

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VALDENOR MONTEIRO BRITO JÚNIOR

TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO: um debate metodológico com
Brian Leiter e seus críticos

BELÉM-PA

2017

VALDENOR MONTEIRO BRITO JÚNIOR

TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO: um debate metodológico com
Brian Leiter e seus críticos

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito na linha Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro

BELÉM-PA

2017

VALDENOR MONTEIRO BRITO JÚNIOR

**TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO: um debate metodológico com
Brian Leiter e seus críticos**

Dissertação intitulada “TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO: um debate metodológico com Brian Leiter e seus críticos”, de autoria do mestrando Valdenor Monteiro Brito Júnior, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro

Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos

Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Noel Struchiner

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Aprovado em: 13/02/2017.

Local de defesa: Instituto de Ciências Jurídicas (ICJ), Universidade Federal do Estado do Pará (UFPA).

AGRADECIMENTOS

Muito obrigado ao orientador de pesquisa Prof. Dr. Victor Sales, pela confiança, orientação e disponibilidade. Seu apoio foi crucial para a pesquisa que hoje vejo completa.

À CAPES pelo financiamento da pesquisa e à UFPA, e a todos os professores que estiveram presentes em minha trajetória no programa, tanto da UFPA como do CESUPA, em especial aos professores Saulo Matos e André Coelho, que foram importantes interlocutores na filosofia do Direito durante esse mestrado, para o aprimoramento desse projeto. Agradeço também ao professor Noel Struchiner da PUC-RJ por ter aceito o convite para participar da banca de defesa e pelas suas observações em relação à esta dissertação.

Aos meus companheiros de turma por tornarem essa caminhada muito mais interessante, tanto nas aulas do departamento de Direito quanto nas do departamento de Ciência Política.

Aos alunos para os quais tive oportunidade de lecionar no estágio-docência, por terem confirmado quão gratificante é a atividade da docência. Esse obrigado estende-se também aos monitores que tanto auxiliaram nas aulas, Sophia, Ellen, Ayrton, Ana Rosa e Níckolas.

À minha família, especialmente aos meus pais, Valdenor Monteiro Brito e Aída Maria Moura Nunes Brito, cujo apoio desde minha infância e adolescência à leitura e à busca do conhecimento fizeram de mim quem sou hoje. Esse obrigado estende-se também à minha irmã mais nova, Aída Marion, às minhas avós Maria Ivonilde e Hidelbrandina Brito, e aos meus avôs *in memoriam* Charles Nunes e Manoel Brito. Uma lição que me marcou muito do meu avô materno Charles Nunes (*in memoriam*) foi a de que “os bens que possuímos podem ser tirados da gente, mas ninguém pode tirar o conhecimento que temos na cabeça”. Levei isso para minha vida.

Um agradecimento especial *in memoriam* à minha irmã mais velha Alessandra Maria, cujo carinho e convívio fez muito para quem me tornei e cuja condição especial da síndrome Cornélia de Lange me fez cedo entender a importância de abraçar a diferença e o diferente. Sou muito grato por ter tido a oportunidade de ser seu irmão e fazer parte da sua vida.

À minha companheira de todas as horas, Bianca Araujo, com quem muito dialoguei a respeito desse projeto e que sempre me apoia, e de quem muito aprendi, ainda que sua área de pesquisa seja diferente da minha.

A todas as pessoas que direta e indiretamente me estimularam à vida acadêmica, tanto aos interlocutores presenciais como aos virtuais.

À dádiva que a vida é, possibilitada pela ordem racional subjacente ao universo.

Por fim, às inúmeras vidas, ao longo de toda história, que dedicaram seu tempo a pensar a filosofia, a ciência e a matemática, tornando possível que hoje produzamos saber sobre os ombros de gigantes e preparemos o caminho para as gerações vindouras, na esperança de que o conhecimento total da humanidade sempre avance em direção a alturas que não podemos prever.

“É verdade que é de esperar que nenhuma experiência possa decidir uma questão ontológica; mas isso é só porque tais questões estão conectadas com as irritações da superfície de maneiras muito diversas, atravessando labirintos de teoria interposta.”

Willard van Orman Quine

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo discutir a metodologia da Teoria Geral do Direito, cujo objetivo é elucidar a natureza ontológica do Direito, desde a perspectiva de uma Teoria Naturalizada do Direito. Em contraste com a abordagem conceitual predominante na Teoria Geral do Direito, que foca na análise conceitual e no recurso às intuições, alguns teóricos têm endossado uma abordagem empírica que recorre a insights sociológicos e antropológicos para avançar nosso entendimento sobre a natureza do Direito. Entre essas abordagens empíricas, destaca-se a proposta de Brian Leiter de naturalização da teoria jurídica, a partir do naturalismo metodológico de Quine, que favorece a continuidade entre a filosofia e as ciências. A Teoria Naturalizada do Direito baseia-se no recurso aos esquemas conceituais que são pressupostos pelas melhores teorias científicas sobre o comportamento social humano para avançar a discussão sobre a real natureza do Direito. Examinam-se as objeções levantadas contra essa metodologia, bem como os limites da versão de Leiter para a teoria jurídica naturalizada, propondo-se uma versão modificada mais robusta da Teoria Naturalizada do Direito, a qual parte de premissas menos controversas e que fica mais em linha com a metafísica analítica e a ontologia social contemporâneas.

