicionar 2” é correta.

Note-se que Wittgenstein não quer dizer que não temos qual-quer padrão para julgar se a ação do aprendiz está ou não correta (e que, portanto, não temos por que acreditar que o aluno continuará a série de uma maneira e não de outra), mas sim que a forma como imaginamos fazer o julgamento não dá conta do que realmente acontece.¹² Nem a nossa confiança em que a partir de 1.000 a série continuaria com 1.002, 1.004... nem a nossa crítica ao aluno que

(11) WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Trad. G. E. M. Anscombe. 3. ed. Oxford/Cambridge-USA: Basil Blackwell, 1995. p. 74^e.

(12) O alvo da objeção dos parágrafos 185 e ss das *Philosophical investigations* não é a própria existência de um padrão. O argumento de Wittgenstein não é cético em nenhum sentido do termo. Devo a percepção do verdadeiro alvo de Wittgenstein à John McDowell, *Non-cognitivism and rule-following*, p. 147.

após 1.000 continua a série com 1.004, 1.008... são injustificadas, mas a justificação desta crença e desta crítica não é um conjunto de regras estabelecidas em um código “independentemente de nossa vivência”.¹³ A correção ou não de uma determinada aplicação de um conceito dependerá de nossa forma de manejar este conceito. Na verdade nós aprendemos conceitos em determinados contextos,¹⁴ projetamos estas palavras em contextos diferentes.¹⁵ Mais ainda, os casos de projeção futura de um conceito não podem ser completamente determinados.¹⁶⁻¹⁷

(13) É neste sentido que Wittgenstein afirma: “Se a linguagem é um meio de comunicação, deve haver acordo não apenas nas definições, mas também nos julgamentos... Uma coisa é descrever métodos de medição, e outra, obter e afirmar os resultados das medições. Mas o que nós chamamos ‘medir’ é parcialmente determinado por certa constância nos resultados da medição” (*Philosophical investigations*, parágrafo 242, p. 88).

(14) A compreensão de que devemos aplicar determinadas palavras em determinados contextos parece estar baseada não em nossa predisposição a aceitar regras que estão dispostas em um código construído independentemente de nossa experiência, mas em nossa crença na autoridade de quem nos ensina a utilizar o conceito. É possível imaginar que só aprendemos algumas ‘regras’ porque acreditamos na autoridade de nossos pais ou professores e, neste sentido, o conhecimento dos conceitos pode estar de algum modo relacionado com a autoridade que atribuímos a algumas pessoas como mestres no manejo de alguns conceitos. Quando minha mãe me disse na infância que não devo dizer “eu fomos para a casa”, mas sim “eu fui para a casa”, eu acato sua crítica e corrijo minha maneira de falar porque creio em sua autoridade como usuária competente da língua.

(15) CAVELL, Stanley. *Availability of Wittgenstein's later philosophy*. In: WITTGENSTEIN. *The philosophical investigations*, edited by George Pitcher (Pitcher et al. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1968 (1966), p. 160).

(16) Cf. E. Anscombe, *On brute facts*, p. 22-23.

(17) É possível adiantar que este argumento pode conduzir a um ceticismo bizarro (para utilizar a expressão de Kripke). Basta lembrar da ex-

Pois bem, se os novos contextos sobre os quais projetaremos as palavras não estão absolutamente determinados, e se a extensão dos conceitos até os novos contextos depende de nossa capacidade de projeção destes conceitos é impossível conhecer de antemão todos os contextos aos quais pode ser aplicado um determinado conceito¹⁸ (embora necessariamente devamos conhecer alguns contextos paradigmáticos). Se é impossível conhecer *a priori* todos os contextos nos quais os conceitos podem ser aplicados, *a fortiori* é impossível saber dos contextos fáticos (em que "fato" é um fato bruto) nos quais o conceito poderia ser aplicado. Se é impossível determinar os fatos brutos que acompanharão qualquer aplicação do conceito, é impossível também estabelecer a regra segundo a qual, dados determinados fatos brutos, estaremos diante de um caso de aplicação de um conceito. Para que seja possível qualquer definição "de um ponto de vista não subjetivo" é necessário que conheçamos de antemão a extensão do conceito. Mas a extensão dos conceitos depende das projeções que faremos em novas situações,

plicação que Kripke dá para o § 201, *Philosophical investigations* de Wittgenstein ("201. Esse era o nosso paradoxo: nenhum modo de agir poderia ser determinado por uma regra, pois todo o modo de agir poderia ser posto de acordo com a regra"). Segundo Kripke (*Wittgenstein on rules and private language*. Oxford: Blackwell, 1982), o que Wittgenstein quis dizer é simplesmente que conhecemos apenas uma série finita de aplicações de uma regra, e que por isto não temos como saber se novas aplicações da regra estão corretas. Este tipo de paradoxo pode nos conduzir a dúvida sobre aplicação de qualquer regra (inclusive regras conceituais) e o paradoxo pode fundamentar uma espécie radical de ceticismo e daí a conclusão do argumento que parte deste paradoxo é algo como "there can be no such thing as meaning anything by any word" (p. 55). Praticamente todos os interpretes de Wittgenstein, inclusive Kripke, duvidam de que esta seja uma interpretação correta, mas o argumento é, de qualquer forma, sério. O ceticismo será objeto do item 4.2 deste capítulo.

(18) WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*, § 68.

ou seja, depende da forma como os usuários da linguagem fazem julgamentos.

c) A terceira concepção implicada pela tese de que a objetividade é independente de nossa perspectiva diz respeito ao tipo de qualidade e ao tipo de entidade que pode ser considerada uma qualidade ou entidade *objetiva*. Quem defende uma concepção absoluta de objetividade deve separar as qualidades e entidades reais das qualidades e entidades que existem apenas de nossa perspectiva. É necessário separar claramente qualidades primárias e qualidades secundárias, fatos brutos e outros tipos de fato (na verdade, ilusões de fatos). Vimos que os fatos brutos foram considerados pelos primeiros autores a professor uma concepção puramente objetiva de objetividade como fatos que podem ser expressos em termos de qualidades primárias.¹⁹ O problema é: por que separar as qualidades das coisas em qualidades primárias e quais são as qualidades secundárias?

Como vimos no primeiro capítulo, Descartes, Galileu e, mais tarde, Boyle e Locke utilizam diferentes critérios para identificar as qualidades primárias e separá-las das qualidades secundárias, mas os resultados da aplicação destes diferentes critérios são idênticos (são qualidades primárias o peso, a massa, o volume, a velocidade e a extensão). Mas não se trata aqui de elaborar uma crítica a estes critérios. O que deve ser colocado em questão é a possibilidade de justificar *qualquer separação* entre as qualidades primárias e as qualidades secundárias.²⁰

(19) A distinção entre as qualidades primárias e secundárias e a tese segundo a qual descrições do mundo como ele realmente é só podem ser feitas em termos de qualidades primárias foi adotada explicitamente por Williams (cf. PUTNAM, Hilary. *Renewing philosophy*, p. 82).

(20) De toda maneira, a justificação da distinção entre qualidades primárias e secundárias conforme foi elaborada por aqueles que postulam uma "concepção absoluta da objetividade" é que determina, como veremos

O primeiro passo na justificação da distinção é constatar que existem qualidades das coisas que dependem de atributos subjetivos, por exemplo, nossa aparelhagem sensorial. Assim, o calor não poderia ser uma verdadeira característica de um objeto porque há insensibilidade a dor. As qualidades secundárias dependem de nossa subjetividade (notadamente de nossa aparelhagem sensorial) e isto explica por que as coisas podem parecer ter uma cor para uma pessoa e outra cor para outra pessoa. Se estas qualidades são relativas (pois dependem da subjetividade de quem as percebe) não é possível que sejam "verdadeiras" qualidades das coisas.

Este tipo de argumento tem diversos problemas. Em primeiro lugar, existe uma confusão entre a qualidade secundária e a percepção²¹ da qualidade secundária. ²² O fato de que alguém pensa que minha mesa de trabalho é amarela (quando na verdade é marrom) não determina que a cor de minha mesa é relativa a quem vê, mas simplesmente que algumas pessoas cometem erros ao identificar cores.²³ Erros semelhantes podem ocorrer também quando julgamos quais as qualidades primárias de algo. É possível imaginar que minha mesa tem menos de um metro de altura, mesmo que ela seja mais alta; um homem ansioso pode pensar que já se passaram vinte minutos desde a última vez que olhou o relógio, mas na verdade só se passaram dez minutos.

adiante, a convergência dos resultados da separação entre qualidades primárias e secundárias em todos estes autores.

(21) O termo "percepção" é utilizado a partir daqui para marcar uma diferença entre sensações (como dor ou frio) e percepções (como "ver algo" ou "sentir o gosto de algo"). Descartes, Galileu etc. não diferenciam sensações de percepções, e esta é uma das razões para que a diferença entre qualidades primárias e secundárias em seu pensamento seja a forma que efetivamente tem.

(22) PUTNAM, H. *Renewing philosophy*, p. 93 e ss.

(23) *Idem*, *ibidem*.

O fato de que dois homens discordam sobre a cor da minha mesa pode simplesmente decorrer de diferentes percepções de cada um (um pode, por exemplo, ter uma visão monocromática) e não do fato de que a mesa não tem "verdadeiramente" qualquer cor; da mesma forma, a divergência entre dois homens sobre quantos minutos passaram desde um dado evento pode decorrer simplesmente do fato de que um dos homens está mais ansioso do que o outro. Uma vez que seja desfeita a confusão entre a qualidade de um objeto e a nossa percepção da qualidade deste objeto, fica claro que a possibilidade de divergência nos juízos de percepção (presente tanto em nossos juízos sobre as qualidades primárias quanto em nossos juízos sobre as qualidades secundárias) não é sinônimo de inexistência desta qualidade nos objetos. Mais ainda: pode ocorrer erro tanto nos juízos sobre qualidades primárias quanto nos juízos sobre qualidades secundárias e, portanto, a possibilidade de erro não justifica qualquer distinção entre qualidades primárias e qualidades secundárias.

Mas esta tentativa inicial pode ser levada adiante. Mesmo que sejam possíveis dúvidas em relação às qualidades primárias, nós dispomos de procedimentos adequados para resolver estas dúvidas. Estes procedimentos determinam que tenhamos mais certeza em relação às qualidades primárias do que em relação às qualidades secundárias. No caso de qualidades como extensão, tempo e movimento todos poderíamos ter (com algum esforço) certeza, no caso de qualidades como cor ou gosto, seria impossível ter certeza. Esta tese está vinculada com a alegação de que existem critérios seguros para resolver os desacordos entre as pessoas, quando o objeto deste desacordo é uma qualidade primária, enquanto para os desacordos sobre as qualidades secundárias das coisas não existiriam bons critérios para resolução do desacordo. Estes critérios através dos quais é possível estabelecer certeza sobre algumas qualidades vinculam-se à possibilidade de medir as qualidades primárias. A medição permite aplicar operações matemáticas às coisas

medidas e, dessa forma, a certeza que a matemática proporciona²⁴ passa a ser também certeza sobre as coisas que existem no mundo. O projeto moderno para a Ciência é também um projeto de matematização do mundo, uma espécie de neopitagorismo.

As qualidades primárias são, portanto, as matematizáveis (pois a matemática pode nos dar certeza sobre estas qualidades das coisas) e as qualidades secundárias são as não matematizáveis (aquelas sobre as quais não poderíamos ter certeza).

