

Alfredo Carlos Storck
Wladimir Barreto Lisboa
(orgs.)

Norma, moralidade e interpretação:

temas de filosofia política e do direito



Porto Alegre, 2009

Capa:
Ana Rieger Schmidt sobre imagem de Dirk Wiemer
Produção Gráfica:
Exclamação - www.exclamacao.com

O presente trabalho foi realizado com apoio da CAPES,
entidade do Governo brasileiro voltada à formação de recursos humanos

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
BIBLIOTECÁRIA RESPONSÁVEL: Elaine Corrêa CRB - 10/1621

N842 Norma, moralidade e interpretação : temas de filosofia
política e do direito / Alfredo Carlos Storck e
Wladimir Barreto Lisboa (organizadores). - Porto
Alegre : Linus, 2009.
289 p.

ISBN 978-85-60063-11-6

1. Filosofia do direito. 2. Filosofia política. I. Storck,
Alfredo Carlos. II. Lisboa, Wladimir Barreto. III. Título.

CDU 340.12



© Linus Editores Ltda.
Home page e vendas:
www.linuseditores.com.br
Contato: contato@linuseditores.com.br

© Linus Editores, Porto Alegre, RS, Brasil.

ÍNDICE

Apresentação	7
Richard Ely, a liberdade de contratar e a decisão Lochner	9
<i>Jean-Fabien Spitz</i>	
Entre a teoria da norma e a teoria da ação	43
<i>José Reinaldo de Lima Lopes</i>	
Variações sobre o conceito de justiça	79
<i>João Carlos Brum Torres</i>	
A crítica de Carl Schmitt ao normativismo kelseniano	101
<i>Jean François Kervégan</i>	
El conflicto político y la autoridad del derecho: la crítica schmittiana al positivismo liberal	115
<i>Andrés Rosler</i>	
Despolitização e crítica social. Cinco teses	143
<i>Alessandro Pinzani</i>	
As novas sofisticadas jurídicas: Chaïm Perelman e Stanley Fish	165
<i>Wladimir Barreto Lisboa</i>	
Hobbes e o poder fora do modelo jurídico da soberania	191
<i>Maria Isabel Limongi</i>	

Pluralismo e concepção do bem em Thomas Hobbes 203
Luc Foisneau

Notas sobre Direito, Política e Religião em Kant 221
Daniel Tourinho Peres

Tradição religiosa e tradução política: sobre os deveres
de cidadania na esfera pública 231
Luiz Bernardo Leite Araujo

O bem da ordem. O direito como condição da moral
em Tomás de Aquino 249
Luís Fernando Barzotto

O *De Regno* e a tradição dos *Specula principum* 267
Alfredo Carlos Storck

Apresentação

A presente obra reúne alguns dos artigos apresentados em dois colóquios realizados em outubro de 2009. O primeiro, intitulado *Colóquio de Filosofia Política e do Direito*, ocorreu no Departamento de Filosofia da UFRGS enquanto o segundo, *Encontro de Filosofia do Direito: II Colóquio Thomas Hobbes*, ocorreu no Faculdade de Direito da UNISINOS. Dois artigos que compõem essa coletânea não foram apresentados nos eventos: o de Jean-Fabien Spitz que, embora já tendo confirmado sua participação, precisou cancelá-la em virtude do adiamento dos colóquios provocado pelo surto da Gripe A no Brasil em agosto passado, e o de Jean-François Kérvegan, que nos autorizou gentilmente a tradução para essa publicação. Gostaríamos ainda de agradecer aos colegas que, por diversas razões, não puderam enviar suas contribuições, mas cuja participação foi fundamental para o agradável clima de discussões e trocas que marcaram os eventos.

Como o leitor irá constatar, decidimos realizar um trabalho de edição bastante limitado e não adotar uma formatação uniforme para os artigos, preservando o modelo originalmente enviado pelos autores. Evitando ao máximo a intervenção nos textos, mesmo no que diz respeito aos diferentes padrões de citação adotados, pretendemos preservar no livro um pouco da diversidade de estilos necessariamente presentes em um colóquio de filosofia.

W. B. L. e A. C. S.

"é de uma interpretação da palavra 'público' que corresponda às condições do momento e que seja, conseqüentemente, *realista*." ⁴²

Do mesmo modo, parece muito natural não separar a proteção da vida da proteção das condições que permitem aos indivíduos manterem-se em um estado de saúde correto. O direito à saúde, ou mais exatamente o dever de permitir ao conjunto dos cidadãos o acesso aos meios de saúde, faz parte das tarefas do Estado. É exatamente nessa direção que é preciso ir, em lugar desse individualismo ultrapassado que toma essa fórmula no sentido mais estreito, isso é, no sentido de uma proteção da vida contra as ações de um homem armado com um cassetete ou com uma pistola prestes a agredir um terceiro. Hoje em dia, afirma Ely, as ameaças contra a propriedade e a vida vêm menos da força física que dos procedimentos jurídicos inadequados que permitem alguns de apropriarem-se legalmente daquilo que é indispensável à vida e à liberdade, e dispositivos sociais que impedem os indivíduos de desenvolverem sua capacidade e potencialidade de tornarem-se proprietários.

Entre a teoria da norma e a teoria da ação

José Reinaldo de Lima Lopes

Direito GV - São Paulo

Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo

"Pfuhl pertencia à família desses teóricos que de tanto amarem as teorias em si acabam por esquecer-lhes os fins, ou seja, a sua aplicação prática." (Leon Tolstói, *Guerra e paz*)

Pretendo neste artigo apresentar esquematicamente duas diferentes maneiras de conceber o núcleo de uma teoria do direito - uma teoria das normas e uma teoria da decisão -, para argumentar afinal que a escolha dessas perspectivas determina tanto a maneira como se ensina direito como a maneira de se debaterem questões jurídicas e se tomarem decisões jurídicas na prática, isto é, no mundo não acadêmico, seja pelos profissionais seja pelos cidadãos comuns. Para fazer isto apresento primeiro um panorama da cultura jurídica como a recebemos (seção 1), em seguida apresento minha idéia dos traços característicos de uma teoria das normas (seção 2) e de uma teoria da decisão (seção 3), para afinal mostrar as conseqüências relevantes na prática (no ensino e no debate jurídico).

1. O panorama da teoria do direito

Durante as últimas décadas tem havido um deslocamento da teoria do direito de uma teoria das normas para uma teoria da decisão, ou talvez se possa dizer mais propriamente uma teoria da ação. Pressuponho que a decisão é uma forma de

⁴² Ely, R., *Property and contract*, II, 698.

ação: decidir é agir. A deliberação que pode preceder a decisão é também constitutiva da decisão, e no caso do direito precisa ser explicitamente desenvolvida nas sentenças (a obrigatoriedade da fundamentação ou motivação das decisões). A deliberação esclarece os motivos de quem decide, e os motivos são a fundamentação da sentença. Daí os juristas usarem inicialmente a motivação, a fundamentação ou a justificção da sentença. Uma decisão é sempre compreensível pelos seus motivos – como todas as ações, aliás. Ora, decidir uma questão jurídica não é o mesmo que decidir um problema matemático. Decidir uma questão ou caso jurídico é deliberar, mas resolver o problema matemático não. É essa sutil e nem sempre reconhecida diferença entre as duas coisas, entre o raciocínio que por si mesmo resolve um problema matemático e o raciocínio jurídico que resolve um problema jurídico, que pode lançar uma primeira luz sobre a teoria jurídica como teoria da ação. Embora usemos as palavras decisão e resolução para a resposta a questões tanto matemáticas quanto práticas, a natureza dos problemas é completamente diferente, o que por si já indica que a natureza das duas decisões ou soluções é completamente diferente também.

Ao nos concentrarmos no que são as normas antes que no que fazem os juristas com as normas, teremos do direito uma certa idéia: a idéia de que o direito é uma 'coisa', algo, talvez mesmo um texto. O jurista parece exercer a atividade de descrever ou falar sobre os textos (as proposições jurídicas). Ao nos concentrarmos na teoria da decisão, chamamos a atenção para o que fazem os juristas, e, portanto, teremos do direito a impressão de que se trata de um fazer, na minha opinião num deliberação sobre as ações a partir das regras jurídicas. O jurista parece exercer a atividade de decidir. As duas visões geram, portanto, objetos teóricos distintos e, por isso, mesmo podem ser avaliadas como mais ou menos adequadas ao seu objeto e como mais ou menos adequadas à realidade à qual se referem. Não nego que haja uma espécie de doutrina

ou teoria das normas por trás do pensamento jurídico, o que estou sugerindo é apenas, por enquanto, que as duas teorias têm alcances diferentes e que talvez a teoria da decisão seja mais abrangente – e, portanto, melhor como teoria do direito – do que uma teoria das normas. Dessa forma, uma teoria da decisão carrega consigo uma certa teoria da norma, mas não esgota o direito na teoria das normas.

De fato, os juristas valem-se de teorias das normas de maneira intuitiva, na medida em que a especificidade das normas jurídicas lhes é indispensável e lhes aparece como algo já dado. Eles usam mesmo uma doutrina das fontes do direito existente em disposições expressas a respeito da lei como fonte e fundamento de decisões jurídicas (como por exemplo o art. 5º, II, da Constituição Federal, o art. 126 e 127 do Código do Processo Civil, e outros diversos diplomas do ordenamento jurídico). Eles também se valem de uma doutrina feita por outros juristas que explicam essas disposições legais. Já foram também incorporadas em lei e pela "ciência" jurídica as técnicas de solução de antinomias (os problemas de anterioridade da lei, de revogação parcial, e outros como os do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Dessa forma há já elementos suficientes para dar aos juristas indicações de qual é a 'teoria' das normas adotadas. Embora em momentos importantes possam surgir dúvidas sobre qual a lei a aplicar, os juristas sabem que devem aplicar o direito positivo, incluindo também os critérios que o próprio direito positivo lhes dá para integrem o corpus de normas que devem aplicar. O que realmente os juristas fazem não é, portanto, senão decidir conforme à lei vigente em seu meio e no seu tempo.¹

A distinção entre teoria da norma e teoria da decisão tem relevância teórica e prática. Embora ambas possam ser tratadas como teorias, ou seja, como abordagens especulativas

1. Como destaca Finnis (2003), a tradição clássica do direito natural dizia coisa semelhante: se tomarmos a tradição tomista em particular o tema é ainda mais claro, pois S. Tomás insistia em que os juizes estavam postos para julgar pela lei, e não para julgar a lei. (cf. *Summa Teológica*, Ia IIae, q. 96, 4 e Ia IIae, q. 60).

a respeito do fenômeno jurídico, os resultados de uma e de outra são diferentes. Se nos concentrarmos em fazer uma teoria das normas não espelharemos o que fazem os juristas propriamente.