PALAVRAS-CHAVES: Brian Leiter. Naturalismo Metodológico. Ontologia. Quine. Teoria Geral do Direito. Teoria Naturalizada do Direito.

ABSTRACT

The objective of this study is to discuss the methodology and ontology of general jurisprudence, whose aim is to elucidate the ontological nature of the Law, considering a defense of the naturalized jurisprudence. In opposition to the conceptual approach prevalent in contemporary legal theory, focusing about conceptual analysis and resource to intuitions, some theoreticians have accept empirical approaches that resource to sociological and anthropological insights to advance our understanding about the nature of Law. Among these empirical approaches, there is the defense of the naturalization of the general jurisprudence by Brian Leiter, discussing the Quine's methodological naturalism whose point is the continuity between philosophy and science. The naturalized jurisprudence is founded on the resource to the conceptual schemas that are presupposed by our best scientific theories about the social human behavior for advancing the discussion about the real nature of Law. The criticism against these naturalized methodology and the limits of the Leiter's version for naturalized jurisprudence are discussed and, in order for answer and/or account these objections, I propose a modified version of naturalized jurisprudence that it is more robust than the Leiter's one, because it begins from less controversial premises and it conforms to contemporary analytic metaphysics and social ontology.

KEYWORDS: *Brian Leiter. General Jurisprudence. Methodological Naturalism. Naturalized Jurisprudence. Ontology. Quine.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. METODOLOGIA EM TEORIA DO DIREITO.....	16
1.1. Metodologia na Teoria Geral do Direito.....	16
1.1.1 TEORIA GERAL DO DIREITO VERSUS TEORIA PARTICULAR DO DIREITO	16
1.1.2 TEORIA DESCRITIVA DO DIREITO VERSUS TEORIA NORMATIVA DO DIREITO.....	21
1.2. Metodologia na Teoria Descritiva do Direito.....	32
1.2.1 TEORIA DESCRITIVA DE TIPO CONCEITUAL.....	33
1.2.2 TEORIA DESCRITIVA DE TIPO EMPÍRICO.....	40
2. NATURALISMO E TEORIA GERAL DO DIREITO.....	46
2.1. Naturalismo em Metafilosofia.....	46
2.1.1.VARIANTES DE NATURALISMO FILOSÓFICO: METODOLÓGICO E ONTOLÓGICO.....	46
2.1.2 RAZÕES PARA ADOTAR O NATURALISMO METODOLÓGICO EM QUINE.....	49
2.1.2.1 Rejeição da Distinção Analítico/Sintético.....	50
2.1.2.2 A Naturalização da Epistemologia.....	57
2.1.2.3 O Compromisso Ontológico das Teorias.....	61
2.2. Naturalismo na Teoria Geral do Direito.....	69
2.2.1 FUNDAMENTOS DA TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO.....	71
2.2.1.1. O Antigo Realismo Jurídico Americano como Precursor e Modelo para a Teoria Naturalizada do Direito.....	71
2.2.1.2. O Desafio Metodológico ao Positivismo Jurídico Analítico e a Alternativa Naturalista à Teoria sobre a Natureza do Direito.....	78
2.2.2. APLICAÇÕES DA TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO.....	89
2.2.2.1. Teoria da Adjudicação.....	89
2.2.2.2. Teoria da Natureza do Direito: Validade Jurídica.....	91
2.2.2.3. Teoria da Natureza do Direito: Filosofia Experimental e Intuições Jurídicas.....	94
2.2.2.4. Epistemologia do Direito Probatório?.....	95