É possível levantar ao menos uma objeção a esta forma de distinção entre qualidades primárias e qualidades secundárias, a saber: não é verdade que só a mensuração combinada com matemática pode nos oferecer certeza sobre como as coisas são. A mensuração não é o único método para estabelecer certeza sobre algo e nós temos, de fato, muitos métodos perfeitamente adequados às decisões sobre algumas qualidades que normalmente foram consideradas qualidades secundárias. Para decidir qual é a cor de um determinado objeto podemos utilizar, por exemplo, uma tabela de cores. Imagine-se que um indivíduo afirma que a cor de minha mesa é amarela e outro afirma que ela é marrom. Para decidir qual deles está certo, podemos iluminar bem o local e utilizar uma tabela de cores. O fato de que as palavras que utilizamos para fazer estes julgamentos sobre a ocorrência das “qualidades secundárias” funcionam (ou seja, servem para a comunicação) é prova cabal de que possuímos critérios compartilhados para julgar e, mais do que isto, o fato de que exista uma certa constância na determinação do que é “vermelho” ou do que é um “direito subjetivo” é

⁽²⁴⁾ A certeza matemática, conforme foi concebida durante a maior parte da modernidade, está relacionada à concepção de que a matemática não é uma parte da cultura humana, mas algo que existe independentemente de nossas práticas sociais. As relações matemáticas são parte da estrutura da mente humana e, portanto, são indubitáveis no mesmo sentido em que os eventos do mundo interior são indubitáveis para aquele em cujo mundo interior ocorreram estes eventos.

prova de que estes critérios não são “subjetivos”, mas sim critérios públicos, compartilhados.²⁵ A persistência da distinção entre qualidades primárias e qualidades secundárias dependeria de uma prova de que o processo de medição e matematização oferece mais certeza do que uma tabela de cores ou outros métodos que não utilizam a medição.

Se não é possível justificar a distinção entre as qualidades primárias as qualidades secundárias dos objetos, não será possível construir um conceito de fato bruto nos moldes que a concepção absoluta de mundo propôs, a saber: são fatos brutos aqueles que podem ser caracterizados em termos de qualidades primárias. Mais ainda: mesmo que seja possível distinguir qualidades primárias das qualidades secundárias, não há qualquer razão para que as qualidades secundárias não façam parte do mundo.

Até aqui, as três concepções implicadas pela tese de que a objetividade não depende de nossa perspectiva (e descrições objetivas devem ser feitas “desde lugar nenhum”) foram esclarecidas e criticadas. Existem, como foi demonstrado, razões suficientes para considerar estas concepções problemáticas e, conseqüentemente, para considerar que a tese que implica estas concepções é também problemática. O fato de que esta tese filosófica sobre a objetividade tem problemas faz duvidar que a ciência Física, considerada apta a perceber o mundo “desde lugar nenhum”, seja o único padrão para saber como as coisas realmente são. Este é o primeiro passo na construção de um estatuto epistemológico específico para estas outras Ciências, notadamente para a Ciência do Direito. Antes de trilhar o caminho que esclarece qual este estatuto epistemológico, convém que observemos algumas tentações filosóficas que podem surgir da descoberta da “relatividade” do discurso físico.

⁽²⁵⁾ Sobre a impossibilidade de uma linguagem privada, entre outros, CAVELL, Stanley. *The claim of reason*. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 343 e ss.

4.2 O que resta ao conhecimento sem uma concepção absoluta de objetividade

Se as objeções acima são consistentes é natural que surjam algumas tentações filosóficas. Destas tentações existe uma que é mais grave e que, em um certo sentido, compreende todas as demais, a saber: uma descrença não apenas no conhecimento puramente objetivo, mas no próprio conhecimento. Durante os últimos séculos a *objetividade física* era o padrão para saber se havia *o verdadeiro conhecimento* (ao menos para a filosofia de orientação empirista) e a comprovação de que um conhecimento absolutamente objetivo é impossível suscita, compreensivelmente, dúvidas sobre o próprio conhecimento.

Essa desilusão com o conhecimento pode levar a um dogmatismo negativo em que se nega toda a possibilidade de conhecimento (o que muitos filósofos chamam de ceticismo) ou a um verdadeiro ceticismo nos moldes clássicos em que não se nega a possibilidade de qualquer conhecimento, mas se recomenda em qualquer situação que a investigação deve continuar.²⁶ Diante de uma afirmação de um estado de coisas, o cético sempre procura encontrar as razões que fazem duvidar de que este estado de coisas seja o caso, de

²⁶ O ceticismo clássico não é propriamente uma Filosofia, já que não suscita qualquer tese. É (e pretende ser) apenas um método para alcançar um estado de serenidade (ataraxia). A primeira recomendação deste método é evitar qualquer pretensão e afirmar coisas verdadeiras e passar a viver conforme o que aparece. Um dos argumentos através dos quais Sexto Empírico rebate uma objeção clássica contra o ceticismo (a necessidade de tomar decisões para viver) é esclarecedor a respeito da natureza não-teórica do ceticismo. Afirma o autor cético: "Agora, argumentando assim, eles não compreendem que o cético não conduz sua vida de acordo com teoria filosófica (porque, enquanto considerar, isto está inativo), mas, considerando a regulação não filosófica da vida, ele é capaz de desejar algumas coisas e evitar outras" (cf. *Against the ethics*, Loeb Classical Library, p. 465).

maneira a fazer com que a investigação sobre o verdadeiro estado de coisas persista. Diante da pergunta sobre como as coisas realmente são, o cético só poderia agir de uma forma: com uma expressão de dúvida, um dar de ombros.

A tentação cética que se segue à destruição do projeto epistemológico moderno pode ser mais bem compreendida se percebermos que o trabalho de Descartes e de seus contemporâneos tinha por objetivo refutar o ceticismo clássico.²⁷ Esta refutação é elaborada com base em uma concepção topológica da mente e para substituir o ceticismo é oferecida uma nova concepção de conhecimento em que o mundo é visto de modo absolutamente objetivo. Se a tentativa moderna de refutar o ceticismo soçobra, é natural que o projeto cético volte à pauta de preocupações. Mais ainda: se a tentativa moderna ao ceticismo não pode ser sustentada, é natural a tentação de se resignar a uma vida sem conhecimento, conforme propõe o cético.

A postura cética admite a utilização de enunciados jurídicos (como a de qualquer outro enunciado) desde que esses enunciados não sejam considerados afirmações sobre como as coisas *realmente* são. O enunciado jurídico (como qualquer outro enunciado) só poderia representar as aparências. A pergunta sobre o estatuto epistemológico dos enunciados jurídicos é uma pergunta sem sen-

²⁷ No início da modernidade, o pensamento humano redescobre alguns clássicos do ceticismo grego, notadamente sexto empírico. Em toda a Europa os pensadores mais influentes pregam a suspensão do juízo sobre as coisas como uma forma de atingir a felicidade. Lembre-se de Montaigne ou de Erasmo em sua polêmica com Lutero sobre o livre arbítrio. Em seu argumento sobre a autoridade para a interpretação dos textos sagrados (um dos pontos importantes da polêmica), Erasmo não visava convencer Lutero de que só alguns teólogos poderiam interpretar os textos sagrados, mas convencê-lo de que não há também qualquer razão para afirmar que qualquer um pode apreender o significado do texto sagrado. Erasmo propõe que Lutero suspenda o juízo sobre este tema.

tido para o cético, que se nega a jogar o jogo do conhecimento, para jogar o jogo da dúvida.

Existe, todavia, uma alternativa ao ceticismo. Em vez de desconsiderar o conceito de objetividade, é possível elaborar um outro conceito de objetividade que cumpra uma função semelhante ao conceito moderno, mas que não padeça dos mesmos vícios. A objetividade seria ainda o padrão para corrigir nossos pontos de vista particulares (subjetivos), mas a Ciência Física não seria mais o padrão do que é objetivo. Hart é um positivista no sentido do termo "positivista" que foi esclarecido na introdução desta dissertação e, portanto, não está disposto a aceitar a alternativa cética. Sua única alternativa é adotar uma nova concepção de objetividade e é justamente nesta concepção de objetividade que reside a principal diferença das teses de Hart, Kelsen e do realismo escandinavo sobre os enunciados jurídicos.²⁸ A concepção de objetividade que está suposta no pensamento de Hart (já que o autor britânico jamais se deteve explicitamente sobre o tema) é ligada à tradição filosófica que se convencionou chamar Filosofia da linguagem ordinária.

Antes de expor os pontos centrais desta concepção de objetividade (realidade) é necessário esclarecer algo, a saber: o objetivo desta seção não é provar que a alternativa da Filosofia da lingua-

⁽²⁸⁾ Como pretendo demonstrar adiante, as soluções de Hart e de Kelsen, para afirmar o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos, são semelhantes. Mesmo que Kelsen ainda conceba o mundo de modo absolutamente objetivo, algumas entidades não-físicas são consideradas objetivas, notadamente as normas jurídicas. O fato de que Kelsen conceba o mundo como um homem moderno provoca uma tensão entre a subjetividade e a objetividade na determinação da própria objetividade do sistema jurídico. A norma fundamental, por esta razão, pode ou não ser postulada (depende do sujeito), mas não é possível escolher qual o conteúdo de uma norma fundamental (só pode ser norma fundamental aquela que explique um sistema de força globalmente eficaz). Cf. Capítulo 3.

gem ordinária é *melhor* do que a alternativa cética (embora existam razões para sustentar esta tese). Pretendo apenas delinear os pontos fundamentais da alternativa à concepção moderna de mundo do que subjaz ao pensamento de Hart. A tese sob análise neste trabalho (como foi esclarecido na introdução) é: as diferenças entre as idéias de Hart, Kelsen e do realismo escandinavo sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos decorrem não de suas teses fundamentais sobre o Direito (todas compartilhadas), mas das concepções epistemológicas que subjazem a suas teorias. Para provar tal ponto não é necessário provar a superioridade da concepção de mundo de Hart em relação à alternativa cética, mas sim demonstrar como Hart concebe a objetividade (realidade).

Sobre este problema convém apenas deixar claro que a tese da superioridade da Filosofia da linguagem ordinária sobre o ceticismo não é de forma alguma uma tese trivial. Mostrar ao cético que suas proposições (aquilo que ele diz) não estão de acordo com o uso comum da linguagem não é em si qualquer evidência contra o ceticismo. Deveríamos supor que o cético conhece menos a linguagem do que nós? Mas se o cético domina tão bem a língua como nós, tudo o que filósofo da linguagem ordinária pode dizer ao cético é, isto sim, uma trivialidade, a saber: que o ceticismo está em desacordo com a nossa forma cotidiana de falar.²⁹ O que o cético talvez gostaria de saber é: porque o modo comum de falar deve nos dizer algo sobre como as coisas realmente são?