Quando me refiro à relevância prática de nossas teorias sobre o direito refiro-me tanto a uma relevância didática quanto a uma relevância no exercício da atividade. Na medida em que encaramos o direito como um saber especulativo sobre um objeto dado (a norma), tendemos a ensiná-lo de um jeito. Se o encarmos de outra forma, como um deliberar segundo regras, tendemos a encará-lo de outra forma. Não surpreende, pois, que tendo majoritariamente aderido à teoria da norma, nossas faculdades de direito sejam freqüentemente acusadas de não oferecerem nada de prático aos alunos, ou seja, nada de especialmente útil a eles. Mesmo as matérias ditas práticas, tendem a oferecer-lhes conceitos, não habilidades. Por outro lado, se temos do direito uma idéia prática, isto é, se admitimos que a verdadeira teoria do direito não é uma teoria descritiva das normas, mas uma "teoria da decisão", nossa posição diante de um problema jurídico qualquer é a de quem precisa justificar sua ação, motivá-la antes que explicá-la. A decisão precisa mais de justificação – na qual, naturalmente a paráfrase (ou 'explicação da norma') joga um papel fundamental – do que de explicação. É um processo mais de explicação de um juízo, do que de exposição de um pensamento.

Aquilo de que vou falar talvez se enquadre na distinção feita por Bobbio e referida por Atienza (2000, 52) segundo a qual existe uma lógica das normas e uma lógica dos juristas. A primeira tem por objeto as relações lógicas entre normas, a segunda tem por objeto as formas de argumento utilizadas. Mas em que a teoria da ação ou da decisão no âmbito do direito difere da teoria da norma? E afinal em que consiste uma teoria das normas? Esse constitui o núcleo da seção seguinte do artigo: mostrar o que foi a teoria da norma esposada por vários autores ao longo do século XX. O autor mais exemplar

de todos foi, naturalmente, Hans Kelsen. Com ele a teoria da norma ganhou consistência e expressão jamais alcançadas antes.

Estou falando de juristas e uso a palavra de forma ampla. Não penso em primeiro lugar ou exclusivamente no jurista acadêmico, no professor ou no filósofo do direito. Refiro-me àquela espécie mais comum entre nós, o profissional do direito, o qual estudou direito em uma faculdade e depois dedicou-se à profissão de resolver conflitos tanto como advogado quanto como juiz, aquele que fez um curso na forma hoje comum, para escapar de ser um rábula ou leguleio.

2. A teoria das normas

A teoria das normas tem em geral como ponto de partida e objeto central de reflexão uma espécie de ontologia da norma jurídica organizada em torno de alguns pontos.

Primeiro, giram em torno da pergunta: O que é a norma jurídica? A pergunta ganhou especial importância em função de circunstâncias históricas especiais: tratava-se de uma tentativa de isolar o direito das influências religiosas (isto é, dos discursos das religiões institucionalizadas) que tanto mal haviam causado, como guerras civis e perseguições políticas e ideológicas, morte de inimigos da fé ortodoxa e assim por diante. Se o discurso moral pudesse ser mais claramente isolado do discurso religioso (tarefa a que se dedicaram os jusnaturalistas) e se ainda depois o direito pudesse também ser isolado do discurso moral, talvez fosse possível minimizar os estragos sociais que se haviam conhecido ao longo da história.²

² Uma definição de norma jurídica e dos problemas de sua aplicação está presente desde há muito tempo na filosofia ocidental. Apenas a título de lembrança, recordo aqui a famosa Questão 90 da I^a Iae da *Summa teológica* de Tomás de Aquino. O que se explica ali é a *essência* da lei e a questão termina com uma definição: a lei é uma regra compreensível (racional), voltada para a manutenção do bem comum (de uma comunidade política), procedente da autoridade competente (quem representa a comunidade) e adequadamente promulgada. Normas assim são positivas, jurídicas e

O que é a norma jurídica? A essa pergunta a resposta teórica mais ouvida é em primeiro lugar que se trata de uma norma dotada de sanção em si mesma ou no sistema (ordenamento jurídico) em que está inserida.³ Isso marca a distinção específica entre normas jurídicas e normas morais (ou ainda das normas técnicas e das normas lógicas).

Em segundo lugar, a norma jurídica pertence a um conjunto organizado de normas: um ordenamento ou sistema normativo. Normas jurídicas são as normas que pertencem a tal ordenamento por pedigree, por serem produzidas dentro desse ordenamento e na forma determinada por tal ordenamento, por procederem de uma certa autoridade, a autoridade jurídica.

Em terceiro lugar assemelha-se a quaisquer outras normas porque é um imperativo. Normas em geral são comandos, ordens, mandamentos de alguém. Normas jurídicas, portanto têm um alguém por trás, esse alguém é o soberano, o Estado, o poder político. Normas jurídicas se distinguem de outras normas porque em caso de desobediência ou descumprimento o sujeito a quem se dirigem será de algum modo punido: há uma sanção imposta pela autoridade pública.

Em quarto lugar os juristas dessa vertente perguntam-se pelo caráter obrigatório dessas normas, ou seja, por sua validade. Visto que são percebidas como ordens apoiadas em sanções e visto, no entanto, que empiricamente qualquer um se dá conta de que as normas jurídicas são descumpridas sem que por isso deixem de valer, surge para os teóricos o embaraçoso problema da relação entre validade e eficácia. A validade, ou seja, o caráter obrigatório das normas jurídicas, depende de serem efetivamente cumpridas? Nesse caso, como saber quando deixam de ser obrigatórias? O que fazer com todas as características de um mandamento dado por um sujeito determinado a outro sujeito determinado no caso dos ordenamentos estatais, em que o sujeito determinado se con-

obrigatórias.

verte num abstrato Estado e o sujeito obediente se converte no abstrato cidadão? As diferentes correntes de teóricos das normas aceitam em geral que a validade depende da eficácia, mas divergem quanto às soluções dadas às questões postas no parágrafo anterior. Conforme a validade dependa integral, parcial ou nulamente da eficácia, chamam-se eles realistas ou idealistas. Ao fim, porém, fica sempre por resolver qual é o limite dessa relação. Kelsen, por exemplo, sugere de maneira clara, mas não definida, que a validade depende de algum grau de eficácia. Alf Ross cai na pura e simples descrição dos comportamentos: os comportamentos que lhe interessam são os dos profissionais do Estado encarregados da sanção, logo o direito é não propriamente comando, mas obediência pura e simples, o fato não qualificado do poder. No entanto, visto que os profissionais do Estado são profissionais por um fato não-bruto,³ fica sempre o incômodo de dizer por que afinal alguém é ou não juiz.

Quinto traço que se pode mencionar: uma teoria das normas é geralmente associada a uma concepção do direito como poder, isto é como capacidade de imposição da própria vontade a outrem (Max Weber). Se as normas são propriamente comandos ou ordens de alguém para alguém, é natural que o objeto central da doutrina jurídica seja subjetivista e individualista. Subjetivista porque as normas são equiparadas à expressão de uma vontade: essa vontade só pode pertencer a um sujeito real ou ficcional, dizem os teóricos da norma. O sujeito real é o legislador empírico, digamos: o sujeito ficcional é o legislador imaginado (institucionalizado). Individualista porque

3 O fato não-bruto é o *fato institucional*. A idéia foi ultimamente elaborada seja por John Searle, na filosofia em geral, seja por Neil MacCormick, na teoria do direito. No direito, entretanto, o assunto é velho conhecido: foi sofisticadamente estudado como *fato jurídico* e como *ato e negócio jurídico*. A doutrina distinguiu não apenas o fato de suas conseqüências, mas também o fato e sua dimensão propriamente jurídica. Essa dimensão transforma um evento ou uma ação em algo que *vale como*, isto é, num fato institucional. Determinadas palavras pronunciadas de certa maneira em certas condições *valem como* obrigação (obrigação unilateral, por exemplo), ou *valem como* casamento (logo, como entrada em um estado civil composto de obrigações recíprocas entre marido e mulher).

mesmo nos casos em que evidentemente não há um alguém empírico, a linguagem usada para falar das normas é sempre referida a um indivíduo e a relação que se imagina é de caráter binário: alguém manda - alguém obedece. Por consequência, outra característica das teorias de que estamos falando é que o direito é visto como um elemento de controle de alguém sobre alguém. O direito controla, ou mais expressamente, constriange e restringe comportamentos. Essa perspectiva não enfatiza as normas como guias de conduta autônoma, ou como orientações para a ação. Já que se trata de ordens seguidas de sanção, e já que a sanção é percebida como uma consequência negativa a ser evitada pelo cumprimento da norma, o direito passa a ser concebido como se fosse dirigido ao homem mau, ao delinqüente, ao transgressor. Normas são formas de controlar os desviantes, os transgressores. Não orientam no que fazer, mas dizem o que não fazer, pela sanção.

Finalmente, pode-se dizer que a teoria das normas é análoga, no campo do direito, à lingüística no campo das línguas. A lingüística não ensina ninguém a falar uma língua, embora possa ser um importante saber a respeito do falar, sem dúvida. Ela fornece uma espécie de lógica ou gramática universal da linguagem sem, ela mesma, ser uma gramática de alguma língua em particular e sem habilitar seus cultores a realizar um discurso. Em outras palavras, a lingüística não é prática. Igualmente, uma teoria das normas não é prática. Embora faça sentido em si mesma, se for entendida como aquilo que o jurista deve saber para exercer sua atividade, incorre em um problema sério. Ela fala de fora, mas não habilita seus cultores a fazer direito. Eles continuam a fazê-lo, mas não dependem de uma teoria das normas para fazê-lo, ou pelo menos não depende da teoria das normas que se tornou corriqueira entre nós. A ilustração melhor deste problema é dada na seguinte afirmação de Veach:

"Afinal de contas, para um homem que deseja dirigir um carro, seria uma experiência bastante frustrante se

seu instrutor sistematicamente se recusasse a dizer-lhe o que fazer, limitando inteiramente suas observações a uma análise da linguagem usada nos manuais de direção e evitando qualquer comentário quanto a se as instruções que efetivamente constam do manual eram para ser seguidas ou não." (Veach sd, 42)