3. OBJEÇÕES À TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO.....	99
3.1. Objeções de Kenneth Himma.....	101
3.1.1. A OBJEÇÃO DA POSSIBILIDADE DE FORMULAR A DISTINÇÃO ANALÍTICO-SINTÉTICO EM UMA MANEIRA SIGNIFICATIVA.....	102
3.1.2. A POSSIBILIDADE DE FORMULAR NOÇÕES MODAIS EM UMA MANEIRA SIGNIFICATIVA.....	102
3.1.3. A APLICABILIDADE DE UMA ANÁLISE CONCEITUAL TRADICIONAL PARA NOSSOS CONCEITOS APESAR DA VARIÂNCIA EM INTUIÇÕES.....	103
3.1.4. A SUBSTITUIÇÃO DA ANÁLISE CONCEITUAL PELO NATURALISMO É UM CETICISMO ELIMINATIVO EM RELAÇÃO À TEORIA ANALÍTICA DO DIREITO.....	104
3.1.5. O ARGUMENTO DA ANÁLISE CONCEITUAL COMO ALGO A MAIS QUE LEXICOGRAFIA.....	105
3.1.6. O ARGUMENTO DA REVISIBILIDADE DAS SENTENÇAS ANALÍTICAS.....	105
3.2. Objeções de Julie Dickson.....	106
3.2.1. A QUESTÃO DA DIREÇÃO DA JUSTIFICAÇÃO ENTRE TEORIA CIENTÍFICA-SOCIAL E CONCEITO FILOSÓFICO DO DIREITO.....	107
3.2.2. A QUESTÃO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ANÁLISE CONCEITUAL MODESTA E FILOSOFIA EXPERIMENTAL.....	108
3.3. Objeções de Burge-Hendrix.....	110
3.3.1. O ARGUMENTO DO NÃO USO DAS INTUIÇÕES COMO EVIDÊNCIAS.....	110
3.3.2. O ARGUMENTO DO MINIMALISMO METODOLÓGICO DO POSITIVISMO.....	111
3.3.3. O ARGUMENTO DO RELATIVISMO EXPLANATÓRIO CONTRA A CENTRALIDADE DA ASSISTÊNCIA INTERDISCIPLINAR E A DIVISÃO DO TRABALHO.....	114

3.3.4. O ARGUMENTO DA INSUFICIÊNCIA DA CONVENIÊNCIA PARA EXPLICAÇÕES BEM-SUCEDIDAS.....	115
3.3.5. O ARGUMENTO DA INCAPACIDADE DE EXPLICAÇÃO NATURALÍSTICA DAS PERSPECTIVAS PARTICIPANTES.....	115
3.4. Objeções de Jules Coleman.....	116
3.4.1. O ARGUMENTO DA DIFERENÇA ENTRE O PROJETO DA ANÁLISE CONCEITUAL E A ANÁLISE CONCEITUAL COMO TÉCNICA COMPLEMENTAR.....	116
3.5. Objeções de Ian Farrell.....	118
3.5.1. ARGUMENTO DA DIFERENÇA ENTRE ANÁLISE CONCEITUAL MODESTA E LEXICOGRAFIA.....	119
3.5.2. ARGUMENTO DO CONCEITO HERMENÊUTICO REQUERER ANÁLISE CONCEITUAL MODESTA.....	119
3.6. Objeções de Torben Spaak.....	120
3.6.1. O ARGUMENTO DA NÃO INABILITAÇÃO DA ANÁLISE CONCEITUAL PELO NATURALISMO DE QUINE.....	120
3.6.2. O ARGUMENTO DA INCORREÇÃO DE ADOTAR CONCEITOS JURÍDICOS EMPREGADOS EM TEORIAS EMPÍRICAS.....	122
3.7. Objeções de Liam Murphy.....	123
3.7.1. O ARGUMENTO PRÁTICO SOBRE A FRONTEIRA DO DIREITO E SEUS LIMITES.....	123
3.8. Objeções de Luka Burazin.....	124
3.8.1. O ARGUMENTO DO NATURALISMO METODOLÓGICO MODESTO.....	124
3.9. Objeções de Mark Greenberg.....	125
3.9.1. O ARGUMENTO DA MÁ COMPREENSÃO SOBRE AS IMPLICAÇÕES DA REJEIÇÃO AO PROJETO FUNDACIONALISTA.....	126
3.9.2. O ARGUMENTO DE QUE A REJEIÇÃO DO A PRIORI NÃO CONDUZ NECESSARIAMENTE À SUBSTITUIÇÃO DA TEORIA FILOSÓFICA PELA TEORIA EMPÍRICA.....	129

3.10. Objeções de Thomas Adams.....	130
3.10.1. O PROBLEMA DA NÃO RESOLUÇÃO DE QUESTÕES FILOSÓFICAS PELOS CRITÉRIOS DE NATURALIZAÇÃO DA TEORIA JURÍDICA.....	130
3.11. Objeções de Kevin Walton.....	130
3.11.1. O PROBLEMA DA SUBORDINAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO DA FILOSOFIA PELA CIÊNCIA PARA A COOPERAÇÃO ENTRE ELAS.....	131
3.12. Objeções de Andrew Halpin.....	132
3.12.1. UM PAPEL SERVIL PARA A ANÁLISE CONCEITUAL NÃO É JUSTIFICADO.....	132
3.13. Objeções de Michael Giudice.....	133
3.13.1. O PROBLEMA DO IMPERIALISMO METODOLÓGICO.....	133
3.13.2. NATURALIZAÇÃO INSUFICIENTE.....	134
3.13.3. CRÍTICAS INADEQUADAS AO ESTADO DA ARTE DA FILOSOFIA ANALÍTICA.....	134
3.14. Objeções de Aaron Rappaport.....	135
3.14.1. O PROBLEMA DE ARGUMENTOS CONTINGENTES EM PROL DE UM CONCEITO DE DIREITO.....	135
3.15. Objeções de John F. K. Oberdiek e Dennis Patterson.....	136
3.15.1. A ANÁLISE CONCEITUAL É MAIS AMPLA DO QUE LEITER PRETENDE.....	136
4. AVALIAÇÃO GERAL DAS OBJEÇÕES E PROPOSTAS PARA UMA TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO MAIS ROBUSTA.....	137
4.1. Avaliação das Objeções sobre a Distinção Analítico-Sintético.....	137
4.2. Avaliação das Objeções sobre Contingência e Necessidade na Teoria Jurídica.....	144
4.3. Avaliação das Objeções sobre Tipos de Análise Conceitual.....	156
4.4. A Metafísica é sobre Análise Conceitual ou sobre Explicação Teórica?	159