De qualquer forma, a refutação de uma Filosofia (um conjunto de teses filosóficas ou uma recomendação "prática" como o ceticismo) só é consistente se partir do interior dessa Filosofia, jamais através da mera afirmação de teses contrárias. Não conta como uma refutação relevante uma afirmação do tipo: "Ele diz que... mas eu,

⁽²⁹⁾ CAVELL, Stanley. *Knowing and Acknowledging*. In: CAVELL, Stanley. *Must we mean what we say?* Cambridge: Cambridge University Press, 1976. p. 238-239.

ao contrário, digo..”³⁰ Este tipo de afirmação só demonstra um desacordo entre opiniões, mas não dá qualquer tipo de razão para crer na refutação. O projeto de refutação do ceticismo deve reiniciar do ponto de onde Descartes parou. Descartes pretendia vencer o cético em seu próprio terreno (que era, para o autor francês, a dúvida sistemática) e desse projeto nasceram as *Meditações da Filosofia Primeira*. O projeto cartesiano redundou na concepção absoluta da objetividade, cuja consistência questionamos na seção anterior. O problema em Descartes foi pensar que bastaria vencer o cético em seu próprio terreno; na verdade é necessário vencer o cético em um terreno comum, e o único terreno comum ao ceticismo e ao “dogmatismo filosófico” é o reino do discurso.³¹ A fraqueza do cético é a sua pretensão de que as coisas que diz façam sentido e, é necessário sublinhar, *esta não é uma pretensão contingente* para quem quer falar sobre algo – ao contrário, esta é uma pretensão necessária. Quem fala mas não pretende dar sentido ao que fala é, como quer Aristóteles, semelhante a uma planta. Como levar adiante este projeto em outras áreas que não a jurídica não é, como esclareci acima, a preocupação deste trabalho. Importa mais diretamente compreender as linhas gerais da forma como os filósofos da linguagem ordinária compreendem a objetividade, já que esta é, *grosso modo*, a forma como Hart compreende a objetividade.

O ponto central dessa nova concepção de objetividade é a constatação de que a objetividade depende, em certa medida, de nós mesmos (em um sentido diferente do sentido idealista em que o objeto depende do sujeito). Mesmo noções aparentemente independentes de nossa experiência, inclusive a noção de objetividade, são determinadas pela nossa experiência (e aqui parecemos defen-

⁽³⁰⁾ Idem, *Availability of Wittgenstein's later philosophy*, cit., p. 154.

⁽³¹⁾ FARIA, Paulo. Sur la règle de reconnaissance. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 1, vol. 9, p. 105, nov. 1993.

der uma tese empirista, mas não). Mesmo as certezas matemáticas (paradigma da certeza) dependem do que Wittgenstein chamou de convenção³² e, mais tarde, de forma de vida.³³ Nos deixamos vencer de que a afirmação “o quadrado de 13 é 169” é verdadeira porque aceitamos as regras matemáticas para decidir quais os quadros dos números. Da mesma forma, nos deixamos vencer de que a afirmação “eu tenho um direito” é verdadeira porque este enunciado foi elaborado conforme regras que aceitamos.

Essa aceitação de uma regra não é resultado de uma deliberação,³⁴ mas resultado do fato de que partilhamos de uma mesma forma de vida. Não existe nada como “decidir” aceitar o ponto final de uma justificação (nesse caso não estamos sendo sinceros quando nos deixamos vencer pela justificação). Partilhar a mesma “forma de vida” significa partilhar interesses, sentimentos, senso de humor, a noção do que é ou não similar a que, o que é perdoável ou não, quando um proferimento é um pedido ou uma explicação etc.³⁵

A justificação da objetividade do estado de coisas representado pela afirmação “Gaio tem um direito” sempre vai apelar ao final para uma regra aceita que determina o que é objetivo e o que não é objetivo. A consequência de que em uma justificação não

⁽³²⁾ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los Cuadernos Azul e Marron 2*. ed. Madrid: Tecnos, 1989. p. 53.

⁽³³⁾ Cf., entre outras passagens, Ludwig Wittgenstein, *Philosophical investigations I*, § 23; II, p. 226^o.

⁽³⁴⁾ Cf. Stanley Cavell, *Availability of Wittgenstein's later philosophy*, p. 162. Note-se que o termo “convenção” pode ensejar um mal-entendido, já que as convenções podem ser alteradas pela simples vontade das partes envolvidas. Por esta razão no restante do trabalho será utilizada a expressão que nas investigações filosóficas designa a mesma idéia que “convenção” designou no *Blue Book*, a saber: “formas de vida”.

⁽³⁵⁾ CAVELL, Stanley. Op. cit. p. 160.

ocorra um tal apelo a uma regra que faz parte de uma forma de vida é a ineficácia dessa justificação. É no sentido de que a justificação da objetividade depende de uma regra aceita que a objetividade depende em certa medida dos sujeitos, mas isto não significa que os sujeitos possam de alguma forma dispor do conceito de objetividade. O que Wittgenstein (e Cavell quando interpreta Wittgenstein) nos propõe como fundamento do conceito de objetividade (e da própria objetividade, portanto) é muito parecido com uma congruência de subjetividades do que com um padrão de objetividade "independente de nossa perspectiva".³⁶ O conceito de objetividade é, ele próprio, parte de nossa perspectiva.³⁷

Esta concepção de objetividade permitirá a Hart afirmar que o Direito é parte da realidade (do mundo objetivo), mesmo que seja impossível reduzir o fenômeno jurídico a fatos brutos. Esta mesma concepção de objetividade permitirá que Hart considere o Direito como um dado objetivo que não depende da postulação de qualquer norma fundamental. Dessa forma, os enunciados jurídicos são considerados por Hart boas descrições da realidade (ao contrário da tese realista sobre os enunciados jurídicos) sem que seja necessário imaginar esta realidade como algo constituído por um ato de conhecimento (como quer Kelsen). O passo seguinte do argumento é compreender como, dessa perspectiva, Hart resolve o problema da objetividade dos enunciados jurídicos.

⁽³⁶⁾ Cf. John McDowell, *Non-cognitivism and rule-following*, p. 149.

⁽³⁷⁾ Hilary Putnam pergunta a certa altura de *Re-ewing philosophy*: "Is Williams saying that it is just our local perspective that there is an absolute conception (of the world)?" (op. cit. p. 101).

A TESE DE HART SOBRE OS ENUNCIADOS JURÍDICOS

SUMÁRIO: 5.1 Hart sobre os enunciados jurídicos — 5.2 A concepção de realidade na teoria jurídica de Hart.

Ao longo dos mais de 40 anos que dedicou à Filosofia e teoria geral do direito, Hart defendeu teses diferentes sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados e conceitos jurídicos. Ainda que suas teses sobre os enunciados jurídicos elaboradas em diferentes momentos sejam inconciliáveis, existe algo constante em seu pensamento. Desde seu primeiro artigo sobre o tema até o pós-escrito, postumamente publicado, *do Concept of law*, Hart nega que a explicação dos enunciados jurídicos dependa da interpretação desses enunciados em termos de predições sobre o comportamento humano ou de combinações de fatos brutos.¹ Podemos identificar claramente dois momentos do pensamento de Hart sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos:² em um primeiro momento Hart nega

⁽¹⁾ Baker chamou essa característica do pensamento de Hart de anti-reducionismo (*Defeasibility and meaning*. In: HACKER, P. M. S.; RAZ, Joseph (ed.). *Law morality and society, Essays in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon, 1977), *passim*.

⁽²⁾ A mudança, cujo marco é o *Concept of law*, não foi definitiva. Em alguns escritos posteriores, Hart introduz, ao lado dos pontos de vista interno e externo (ver item 5.1, abaixo), a noção de um ponto de vista interno "não comprometido" (cf. Herbert L. A. Hart, *Essays in*

que esses enunciados possuam valor descritivo; a partir do final da década de 50, culminando com o *Concept of law*, Hart atribui aos enunciados jurídicos conteúdo cognitivo.

Em um de seus primeiros artigos publicados, Hart afirmou expressamente que enunciados como aquele proferido por um juiz sobre a validade de um contrato não são descrições (mesmo quando afirmam a existência de um contrato, já que nesse caso o verbo "ser" é utilizado em um sentido atemporal). Hart tomou os enunciados proferidos pelo juiz como padrão de nossos enunciados sobre o Direito e concluiu que não há qualquer conteúdo cognitivo nesses enunciados. Nossos juízos sobre o Direito não podem, portanto, ser nem verdadeiros nem falsos.³ Alguns anos mais tarde, em seu primeiro trabalho como catedrático de *Jurisprudence* em Oxford, Hart mantém essa posição sobre os enunciados⁴ e termos jurídicos⁵ (v.g., "posse", "direito subjetivo" etc.).

Nesses primeiros trabalhos, Hart tenta demonstrar que as confusões que ocorrem quando tentamos esclarecer conceitos jurídicos decorrem de nossa tendência a pensar que aos termos e enunciados jurídicos surge quando essa primeira concepção é abandonada. Em 1968, Hart afirma expressamente que não considera possível defender a tese central de seu primeiro artigo e admite que as críticas àquele trabalho estão corretas.⁸ Mesmo antes dessa de-

(3) L'ascrizione di responsabilità e di diritti. In: HART, H. L. A. *Contributi all'analisi del Diritto*. Trad. Vittorio Frosini. Milano: Giuffrè, 1964. p. 20 e ss.

(4) HART, Herbert L. A. Definition and theory in jurisprudence. In: HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon, 1983 (reimpressão de 1993), p. 31 (publicado originalmente em 1954).

(5) *Idem*, p. 23.

ciados jurídicos devem corresponder estados de coisa no mundo. Como pensamos dessa maneira, procuramos definir os termos jurídicos da mesma maneira como definimos termos biológicos ou físicos, a saber, oferecendo definições *per genus et differentiam*.

É clara a ascendência de John L. Austin nesses primeiros artigos de Hart,⁶ notadamente de sua tese segundo a qual enunciados em geral não devem ser encarados exclusivamente como descrições falsas ou verdadeiras de algum estado de coisas. Imaginar que a descrição é a única função de um enunciado é incorrer no erro que Austin chamou "falácia descritiva".⁷ Hart chama a si a tarefa de denunciar a falácia descritiva em que normalmente incorremos quando procuramos explicar nossa linguagem *jurídica*.

A negação de que os enunciados jurídicos tenham qualquer conteúdo cognitivo é compatível com a concepção fiscalista da objetividade, conforme foi pensada pelos filósofos modernos. A concepção de Hart sobre os enunciados jurídicos neste primeiro período é muito semelhante à concepção do Realismo Escandinavo (embora o aparato conceitual que Hart utiliza para construir suas provas seja diferente). A novidade do pensamento de Hart sobre os enunciados jurídicos surge quando essa primeira concepção é abandonada. Em 1968, Hart afirma expressamente que não considera possível defender a tese central de seu primeiro artigo e admite que as críticas àquele trabalho estão corretas.⁸ Mesmo antes dessa de-

(6) BAKER, G. P. *Defeasibility and meaning*, p. 29.

(7) Cf. John L. Austin, *How to do things with words*. 2. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 1976 (8.ª reimpressão em 1992), p. 3 e ss.