Uma teoria assim apresenta algumas dificuldades, descritas por Hart em seu O conceito de direito. A mais evidente é que realmente não dá conta de todas as formas de ação sujeitas a normas, nas quais as normas não correspondam claramente a essa forma de comando, imperativo ou ordem. O primeiro caso em que a recondução de todas as normas jurídicas à sanção parece não funcionar muito bem dá-se no âmbito da invalidez ou nulidade dos atos jurídicos. A invalidez ou nulidade não é uma sanção, não é uma punição propriamente. A invalidez é mais parecida com uma falta de vigor para atingir seus propósitos. O ato nulo ou anulável não é o ato que leva à punição de alguém, mas o ato que não consegue valer como... Uma compra e venda de imóveis requer não apenas o consenso dos agentes e o preço do negócio, mas também uma forma especial (a escritura pública). Mesmo que as partes queiram comprar e vender, se não usarem a escritura pública não atingirão o fim visado. Não sofrem nenhuma punição, pois bem aconselhados e assessorados por algum advogado terminarão por concluir o negócio. Os sujeitos não foram capazes, incorreram no que John Austin chamou de uma infelicity. Não se explicam facilmente dentro da teoria das normas de que falo as simples regras de validade ou as regras de caráter constitutivo (como por exemplo: "o Brasil é uma república").⁴ Regras constitutivas, que Hart veio a chamar de regras secundárias, são as que definem os propósitos, as finalidades, as formas do jogo. Não são regulativas, isto é, não proíbem ou punem jogadas, comportamentos, ações. Regras constitutivas são normas de validade propriamente: isto vale por aquilo, x vale y. Dizer: a bola que alcança a rede passando entre as tra-

⁴ Regras de caráter constitutivo.

ves vale gol, não tem o mesmo caráter de dizer, a jogada com a mão durante a partida impõe ao time do jogador que usa a mão uma punição qualquer. Isso é bastante diferente da visão de quem deseja realizar uma ação, uma atividade ou guiar sua própria vida não pelo comando de alguém, mas segundo um padrão que lhe parece um bom critério. Para esses, a regra é uma medida com a qual avaliar sua própria ação.⁵

Uma segunda dificuldade é apontada também por Herbert Hart. Se explicarmos tudo a partir de um sujeito que manda e impõe regras (chamemo-lo Rex, diz Hart), por que continuamos a segui-las quando esse sujeito morre? Elas não eram comandos de Rex? Se continuamos a segui-las, o que seguimos afinal: as regras ou as ordens de um morto? Seguimo-las por temor, ou porque simplesmente nos acostumamos? E se surgirem dúvidas a respeito de como seguir a regra-comando, como as resolveremos? Consultando o morto ou a um que fala com os mortos? Essa é uma pequena série de problemas quando se trata a regra jurídica como um comando para o qual não há razões de obedecer a não ser o temor de uma autoridade. Quando a norma jurídica é o centro da teoria, e quando se caracteriza fundamentalmente pela idéia de sanção, os sujeitos à regra não agem no sentido próprio, apenas reagem. A concepção do sujeito é behaviorista. Com o passar da história, a sempre mais importante idéia de que vivemos sob as leis e não sob as ordens de indivíduos leva-nos à reflexão sobre como garantir que não estejamos apenas e necessariamente sujeitos a ordens de loucos, predadores, criminosos? Em outras palavras, a teoria da norma jurídica como um simples comando não permite entender uma razão pela qual obedecemos, nem uma razão pela qual interpretamos as normas em casos duvidosos.

Finalmente, deixando em segundo plano a ação e a decisão, a teoria das normas dá a impressão de que essas não são racionalmente reguladas e, talvez ainda mais importante, não

5 Abordei esse mesmo tema em Lopes (2004).

se prestam à tarefa de ensino dessa atividade que é decidir segundo o direito. Isso porque a teoria das normas concebe a ciência como um discurso sobre alguma coisa, e desse ponto de vista, a ciência do direito só pode ser um discurso sobre as normas. O caso mais exemplar e consequente dessa maneira de pensar é o de Hans Kelsen. Em sua forma de compreender, o discurso sobre a norma pode ser científico, mas a decisão singular não é senão um ato de vontade aplicada a um caso. Isso é a atribuição de sentido nos casos concretos (pelo próprio agente, ou por alguém que entende ou julga a ação). Para ele há uma distinção entre o sentido cognoscitivo de interpretar (fixação de sentido da norma) e a aplicação ao caso concreto, que não é uma tarefa propriamente cognoscitiva (Kelsen 1979, 467). Assim, quem olha o ordenamento sem ter de aplicá-lo vê inúmeras soluções possíveis (inúmeros sentidos, num quadro geral). No entanto, quem o olha como agente é obrigado a escolher um só sentido. Essa escolha, para Kelsen, é um ato de vontade, não de conhecimento.

Essa perspectiva é perfeitamente coerente com seu modo de entender as coisas. De fato, como ele pretende fazer uma teoria do direito à moda de uma lingüística geral das normas, a realização concreta do direito não é de seu imediato interesse. Nesse sentido, a lógica aplicada ao direito não lhe serve de instrumento, pois a rigor, a lógica é capaz apenas de juízos analíticos, e a decisão singular é um juízo sintético. Isso se expressa claramente em sua Teoria geral das normas, quando diz: "a conclusão não é movimento do pensamento que conduza a uma nova verdade, senão apenas faz explícita uma verdade que já é implicada na verdade das premissas." (Kelsen 1986, 291) A conclusão do raciocínio fica sempre na esfera do pensamento, isto é, do universal. O julgamento jurídico (do juiz que condena ou absolve, mas também das partes de um contrato, ou do homem comum que se orienta pelas normas) é sempre singular. Recordemos os clássicos: é possível pensar no universal, mas só é possível agir no singular.

Ora, se a decisão jurídica for uma ação, como postulei no início, então é claro que uma teoria das normas, que pretende concentrar-se sobre o universal, não retrata o que fazem os juristas, nem explica como o fazem. Daí o resultado realmente insatisfatório da interpretação na perspectiva de Kelsen e sua potencial confluência com o decisionismo.

Ora, o problema é que do ponto de vista dos juristas, o direito existe para indicar e permitir soluções concretas a casos jurídicos. Como expressava a filosofia clássica da ação, é bem possível pensar universalmente, mas só é possível agir singularmente. Não há várias soluções possíveis, do ponto de vista do agente, mas uma só, a melhor para aquele caso. Isso não é tematizado dessa forma por uma teoria que põe em suspenso a razão de ser (prática) de um sistema jurídico. Como resultado, a decisão propriamente dita parece lançada ao mar de sargaços da irracionalidade individual, do apetite, do capricho, ou da racionalização pura e simples (racionalização como esforço consciente de justificar atitudes tomadas em resposta a impulsos inconscientes, sejam eles psicológicos, sejam eles ideológicos).

No fundo, essa espécie de teoria não se indaga pelo 'o que é seguir uma regra' de forma autônoma. O comportamento de quem segue uma regra é percebido, para os cultores da teoria da norma, como o comportamento de alguém que reage a um castigo: trata-se de uma abordagem de caráter behaviorista. Ora, o comportamento de seguir uma regra é mais fundamental do que o de obedecer alguém. Regras lógicas, regras gramaticais, regras matemáticas, são todos exemplos de regras que se seguem, sem que seja por razões instrumentais ou por medo.

A despeito disso, a teoria da norma continua a ser um modelo muito comum. Mesmo quando seu autor procura distanciar-se dela é corriqueiro que seus comentadores o divulguem ainda sob uma perspectiva de teoria da norma. Veja-se o caso relativamente recente de um teórico grandemente

popularizado no Brasil como é Robert Alexy. Alexy várias vezes dá a entender que sua teoria é uma teoria da lógica dos juristas, ou mais própria e expressamente da razão prática: "A argumentação jurídica é concebida como uma atividade linguística. (...) O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático em geral." (Alexy 1989, 34). Ou ainda: "Isto [que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático] se fundamentava: (1) em que as discussões jurídicas referem-se a questões práticas, isto é, a questões sobre o que há de ser feito ou omitido, ou sobre o que pode ser feito ou omitido e (2) estas questões são discutidas do ponto de vista de uma pretensão de correção. Trata-se de um caso especial porque a discussão jurídica (3) tem lugar sob condições de limitação do tipo mencionado." (Alexy 1989, 206-207). No entanto, a espécie de debate que sua divulgação gera no Brasil é freqüentemente sobre a teoria das normas: a pergunta pela ontologia das normas passa a envergar a roupagem das perguntas sobre a ontologia dos princípios (uma espécie de norma) e das regras (outra espécie). Tudo pode ainda girar em torno da teoria das normas, ou mais propriamente em torno da ontologia das normas, como se princípios ou regras fossem coisas cuja natureza se pudesse distinguir e uma vez distinguidos pudessem ser ensinados como objetos distintos. O resultado disso é que se passa a concentrar atenção nas normas outra vez. Os alunos passam a ter a impressão que o importante é saber distinguir uma regra de um princípio, e que uma vez feita a distinção, todo o arsenal conceitual da lógica das normas torna-se mais fácil de ser aplicado.⁶

Por diversas razões, algumas propriamente teóricas – ou seja, relativas às deficiências explicativas de uma teoria das normas – e outras práticas – ou seja, relativas às circunstâncias em que as autoridades democráticas surgem e decidem, a teoria das normas como teoria geral do direito vem sendo posta em dúvida e substituída por outras teorias gerais, que

⁶ Sobre os problemas no ensino do direito ver Lopes (2006) e sobre a excessiva confusão na distinção entre princípios e regras ver Lopes (2003).

vou chamar de forma bastante genérica de teorias da decisão. Não se trata, claro, de teorias decisionistas, que são muito mais próximas às teorias da norma como ordem do que das teorias do direito de que tratarei a seguir.

3. A teoria da decisão

Teorias diferentes começam quando já não se põe no centro da investigação uma diferença específica da norma jurídica, mas o problema mais geral do seguir uma regra. O que é seguir uma regra? Como pode alguém seguir uma regra e como pode algum juiz aplicar uma regra jurídica?

Uma teoria da decisão desenvolve-se na medida em que o foco de atenção volta-se para o processo deliberativo e escapa vagorosamente da força atrativa da teoria das normas. Essa novidade foi impulsionada ou de certa forma apoiada por uma série de mudanças na própria filosofia, a mais importante das quais a meu ver, que falo aqui sem ser filósofo no sentido profissional e técnico do termo, é a variada gama de filosofias da linguagem, ou de maneira mais geral, filosofias cujo centro de reflexão deslocou-se do ato simples e isolado do conhecer uma norma, para o ato mais cotidiano (e quase imperceptível de tão cotidiano) do seguir a norma. Note-se que a palavra seguir (usada também em outras línguas, como o 'suivre une règle', 'to follow a rule', 'seguire una regola' etc.) indica essa idéia de que a regra é um indicador de um caminho no qual nos iniciamos e que devemos, se entendemos a regra, continuar por nossa própria conta. Essas diversas filosofias deslocaram o centro de gravidade de suas preocupações da tensão sujeito-objeto, para outro centro de gravidade: o da linguagem como atividade regrada e como condição de possibilidade primeira da cooperação social humana. Justamente por não ser filósofo profissional ousou aqui colocar lado a lado correntes que os filósofos apartam como se carregassem em si uma vis repulsiva em relação umas com as outras.