4.5. Avaliação das Objeções sobre o Papel das Intuições na Análise Conceitual Tradicional e o Significado da Diversidade em Intuições Levantadas pela Filosofia Experimental.....	161
4.6. O Valor Epistemológico das Intuições e o Naturalismo Metodológico.....	170
4.7. Avaliação das Objeções à Proposta sobre Análise Conceitual Modesta e Filosofia Experimental.....	172
4.8. Avaliação das Objeções ao Uso de Critérios da Ciência Social para a Teoria Jurídica.....	174
4.9. Teoria Naturalizada do Direito e Ontologia Social.....	193
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	197
REFERÊNCIAS	206

INTRODUÇÃO

As questões ontológicas preocupam a filosofia desde os seus primórdios. A ontologia lida com a questão sobre que tipos de entidade existem e o que elas são (IWANGEN, 1998, p. 233; IWANGEN, 2001, p. 3; BERTO, PLENABI, 2015, p. 2). Ou seja, à pergunta “O que há?”, a ontologia apresentaria um inventário listando todos os (tipos de) entes assumidos como existentes. Por exemplo, existem apenas objetos concretos tais como vemos ou existem também objetos abstratos (como números)?

Uma outra questão que também entra no terreno da ontologia é como classificar determinados objetos dentro dos tipos de objetos que se assume existirem. Dentro do campo da ontologia social e da filosofia do Direito surgem indagações, tais como: qual a natureza dos objetos sociais e, conseqüentemente, como eles estão ligados ou não aos objetos físicos encontrados na natureza? Se o “Direito” é um objeto social, de que modo pode-se falar que se está na presença de uma instância desse objeto social ao invés de outro qualquer? E assim por diante.

Dentro da filosofia analítica do Direito, essa é uma preocupação presente aos seus teóricos, mesmo quando o termo “ontologia” não é manejado. Hart em seu livro “O Conceito de Direito” (2009; original: 1961; segunda edição em língua inglesa com pós-escrito: 1994) discute como podemos distinguir entre “ser obrigado a” e “ter uma obrigação”, para tanto usando o exemplo do comando de um assaltante e como diferenciá-lo dos comandos da ordem jurídica. Enquanto a questão seja moldada em Hart como uma de usos da linguagem (dada a orientação anti-metafísica da “filosofia da linguagem ordinária” seguida por Hart), ela também pode ser entendida como questionando quais as condições necessárias para que haja Direito ao invés de meros comandos violentos em uma dada sociedade, as quais permitem essa distinção.

Há um fenômeno social ao qual denominamos “Direito” que tem certas características gerais que podem ser descritas. Essa é a presunção de toda Teoria Descritiva do Direito (também denominada de positivismo jurídico metodológico), tal como a de Hart e de Raz, dentro da *General Jurisprudence* (Teoria Geral do Direito)¹, que investiga a natureza do Direito como tal, para além de qualquer sistema jurídico particular. Segundo John Gardner (2001, p. 201), o positivismo jurídico pode ser considerado como esposando uma única tese: em qualquer sistema jurídico, se uma dada norma é juridicamente válida e, portanto, forma parte do Direito

¹ Sobre a questão da tradução do termo “*general jurisprudence*” por “Teoria Geral do Direito”, veja o tópico 1.1.1 do primeiro capítulo.

daquele sistema, depende sobre suas fontes, não sobre seus méritos, incluindo o mérito de suas fontes.

A questão do Direito derivar sua validade de fatos sociais, por meio de fontes autorizadas, pode ser entendida em termos de como o Direito é ontologicamente determinado ou constituído: a determinados fatos sociais sobrevém o que chamamos de “Direito” e a um dado comando podemos denominar de jurídico desde que atenda às condições de pertença a esse “tipo social”. Como as definições da tese deixam claro, a ideia de “validade jurídica” desempenha um papel nessa dependência ontológica do Direito sobre determinados fatos relativos à sociedade humana, e é indispensável para esse tipo de esclarecimento analisar essa noção.