(8) HART, Herbert L. A. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon, 1968 (reimpressão de 1992), p. V (Preface). Nessa passagem Hart menciona expressamente as críticas de P. T. Geach e G. Pitcher, como exemplos de crítica procedente a *The ascription...*. Geach fere diretamente o ponto: trata de provar que enunciados jurídicos têm valor de verdade (GEACH, P. T. *Ascriptivism. The philosophical review*, LXIX, 1960, especialmente na p. 223).

sistência expressa da defesa de que os enunciados jurídicos não têm conteúdo cognitivo, a idéia de Hart sobre o problema era outra. Em *The concept of law*, publicado em 1961, Hart já havia admitido o conteúdo cognitivo desses enunciados. Na verdade, a defesa do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos é uma das teses fundamentais do livro. Para justificar essa tese foram utilizadas diversas ferramentas conceituais originais, notadamente as noções de ponto de vista interno e de ponto de vista externo ao sistema jurídico. Esta segunda fase se desenvolve sob a influência direta do trabalho de Peter Winch (e, indiretamente, de Wittgenstein⁹), conforme é possível perceber pelo fato de que Hart aproveita algumas noções intuídas inicialmente por Winch, tais como a distinção entre hábitos e regras e a identificação de um ponto de vista interno.¹⁰

Essa segunda versão do anti-reducionismo de Hart, elaborada sobre a influência de Peter Winch, é a que mais nos interessa. Só a partir do final da década de 50 Hart admite que os enunciados jurídicos podem descrever algo e, dessa forma, afasta-se definitivamente do realismo jurídico (e, em consequência, do ideal epistemológico de uma "concepção absoluta de mundo"). O grande problema que surge a partir desse momento é: como justificar filosoficamente a possibilidade de descrever algo que não faz parte do mundo físico?

Hart procura oferecer uma resposta a essa pergunta e, ao fazê-lo, assume uma nova concepção de objetividade para substituir a concepção fiscalista. Para chegar a essa nova concepção devemos

⁽⁹⁾ Hart teve contato direto com a obra de Wittgenstein. Provas disso são as citações das *Philosophical investigations* no *concept of law* (idem, p. 280 e 297) e o testemunho de MacCormick segundo o qual Hart afirmou ter tido contato com o *Blue Book* de Wittgenstein ainda em sua versão mimeografada (MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 1981. p. 15).

⁽¹⁰⁾ WINCH, Peter. *The idea of a social science and its relation to philosophy*. 2. ed. London: Routledge, 1990. p. 57 e ss.

compreender o argumento de Hart sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos.

5.1 Hart sobre os enunciados jurídicos

O primeiro passo na explicação de Hart do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos é a distinção entre hábitos e regras (ou entre comportamento habitual e comportamento conforme regras). Esta distinção é o ponto central dos argumentos que sustentam duas teses centrais do *Concept of law*, nomeadamente: a tese de que o direito é a união de regras primárias com regras secundárias (e de que, conseqüentemente, direito e moral não estão ligados do ponto de vista conceitual) e a tese de que os enunciados jurídicos têm caráter cognitivo. O conceito de direito como união de regras primárias com as regras secundárias depende de uma prova de que as regras jurídicas existem.¹¹

A discussão dessa distinção é introduzida no Capítulo IV do *Concept of law*, quando o modelo de sistema jurídico de Bentham e Austin está em discussão. A primeira preocupação do capítulo (e também do capítulo que o antecede imediatamente) é refutar o modelo explicativo do Direito baseado na idéia, que subjaz à "jurisprudência analítica" de Bentham e Austin, de que as normas jurídicas são "ordens de um soberano respaldadas por ameaças e habitualmente obedecidas". Após produzir diversos argumentos

⁽¹¹⁾ A distinção entre regras primárias e secundárias é introduzida por Hart no Capítulo V do *Concept of law* através da análise de um sistema social fictício governado apenas por regras que impõem obrigações. Estas regras que impõem obrigações são chamadas por Hart de regras primárias. Em um sistema deste tipo existem diversos problemas específicos: como excluir velhas regras primárias ou introduzir novas? Como garantir uma eficácia das regras primárias? Como saber quais são as regras do sistema? Para resolver este problema Hart introduz três regras que são chamadas "secundárias": as regras de modificação, juris-

contra esse modelo explicativo do Direito, Hart afirma que a chave para resolver os problemas da jurisprudência analítica é distinguir hábitos sociais de regras sociais.

Parte da força persuasiva da proposta de Hart segundo a qual uma compreensão adequada do fenômeno jurídico depende dessa distinção repousa na posição de sua inserção na arquitetônica do texto do *Concept of law*. Para compreender a última afirmação é necessário situar claramente o momento em que a distinção é introduzida. Antes de distinguir hábitos e regras, Hart discute um dos principais defeitos da concepção de Direito da Jurisprudência Analítica, qual seja a inaptidão da idéia de “obediência habitual” para explicar o fenômeno da sucessão da autoridade legislativa (dramatizado por Hart na sucessão de um rei imaginário – Rex I – por seu filho – Rex II). Em qualquer sistema político o hábito de obediência a um legislador ou a um corpo legislativo não explica por que as normas editadas por seu sucessor são normas jurídicas. Quando da primeira “ordem” da nova legislatura não existe qualquer hábito de obediência ao novo legislador, já que é impossível que exista um hábito de obedecer alguém que jamais foi obedecido (porque todos obedeciam a Rex I).¹²

Fica claro que ao final da legislatura de Rex I (com sua morte) não existe mais sentido em dizer que há um hábito de obediência ao soberano e, na opinião de Hart, a única forma de compreender como é possível que as ordens de Rex II sejam obedecidas é admitir que existem *regras* que regulam a sucessão monárquica em seu país imaginário. Para Hart, a alternativa à forma de conceber o Direito em

dição e de reconhecimento. Estas regras se caracterizam porque não são regras que impõem deveres e porque surgem para resolver problemas que teria um sistema jurídico no qual só existissem regras que impõem deveres (sobre estas distinções ver Herbert L. A. Hart, *The concept of law*, 2. ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 91 e ss).

(12) Idem, p. 53.

termos de hábitos sociais de obediência deve ser abandonada em favor de uma forma de conceber o Direito em termos de regras sociais. Para explicar corretamente o Direito é necessário, portanto, ter clareza sobre o que é uma regra e qual a *diferença entre hábitos e regras*. A partir dessa alternativa (explicar o Direito com base na noção de “regra”) Hart desenvolve todo o argumento do livro.

Parte da força persuasiva da distinção entre hábitos e regras repousa no fato de que a distinção é oferecida como uma alternativa à jurisprudência analítica, cujas teses não dão conta da explicação do fenômeno jurídico. O que está nas entrelinhas do texto é: se a explicação do Direito oferecida pela jurisprudência analítica está equivocada, devemos necessariamente explicar o Direito a partir da noção de regra e a noção de regra não pode ser reduzida a um mero hábito social (é, portanto, necessário distinguir hábitos e regras quando tratamos de explicar o direito). Esse condicional não é, entretanto, verdadeiro. É possível imaginar outros modos de explicar o Direito sem fazer uma distinção entre hábitos e regras e sem deixar inexplorada a sucessão de legislaturas. Nem Olivecrona nem Ross teriam qualquer dificuldade de explicar a sucessão dos legisladores em um ordenamento jurídico.¹³ O modelo de explicação do fenômeno jurídico elaborado pelo realismo escandinavo é um exemplo de como é possível explicar o Direito sem admitir a distinção entre hábitos e regras e sem se expor às objeções de Hart à jurisprudência analítica. A distinção entre regras e hábitos é *um modo* de resolver os problemas da jurisprudência analítica para explicar o fenômeno jurídico, mas não é o *único modo*.

(13) A jurisprudência analítica foi uma das tentativas de reduzir o objeto da Ciência do Direito a fatos brutos, mas não foi a única tentativa. Mesmo que tenham opiniões diferentes sobre os enunciados jurídicos, Bentham, Austin, Olivecrona e Ross compartilham o ideal epistemológico de uma concepção absoluta do mundo. Refutar uma tentativa de fazer do Direito um fato bruto não significa refutar todas as tentativas de reduzir o Direito à natureza.

Mas então, por que deveríamos distinguir hábitos de regras? Porque não nos basta a explicação de Ross (que parece mais simples, já que não precisamos nos preocupar em distinguir hábitos de regras)? Hart não oferece uma resposta completa a esse problema. Uma resposta completa deve deixar clara a noção de "realidade" (objetividade) de Hart e, portanto, será necessário retornar a esse problema na segunda seção desse capítulo.¹⁴ Por hora devemos seguir a trilha da explicação de Hart sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos. O próximo passo é esclarecer como Hart imagina a distinção entre hábitos e regras.

Hábitos e regras têm algo em comum, a saber: ambos envolvem necessariamente uma regularidade de comportamento; a diferença entre hábitos e regras reside no fato de que a regularidade de comportamento é condição necessária e suficiente para a existência de um hábito, mas é apenas condição necessária e não suficiente para a existência de uma regra. À regularidade de comportamento deve-se adicionar outro elemento para que seja possível falar propriamente da existência de uma regra. Esse elemento adicional é uma "atitude crítica reflexiva"¹⁵ do grupo social em que o

(14) Uma defesa da posição de Hart, consistente com o seu pensamento, poderia ser: devemos distinguir entre hábitos e regras porque parte do nosso vocabulário expressa a existência dessas regras. Palavras como "dever" ou "direito" nos dão um testemunho de que existem normas. Mas esse tipo de fundamentação tem um defeito que já foi referido na segunda seção do capítulo anterior, a saber: tanto o realista como qualquer outro teórico que não admita a existência de normas como entidades objetivas (um cético em relação às normas) é tão bom usuário da linguagem como nós. Ele sabe que as pessoas falam "como se" existissem normas jurídicas, mas não pensa que esse seja um bom motivo para crer que as normas existem (cf. CAVELL, S. Knowing and Acknowledging. In: CAVELL, Stanley. *Must we mean what we say?* Cambridge: Cambridge University Press, 1976. p. 238 e ss).

(15) Cf. *The concept of law*, p. 55 e ss.

comportamento regular ocorre. Sem essa atitude crítica reflexiva não existe qualquer regra. Ter uma atitude em relação a um comportamento significa "aceitar" um padrão de comportamento. O passo seguinte é esclarecer o que é "aceitar" um padrão de comportamento, no sentido peculiar que Hart confere ao termo.

Hart não é claro sobre o que significa "aceitar",¹⁶ mas afirma em diversas passagens o que *não* devemos entender por esse termo. Em primeiro lugar aceitar não é simplesmente *observar* um padrão de comportamento,¹⁷ já que nos hábitos sociais também existe uma conduta conforme um padrão. Se aceitar fosse simplesmente agir conforme o padrão não seria possível distinguir hábitos sociais do comportamento conforme uma regra. A simples adequação de um comportamento a um padrão não é, portanto, a aceitação.

Em segundo lugar, aceitar um padrão de comportamento não significa *aprovar* o padrão do ponto de vista ético-político.¹⁸ É

(16) CATANIA, Alfonso. L'acettazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart. *Rivista Internazionale di Filosofia di Diritto*, n. 4, vol. 58, p. 262, 1971.

(17) Cf. Norberto Bobbio, Considerazioni in margine, *Rivista di Filosofia*, n. 2, vol. 57, p. 125-140, 1966, apud Alfonso Catania, *L'acettazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart*, p. 263.

(18) Hart defende em diversos escritos anteriores e posteriores ao *Concept of law* que a existência de uma regra jurídica independe de seu valor moral. Veja-se, como ilustração, Herbert L. A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals*. In: HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon, 1983 (reimpressão de 1993), passim, em especial p. 72 e ss; HART, Herbert L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Fabris, 1987 (original de 1968), p. 32. A idéia de um "mínimo de Direito natural" exposta no Capítulo IX do *Concept of law* (p. 193 e ss) não deve ser confundida com uma defesa da necessidade de um mínimo conteúdo moral para os sistemas jurídicos. Essas regras do mínimo de Direito natural são como regras de carpintaria que podem ser utilizadas para fazer tanto leitões de hospital quanto camas de tortura (essa analogia para a carpintaria foi uti-

possível aceitar um padrão de comportamento ainda que o consideremos desvalioso de ponto de vista ético-político.