Na primeira vertente é de especial interesse a filosofia de Karl-Otto Apel, o verdadeiro pai da ética do discurso. O que Apel faz, ao projetar uma operação de resgate do criticismo kantiano, é rejeitar de Kant os traços solipsistas do pensamento. Não se trata de refletir sobre o sujeito voltado para os objetos do mundo (o mundo das coisas, na razão pura, ou o mundo das ações, na razão prática), mas do sujeito que pensa em meio aos outros sujeitos valendo-se de uma razão comum, encarnada na língua. Daí Apel falar de uma pragmática transcendental. A linguagem e a comunidade lingüística ideal são de caráter transcendental (Apel 2000, 249). Em sua concepção,

A possibilidade de um acordo mútuo quanto a critérios (paradigmas, padrões) da decisão correta (...) pressupõe [a seu ver] que o próprio acordo mútuo lingüístico está a priori vinculado a regras que não podem ser fixadas só por 'convenções', mas que vêm, na verdade, possibilitar as convenções. (Apel 2000, 279-280)

Por isso, Apel vale-se da distinção entre a comunidade ideal de comunicação e a comunidade real de comunicação. A comunidade ideal fornece aos falantes um ambiente em que estão pressupostas regras estruturais ou gramaticais do discurso em que todos nos envolvemos. Na comunidade real essas regras pressupostas balizam a realização dos discursos singulares. As regras, portanto, não são apenas cons-trangimentos e limites, mas condições de possibilidade da comunicação: são constitutivas dessa possibilidade (Apel 2004, 112-114). As regras lógicas são o caso mais fundamental dessa implicação entre regras e comunicação: "A validação lógica de argumentos não pode ser testada sem que se suponha em princípio uma comunidade de pensadores que estejam capacitados ao acordo mútuo intersubjetivo e à formação de consensos. Mesmo o pensador realmente solitário só pode explicar e testar realmente sua argumentação à medida que logra internalizar o diálogo de uma comunidade de argumentação potencial no diálogo crítico 'da alma consigo mesma'".

(Platão)." (Apel 2000a, 451). A linguagem, sendo sempre linguagem comum (de uma comunidade ideal e de uma comunidade real), afasta a idéia de um sujeito isolado (solipsista) confrontado com um mundo que ele têm de criar do zero por sua própria atividade de pensar. A linguagem fornece, portanto, o caso exemplar do pensamento, mas sendo ela social por definição, o pensamento para se realizar precisa seguir regras conhecidas de todos. Desta forma, seja quem for que esteja dentro dessa comunidade, e em qualquer posição, está tão sujeito a regras quanto o outro. A regra perde, portanto, o caráter forte e unilateral de comando e de limite à ação, para transformar-se em guia e condição de possibilidade da ação mesma. Torna-se um instrumento de ação autônoma.

Uma segunda vertente vem a ser a filosofia hermenêutica. Naturalmente há na filosofia hermenêutica correntes ainda tributárias de formas de pensamento idealista ou mesmo solipsista semelhantes às que estiveram na origem da teoria do direito como doutrina dos comandos, tanto por algum traço psicologizante (entender o outro e entender um outro como problemas centrais da hermenêutica), quanto por um traço idealizante (entender uma forma objetivante do pensamento alheio). Há, no entanto, uma linha expressa na obra de Paul Ricoeur, cujo propósito é escapar do psicologismo e do idealismo. Ricoeur tem o expreso projeto de estabelecer uma ponte entre a filosofia analítica de matriz anglófona e a filosofia hermenêutica continental e ele o faz tomando por base o conceito de sentido. O que se entende nos processos de compreensão recíproca são sentidos, não pessoas, nem coisas ideais. Os sentidos são, como ele diz, o 'permanente do discurso', isto é, aquilo que não se confunde com o evento (empírico e contingente) pelo qual o sentido se expressa, transmite e fixa. Sentidos são produtos da ação humana, naturalmente, mas não há ação propriamente humana sem sentido. Logo, toda ação se realiza num ambiente de sentido, que de certo modo a pré-existe. Ora, pode-se entender perfeitamente que

normas jurídicas são a expressão de sentidos jurídicos das ações humanas. Qualquer ação humana pode ser compreendida juridicamente se a ela forem atribuídos sentidos jurídicos, tais como a permissão, a proibição, a obrigação.⁷ Nesses termos, a tarefa da hermenêutica jurídica liga-se diretamente ao ato de julgar uma ação, apreendendo seu sentido jurídico, antes que ao ato de conhecer uma norma para depois aplicá-la. Assim como alguém vale-se habitualmente de uma língua para produzir discursos, língua na qual produzirá os discursos, mas não conhece a língua em um momento diferente do momento em que a usa, também aqui alguém age juridicamente (como cidadão ou como jurista) valendo-se imediatamente das normas sem que haja uma disjuntiva entre o ato realizado segundo as normas e seu conhecimento das normas. Em outras palavras, discursos são singulares e contingentes, mas realizam-se por meio de línguas abstratas e permanentes. Línguas são línguas apenas na medida em que permitem a realização de discurso, e discursos são discursos apenas quando veiculados por meio de línguas. Em outras palavras, decisões regradas são decisões, e regras são o que permite decisões regradas, mas ambas se implicam.

A filosofia hermenêutica nessa perspectiva permite-nos compreender melhor o que se dá no processo do agir segundo as regras. Em sua filosofia da ação, em que entende toda ação como ação significativa, sujeita, pois, a regras como o discurso, Ricoeur chama a atenção para o fato de que a filosofia da ação (o que venho chamando neste texto de uma teoria da ação) não se confunde nem com a ciência da ação nem com a ética. Distingue-se das ciências porque não explica a ação como um movimento ou um comportamento visto de fora, sobre o qual fala algum observador (Ricoeur 1988, 9). Distingue-se da ética porque não tem por objeto próprio de reflexão nem a idéia de um fim último (ao qual todas as razões podem ou devem se dirigir), nem está particularmente interessada

⁷ Isso não difere da expressão de Kelsen. Para o jurista austríaco o direito confere sentidos jurídicos às ações, sem dúvida nenhuma.

na valoração moral do bem (o desejável) em si (Ricoeur 1988, 47-48). A filosofia da ação compreende o agir humano, nem o explica causalmente (de fora), nem o julga moralmente. O relevo dado na filosofia da ação é para os conceitos de intenção, fim, razão de agir, motivo, desejo, preferência, escolha, agente e responsabilidade, todos eles também úteis na reflexão ética (Ricoeur 1988, 10). Ao separar a filosofia da ação das ciências da ação, a filosofia de Ricoeur lança luz sobre a natureza mesma do processo deliberativo implicado em cada ação.

Uma terceira vertente, talvez a mais importante, é justamente a da filosofia analítica anglofona, especialmente inspirada no chamado segundo Wittgenstein, o das Investigações filosóficas. Essa tradição analítica voltada à filosofia moral deu inúmeras contribuições na segunda metade do século XX, sendo de mencionar muito especialmente a obra de Richard Hare. Nessa linha sou particularmente sensível à contribuição de John Searle, o qual levou a filosofia da linguagem a um patamar novo, ultrapassando mesmo a contribuição de John Austin (*How to do things with words*) não tanto pela novidade absoluta do foco, quanto pela insistência do lugar constitutivo ocupado pela linguagem no universo humano. Tanto em *Speech acts* quanto em *The social construction of reality* temos em Searle uma contribuição esclarecedora dos fatos institucionais.

Estas são apenas as referências filosóficas mais próximas responsáveis por um contexto ao lado do qual também surgiram as novas teorias do direito. Essas novas teorias assumem como problema central, para voltar à expressão de Bobbio, a 'lógica' dos juristas, isto é, o que é agir conforme o direito, o que é seguir uma regra. E esse problema central, o de seguir uma regra, é um problema não apenas do seguir as regras jurídicas, mas o de seguir quaisquer regras: regras lógicas, regras gramaticais, regras ou convenções sociais e assim por diante. Em qualquer atividade regrada, em qualquer prática social regrada, há problemas de ação, decisão, aplicação. Isso

muda o foco da teoria. Já não se trata mais, ou sobretudo, de uma ontologia das regras jurídicas, mas de uma filosofia da ação segundo regras jurídicas.

Normas ou regras são formas de ingresso em práticas sociais, isto é, atividades humanas em que se compartilham sentidos de ação. Uma dessas práticas mais evidentes é a própria atividade de falar uma língua. As normas gramaticais são ou não são normas? Caso sejam, por que o são? Alguém as impõem aos falantes? Como? Por que, depois que saímos da escola e não tememos mais a vara de marmelo da professora, continuamos a seguir as regras da língua? Será que tememos a vara de marmelo da Academia Brasileira de Letras? Será que seguimos as regras gramaticais por simples temor? Será que seguimos as regras da lógica formal por simples temor? Será que alguém nos vigia permanentemente para seguirmos essas regras? Embora não se possa falar uma língua sem lhe seguir as regras (a gramática), uma teoria geral da gramática não habilita ninguém a falar qualquer língua.

Essa distinção entre seguir as regras porque as encaramos como guias de ação, e seguir as regras porque tememos as conseqüências está na base da divergência entre Hart e Kelsen. A teoria de Kelsen é uma teoria das regras jurídicas centrada no cumprimento por simples temor. Hart distingue claramente o cumprimento por simples temor da perspectiva interna de quem segue uma regra:

Uma sociedade que tenha direito inclui aqueles que vêem as regras de um ponto de vista interno, como padrões de comportamento aceitos, e não como simples previsões confiáveis do que lhes acontecerá, nas mãos das autoridades, se as descumprirem. Mas também inclui aqueles sobre os quais, ou porque são inalfetores ou porque são vítimas inevitáveis do sistema, tais regras serão impostas pela força ou pela ameaça da força; estes estão preocupados com as regras apenas enquanto fonte de possível punição. (Hart 1997, 201)

Ele distingue, pois, duas perspectivas: a interna, isto é, a de quem aceita a regra, e a externa, a de quem da regra vê apenas a sanção. A primeira perspectiva consiste em seguir uma regra, a segunda não. A segunda consiste em evitar a sanção e não apenas em desobedecer a uma regra para obedecer outra regra que se pode justificar de forma mais adequada.⁸