Contudo, uma importante controvérsia diz respeito ao modo como investigar essas questões dentro de uma teoria descritiva do Direito. Para Hart (2009, p. 309), a teoria jurídica deve proceder por meio de uma investigação conceitual. Hart era influenciado pela filosofia da linguagem ordinária, e daí derivava sua ênfase em que a análise de como se fala sobre o Direito pode elucidar a real natureza deste. Contudo, dadas essas inclinações filosóficas, ele não argumentava que dessa análise adviriam conclusões necessárias (em um sentido metafísico). Após a reabilitação das noções modais dentro da filosofia analítica principalmente com Kripke (1980), outros filósofos do Direito, como em Raz (2009), atribuíram à *general jurisprudence* o papel de elucidar verdades necessárias sobre o Direito, mas ainda recorrendo à análise conceitual.

Contudo, nem todos aqueles que fizeram teoria descritiva do Direito concordam que a natureza dessa investigação seja conceitual/analítica, defendendo ao contrário seu caráter empírico/sintético. Uma opção nesse sentido é a chamada Teoria Naturalizada do Direito (*naturalized jurisprudence*)² de Brian Leiter, a qual desenvolve o naturalismo metodológico para dentro da teoria jurídica. O naturalismo considera que a filosofia trata de verdades sintéticas (verdadeiras em razão dos fatos), ao invés de analíticas (verdadeiras em razão dos significados). Para Leiter, esse desenvolvimento em metafilosofia leva a duas teses: 1) tese substantiva: a respeito do que há e do que nós podemos saber, não há nada melhor que a teoria científica bem-sucedida; 2) tese metodológica: na medida em que a filosofia se preocupa com

² Sobre a tradução do termo “*naturalized jurisprudence*” por “Teoria Naturalizada do Direito”, veja o início do 2º capítulo.

o que há e com o que nós podemos saber, ela deve operar como o braço abstrato da teoria científica bem-sucedida (LEITER, 2007, p. 180).

Deve-se destacar a (quase) ausência de revisão e discussão na literatura especializada brasileira sobre em que consiste a naturalização da teoria jurídica proposta por este filósofo anglo-saxão, com a notável exceção³ da recente tese de Doutorado defendida por Thais Nunes de Arruda (2015), denominada “Direito e objetividade: a viabilidade do projeto de naturalização do direito por Brian Leiter”, cujo diagnóstico em relação à tentativa de naturalizar a teoria do Direito é negativo, e o artigo “Como os Juízes Decidem os Casos Difíceis do Direito?” de Noel Struchiner e Marcelo Brando (2014), que revisa especificamente o realismo jurídico como entendido por Leiter. A presente dissertação poderá suprir uma lacuna em termos de desenvolver uma Teoria Naturalizada do Direito que avalia criticamente a proposta de Leiter, ao mesmo tempo em que sustenta o naturalismo metodológico.

O objetivo da presente dissertação é examinar como a Teoria Naturalizada do Direito pode responder às questões ontológicas que são suscitadas pelo fenômeno jurídico, de maneira que seja compatível e consistente com a visão de mundo que emerge a partir das ciências naturais e sociais.

Um ponto importante aqui antes de prosseguir é que, apesar da teoria de Leiter acerca do realismo jurídico também ser denominada de “Teoria Naturalizada do Direito”, esse campo de sua teorização não é de nosso interesse aqui, por se tratar da teoria da adjudicação e não da Teoria Geral do Direito. Entretanto, esse campo será abordado no segundo capítulo apenas para fins da exposição do que Leiter entende por Teoria Naturalizada do Direito e as justificativas para endossá-la.

O primeiro capítulo será dedicado à contextualização da discussão naturalista dentro da Teoria Jurídica, concentrando-se em estabelecer o que é a Teoria Geral do Direito (*general jurisprudence*), as bases para a Teoria Descritiva do Direito (em contraposição à Teoria Normativa) e a distinção entre duas tradições de tipo descritiva, a conceitual e a empírica, estando nesta última a Teoria Naturalizada do Direito.

O segundo capítulo será dedicado à apresentação da proposta de Brian Leiter de uma Teoria Naturalizada do Direito. Aqui será tratada a justificação teórica da naturalização, bem como as propostas específicas de aplicação dessa naturalização. Leiter iniciou o argumento

³ Aqui não foram considerados artigos ou trabalhos acadêmicos que apenas fizessem menção às ideias de Leiter, mas apenas aqueles que efetivamente revisaram suas propostas naturalistas.

naturalista por meio de uma reconstrução do realismo jurídico americano, o qual poderia ser entendido como uma naturalização da teoria sobre a adjudicação, e por isso este tópico será desenvolvido também como um dos fundamentos do naturalismo na teoria jurídica. Contudo, será demonstrado como posteriormente ele defendeu também a naturalização da própria Teoria Geral do Direito, objeto da presente dissertação. Assim, será exposto o fundamento para naturalizar tanto a teoria da adjudicação quanto a Teoria Geral do Direito, bem como as propostas específicas que surgem para o entendimento da tomada de decisão judicial, da validade jurídica, das intuições sobre o conceito de Direito e da epistemologia do Direito Probatório.