Por fim “aceitar” um padrão de comportamento não significa simplesmente *ter um sentimento* qualquer em relação a conduta de

lizada pelo próprio Hart quando tratava da “inner morality of law”, de Lon Fuller (cf. Lon L. Fuller: *morality of law. Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, reimpressão de 1993, p. 347). O “mínimo de Direito natural” é um conjunto de regras que devem estar no sistema jurídico não porque sejam boas ou ruins, mas porque, dada a atual condição humana, não seria possível que um sistema jurídico funcionasse sem essas regras. Se a condição humana sofresse alguma alteração séria essas regras poderiam se tornar desnecessárias. Hart imagina a possibilidade de que fosse inventada uma carapaça que, revestindo o corpo humano, produzisse invulnerabilidade (*Positivism...*, p. 80). Nesse caso boa parte das regras do mínimo de Direito natural não seriam mais necessárias (sobre essa forma de interpretar o mínimo de Direito natural em Hart, cf. Michael Martin, *A critique of Hart's theory of natural law, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 58, p. 388-399, 3º Heft 1982, p. 388-399; em sentido similar cf. James L. Huffman, *Justificación legal: la importancia de la distinción de Hart entre descripción y prescripción, Revista de Ciencias Sociales da Facultad de ciencias Jurídicas económicas e sociales da universidad de Valparaíso (Chile)*, vol. 28, p. 321-338, 1.º semestre de 1986, p. 322 e ss). Hart, portanto, afirma em diversas ocasiões que é possível imaginar regras jurídicas imorais e, portanto, o grupo social pode avaliar uma conduta como juridicamente desvaliosa e moralmente valiosa. Para fazer tal julgamento utilizará uma regra jurídica. Aceitar uma regra, como veremos adiante, significa, justamente, utilizá-la. Conclui-se, portanto, que a “aceitação”, conforme imaginada por Hart, pode ocorrer independentemente de qualquer avaliação moral de um comportamento humano. Sobre a independência entre aceitar e avaliar moralmente ver Alfonso Catania, *L'acettazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart*, p. 262; sobre o mesmo tema, José Antonio Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 120-121.

alguém, inclusive em relação à própria conduta (especialmente não significa um sentimento de compulsão a agir de determinada maneira).¹⁹

Em que pesem as dúvidas de alguns comentadores da obra de Hart, tomar uma “atitude crítica reflexiva” ou “aceitar” é ver um determinado comportamento como criticável e considerar esta espécie de crítica legítima (o termo crítica aqui é utilizado para designar tanto a censura quanto a aprovação de um comportamento). Em outras palavras, aceitar um padrão de conduta significa utilizar esse padrão para estabelecer críticas e justificar críticas a um determinado comportamento que não esteja adequado ao padrão. Para fazer essas críticas e justificações utilizamos um vocabulário específico que envolve termos como “dever”, “direito”, “certo” e “errado”. É importante ressaltar que “aceitar” não é um ato que vem antes da crítica, mas é o próprio ato de criticar e de justificar a crítica com base no padrão, ou seja, é *usar* o padrão.

Gostaria de chamar a atenção para algumas dessas peculiaridades que não têm recebido a devida ênfase e que, em consequência, têm levado alguns dos maiores conhecedores da obra de Hart a algumas confusões.

Em primeiro lugar a atitude crítica reflexiva (a aceitação) não é uma atitude de um indivíduo, ou seja, a aceitação é um fenômeno social e não um fenômeno individual. Os padrões de comportamento em relação aos quais fazemos críticas e justificamos essas críticas são *compartilhados* por um grupo social.²⁰

⁽¹⁹⁾ HART, Herbert L. A. *The concept of law*, p. 57; e *Scandinavian realism. Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983 (reimpressão de 1993), p. 166-167.

⁽²⁰⁾ Estes padrões são compartilhados porque compartilhamos também os critérios através dos quais identificamos os padrões de comportamento jurídicos, ou seja, compartilhamos as regras secundárias (cf. Herbert L. A. Hart, *The concept of law*, p. 102, 115 etc.).

Existem dois sentidos em que podemos afirmar que um padrão de comportamento (uma regra) é compartilhado. Em primeiro lugar, uma regra é compartilhada quando a maior parte das pessoas considera que deve se comportar da forma prescrita pela regra. Nesse sentido podemos imaginar que além das regras compartilhadas existem regras individuais, ou seja, regras que não são compartilhadas pelo grupo, mas que algumas pessoas impõem a si mesmas (v.g., "não devo comer carne"). Em segundo lugar a regra pode ser compartilhada no sentido de que existem critérios públicos para determinar se a regra foi ou não respeitada. Nesse segundo sentido não é possível que exista uma regra individual. Os argumentos de Wittgenstein contra a possibilidade de uma linguagem privada são tentativas de demonstrar que não podem existir padrões puramente privados para o julgamento da adequação a uma regra, e que a ausência de padrões para julgar a adequação ou não a uma regra torna sem sentido o conceito mesmo de regra. A conclusão de Wittgenstein é: se não existe qualquer padrão *compartilhado* para julgar se alguém está seguindo ou não uma regra não faz qualquer sentido sequer falar em regra.²¹

As regras sociais são compartilhadas em ambos os sentidos, ou seja: a) a generalidade do grupo social considera que deve se comportar conforme prescreve a regra e b) existem critérios públicos para julgar a adequação de um comportamento a estas regras. Regras individuais (como a regra do vegetariano segundo a qual não devemos comer carne) não são compartilhadas no primeiro sentido do termo, ou seja, não é verdade que a maior parte do grupo social considera que deve se comportar conforme prescreve a regra. A pergunta sobre o quão genérica deve ser essa aceitação é um mal-entendido no mesmo sentido de que a pergunta sobre quantos fios

(21) Cf. Ludwig Wittgenstein, *Philosophical investigations*, § 202; ver também Peter Winch, *The idea of a social science and its relation to philosophy*, p. 58.

de cabelo alguém deve ter para não ser careca é um mal-entendido. Em outras palavras, a diferença é lógica e não estatística.

Se não nos apercebemos do caráter público que as regras sociais têm *por definição* é possível que cometamos erros. Alguns dos melhores comentadores da obra de Hart, por desprezarem este caráter público, procuraram por longo tempo respostas para questões inexistentes.²²

Cumpre notar que a afirmação de que a atitude crítica reflexiva (ou aceitação) é a utilização da regra para fazer críticas justificadas ao comportamento de outros seres humanos parece contradizer

(22) Um mal-entendido sobre essa característica levou o Prof. Neil MacCormick a levantar uma objeção à distinção conforme proposta por Hart. MacCormick observa que a explicação de Hart sobre o que são "crítica" e "crítica justificada" depende da explicação sobre a atitude que deve se conjugar à regularidade de comportamento (a aceitação) para que exista uma regra; mas essa atitude (a aceitação) parece ser explicada centralmente pelas noções de crítica e crítica justificada (cf. Neil MacCormick, *H. L. A. Hart*, Stanford: Stanford University Press, 1981, p. 31-32). MacCormick vê aqui um círculo vicioso que não esclarece nada sobre o que é uma regra social. É possível fazer críticas e justificar críticas por referência a padrões de comportamento (regras) não sociais, mas individuais. Imagine-se um vegetariano que critica a dieta alimentar de um homem que come habitualmente carne. Existe nesse caso uma crítica e uma justificação dessa crítica, mas não existe nenhuma regra social. Para diferenciar a crítica do vegetariano de uma crítica feita com base em uma regra social não adianta apelar para o vocabulário que utilizamos quando fazemos críticas baseadas em regras sociais, já que esse vocabulário é compartilhado pelo vegetariano que estabelece críticas sem base em regras sociais. MacCormick oferece uma forma de resolver esse círculo. Para que seja possível diferenciar uma regra social de outro padrão de conduta, MacCormick afirma ser necessário identificar atitudes críticas reflexivas relevantes e atitudes críticas reflexivas irrelevantes (cf. idem, p. 32). Para diferenciar as atitudes relevantes das atitudes irrelevantes MacCormick utiliza a existência de uma convenção como critério.

expressamente algumas afirmações do próprio Hart. Na p. 89 do *Concept of law* Hart afirma: "... é possível se ocupar das regras tanto como um mero observador que não as aceita quanto como um membro do grupo que as aceita e usa como guias de conduta".²³ Utilizando os verbos "aceitar" e "usar" ligados pela partícula copulativa "e" e aplicados às "regras", Hart dá sinais de que "aceitar" uma regra pode ser diferente de usá-la. Dessa forma o problema de saber o que é aceitar não estaria resolvido.

Mas o que poderia ser a aceitação se não for o uso da regra? A aceitação, como vimos, não pode ser um sentimento; não é também resultado de uma deliberação ético-política (ou de qualquer outra deliberação). Assim, restam duas alternativas em relação ao texto de Hart transcrito acima: ou bem Hart cometeu um equívoco, ou bem a expressão *accepts and uses* é simplesmente uma repetição enfática. Será mantida, portanto, a definição inicial de "aceitação" como uso de um padrão de comportamento.

Na definição de aceitação como uso pode surgir um problema adicional. Hart imagina em sua teoria dois tipos de regras jurídicas: regras primárias (que estabelecem padrões de comportamento) e regras secundárias (que estabelecem critérios para reconhecer as regras jurídicas, para alterar regras jurídicas e para julgar conforme regras jurídicas). Impõe-se, portanto, a questão de saber se a aceitação das regras primárias é similar à aceitação das regras secundárias. Existem uma similaridade e uma diferença. Aceitar uma regra primária significa utilizá-la como padrão de comportamento (ou seja, estabelecer críticas e justificar críticas ao comportamento que não se conforme à regra). Aceitar uma regra secundária significa utilizar a regra como padrão para jul-

(23) "...; it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct" (cf. Herbert L. A. Hart, *The concept of law*, 2. ed., p. 89).

gar a juridicidade de uma regra geral ou de uma regra individual. Em ambos os casos a regra é um padrão, com base no qual fazemos julgamentos. A diferença está em que tipo de julgamento fazemos com base no padrão. Dessa forma, mesmo em relação às normas secundárias a definição de aceitação como uso de um padrão é válida. Na verdade alguns comentadores, como Catania, enxergam mais facilmente a aceitação como uso nas regras secundárias do que nas regras primárias.²⁴

Se essa definição está correta, não é possível que "ver um determinado comportamento como criticável" e "considerar a crítica a um comportamento legítima" *expresssem* a aceitação (a atitude crítica reflexiva); na verdade, a atitude crítica reflexiva que define o hábito da regra (ou o comportamento habitual do comportamento conforme regras) consiste simplesmente em *usar* a regra para estabelecer e justificar críticas.

Hart afirma que nessas críticas e justificações de crítica a um dado comportamento está implícita a existência de um aspecto interno nas regras jurídicas.²⁵ Hábitos e regras sociais compartilham um aspecto externo (uma regularidade de comportamento observável), mas para que exista um hábito social é suficiente que o grupo social se comporte de maneira uniforme em determinadas situações, sem que seja necessário que qualquer membro do grupo pense sobre esse comportamento uniforme (ou mesmo tenha consciência da uniformidade do comportamento). Ao contrário, a existência de uma regra social implica que ao menos algumas pessoas

(24) Cf. Alfonso Catania, *L'accettazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart*, p. 278.