Começo por um exemplo, o do próprio Hart, cujo papel inovador parece-me irrecusável. A despeito de os problemas que ele enfrenta em *The concept of law* serem ainda muito semelhantes aos da teoria da norma, como bem esclareceu Barzotto (2007, passim), há um ponto de sua obra que merece destaque como o ponto de partida da nova teoria. Hart foi talvez uma espécie de Moisés da filosofia jurídica contemporânea: trouxe-nos até a fronteira da terra prometida da razão prática, sem entrar nela, avistando-a de longe. Na verdade, Hart abandonou a teoria das normas no sentido behaviorista, mas manteve-se dentro de uma teoria geral do direito, como bem mostra Shapiro: o ponto de vista de Hart pretende-se ainda teórico, não prático, mas dentro do âmbito teórico pretende-se hermenêutico, não behaviorista. Esse ponto de vista é, porém, ainda assim externo (Shapiro 2006-2007, 1160-1161). Ora, justamente o horizonte que Hart viu, e que nos ajudou a investigar, encontra-se num ponto polêmico de seu texto. Trata-se da sua rápida, mas fundamental referência à prática social. O tema pode parecer menor, lateral ou pouco importante, mas ele é, a meu ver, extremamente significativo. A prática social, como o jogo de xadrez ou qualquer outro jogo, consiste em formas regradas de ação, embora não formas regradas à maneira do comando ou da ordem (Hart 1997, 56-57). Tanto na prática social quanto no jogo de xadrez a figura do soberano, do legislador, de rex é muito menos importante, para não dizer mesmo inexistente. E o que é

8 Nesses termos, na polémica entre Perry e Shapiro (2000), minha tendência é reconhecer a verdade do argumento de Shapiro: o homem mau, que age por razões prudenciais (para evitar a sanção) não é o tipo de quem segue uma regra.

a prática social ou o jogo de xadrez? É algo próximo, senão mesmo igual, ao que Wittgenstein chamou de forma de vida, ou jogo de linguagem.⁹

Dentro de uma teoria da norma os exemplos de prática social e jogos parecem insuficientemente explicados. Por quê? Justamente porque prática e jogos - a despeito de não nascerem em árvores - não precisam ou mesmo não pressupõem um soberano, um pai, um comandante a nos dizer o que fazer, um mestre e senhor com uma palmatória levantada permanentemente a nos ameaçar. Quem deseja cumprir o direito, nessa perspectiva da prática social, não é um delinquentemente cuja vida é pautada por fugir das sanções. Quem deseja cumprir o direito é o homem honesto que deseja entrar num jogo. Quer saber as regras do jogo para jogá-lo, não para burlá-las. Você quer entrar no jogo? Bem, isso joga-se assim. Quer fazer parte dessa sociedade democrática, liberal, moderna? É assim que se faz. Dessa perspectiva o direito é uma prática regrada, particularmente regrada, sobre uma área ampla da vida humana. Certamente diz respeito às interações humanas em geral, mas não se aplica a certos níveis de nossa vida. Não nos diz como devemos amar nossos amigos, nossos pais e nossos filhos.¹⁰ Para falar com a velha tradição kantiana, obriga-nos ao respeito, mas não à afeição.

A porta entreaberta por Hart está bastante clara no trecho em que ele afirma o seguinte:

O uso de regras de reconhecimento implícitas, por triviais e por outros, ao identificar regras particulares do sistema é característico do ponto de vista interno. Os que as usam assim manifestam, por isso mesmo, sua própria

9 Embora as referências a Wittgenstein sejam poucas no livro de Hart, elas são essenciais. Seu próprio exemplo do jogo de xadrez mostra a proximidade de sua visão com aquela de Wittgenstein e em nota ao capítulo sobre ceticismo com relação às regras - e ao problema de sua transmissão - diz que Wittgenstein faz, em *Investigações filosóficas*, importantes observações sobre ensinar regras e segui-las.

10 Aristóteles dava-se perfeita conta disso ao dizer que a justiça existe propriamente entre pessoas cujas relações são governadas pela lei, e onde as relações não são dessa natureza não pode haver propriamente injustiça. Assim, haveria mais lugar para justiça entre marido e mulher do que entre pai e filho (*Ética a Nicômaco*, L. V, 6).

aceitação delas como guias e com essa atitude vem um vocabulário diferente das expressões naturais ao ponto de vista externo. Talvez, sua forma mais simples seja a expressão "é de direito que..." que encontramos na boca não apenas de juizes, mas das pessoas comuns que vivem sob um sistema jurídico. Isso, da mesma forma que a expressão "fora!" ou "gol!" é a linguagem de quem está avaliando uma situação em função de regras que ele reconhece, junto com outros, como adequadas a seu propósito. Esta atitude de aceitação compartilhada de regras há de ser contrastada com a de um observador que registra ab extra o fato de um grupo social aceitar certas regras, que ele mesmo não aceita. (Hart 1997, 102)

Notemos duas coisas importantes no trecho. A primeira é o famoso 'ponto de vista interno', isto é, o ponto de vista de quem usa a regra (o ponto de vista prático, de que fala Shapiro 2006-2007), ponto de vista completamente diferente daquele que fala da regra (o ponto de vista externo). A segunda é a referência à 'aceitação compartilhada' (*shared acceptance*). Não se trata apenas de um fato externo, mas de um fato – se quisermos – no qual o que é partilhado é um sentido da ação. Exatamente, aliás, como se dá no uso da língua para realizar discursos. As línguas são sistemas compartilhados, visto não haver propriamente línguas privadas (isto é, individuais). Temos aí dois elementos importantes, quais sejam: uma prática social (a *shared acceptance*) e o uso (ponto de vista interno, o ponto de vista prático ou o ponto de vista da primeira pessoa) da própria regra.

Desse ponto de vista já não basta falar das diferenças entre normas jurídicas e normas morais, ou mesmo de direito natural e direito positivo. O próprio Hart reconhece que afinal de contas os sistemas jurídicos têm um mínimo de direito natural, porque se o direito diz respeito às interações humanas, algumas coisas seriam absurdas em qualquer forma de vida social humana (por exemplo, estabelecer como obrigação que cada um mate seu vizinho! Essa espécie de regra implicaria afinal a autodestruição, antes que a autopreservação de um

grupo social). O que é relevante é que normas existem como condição necessária de interação, de práticas sociais cuja continuidade é garantida porque são práticas regradas. Qualquer um pode entrar no 'jogo' e dar continuidade a ele desde que tenha entendido as regras do jogo.

Assim como foi possível caracterizar uma teoria da norma com traços particulares, convém indicar os traços mais típicos das teorias da decisão.

O primeiro deles é sem dúvida a centralidade dos problemas de aplicação do direito. Exatamente aquilo que as teorias da norma descartaram, ora dizendo que se tratava de algo irracional, não suscetível de um 'ciência normativa' propriamente, ora relegando a aplicação a uma zona de penumbra do contexto aberto de toda norma, a teoria da decisão toma como elemento central: saber direito é saber decidir segundo o direito, e ensinar direito é ensinar a decidir segundo o direito. O processo deliberativo é ele mesmo o coração da teoria da decisão. Dessa forma, a aplicação e a necessária compreensão das normas é o que se deve descrever, explicar e até mesmo prescrever. Em outras palavras, uma teoria jurídica da decisão desloca o foco de visão dos juristas de uma metafísica das regras para o uso das regras. A pergunta central dessas teorias já não diz: "o que é a regra jurídica?"; mas: "o que é decidir segundo o direito?" E logo em seguida: "Esta é uma boa decisão segundo o direito?" Como o uso é adequado ou inadequado, certo ou errado, conveniente ou inconveniente? Ensinar e aprender direito passam a ser vistos como transmitir usos adequados das regras jurídicas. Naturalmente a teoria das fontes do direito limita ou determina o universo das regras a serem usadas. As fontes do direito são o limite, as fronteiras do jogo. Mas essa teoria da decisão pode ser tal que permita uma porosidade entre noções mais restritas (por exemplo, uma noção legalista) e noções mais abrangentes (por exemplo uma noção cultural) de fontes do direito. Isso, entretanto, não altera o caráter normativo do direito e muito menos ainda lhe afeta o caráter prático.

Um segundo traço característico é o tratamento do assunto do ponto de vista do agente, do ponto de vista prático. Neste sentido, a decisão segundo a regra é sempre uma decisão justificável e por isso mesmo criticável pela regra mesma. A regra volta a ser régua e medida das ações ou decisões.¹¹ Regra como medida é então usada pelo agente tanto para determinar e guiar sua ação, quanto para medir ou confrontá-la com um padrão (retitude, conformidade, legalidade, constitucionalidade). Estando o agente dentro de um grupo que pretende ter uma prática compartilhada – o direito de determinada sociedade – a regra lhe serve de guia. Ele inicia sua ação guiando-se pela conformidade com o direito e caso seja chamado a explicar sua decisão dá razões, isto é, justifica-a por referência a esse padrão. Os outros, que também entendem a regra e a utilizam, os que fazem parte dessa comunidade jurídica, desse grupo que compartilha esses sentidos e essa prática, podem usá-la também para criticar a decisão alheia. Mostram como a decisão não se justifica segundo aquela regra. Tanto quem age quanto quem critica a ação alheia valem-se das regras como critérios de decisão.

Nestes termos, a teoria da decisão (segundo o direito) é uma reflexão sobre o discurso de aplicação, de justificação, de razões para agir e razões para decidir. A teoria da decisão é uma teoria do raciocínio a partir de regras (regras jurídicas, no caso do direito). A justificação não é tratada como 'racionalização' no sentido negativo do termo, ou seja, como simples encobrimento das razões de agir, encobrimento das razões 'más' por razões 'boas' e publicáveis; racionalização não é tratada como uma forma de mentira, digamos. Justificação é a exposição das diversas passagens do pensamento de quem aplica e usa a regra. A justificação tem função analítica nessa altura. O discurso de justificação é o discurso

11 Esse é um objeto longamente desenvolvido em Lopes (2004).

natural da ação explicada:¹² quando se pergunta a alguém 'o que estás fazendo', ou 'por que fizeste isto', a resposta não é uma descrição de coisas alheias que se passaram em algum lugar neutro e alheio (sua cabeça, seu coração, suas entranhas). Trata-se de levar a sério o que Paul Ricoeur chama de "o discurso pelo qual o homem diz o seu fazer" (Ricoeur 1988, 11). Não se trata de expor simples fatos, mas de expor intenções, finalidades ou narrativas, isto é, uma série de fatos com uma ordem compreensível por alguém que também é capaz de ação. A resposta, mesmo dada na linguagem descritiva, é uma resposta pelas razões que o levaram a escolher tal ou qual curso de ação. No caso do direito, essas razões são normativas, naturalmente, e também naturalmente, nas sociedades modernas, são razões fundadas primeiramente no direito positivo.