O terceiro capítulo será dedicado às objeções apresentadas na literatura especializada contra a proposta de Leiter para naturalizar a teoria sobre a natureza do Direito. Desde que Leiter começou a publicar suas ideias no assunto, muitas críticas foram levantadas contra a Teoria Naturalizada do Direito ao longo dos anos, pelo que um levantamento abrangente dessas objeções permite visualizar o estado da arte em relação à discussão dessa vertente teórica. Além disso, na medida em que Leiter já tiver respondido a algumas dessas críticas, também será apontado neste capítulo.

O quarto capítulo será dedicado à avaliação das objeções levantadas contra Leiter, visando seja demonstrar que elas são inadequadas, seja aceitar que a crítica é adequada para o modo como Leiter pensa a Teoria Naturalizada do Direito mas propondo formas de contornar a objeção por modificar a teoria, de modo a torna-la mais robusta. Assim, espera-se que o saldo final seja uma Teoria Naturalizada do Direito parcialmente modificada que seja mais persuasiva do que a versão de Leiter.

Dessa forma, se estabelece a problemática do presente trabalho: Como a Teoria Naturalizada do Direito pode melhorar a metodologia da teoria sobre a natureza ontológica do Direito?

1. METODOLOGIA EM TEORIA DO DIREITO

1.1. Metodologia na Teoria Geral do Direito

1.1.1 TEORIA GERAL DO DIREITO VERSUS TEORIA PARTICULAR DO DIREITO

O objetivo da presente dissertação é apresentar em que consiste uma abordagem naturalista robusta para a Teoria Geral do Direito. Ao fazê-lo, assumirá que “o Direito” seja um tipo social que não é puramente disjuntivo (mesmo que seja um tipo politético). Portanto, parte-

se da premissa de que há uma realidade objetiva que esse termo designa, não se tratando de mera convenção linguística.

O compromisso do naturalismo na teoria jurídica é que: 1) a realidade jurídica é ontologicamente determinável em termos que assumam como objetos concretos apenas entidades físicas; 2) metodologicamente sua teorização filosófica seja contínua com as das ciências que estudam o comportamento social humano. Nisto consiste o naturalismo. Contudo, a existência de uma categoria real por trás do termo é ela mesma assumida, no espírito naturalista, como uma hipótese que é passível de desconfirmação *a posteriori*.

O presente tópico esclarecerá em que consiste a afirmação de que há uma natureza do Direito que pode ser objetivamente estabelecida, tornando possível a busca por uma Teoria Geral do Direito, para além de diversas Teorias Particulares do Direito.

Qualquer proposta de abordagem naturalizada deve primeiro perguntar-se qual domínio filosófico é seu alvo. Não é possível pensar a metodologia de forma naturalista sem saber antes que objeto está sendo investigado.

Com a filosofia do Direito não poderia ser diferente, uma vez que trata-se de uma área de investigação teórica e filosófica vasta. Dentro de “filosofia do Direito” podemos discutir teoria da interpretação, da argumentação, de campos específicos dentro dele (como Direito penal ou constitucional) ou dele como um todo, entre outros.

O objeto a ser naturalizado na presente dissertação é a chamada “Teoria Geral do Direito” (*general jurisprudence*). Esse campo teórico é assim denominado porque seu objetivo é estudar o Direito em seu mais alto grau de abstração e generalidade, determinando qual é sua natureza, essência ou, em formulações menos essencialistas, suas várias manifestações. Enquanto o termo “teoria geral do Direito” na tradição jurídica brasileira possa ter um significado distinto ao dessa investigação filosófica, optou-se aqui por traduzir “*general jurisprudence*” por “Teoria Geral do Direito” ou “teoria sobre a natureza do Direito”, devendo a ocorrência de “Teoria Geral do Direito” ao longo desta dissertação ser entendida no sentido assim especificado.

À *general jurisprudence* contrapõe-se a *particular jurisprudence*, que discute as questões da teoria jurídica não como questões sobre o Direito como tal, mas dentro do contexto de um sistema jurídico particular. Exemplo dessa abordagem é a obra de Ronald Dworkin (1986), cuja interrogação fundamental “como a coerção do Estado é justificada?” apenas pode ser perguntada analisando-se um sistema jurídico específico e ele mesmo põe essa questão a

partir do sistema jurídico sob o qual vivia (o sistema jurídico das democracias liberais e/ou o Direito anglo-americano). Essa visão de que a abordagem de Dworkin é um exercício em Teoria Particular do Direito, feita a partir do Direito anglo-americano, encontra-se no pós-escrito de “O Conceito do Direito” de Hart (2009, p. 310-311). Leiter e Langlinais (2012, p. 672) consideram a visão de Hart como uma caracterização plausível da posição de Dworkin.⁴

Enquanto não tenha sido por ele iniciada, toda discussão de Teoria Geral do Direito passa pela figura de Herbert Hart (2009; 1961; 1994). Em seu já mencionado pós-escrito na segunda edição de “O Conceito de Direito”, respondendo às críticas efetuadas principalmente por Ronald Dworkin ao livro, Hart (2009, p. 309) esclarece que seu objetivo foi elaborar uma teoria sobre o Direito que fosse geral, no sentido de não estar vinculada a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específica. Sua premissa é a de que essa instituição social complexa chamada de Direito sempre teve a mesma forma geral e estrutura, em que pese todas as suas variações em tempos e culturas diferentes (HART, 2009, p. 309).