(25) Ao introduzir a noção de aspecto interno como uma das diferenças entre hábitos e regras, Hart afirma que esse aspecto interno estava implícito nas outras características das regras, a saber: a existência de críticas ao comportamento que se desvia da regra e a justificação dessas críticas. Cf. *The concept of law*, cit., p. 36.

no grupo devem considerar o comportamento em questão como um *standard* geral que o grupo deve seguir.²⁶

Essas pessoas dão conta do fenômeno jurídico de uma maneira diferente daqueles que não compartilham os padrões de comportamento do grupo. Existem, portanto, duas maneiras diferentes de dar conta do fenômeno jurídico: aquela dos que vivem os padrões de comportamento do grupo como pautas de conduta e aquela dos que não levam em conta esses padrões de conduta ao descrever o comportamento humano. Hart usa as expressões “ponto de vista interno” e “ponto de vista externo” respectivamente para designar as duas atitudes.²⁷ O aspecto interno das regras só pode ser percebido do ponto de vista interno; aquele que assume o ponto de vista externo só pode perceber hábitos sociais (regularidades de comportamento), mas não um comportamento conforme regras.

O tipo de enunciado que é produzido por quem observa o Direito do ponto de vista interno (vivendo as regras) é diferente do tipo de enunciado que produz alguém que descreve o Direito do ponto de vista externo. Hart chama os primeiros de enunciados internos (*internal statements*) e os últimos de enunciados externos (*external statements*). Enunciados internos utilizam um tipo de vocabulário que não poderia ser compreendido por alguém que procurasse descrever o Direito de um ponto de vista externo. Termos como “dever”, “direito”, “competência”, “certo”, “obrigatório”²⁸ são tipicamente utilizados em enunciados internos e são *nonsense* quanto utilizados em enunciados externos (ao menos

⁽²⁶⁾ Cf. *The concept of law*, cit., p. 56.

⁽²⁷⁾ As noções de “ponto de vista interno” e de “ponto de vista externo” são de Peter Winch (*The idea of a social science and its relation to philosophy*, cit., p. 111 e ss; idem, p. 121 e ss.

⁽²⁸⁾ Cf. *The concept of law*, cit., p. 57.

enunciados extremamente externos²⁹). O próprio realismo havia constatado a impossibilidade de interpretar esses termos normativos em termos de fatos brutos, ou seja, a impossibilidade de interpretar termos como “direito subjetivo” ou “dever jurídico” em termos de fatos brutos (inclusive as regularidades de comportamento de organismos vivos). A esta altura é possível perceber que a classe de enunciados que Hart chama de “internos” é composta pelos enunciados que têm sido chamados no âmbito desta dissertação de enunciados jurídicos. Enunciados “jurídicos” ou enunciados “internos” são aqueles que utilizamos (nós, os participantes de sistemas jurídicos) para dar conta dos fatos jurídicos. A partir desse ponto, observando a terminologia de Hart, passaremos a chamar esse tipo de enunciado de “enunciado interno”.

A diferença entre enunciados internos e externos (e entre os pontos de vista interno e externo e entre os aspectos interno e externo de uma regra) é, em última análise, a diferença entre duas formas de descrever o fenômeno jurídico (ou qualquer outro fenômeno normativo). A primeira leva em conta as regras sociais e a segunda não toma em conta essas regras, mas somente as regularidades de comportamento de um grupo social.

A distinção entre os pontos de vista interno e externo é uma das maiores contribuições de Hart à teoria jurídica, mas não basta para responder a uma questão fundamental que é freqüentemente esquecida: por que é necessário aceitar que ambas as formas de descrever o sistema jurídico (de um ponto de vista interno e de um ponto

⁽²⁹⁾ Na terceira fase de seu pensamento sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos, Hart acrescenta um ponto de vista intermediário entre os pontos de vista interno e externo. Mesmo antes da introdução desse terceiro ponto de vista, Hart admitia que existe um ponto de vista externo que é mais radical e um ponto de vista interno que reconhece ao menos que outros utilizam regras. Já no *Concept of law*, Hart reconheceu a existência deste “extreme external point of view”.

de vista externo) são igualmente admissíveis? Deve ficar claro que a identificação de duas formas de descrever o fenômeno jurídico não decorre que ambas sejam descrições apropriadas. Em algumas passagens do *Concept of law*, Hart deixa claro que é importante “fazer justiça ao aspecto interno”³⁰, mas a opinião de Hart não basta para responder a pergunta que o realista escandinavo (o cético sobre as regras) gostaria de ver respondida, a saber: por que devemos “fazer justiça” ao aspecto interno da regras?

Esse problema é correlacionado com outro problema apontado acima, a saber: por que devemos distinguir hábitos de regras? Ambos os problemas serão abordados item 5.2 do presente capítulo.

5.2 A concepção de realidade na teoria jurídica de Hart

Quando explicamos o modo como Hart justifica o conteúdo cognitivo dos enunciados internos (na seção anterior), alguns problemas ficaram pendentes. Em primeiro lugar, ainda precisamos examinar por que é necessário distinguir hábitos sociais de regras sociais; em segundo lugar, ainda precisamos examinar por que deveríamos “fazer justiça” aos enunciados internos e, consequentemente, por que deveríamos admitir tanto enunciados internos como enunciados externos.

Sem estas distinções o programa explicativo de Hart para a Ciência do Direito não difere substancialmente do programa do realismo escandinavo. Tanto Hart quanto os realistas argumentam contra a possibilidade de reduzir termos jurídicos (como “norma jurídica” e “direito subjetivo”) a termos ou enunciados que fazem referência a fatos brutos. A diferença entre a teoria de Hart e as do realismo escandinavo reside no fato de que os últi-

³⁰ Cf. *The concept of law*, cit., p. 99.

mos vêem estes conceitos jurídicos como ilusões (ainda que sejam ilusões úteis ou mesmo necessárias), enquanto Hart sustenta que regras sociais existem objetivamente e que os enunciados que dependem de regras sociais (enunciados internos) têm conteúdo cognitivo. A chave para compreender esta diferença está na natureza da justificação que Hart oferece para as distinções entre hábito social e regra social e entre enunciados internos e enunciados externos.

O primeiro motivo pelo qual é necessário examinar a natureza da justificação destas distinções é a sua importância como fundamento da tese de Hart sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos. O segundo motivo para proceder esta análise é: a justificação das distinções entre hábitos e regras e entre enunciados internos e externos depende de uma concepção de *realidade* (e das correlatas concepções de *mundo* e de *objetividade*) muito diferente da “concepção absoluta” da qual tratamos nos Capítulos I e IV desta dissertação.

Antes de perguntar sobre a natureza da justificação de Hart para as distinções referidas e sobre o conceito de realidade que subjaz a esta forma de justificar uma distinção, é importante compreender quais as relações entre as duas distinções. Devemos, para tanto, aguçar a nossa percepção da diferença entre enunciados internos e externos. É necessário chamar a atenção para o fato de que a diferença entre estas classes de enunciados é de natureza *lógica*. O estilo pouco formalizado com que Hart introduz a distinção, aliado a uma determinada pré-compreensão que nós (que tentamos fazer Filosofia) temos do que é um ponto lógico, tende a induzir-nos em algumas confusões sobre a natureza da distinção entre os enunciados internos e externos. Daí por que surgiram interpretações “psicologistas” da distinção entre enunciados internos e externos apesar da advertência de Hart de que a distinção não devia ser compreendida como

uma distinção entre eventos psicológicos (interiores) e eventos não psicológicos (exteriores).³¹

A diferença entre enunciados internos e enunciados externos reside no fato de que as condições de verdade de enunciados internos são diferentes das condições de verdade de enunciados externos. Enunciados internos e enunciados externos jamais descrevem o mesmo fato. Um erro comum, mesmo entre os que admitem a distinção entre enunciados internos e enunciados externos é pensar que um enunciado como "algumas pessoas levantam os braços e estão em um prédio de Brasília e ..." tem as mesmas condições de verdade do enunciado "foi votada uma lei"; ou que as condições de verdade dos enunciados que os lilliputianos proferiram sobre o estranho objeto do gigante são as mesmas do enunciado (possivelmente proferido por Gulliver), "isto é, o objeto que eu consulto quando quero saber que horas são".

A condições de verdade dos enunciados externos são sempre um conjunto de eventos físicos (inclusive o comportamento regular de certos organismos). As condições de verdade de enunciados internos sempre incluem, além de eventos físicos, um elemento não físico, a saber, uma regra. Vemos aqui por que a distinção entre hábitos e regras está ligada ao estatuto lógico da distinção entre enunciados internos e externos. Se não é possível diferenciar hábitos de regras e, conseqüentemente, aquilo que chamamos de regra não é mais do que um hábito de comportamento complexo de certos organismos, não é possível também estabelecer qualquer diferença logicamente relevante entre enunciados internos e externos.

(31) Em *The concept of law* (cit., p. 57) Hart afirma que: "The internal aspect of rules is often misrepresented as a mere matter of 'feelings' in contrast to externally observable physical behavior" ("O aspecto interno das regras é freqüentemente representado equivocadamente como uma questão de 'sentimentos' em contraste o com o elemento físico externamente observável"). Cf. também *Scandinavian realism*, cit., p. 166.

Seria possível estabelecer algumas diferenças baseadas no *vocabulário* utilizado em um ou outro enunciado. Mas o vocabulário especial dos enunciados internos só teria algum significado se fosse possível *reduzi-lo* a um vocabulário de fatos brutos.

Para afirmar a diferença entre enunciados internos e externos, é necessário, portanto, admitir a noção de regra. Mesmo que as condições de verdade de um enunciado interno compreendam os mesmos eventos físicos que as condições de verdade de um enunciado externo, sempre haverá uma regra entre as condições de verdade dos enunciados internos e esta regra, por definição, não pode constar entre as condições de verdade dos enunciados externos. Sendo as condições de verdade dos enunciados interno e externo sempre diferentes, é forçoso admitir que cada tipo de enunciado descreve um tipo diferente de fato (se descrevessem os mesmo fatos, teriam os mesmas condições de verdade). Podemos invocar aqui uma das distinções iniciais do trabalho, a saber: a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais. Os fatos institucionais são, como foi esclarecido àquela altura, fatos para cuja existência é necessário que exista uma regra social.³²

A existência de fatos institucionais é simplesmente inadmissível dentro da concepção empirista de realidade. A "concepção absoluta da objetividade" não admite que existam tais coisas como regras de comportamento, a não ser que seja possível traduzir estas regras em termos de fatos brutos ou eventos do "mundo interior" (estados mentais). Conseqüentemente a concepção de realidade de Hart é necessariamente diferente da concepção empirista

(32) Praticar alguns tipos de ação depende logicamente da existência de regras constitutivas, como explicamos na introdução desta dissertação. As regras constitutivas não apenas regulam a ação, mas instituem-na. As regras que determinam o que é um contrato tornam possível que alguém faça um contrato, da mesma forma que as regras que governam as promessas constituem a ação "prometer".

de realidade. Essas diferenças ficam mais claras quando analisamos a natureza do argumento com o qual Hart pretende justificar a existência objetiva (empiricamente objetiva, e não puramente ideal, como no jusnaturalismo, ou subjetiva, como no positivismo precedente) de regras sociais.