Ora, o discurso de justificação é reconhecido como parte integrante do discurso jurídico. Depois de reconhecer que dedução pode ser usada no raciocínio jurídico, MacCormick inicia uma discussão a que ele denomina a busca por razões de segundo grau com os seguintes termos: "Podemos, porém, esgotar as regras sem ter eliminado a necessidade de decidir de acordo com a lei – ou porque as regras são obscuras, ou porque a classificação adequadas dos fatos relevantes é controversa, ou mesmo porque há divergência sobre se há ou não há alguma base legal para certa pretensão ou decisão jurídica." (MacCormick 1995, 100-128) Ora, quando esgotamos as regras precisamos então construir certo regramento. Fazemos ou não isso? Claro que fazemos e isso é o terreno próprio da velha conhecida da filosofia clássica,

12 Não estou aqui fazendo a diferença feita por Klaus Gunther entre *aplicação* e *justificação*. Na bem conhecida tese de Gunther, discursos de justificação referem-se ao fundamento de um princípio ou máxima de ação em abstrato. Justifica-se, por exemplo, a proibição da mentira. Aplicação é o momento posterior, depois de aceito o princípio, no qual o que está em jogo é a predicação do caso e das circunstâncias concretas. *Grosso modo*, poder-se-ia dizer que a justificação está na esfera da *tópica* ou *dialética* aristotélica, ou seja, a esfera de discurso em que se determinam as coisas opináveis; a aplicação está na esfera da *retórica*, ou seja, na esfera das coisas prováveis (isto é coisas que se conhecem no geral, mas não no particular: sabe-se que chove, mas não se sabe se choveu ontem ou se choverá amanhã).

a discussão dialética, literariamente representada nos diálogos platônicos, e analiticamente decomposta e examinada nos *Topicos* de Aristóteles, dos quais voltarei a falar mais adiante.

Isso permite entender como um autor confessadamente positivista como Joseph Raz trata as normas jurídicas como razões para agir (Raz 1990, 58-59).¹³ Essa teoria considera o discurso de justificação como seu apoio mais importante: não trata as normas como coisas externas, ou como vontade alheia pura e simplesmente, mas como verdadeiras razões para agir. Isso não impede que se considere a vontade do outro como uma razão para agir, desde que essa vontade não seja pura e simplesmente uma imposição de fato (pela submissão física, pelo terror, etc). Caso tal submissão se desse assim, ou mesmo se desse pela mentira e pelo engano, a razão do outro não seria um motivo para obediência, mas um simples obstáculo factual insuperável. Nesse caso, a vontade do outro não seria um motivo propriamente, mas uma causa externa. Aquela que explica sua ação por meio da insuperável oposição de outrem dá uma causa para agir, mas não uma justificativa no sentido que se pode atribuir apenas à ação livre. Não é por acaso que o exemplo do assaltante é crucial para explicar a teoria do direito de Hart. O assaltado que entrega o dinheiro a um assaltante não pode ser equiparado ao contribuinte que paga seus impostos ao fisco. O primeiro tem uma causa externa para sua ação, o segundo tem um motivo internalizado. Para o segundo, a exigência do fisco é desconfortável e onerosa: se ele pudesse, pagaria menos, ou pagaria diferentemente, mas as razões para participar de uma vida comum em uma sociedade política são suficientemente boas para fazê-lo en-

13 Raz esclarece em *Practical reasons and norms* que seu propósito é fazer uma espécie de teoria das normas, mas o faz considerando normas como uma espécie especial de razões para agir. E reconhece mais adiante (Raz 1990, 11) que a filosofia do direito faz parte, junto com a filosofia moral e a filosofia política do âmbito mais geral da filosofia prática, que pode perfeitamente ser tratada como um campo unificado. Daí que para ele o estudo das normas não deve ser visto isoladamente, mas como parte de um 'empendimento maior', qual seja, a filosofia prática mesma. Ele chega mesmo a afirmar que "a filosofia do direito não é nada mais do que a filosofia prática aplicada a uma instituição social." (Raz 1990, 149)

tender e aquiescer. O assaltado não tem nenhuma razão para aquiescer.¹⁴

Assim, ao tratar normas jurídicas como elementos da razão para agir (ou para decidir), as novas teorias do direito voltam a valorizar o aspecto propriamente prático do direito.

Se a teoria das normas converteu-se em uma gramática geral do direito, cujo objeto pode ser analogamente compreendido como uma sintaxe das normas, a teoria da decisão coloca-se em outro nível do discurso. É uma espécie de pragmática das normas, mais claramente ainda uma espécie de teoria do discurso. Embora o discurso pressuponha a morfologia (os termos) e a sintaxe (as proposições), ele apenas se realiza num ato sintético que é a articulação de sentidos (semântica) realizada em discursos completos.

Outra vez, isso tem sua importância, pois de modo geral é preciso saber se o que fazemos quando ensinamos direito é ensinar morfologia (os conceitos jurídicos), sintaxe (teorias da norma), ou realização de discursos (decisão segundo o direito). Creio que muitos dos desconfortos sentidos por alguns professores e provavelmente a maior parte dos alunos reside nessa incompletude de nossa maneira de ensinar. Esse desconforto também se encontra, menos explícito e verbalizado, nas pessoas comuns. Para estas, os juristas falam um linguajar incompreensível, sendo que os resultados efetivos desse jargão incompreensível são freqüentemente non senses. Ou seja,

14 A despeito de criticar longamente a formulação de Hart, Raz está muito próximo de seu mentor quando diz o seguinte: "Normalmente pensamos que as razões para agir são razões para uma pessoa realizar uma ação quando se derem determinadas circunstâncias. A realização de uma ação por um agente em dadas circunstâncias pode ser encarada como um fato, e pode-se pensar que razões são relações entre fatos. É uma sugestão plausível na medida em que estivémos preocupados em explicar ou avaliar ações que foram efetivamente realizadas ('suas razões para agir foram...'; 'ele tinha [ou tem] boas razões para agir', etc.). No entanto, ela não dá conta das razões para avaliar casos hipotéticos ('todos nessa situação têm razão para fazer...'; etc.), nem para guiar o comportamento quando a ação ainda não foi efetivamente realizada. Para dar conta desses casos pode ser tentador encerrar as razões como relações entre fatos reais ou possíveis. Eu gostaria, entretanto, de evitar ser obrigado a referir-me a fatos possíveis e, portanto, tratarei as razões como razões para as pessoas." (Raz 1990, 19)

do ponto de vista de uma justificação das decisões (e de seus resultados), parece difícil aceitar que os conceitos jurídicos le- vem a situação paradoxal, incompreensível ou injusta, como seja a de tratar desigualmente casos semelhantes, ou de, em nome da ordem dos conceitos, terminar por ferir estados de coisas conforme ao direito.

4. Uma última provocação

Os antecedentes historicamente mais imediatos desses debates encontram-se no formalismo lógico da teoria das normas e no realismo empírico-sociológico da tradição norte-americana. Ambas correntes chegaram, por caminhos diferentes, a uma espécie de desqualificação do processo decisório ao incluí-lo na esfera da vontade sem que houvesse como distinguir vontade, arbítrio ou capricho. Embora os autores mais ilustres de tais doutrinas pudessem até explicar seus termos, a vulgarização – e lembremos que vulgarização e divulgação são os meios potentes para expandir idéias entre os iniciantes mesmo de forma equivocada – de um termo como vontade, ou idéias como previsibilidade e antecipação das sentenças, chegaram a conformar mais de uma geração de juristas.

Se, porém, a determinação das decisões jurídicas só puder ser feita por um ato de vontade, concebido como poder ou capricho, por que deveriam as decisões ser justificadas? A resposta que se seguia naturalmente era: para enganar os incautos, para fazer parecer que há razões, para iludir. Então, qual o papel dos requisitos de razão e lógica nisso tudo? Bem, diriam alguns, a lógica não joga um papel muito grande, quando muito haveria uma 'lógica do razoável', e talvez fosse mesmo o caso de não falar mais de lógica, mas de retórica. E se de retórica falássemos não seria então o caso de lê-la sob a clássica noção aristotélica, segundo a qual a retórica é uma parte do organon (Ricoeur 1983, 13-20), aquela parte do organon que nos dá as regras de pensamento do provável, antes

que do necessário? Não, respondem as divulgações: a retórica é a arte da persuasão (ou querem dizer da sedução?) antes que do convencimento.¹⁵

Embora tudo isso possa ser afirmado, a realidade teima em voltar na forma de pedidos de justificação. E quanto mais as justificativas e razões se tornam fracas, ou são desmascaradas, mais vem à tona a necessidade de justificar mais e melhor as decisões. Creio que foi nessa onda, derivada dessa necessidade de escapar das visões mais realistas – ou talvez devêssemos dizer mais cínicas – que as teorias da decisão jurídica voltaram. Essas teorias da decisão naturalmente tiveram que retornar a alguns conceitos-chave da filosofia prática. Entre eles o de que há razão onde não há certezas, embora haja discussão ordenada.

A exposição mais clara dessa percepção encontra-se nos comentários iniciais que Tomás de Aquino faz à *Ética a Nicômaco*. Diz ele que razão põe ordem sobre quatro espécies de campos intelectuais. Em primeiro lugar sobre o mundo natural que nos é dado: compreendemos esse mundo segundo uma ordem e a essa ordem intelectual chamamos filosofia natural (hoje, as ciências naturais). Em segundo lugar a razão ordena seus próprios termos, os conceitos e as proposições entre si, gerando a lógica. Em terceiro lugar a razão põe ordem nas coisas que podemos fazer: essas coisas que fazemos obedecem a certas necessidades, e a razão que adequa meios a fins, sob a perspectiva das relações entre meios e fins é a razão instrumental (a técnica e a arte). Há, finalmente, uma ordem

15 Ricoeur (1983, 13-14) chama a atenção justamente para esta redução da retórica: "A retórica de Aristóteles engloba três campos: uma teoria da argumentação que constitui o eixo principal e que fornece simultaneamente o nó da sua articulação com a lógica demonstrativa e com a filosofia (esta teoria da argumentação engloba por si só os dois terços do tratado) – uma teoria da elocução – e uma teoria da composição do discurso. O que os últimos tratados de retórica nos oferecem é, na feliz expressão de G. Genette, uma 'retórica restrita', restrita, por um lado, à teoria da elocução, e, por outro, à teoria dos tropos. (...) Uma das causas da morte da retórica está aí: ao reduzir-se assim a uma das suas partes, a retórica perdeu simultaneamente o *nexus* que a ligava à filosofia através da dialética: perdida esta ligação, a retórica tornou-se uma disciplina errática e fútil."

que impomos nos próprios fins e em sua articulação, tanto para nossa vida individual quanto para vida coletiva, social ou política. Esse é o campo da ética. Ora, cada um desses campos é apreensível ordenadamente, ou submetido a uma ordem racional. Mas em cada um desses campos estamos tratando de objetos muito diferentes. Por isso mesmo, as questões de filosofia prática (campo que reúne a razão instrumental e a razão prática moral) não se resolvem com os critérios dos outros campos.