A elaboração feita por Hart ainda é válida: uma premissa fundante da Teoria Geral do Direito é de que é possível pensar o “Direito como tal”, investigando as questões filosóficas suscitadas pela existência do Direito como instituição social a partir dessa abstração que vai além dos diferentes sistemas jurídicos que existiram, existem ou existirão.

A abstração “Direito como tal” (ou, simplesmente, “o Direito”) é o “tipo” ou “categoria” (do inglês *kind*) do qual todos os sistemas jurídicos fazem parte. Pode-se pensar no Direito nesses termos como *uma realidade* (em contraponto a uma mera convenção linguística), desde que haja um ou vários elementos comuns a todos os sistemas jurídicos que permitem a todos eles serem nomeados dessa forma ou, pelo menos, que haja alguns elementos comuns que são compartilhados entre suas diversas instâncias, mesmo que não todos por todas elas. O projeto de uma Teoria Geral do Direito fracassaria se fosse demonstrado que a única forma de falar do Direito a esse nível de generalidade seja totalmente disjuntiva⁵, ou seja, descrevendo-o como “aquele X que é A ou B ou C ou D ou...”.

⁴ Para uma visão alternativa acerca da questão se Dworkin fez Teoria Particular do Direito e se seria relevante entender a divergência entre Hart e Dworkin em termos de Teoria Geral versus Teoria Particular do Direito, veja Twining (2000, p. 33-47). Contudo, deve-se destacar que mesmo este reconhece que Dworkin fez declarações particularistas acerca de seu modo de pensar a teoria jurídica (TWINING, 2000, p. 40; vide DWORKIN, 1986, p. 102-103).

⁵ Deve-se destacar que há visões alternativas sobre se a Teoria Geral do Direito perde seu escopo caso a única forma de falar do Direito no nível superior de generalidade e abstração seja disjuntiva. Para uma visão alternativa veja Tamanaha (2001a; 2001b). Em termos de uma análise de semelhança de família para o uso de conceitos, como em Hart (2009) dada a influência da filosofia da linguagem ordinária, também é possível que algumas ressalvas

Para entender o problema posto pela disjuntividade, é preciso que se entenda melhor as diferentes formas que um “tipo” pode assumir. Muhammad Ali Khalidi (2013, p. 16) classifica os tipos em: 1) monotéticos (*monothetic kinds*): há uma propriedade ou conjunto de propriedades tal que cada uma das quais é necessária para pertencimento ao tipo e todas conjuntamente suficiente, de modo que todo membro terá essa propriedade ou esse conjunto de propriedades; 2) politéticos (*polythetic kinds*) ou de cluster (*cluster kinds*): não satisfazem a condição anterior, de modo que seus membros não possuem todas e somente as mesmas propriedades enquanto membros do grupo.

Outra forma de distinguir entre esses tipos é que os monotéticos possuem condições necessárias e suficientes que definem o pertencimento de entidades ao tipo, enquanto os politéticos não fornecem isso.

Um exemplo de tipo politético citado por Khalidi é de um que seja definido como $K1 = P1 \& (P2 \vee P3)$, de modo que é possível que um membro do tipo o seja porque possui P1 e P2, enquanto outro o seja porque possui P1 e P3. Neste caso, ambos os membros possuem diferentes propriedades que os definem como membros do tipo, mas ainda compartilham uma propriedade em comum (P1). Note que há uma disjunção em sua forma lógica, dada por $P2 \vee P3$, de modo que um membro do tipo pode ter ou P2 ou P3, mas há uma conjunção, dado que P1 precisa estar associado a uma das outras duas propriedades para que haja pertença à categoria.

Situação diferente é a de outro tipo politético, que é a dos tipos puramente disjuntivos, por exemplo, $K2 = P1 \vee P2 \vee P3$. Neste caso, é possível que um membro do tipo o seja porque possui P1 ou P2 ou P3, portanto, sem ter absolutamente nada em comum uns com os outros. O tipo puramente disjuntivo é definido como aquele que pode ter dois ou mais membros que não compartilhem quaisquer propriedades em comum (KHALIDI, 2013, p. 17).

Khalidi (2013, p. 17-18) oferece três razões para duvidar que existam tipos naturais (ou seja, tipos que realmente existem na natureza) que sejam puramente disjuntivos.