A diferença entre regras e hábitos sociais (e a própria existência de regras) é justificada por Hart através da constatação de que o desvio de alguns comportamentos regulares provoca um determinado tipo de reação (críticas, reconhecimento de obrigações, pedidos de obediência etc.), enquanto o desvio de outros comportamentos regulares não provoca qualquer reação (ou ao menos não provoca qualquer reação crítica). Para justificar a existência das regras Hart apela, portanto, para diferentes comportamentos lingüísticos socialmente típicos. O princípio metodológico que está implícito nesta prova (mas que Hart assume explicitamente no prefácio do *Concept of law*³³) é: a análise de nosso comportamento lingüístico pode levar a uma conclusão sobre a existência de algo. Existem dois cuidados necessários para utilizar este princípio metodológico no mesmo sentido que Hart o emprega: 1) não podemos supor que a análise de nosso comportamento lingüístico pode servir de prova da existência de *qualquer* objeto; 2) não podemos supor que a existência de alguns objetos está à nossa disposição — que podemos criá-los por uma decisão. Ao explicar por que estas não são boas interpretações da regra, pretendemos esclarecer algo sobre o modo correto de utilizar este princípio.

Se o princípio segundo o qual a análise de nosso comportamento lingüístico pode esclarecer se um objeto existe ou não é tomado como válido para qualquer objeto, não seria difícil refutá-lo demonstrando que existem objetos sobre cuja existência as nossas atitudes lingüísticas não podem esclarecer. Pense-se no seguinte

argumento: as nossas atitudes lingüísticas atestam que falamos como se Deus existisse (dizemos, por exemplo, “graças a Deus”), logo Deus existe.

Este tipo de argumento só pode ser considerado uma aplicação do princípio de prova adotado por Hart se nós não levamos a análise até o fim. Se analisamos o uso da palavra “existência” e o tipo de condições em que podemos asserir a verdade da afirmação da existência de algo, veremos que: 1) não há somente uma classe uniforme de objetos existentes; 2) que as condições de verdade para o enunciado que afirma a existência de um objeto A variam de acordo com que tipo de objeto é A (“o tipo de coisa que é um objeto, a gramática o define”³⁴).

O tipo de objeto que é uma regra de comportamento é definido, assim, pelas condições de verdade dos enunciados que asserem a existência de uma regra. A gramática do enunciado que assera a existência de uma regra é diferente da gramática do enunciado que assera a existência de um fato bruto, ou de um fato metafísico. Para uma regra social, existir significa simplesmente ser utilizada como um padrão de avaliação de ações humanas; para um objeto físico, existir significa ter extensão, peso, massa, em suma, qualidades primárias. Para utilizar um exemplo do próprio Hart: o que faz do metro um padrão para medir extensão? A resposta está em nossas práticas: o fato de que utilizamos o metro para medir a extensão.

É por esta razão que a análise de nosso comportamento lingüístico nos habilita a constatar a existência de regras, mas não a existência de Deus. Através de nossa linguagem é possível constatar se uma regra social está sendo utilizada, e a utilização é condição necessária e *suficiente* para a existência de uma regra: isso pertence à *essência* da regra.³⁵

⁽³⁴⁾ Cf. Ludwig Wittgenstein, *Philosophical investigation*, § 373.

⁽³⁵⁾ Idem, § 37: “A essência se expressa na gramática”.

⁽³³⁾ Cf. H. L. A. Hart, *The concept of law*, cit., p. V.

Mesmo que o argumento utilizado por Hart para comprovar a existência de regras seja interpretado de modo correto, porém, é possível suscitar um tipo de objeção geral ao argumento. É possível convocar o cético que vive dentro de nós para duvidar do argumento de Hart. O cético perguntaria, por exemplo, porque devemos tomar como critério para a existência de uma regra o fato de que é utilizada? Por que a gramática dos enunciados que expressam a existência deste tipo de objeto deve ser considerada segura?

A tensão entre a afirmação de Hart de que regras jurídicas existem e a dúvida cética fica clara na discussão sobre o fundamento de um sistema jurídico, levada a cabo no Capítulo VI do *The concept of law*. O ponto central do argumento de Hart é sua idéia sobre o que pode ser o fundamento de um sistema jurídico: uma prática social complexa na qual uma regra de reconhecimento é aceita e utilizada para identificar regras primárias de obrigação. Mas é importante sublinhar que Hart não diverge do cético apenas sobre *qual* o fundamento de um sistema jurídico, mas sobre o *que pode ser* o fundamento de um sistema jurídico. Na dúvida sobre qual o verdadeiro fundamento de um sistema jurídico, Hart não opõe simplesmente uma tese sobre qual é este fundamento, mas também uma tese sobre o que pode ser um fundamento *último* (ou *verdadeiro*). A pergunta com que Hart retorquiria ao cético é: o que você quer dizer com *último* ou *verdadeiro*? Para esta pergunta, ou a resposta do cético é trivial, ou é um apelo à idéia de certeza. O fundamento “último” ou o fundamento “verdadeiro” seria aquele sobre o qual não é possível duvidar. Este ponto, que está apenas insinuado na obra de Hart, é fundamental para entender como o seu argumento pretende dissolver a dúvida cética.

O que Hart expõe é o fato de que o cético sonha com um tipo de certeza que nós não podemos ter “de nossa perspectiva”. O cético quer saber o que existe “na verdade” no *mesmo* sentido em que o filósofo que postula uma concepção absoluta de objetividade quer explicar o mundo “como realmente é”. A verdade, a certeza, o fun-

damento que ambos procuram está além de nossa perspectiva e, supondo que alguém possa conhecer esta “verdade”, ter esta “certeza”, ou conhecer este “fundamento”, este alguém não é, em todo o caso, humano, pois não está limitado a conhecer o mundo sob as condições do conhecimento humano. O ponto de Hart é: faz algum sentido pedir sempre uma certeza que nós não podemos conceber? Por isto, Hart usa o condicional para dizer que “se algo pode ser chamado um fundamento de um sistema jurídico, é uma situação social”.³⁶ A pergunta sobre o *verdadeiro* fundamento de um sistema jurídico é similar à pergunta sobre a *verdadeira* extensão do metro.³⁷ Ao cético que afirma que não é possível oferecer um fundamento último para o sistema jurídico Hart afirma que existe um contexto no qual faz sentido oferecer uma fundamentação, um contexto no qual faz sentido usar a palavra “validade” ou um contexto em que dizemos que algo tem um metro.³⁸ Se utilizamos as palavras “fundamentação”, “validade” e “metro” fora dos contextos em que são empregadas (e permitimos que a linguagem, como diz Wittgenstein, “entre em férias”) estas palavras deixam de significar o que usualmente significam - sem que passem, por isso, a significar outra coisa.³⁹ O contexto no qual faz sentido proferir enunciados internos é aquele em que: 1) uma pessoa que seriamente asseire a validade de uma regra *usa* uma regra de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar as regras jurídicas; 2) esta regra de reconhecimento não é só aceita por ele, mas é aceita e

⁽³⁶⁾ “It is this situation which deserves, if anything does, to be called the foundation of a legal system”, cf. H. L. A. Hart, *The concept of law*, cit., p. 100.

⁽³⁷⁾ Idem, p. 109.

⁽³⁸⁾ Idem, p. 108-109.

⁽³⁹⁾ Hart afirma: “We only need the word ‘validity’, and commonly only use it, to answer questions which arise within a system of rules where the status of a rule as member of the system depends on its satisfying certain criteria provided by the rule of recognition” (idem, *ibidem*).

empregada geralmente na forma de operar do sistema.⁴⁰ As noções de “contexto” e *background* utilizadas por Hart são parentes da noção de “forma de vida” em Wittgenstein (ver Capítulo IV, item 4.2).⁴¹ Uma forma de vida é constituída por critérios compartilhados; a regra de reconhecimento é, segundo Hart, um critério compartilhado.⁴²

Por isso, Hart não oferece uma resposta à pergunta do céptico sobre a validade de uma regra de reconhecimento. Trata de demonstrar simplesmente que esta é uma pergunta sem sentido, pois, quando a formulamos, a palavra “validade” (e, com ela, a própria idéia de fundamentação) é retirada do contexto em que faz sentido.⁴³

A solução de Hart tem a virtude de oferecer uma resposta coerente à pergunta sobre as relações entre a validade e a eficácia das regras jurídicas, que o normativismo e o realismo (como vimos) deixaram de responder satisfatoriamente. A validade está fundamentada na regra de reconhecimento que, por sua vez, está fundamentada na prática social complexa descrita acima. O argumento deriva um dever-ser de um ser (e assim, parece incorrer na “falácia naturalista”), mas Hart não encontra nenhuma dificuldade genuína nisso. Como Searle mais tarde demonstrou, não há problemas em derivar um dever-ser de um ser, desde que pelo menos uma das premissas “factuais” do argumento tenha como condição de verdade a existência de pelo menos uma regra constitutiva. A regra de reconhecimento é justamente uma regra constitutiva que estabele-

⁽⁴⁰⁾ Idem, p. 108.

⁽⁴¹⁾ Para Wittgenstein, “Imaginar uma linguagem significa imaginar uma forma de vida” (cf. *Philosophical investigation*, § 19).

⁽⁴²⁾ Idem, p. 102.

⁽⁴³⁾ Hart afirma que: “No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provide the criteria; it can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way” (idem, p. 109).

ce as condições sob as quais é possível dizer que uma regra é válida (ou pertencente ao sistema, o que é o mesmo).

Uma discussão, suscitada por Bulygin (em um artigo de 1976)⁴⁴ sobre a natureza da regra de reconhecimento, é especialmente importante no presente contexto porque ajuda a esclarecer como é esta situação social complexa que Hart alega ser o fundamento do Direito. Bulygin afirma que a regra de reconhecimento é uma regra conceitual e não uma regra que impõe deveres. O argumento que sustenta esta afirmação é também baseado em uma distinção entre diferentes atos linguísticos. O descumprimento de qualquer regra dá ensejo a críticas, como vimos acima, mas as críticas que correspondem ao descumprimento da regra de reconhecimento e as críticas que correspondem ao descumprimento das regras que impõem deveres (regras primárias, na terminologia de Hart) são diferentes. Quando deixamos de cumprir os deveres impostos pelas regras primárias, somos censurados por “desobediência”,⁴⁵ quando deixamos de utilizar a regra de reconhecimento para identificar as demais regras jurídicas somos censurados por nossa ignorância. A regra de reconhecimento não impõe deveres, mas estabelece critérios conceituais, diz Bulygin. O autor argentino está ciente de que em algumas situações os tribunais que não utilizam a regra de reconhecimento estão sujeitos a críticas de desobediência (como quando os tribunais resolvem tomar partido de um grupo revolucionário). Estas críticas,

⁽⁴⁴⁾ E. Bulygin, Sobre la regla de reconocimiento, *Derecho, filosofía y lenguaje*, p. 31-39. Bulygin retomou o tema em diversos artigos posteriores, em especial, Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos, *DOXA (Cuadernos de Filosofía del Derecho)*, Alicante, vol. 9, p. 257-279, 1991; *Regla de reconocimiento: norma de obligación o criterio conceptual?* *DOXA (Cuadernos de Filosofía del Derecho)* vol. 9, p. 311-318, 1991.

⁽⁴⁵⁾ O termo “desobediência”, utilizado por Bulygin, denuncia uma concepção imperativista de norma jurídica. Cf. *Sobre la regla de reconocimiento, Derecho, filosofía y lenguaje*, p. 37; ver também *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, cit., p. 269.

segundo Bulygin, decorrem do fato de que existe uma regra primária, identificada através da regra de reconhecimento, que impõe aos juízes a obrigação de utilizar a regra de reconhecimento. Assim, é resguardado caráter puramente conceitual (constitutivo e não regulativo) da regra de reconhecimento.