Quando se percebe que a tomada ordenada de decisões práticas não é a mesma coisa que a conclusão de um raciocínio formal, ganha novamente relevância uma explicação detalhada do processo decisório. E surgem então coisas bastante distintas a serem consideradas. Em primeiro lugar deve-se dizer que há realmente algum raciocínio jurídico. Nesses termos, McCormick (1995) tem razão ao dizer que é sim possível deduzir soluções quando tiverem sido eliminadas dúvidas a respeito do sentido das normas e quando tiverem sido eliminadas dúvidas quanto aos fatos. Ambos os gêneros de dúvida, porém, podem aparecer e ambos são enfrentados de forma diferente. As dúvidas a respeito dos fatos estão na esfera daquilo que se chamou retórica. Ora, o cerne da retórica, dizia Aristóteles, está na prova: como se prova o que aconteceu?¹⁶ Como se prova o que vai acontecer? Ora, tanto a respeito do que aconteceu, quanto a respeito do que vai ou pode acontecer o que se pode ter é apenas uma idéia, justamente, provável, isto é, probabilística. Visto que na maioria das vezes as coisas se passam assim, é legítimo pensar que nesses casos, em tudo parecidos com os anteriores, as coisas vieram a passar-se assim, ou virão a passar-se assim. A retórica, portanto, diz respeito às regras para o estabelecimento das premissas de fato, dos juízos sintéticos e de predicação sobre as coisas que podem acontecer.

¹⁶ Utilizei a edição de Jonathan Barnes das obras completas de Aristóteles (Barnes, John, editor (1995) *The complete Works of Aristotle*, the revised Oxford translation. Princeton, NJ: Princeton University Press)

A Retórica foi escrita justamente contra aqueles que se dedicavam ao não essencial da arte, ou seja, aos que escreviam sobre 'como despertar o preconceito, a piedade, a ira e outras emoções' naquele que devesse tomar uma decisão. O coração da retórica era, para Aristóteles, uma forma de 'demonstração' – convincente e persuasiva – sobre o que havia ou não acontecido ou sobre o que haveria ou não de acontecer. E sobre isso, sobre como se raciocina sobre o contingente, os retóres (sofistas?) não diziam nada. Quando ele diz que a retórica é a ciência ou arte capaz de descobrir em cada caso o que é capaz de persuadir, não está se referindo aos modos de despertar simpatia ou antipatia do ouvinte, mas ao que se pode saber, e com que grau de certeza (probabilidade) sobre os fatos contingentes, aos modos de persuasão, ou seja, às provas daquilo que não é necessário. Alguns meios demonstram diretamente, sem necessidade de 'raciocínio', como quando se produzem testemunhas, documentos, etc. Outros dependem do raciocínio, como é o caso dos sinais (indícios): eles são apenas uma demonstração indireta. A respiração difícil é um sinal, mas não necessário, de uma alta febre. Uma mulher dando leite é um sinal certo de que ela deu à luz recentemente. Nos dois casos os sinais exigem de quem os vê que complete os fatos com seu raciocínio, em função do que acontece geralmente. Este enquadramento da retórica na sua parentela e proximidade com a lógica é o objeto de todo o livro I.

As dúvidas sobre o sentido das normas são de outra natureza. Não se trata mais de discussão que se possa resolver com o provável. Trata-se das discussões sobre o opinável. Os diálogos platônicos em geral referem-se a questões assim: o que é o amor, o que é a ciência, o que é a justiça? Essas questões não são opináveis porque essas coisas não existem, mas porque uma vez que alguém coloque em dúvida o conceito, ou o sentido de uma palavra, já não estamos mais na esfera da pura e simples dedução (isto é, do raciocínio a partir de princípios ou premissas dadas), nem da retórica (ou seja, da prova de um evento

contingente). Estamos no campo das definições, da determinação do ponto de partida da discussão ou do argumento.

Ora, ao decidir segundo a lei, sempre é possível entrar em dúvida quanto aos fatos ou entrar em dúvida quanto aos sentidos da lei, tanto na intensão de seus termos (o que significa tempo razoável de duração do processo? o que significa gerir fraudulentamente instituição financeira? o que significa vantagem indevida?) quanto na extensão de seus termos (isto é um caso de duração não razoável do processo? este é um caso de gestão fraudulenta? este é um caso de vantagem indevida). Notemos que é sempre possível entrar em dúvida sobre quaisquer dessas coisas, mas nem sempre a dúvida é procedente, nem sempre a dúvida é de boa-fé.¹⁷

17 Note-se que Alexy na sua divulgada *Teoria da argumentação jurídica* refere-se justamente ao princípio da não contradição aplicado ao processo dialético como condição de possibilidade de qualquer discussão, ao dizer que "todo falante que aplique um predicado F a um objeto deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado F a qualquer outro objeto igual" e que "diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com significados diversos". (Alexy 1989, 185). Isto significa que há regras de lógica e há regras de sinceridade, e estas não deixam de ser lógicas também. Estas são as regras mínimas de uma ética do discurso, como a definiu Apel (2000, 286), pelo menos ao referir-se à exigência de verdade nos discursos: "A norma do discurso verdadeiro, como mostra Winch, é antes uma condição de possibilidade de todo jogo de linguagem em funcionamento, e por isso precisa não só ser aceita em toda sociedade, em princípio, mas também cumprida de certa maneira, caso a comunicação deva ser possível, afinal: 'the supposition that telling lies could be the norm and telling the truth a derivation from it is contradictory. And again, if per absurdum the incidence of 'true' and 'false' statements were statistically random, there could be no distinction between truth and falsity at all, therefore no communication.' De maneira semelhante, Winch evidencia que em princípio não é possível atribuir o acordo mútuo intersubjetivo entre seres humanos em qualquer sociedade, no sentido do estado de natureza hobbesiano ou no sentido da idéia sofística da retórica, à manipulação recíproca dos indivíduos: 'for one can only use words to manipulate the reactions of other men in so far as those others at least think they understand what one is saying. So the concept of understanding is presupposed by the possibility of such manipulation of reactions and cannot be elucidated in terms of it.' Afinal, Winch generaliza o cerne de seus exemplos no sentido de que integridade está para o funcionamento de instituições sociais (para o comportamento segundo papéis), no mesmo sentido em que um pressuposto imprescindível está como *fair play* para a possibilidade de jogar." A importância desses princípios lógicos são hoje ressaltadas novamente por inúmeros teóricos do direito. Basta aqui mencionar o que diz Boyle: "No Livro Gama da *Metafísica* Aristóteles mostrou que qualquer um que tente negar esse princípio [da não contradição] seria atingido por uma forma particularmente incômoda de auto-refutação: a própria ignorância. Mas a coisa importante que essa discussão revela é que até mesmo o princípio evidente mais básico pode ser negado, mesmo que apenas verbalmente. Claro que é possível e mesmo provável que

Retórica e tópica são os meios de pensar sobre essas coisas, para seguirmos a terminologia clássica.¹⁸ A primeira direção respeito à solução das dúvidas sobre a premissa menor do raciocínio jurídico, a segunda dizendo respeito às soluções de dúvidas sobre a premissa maior, isto é, não raciocinando a partir de princípios, mas raciocinando em direção aos princípios. Assim, embora sempre se possa falar de dúvidas, as dúvidas nos dirigem para um caminho que consiste às vezes em redefinir as coisas. É exatamente isso que Sócrates faz nos diálogos platônicos: coloca seu interlocutor em dúvida, a ponto de este ser obrigado ou a aceitar o ponto de vista contrário ou a redefinir seus próprios termos. E é isso que se explica nos Tópicos: a dialética, a discussão dos pontos de partida, é especialmente adaptada à filosofia.¹⁹ Sabemos se a dúvida é procedente ou não quando o interlocutor está disposto a fixar-se em alguma opinião inicial da qual possamos partir. Essa opinião inicial é a mais comum, ou a dos mais sábios, etc. Se, porém, nosso interlocutor se recusa a isso, se não sustenta até o fim sua opinião, ou se a cada passo se recusa a responder a questão posta e apresenta uma nova questão ou opinião sa-

alguém que negue esse princípio creia que não sabe que ele é verdadeiro, pelo menos até que seja confrontado com a refutação de Aristóteles. Mas é igualmente certo que tal pessoa conheça o princípio o bastante para fazer uso dele ao afirmar que ele não é verdadeiro. O princípio permanece implícito no seu ato de afirmar ou negar, mas está presente em sua atividade cognitiva, embora não formulado como uma proposição. A possibilidade levantada pelo status do princípio da não-contradição (...) pode ser levada aos princípios da razão prática (...). Essa extensão é particularmente plausível com relação ao que Tomás de Aquino chama de primeiro princípio da razão prática: que o bem se faz e o mal evita-se. Pois este princípio, como o princípio da não-contradição, não funciona normalmente como uma premissa no raciocínio prático. (...) *Os princípios podem estar presentes e funcionar dentro do conhecimento sem serem expressamente formulados.*" (Boyle 1994, 25, ênfase minha)

18 No Brasil, uma das melhores sínteses da tradição aristotélica encontra-se em Porchat Pereira (2001). Não se confunda, pois, a tópica (o raciocínio aplicado em busca dos pontos de partida), com a retórica (o raciocínio aplicado à descoberta das coisas contingentes), ou com a lógica (o raciocínio a partir de premissas certas). Viehweg não é claro sobre esse ponto (cf. Viehweg 1979, 24) ao concluir que da maneira como apresentada por Aristóteles o objeto central da tópica "constitui uma questão retórica". Seguindo essa linha, parece estar entre nós Tércio S. Ferraz Jr. ao afirmar também que as argumentações dialéticas são retóricas (Ferraz Jr. 1988, 298). Na filosofia clássica as coisas são perfeitamente distintas, como explicado por Porchat Pereira.

19 Cf. Porchat Pereira 2001, 355-370.

bemos que não está disposto a raciocinar junto. Melhor, diz Aristóteles, é tratá-lo como a um vegetal.²⁰

Quando aceitamos a idéia de que o direito é um saber prático tanto o ensino quanto o exercício do direito ganham realces muito diferentes daqueles adotados pela perspectiva fornecida pela teoria das normas. Enquanto saber pode ser transmitido e verbalizado, e enquanto prático diz respeito à tomada de decisões justificáveis pelo próprio agente. Como isso se reflete no ensino e na prática?

Quanto ao ensino, ganha especial relevo a habilidade (ou habilitação)²¹ que se pretende transmitir ou desenvolver nos alunos, qual seja a de tomarem decisões. Para usar um raciocínio analógico: o ensino do direito pode ser assemelhando ao ensino de uma língua, na qual o domínio da gramática, da morfologia e da sintaxe, está a serviço da produção de discursos. É pelos discursos que sabemos se o falante domina ou não o sistema da língua. Como discursos são produzidos em situações particulares, é também a capacidade dos falantes de se referirem ao mundo de forma sensata e inteligível que precisa ser desenvolvida. Dessa forma, nossa compreensão teórica do

20 A expressão está no famoso livro *Γ (gama)* da *Metafísica* (livro 4, 4): "Evidentemente então este princípio é o mais certo de todos, princípio este que dizemos a seguir: que o mesmo atributo não pode pertencer e não pertencer ao mesmo objeto sob o mesmo aspecto. (...) Este é, pois, o mais certo de todos os princípios e responde à definição dada antes [aquele que qualquer um deve possuir para ser capaz de saber qualquer coisa]. Pois é impossível que alguém creia que uma coisa é e não é ao mesmo tempo, como alguns pensam que Heráclito diga; porque uma pessoa pode falar alguma coisa, sem necessariamente crer nela." "Afirmado este princípio, o da não contradição, o que fazer com os que o negam ou nele não confiam? O argumento prossegue exigindo que o interlocutor faça apenas uma afirmação, uma qualquer, não uma afirmação que nos convença. Basta isso. Mas se ele não fizer, ou fizer sequencialmente afirmações que se contradizem, deve ser-lhe recusado o benefício do diálogo: "Podemos demonstrar negativamente pelo menos que esta visão é impossível se nosso oponente disser apenas uma coisa, se não disser nada, é absurdo procurar raciocinar com alguém que não raciocina sobre nada, na medida que se recusa a raciocinar. Pois já se vê que esse homem, enquanto tal, não é melhor do que uma planta." (*Metafísica*, livro IV (Γ), 4)

21 O termo habilitação vem de uma conversa que tive tempos atrás com Carlos Arthur do Nascimento, para quem o hábito, na linguagem tomista, seria melhor explicado hoje por meio da palavra habilitação e seu exemplo era o da nosso uso corriqueiro da expressão "habilitação para dirigir veículos". A pessoa habilitada não nasceu sabendo dirigir um automóvel, mas depois de aprender passou a possuir o 'hábito' de dirigi-lo, ou seja, passou a ser habilitada para dirigir.

direito determina nossa maneira de ensiná-lo. Ora, apresentar a teoria analítica das normas como uma descrição adequada do direito é um grande equívoco, quando o que entendemos por direito é a atividade de tomar decisões segundo regras jurídicas. Não digo que os teóricos das normas – alguns deles pelo menos – tenham incorrido nesse equívoco, mas há uma idéia generalizada de que isso é assim, de que as regras jurídicas são o que se deve aprender.

Quanto à prática jurídica, ou seja, a aplicação do direito (por profissionais ou cidadãos) nas situações reais em que ele é exigido, passamos a destacar o processo de justificação da decisão com referência às suas próprias circunstâncias. O famoso caso Ellwanger (HC 82.424-2/RS) julgado pelo Supremo Tribunal Federal oferece um exemplo claro do que estou falando. O voto do Ministro Gilmar Mendes estende-se didaticamente muito mais para explicar o que é o princípio da proporcionalidade (inclusive com citações de doutrina), do que para motivar sua decisão. Quem lê o voto tem uma espécie de aula sobre a definição de proporcionalidade segundo a doutrina alemã, mas fica em dúvida sobre os fatos do caso e sobre como e por que no caso sob julgamento o juízo de condenação do requerente do habeas-corpus deveria ser mantido. Não há explicitação longa das circunstâncias do fato, do delito, etc. Em poucas palavras, o voto está tão preso às generalidades das definições, que não é fácil extrair dele a ratio decidendi. Não se gasta tempo suficiente com as qualidades do caso concreto que justificariam, ou motivariam, seu enquadramento nos termos e conceitos longa e didaticamente explicados. Trata-se de estilo comum nos tribunais brasileiros, devido entre outras coisas à predominância de uma forma de conceber o direito como teoria das normas e como teoria explicativa. Ora, esse esforço é, propriamente, um esforço da razão prática, ou se quisermos atualizar a linguagem, um esforço de justificação das decisões. Por que isso seria relevante? Como isso seria significativo para o debate jurídico?

Como resultado parece claro que pode haver decisões mais ou menos justificadas, justificadas de modo mais adequado ou menos adequado. E para dizer isso é preciso ter padrões de excelência, adequação e bondade que não são dados na esfera 'regulativa' da prática, mas na sua esfera 'constitutiva'.

Claro que com isso já roçamos as fronteiras do direito com a ciência política e a filosofia moral. Também aqui, entretanto, não há porque temer esses confrontos. Estou convencido de que a teoria da decisão é o meio adequado tanto de apresentar o que é o direito quanto de enfrentar as dificuldades de seu exercício.

Permitam-me concluir com uma longa citação. Trata-se de um texto de MacCormick, no qual ele relata sinteticamente suas dificuldades para traduzir o fragmento do Digesto no qual Ulpiano define o direito assim: "Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia." Depois de muito considerar o que afinal Ulpiano queria dizer, MacCormick decide que não é possível compreender a frase senão voltando a reconsiderar o próprio saber, e aquilo em que consiste saber e conhecer essa coisa, o direito, e conclui:

É um ponto útil, porém, considerar as implicações desta visão da iurisprudentia, e portanto daqueles que cultivam essa virtude, este ramo especial da phronesis, os iurisprudentes. Pretende-se de fato que o direito como estudo de uma vida é mais do que uma ciência: ele pertence tanto à práxis quanto à techné. Particularmente, poderíamos sugerir que o aprendizado do direito que se satisfizesse com listar ou repetir ou mesmo apreender todas as regras e princípios jurídicos afirmados abstratamente não chegaria à iurisprudentia. Ela consiste nessas regras, princípios e valores implícitos trazidos a uma situação concreta, sopesados, equilibrados e finalmente aplicados para produzir uma resposta a uma questão concreta de direito que chega (quando bem feita) a ser iurisprudentia compreendida própria e totalmente. (MacCormick 2001, 81)

Bibliografia

- Alexy, Robert. (1989) *Teoria de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Apel, Karl-Otto. (2000) A comunidade de comunicação como pressuposto transcendental das ciências sociais, in *Transformação da filosofia (II): o a priori da comunidade de comunicação*. (trad. Paulo A. Soethe) São Paulo: Loyola.
- _____. (2000a) O a priori da comunidade de comunicação e os fundamentos da ética, in *Transformação da filosofia (II): o a priori da comunidade de comunicação*. (trad. Paulo A. Soethe) São Paulo: Loyola.
- Apel, Karl-Otto. (2004) A ética do discurso diante da problemática jurídica e política: as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política podem ser justificadas normativa e racionalmente pela ética do discurso? (trad. Cláudio Molz) in Luiz Moreira (org.). *Com Habermas, contra Habermas*. São Paulo: Landy Editora.
- Atienza, Manuel. (2000) *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica - Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. (trad. M. C. Guimarães Cupertino). São Paulo: Landi.
- Barzotto, Luis F. (2007) *O positivismo jurídico contemporâneo*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Bobbio, Norberto. (2001) *Teoria da norma jurídica*. (trad. F. P. Baptista, A. Suddati). São Paulo: Edipro.
- Boyle, Joseph. (1994) *Natural law and the ethics of tradition*. Robert P. George (ed.) *Natural law theory: contemporary essays*. Oxford: Oxford Univ. Press.
- Ferraz Jr., Tercio S. (1988) *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas.
- Finnis, John. (2003) *On the incoherence of legal positivism*, D. Patterson (ed.) *Philosophy of law and legal theory*. Malden (Ma): Blackwell Publishing.
- Gunther, Klaus. (1983) *The sense of appropriateness*. Albany (NY): State University of New York Press.
- Hart, H. L. (1997) *The concept of law*. 2ª ed. Oxford - New York: Oxford University Press.
- Keisen, Hans. (1979) *Teoria pura do direito*. (trad. João B. Machado) Coimbra: Arménio Amado Ed.
- _____. (1986) *Teoria geral das normas*. (trad. J. F. Duarte) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

Lopes, José R. de L. (2003) Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e regras. *Revista de Informação Legislativa*. a 40, n. 160, pp. 49-64.

_____. (2004) *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34/ Direito GV. *la ley*. Madrid: Trotta.

MacCormick, Neil. (1995) *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford Univ. Press.

_____. (2001) De iurisprudencia, J. Cairns e O. Robinson, *Critical studies in ancient law, comparative law and legal history*. Oxford / Portland, Oregon: Hart Publishing.

_____. (2005) *Rhetoric and the rules of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford Univ. Press.

Perry, Stephen. (2000) Holmes versus Hart: the bad man in legal theory. Steven J. Burton (ed). *The path of the law and its influence*. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

Porchat Pereira, Oswaldo. (2001) *Ciência e dialética em Aristóteles*. São Paulo: Editora da UNESP.

Raz, Joseph. (1990) *Practical reason and norms*. Princeton (NJ): Princeton Univ. Press.

Ricoeur, Paul. (1983) *A metáfora viva*. (trad. J. T. Costa e A. M. Magalhães) Porto: Editora Rés.

_____. (1988) *El discurso de la acción*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Shapiro, Scott J. (2000) The bad man and the internal point of view. Steven J. Burton (ed). *The path of the law and its influence*. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

_____. (2006-2007) What is the internal point of view? 75 *Fordham Law Review*, p. 1157-1170.

Veach, Henry. (sd) *O homem racional*. (trad. Eduardo F. Alves) Rio de Janeiro: Topbooks Editora.

Viehweg, Theodor. (1979) *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça

Weinreb, Lloyd. (2008) *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. (trd. Bruno C. Simões) São Paulo: Martins Fontes.

Winch, Peter. (2008) The idea of a social science and its relation to philosophy. London - New York: Routledge.

80 - Norma, moralidade e interpretação...

Variações sobre o conceito de justiça

João Carlos Brum Torres
UCS - UFRGS

1

Compendiada no *Digesto* (L.I, Título II, 10), a definição de justiça de Ulpiano — um dos mais clássicos *topoi* da cultura ocidental — diz o seguinte:

A justiça é a vontade firme e permanente de dar a cada um o que é seu.

O enunciado é admiravelmente conciso, tendo a força semioracular de muitos dos antigos brocardos do Direito Romano. Sua análise, no entanto, é mais complexa do que parece à primeira vista, de modo que não será despropositado, uma vez mais, tratar de delinear-lhe os traços principais.

A primeira parte da definição delimita o domínio de aplicação do conceito justo, estabelecendo que, primariamente, se justo se predica disposicionalmente, ou, mais exatamente, se predica de um certo estado estabilizado da vontade humana. Este ponto recolhe uma lição de Aristóteles, uma vez que tanto na *Metafísica* quanto no livro das *Categorias*, a justiça é dada como caso da categoria da qualidade e, mais especificadamente, como exemplo de um dos subentidos em que se pode entender a esta última: o de um traço do caráter, ou *hexis*, por oposição ao que é disposicional apenas fisicamente, ou, no âmbito prático, o é de maneira passageira ou fortuitamente ocorrente.

Presentemente, o que primeiro cumpre destacar é que a definição de Ulpiano, ademais de fixar ontológica ou metafisicamente aquilo de que se está a falar quando se fala de justiça, delimitando assim domínio referencial, ou de aplica-

Norma, moralidade e interpretação... - 81