Esta forma de compreender a regra de reconhecimento não foi aceita quer pelos intérpretes mais importantes de Hart⁴⁶ (notadamente MacCormick, Hacker, Raz e, na Espanha, Ruiz Manero), quer pelo próprio Hart.⁴⁷ Não creio que a questão esteja bem posta por Bulygin, mas o seu argumento tem o inegável mérito de esclarecer a forma como Hart dá conta das regras secundárias (e, conseqüentemente, da forma como Hart explica prática social complexa que limita o sentido da fundamentação e da validade): se a regra de reconhecimento também impõe deveres, qual a distinção entre regras primárias e regras secundárias? A distinção esboçada inicialmente se complica.

Para resolver este problema devemos deixar de lado o fato de que uma regra impõe deveres ou confere poderes. O ponto central da distinção não é a imposição ou não de deveres, mas o tipo de ação para cuja prática utilizamos as regras primárias e secundárias. Regras são utilizadas como guia para diversas ações. Os participantes de um sistema jurídico podem utilizar regras para fazer coisas diferentes: orientar comportamento, julgar o comportamento (próprio e dos outros), identificar a existência de regras. Tanto as regras primárias quanto as secundárias podem ser utilizadas para praticar diversas ações, mas existe uma ação para a qual a regra primária não pode ser utilizada: identificar a existência de

⁴⁶ O próprio Bulygin se encarrega de inventariar aqueles que demonstram que sua opinião não é uma boa exegese de Hart (o que, aliás, alega nunca ter sido seu objetivo). Cf. *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, cit., p. 269.

⁴⁷ RUIZMANERO, Juan. Algunos problemas de la regla de reconocimiento. *Análisis de crítica de los paradigmas de la teoría del derecho*, 1991, p. 79.

outras regras. O que distingue as regras primárias das regras secundárias é a aptidão para servir de guia na identificação de outras regras.⁴⁸ As regras secundárias podem ser utilizadas para “especificar os critérios de atribuição de valor de verdade às proposições sobre a existência ou o conteúdo das regras primárias”.⁴⁹

A prática social a que Hart se refere como o fundamento de um sistema jurídico é a produção de enunciados jurídicos com base em regras jurídicas que são identificadas por meio de outras regras aceitas (ou seja, utilizadas) por um determinado grupo social. O céptico e o filósofo que postula uma concepção absoluta de objetividade certamente terão dificuldade de compreender como é possível fundar a verdade de um enunciado em nossas práticas. Uma espécie de “vertigem”⁵⁰ tomará conta deles e ambos se sentirão como se estivéssemos agarrados a um galho que está solto no ar. Ambos sentirão a necessidade de ancorar as nossas práticas em algo mais seguro que sirva de fundamento para estas práticas e, indiretamente, estabeleça as *verdadeiras* condições de verdade de nossos enunciados internos. Ambos estão fixados no ideal epistemológico de ver o mundo “desde lugar algum”, e, conseqüentemente, devem considerar nossa perspectiva limitada demais para oferecer uma compreensão das coisas “como realmente são”.

Para Hart, ao contrário, não há *nada* mais básico do que as nossas práticas para orientar os nossos juízos (e os enunciados em que expressamos estes juízos); isto não significa que não há nada além de nossas práticas, mas que o que quer que esteja além, não é possível concebê-lo de um ponto de vista *absolutamente* externo. A teoria de Hart assume que a nossa perspectiva é o limite da inteligi-

⁴⁸ Hart afirma expressamente que a regra de reconhecimento é utilizada para identificar regras primárias de obrigação (entre outras passagens, ver p. 94-95, 100 e 109 do *Concept of law*).

⁴⁹ Cf. Paulo E. Faria, *Sur la règle de reconnaissance*, cit., p. 109.

⁵⁰ Cf. John McDowell, *Non-cognitivism and rule-following*, cit., p. 149.

bilidade do mundo: nós não podemos nem mesmo conceber como seria uma concepção absoluta do mundo (esta concepção que o filósofo que postula uma concepção absoluta da objetividade pretende ter atingido com a física e que o cético não vê como atingir).

Se consideramos o mundo desde nossa perspectiva, é possível identificar os contextos nos quais os nossos enunciados internos fazem sentido; é possível identificar quais condições devem estar satisfeitas para que enunciados como "eu tenho (o direito de) propriedade sobre esta casa" ou "esta regra é válida" sejam verdadeiras descrições do mundo. De nossa perspectiva, expressões que afirmam a existência de direitos subjetivos ou a validade de regras são descrições de um aspecto da realidade; são descrições objetivas, tão objetivas quanto podemos humanamente desejar, esperar e compreender.

Este acerto de contas entre Hart e o Ceticismo diz algo também sobre a controvérsia entre as duas principais versões contemporâneas do positivismo, quais sejam: o normativismo Kelseniano e o Realismo Escandinavo. Hart mostra que não é necessário abdicar da tese básica do positivismo, segundo a qual o direito tem fontes sociais, para admitir que os enunciados internos têm conteúdo cognitivo. Mais ainda: Hart não apresenta esta tese como uma opinião que distingue filósofos positivistas de outros filósofos, mas como parte do próprio conceito de direito.

Os argumentos de Hart têm uma importante função crítica: eles visam desfazer mal-entendidos intelectuais, de que se alimentam projetos teóricos incoerentes. Ao término do percurso, quando vemos dissipar-se a vertigem epistemológica, pode ser que não tenhamos aprendido nada de novo sobre o mundo — mas "nossos espíritos, não mais atormentados, deixarão de suscitar perguntas ilegítimas".⁵¹

(51) H. Hertz, *Die Prinzipien der Mechanik*, Einleitung, Barth: Leipzig, 1910, p. 9, apud G. P. Baker e P. M. S. Hacker, *An analytical commentary on Wittgenstein's 'philosophical investigations'*, Chicago: The University of Chicago Press, 1983, p. 4.

CONCLUSÃO

Esta breve conclusão compreende um inventário das conclusões que podem encontradas no texto, mas também sugere alguns desenvolvimentos possíveis a partir destas conclusões. É, há um tempo, o ponto final deste trabalho e o esboço de um próximo.

A modernidade nos legou duas maneiras contraditórias de compreender o fenômeno jurídico: ou bem o direito é considerado um fenômeno empírico (parte do mundo sensível, espaço-temporal), ou bem o direito é considerado um fenômeno da razão (irredutível ao mundo sensível). A tese empirista de que o direito tem fontes sociais é o ponto central do positivismo jurídico. O grande problema do projeto empirista para a ciência do direito (e, portanto, do positivismo jurídico) é a dificuldade de compreender o fenômeno jurídico em termos de fatos brutos (fatos dos quais, em última análise, a física dá conta). Por esta razão, parte do positivismo jurídico de nosso século fala de entidades e fatos jurídicos como sendo entidades ou fatos meramente subjetivos (a "ilusão" de validade no Realismo Escandinavo) ou entidades ou fatos cuja objetividade depende de um ato subjetivo (a postulação da norma fundamental, segundo Kelsen). Constatamos, além disto, que tanto Kelsen quanto os realistas oscilam entre duas concepções de objetividade, nomeadamente, uma concepção fiscalista e uma concepção fenomenalista.

Apesar de suas divergências e oscilações, existe uma concepção filosófica tacitamente aceita por Kelsen e pelos realistas, a saber: a concepção da objetividade como algo *necessariamente* independente de nossa perspectiva. Por esta razão, só contam como descrições objetivas (do mundo como realmente é) aquelas descri-

ções depuradas de nossa perspectiva (feitas de um ponto de vista “absolutamente” externo ou, como disse Nagel, feitas desde lugar nenhum). Para os realistas, enunciados jurídicos não contam como descrições do mundo objetivo, mas apenas como descrições de estados de coisa subjetivos. Para Kelsen os enunciados jurídicos descrevem fatos objetivos, mas a objetividade destes fatos depende de um ato de vontade subjetivo, cuja necessidade Kelsen só pode justificar condicionalmente, abrindo o flanco para o ataque do realismo. A objetividade do direito parece depender em maior ou menor grau da subjetividade e, conseqüentemente, os enunciados que descrevem estados de coisa jurídicos não podem contar como uma descrição do mundo como ele realmente é (independentemente de nossa perspectiva).

Hart abre o caminho para a resolução da controvérsia entre estas versões do positivismo (e, mesmo, para a resolução das oscilações internas a cada versão entre fiscalismo e fenomenalismo) quando rejeita esta concepção filosófica de objetividade. A alter-nativa de Hart é construída a partir da constatação de que a própria noção de objetividade é parte de nossa perspectiva. A partir de nossa perspectiva Hart constrói a prova de que regras sociais (e, depois, regras jurídicas, obrigações, direitos subjetivos etc.) existem objetivamente. Hart procura provar que fatos institucionais são fatos como quaisquer outros — e que o que obstaculiza o reconhecimento disso é um preconceito *filosófico* (sobre o que seja objetividade). Por esta razão, os enunciados jurídicos (que, por definição, referem fatos institucionais) contam como descrições do mundo. O que Hart repeliu ao rejeitar o paradigma empirista (em qualquer de suas versões: fiscalista ou fenomenalista) da objetividade foi a conseqüência, aceita pelos positivistas anteriores, de que enunciados “internos” sobre direitos, deveres, obrigações etc. não têm nenhum conteúdo cognitivo.

Se as conclusões precedentes estão, como pensamos, justificadas, então é possível indicar uma última conseqüência das consi-

derações desenvolvidas nesta dissertação; a saber, que a obra de Hart oferece também a chave para a superação da antiga controvérsia entre positivismo jurídico e jusnaturalismo. Não porque aceita a idéia de um mínimo de direito natural, já que as regras deste mínimo de direito natural não são imperativos puramente racionais, mas necessidades naturais, condicionadas por fatos empíricos acerca das condições mínimas da sobrevivência humana. A verdadeira contribuição de Hart para a superação da controvérsia entre positivismo jurídico e jusnaturalismo reside no fato de que sua concepção do fenômeno jurídico combina uma idéia da qual o jusnaturalismo tinha sido guardião histórico (a de que o direito não é simples expressão da vontade ou subjetividade, fenômeno ao mesmo tempo existente e distinto dos fenômenos meramente naturais) com uma tese central do positivismo jurídico (aquela segundo a qual a juridicidade é um fenômeno social para o qual nenhum fundamento absoluto ou transcendente é requerido). A contribuição de Hart para a dissolução desta controvérsia reside em apontar o mal-entendido que deu origem a ela, nomeadamente, o ideal de uma “concepção absoluta do mundo”, que torna possível conciliar o reconhecimento da normatividade do Direito (que é o traço comum às doutrinas do direito natural clássico e a teoria pura do Direito) com o reconhecimento do caráter empírico (a que se apegou o realismo jurídico. Para Hart, como para outro crítico pioneiro das descrições do mundo “desde lugar nenhum”):

“Somos como marinheiros, que precisam reformar seu navio em alto-mar, sem jamais poderem aportar em algum cais para desmontá-lo e reconstruí-lo com melhores peças”!

(1) NEURATH, Otto. Protocol sentences. In: AYER, A. J. (ed.). *Logical positivism*. New York: Free Press, 1959, p. 201.