O primeiro argumento foi feito por David Armstrong e é baseado na associação entre propriedades e poderes causais: propriedades estão ligadas a poderes causais, mas propriedades disjuntivas não fornecem poderes causais adicionais, uma vez que seriam duas propriedades associadas aos mesmos poderes causais (exemplo: um indivíduo que possui P1 possuiria

sejam colocadas a essa caracterização. De todo modo, defendo aqui a visão de que a Teoria Geral do Direito precisa evitar a disjuntividade para ser bem-sucedida.

também $P1 \vee P2$, mas isso não o capacita a mais nada), então propriedades disjuntivas não existem. Khalidi considera que este argumento pode ser plausível para propriedades em si, mas que o mesmo não seria automaticamente transferível para a questão dos tipos, uma vez que a associação entre estes e poderes causais é menos óbvia.

O segundo argumento é baseado em uma noção pré-filosófica sobre em que consiste duas coisas serem de um mesmo tipo: se duas entidades não possuem nenhuma propriedade em comum, não teríamos nenhuma base para considera-las como pertencentes ao mesmo tipo, de modo que tipos puramente disjuntivos não poderiam ser tipos, ainda mais tipos naturais.

O terceiro (e mais conclusivo) argumento é baseado na projetibilidade. Projetibilidade (a aptidão para projetar propriedades de uma instância para outras, ou de inferir algumas propriedades a partir da presença de outras, fornecendo assim inferências indutivas para a ciência; KHALIDI, 2013, p. 13-15) é o atributo mais aceito como característico dos tipos naturais, mas tipos puramente disjuntivos não são projetíveis, então tipos puramente disjuntivos não podem ser tipos naturais.

Para entender melhor esse 3º argumento, pense no tipo puramente disjuntivo $K2$. Do fato de um de seus membros possuir $P1$, não é possível projetar nada sobre outro de seus membros, porque eles podem pertencer ao mesmo tipo por possuírem $P2$ ou $P3$ também. Ou seja, nenhuma conclusão é possível extrair sobre outras instâncias a partir do conhecimento de uma instância do tipo. Já em relação a $K1$, que é politético mas não puramente disjuntivo, é possível projetar de um membro possuindo $P1 \& P2$ que outro membro possuirá $P1$, dado que a outra alternativa de pertencimento a $K1$ é por possuir $P1 \& P3$. Portanto, nesse caso é possível concluir algo sobre outras instâncias a partir de uma instância do tipo.

Alguém poderia indagar a razão para ser importante distinguir formulações puramente disjuntivas de um tipo em relação às outras formulações. Se elas são tão obviamente desprovidas de poderes causais, como poderiam ser objeto de preocupação? A questão é que nem toda formulação disjuntiva é óbvia. Pense no exemplo dado por Nelson Goodman (1955) de entidades que têm a propriedade de “ser *grue*”, que é definida como “se observada antes do tempo t é verde ou caso contrário é azul”. Imagine ainda que t é igual a um tempo arbitrário futuro distante, como 2.100. Antes de 2.100, para qualquer entidade verde, como esmeraldas, elas são tanto verdes como “*grue*”. Portanto, até o ano de 2.100, a propriedade “ser verde” e a propriedade “ser *grue*” parecem explicar igualmente bem nossa capacidade de fazer inferências indutivas sobre a cor de uma amostra de esmeraldas para outra e poderíamos formular nossa teoria usando quaisquer delas. Mas “ser *grue*” é puramente disjuntivo: não haveria nada em

comum na cor da esmeralda antes de t e depois de t para que a considerássemos uma cor específica ao invés de duas cores (como de fato a chamaríamos se houvesse uma transformação na coloração de todas as esmeraldas de verde para azul após t).

Outro exemplo interessante vem de Theodore Sider (2011, p. 3-4). Por que não poderíamos ter uma categoria que englobasse juntos elétrons e vacas? Afinal, ambos compartilham a propriedade “ser um elétron ou ser uma vaca”. Autorizadas categorizações sob bases puramente disjuntivas como essa, quaisquer dois objetos compartilham infinitas propriedades definidas disjuntivamente com outros, nem que seja apenas a “ser um objeto tal ou não ser o objeto tal”, e, portanto, não importa o quão diferentes sejam, poderiam ser englobados em um tipo. Mas recorrer a tipos que juntem entidades díspares assim não forneceria base para projeções inferenciais adicionais. Já saberíamos tudo o que precisamos saber sobre vacas por meio de um tipo definido pela propriedade “ser uma vaca” e nada é acrescentado ao atribuímos a ela também ser parte de um tipo definido pela propriedade “ser um elétron ou ser uma vaca”.

Nesse ponto, é possível objetar que o disjuntivismo seja ruim para os tipos naturais, mas não para o tipo “Direito” porque este se trata de um tipo social, que depende da existência de seres humanos. Não precisamos aqui debater se tipos sociais podem ser tipos naturais ou não. Por enquanto, basta dizer que se o tipo “Direito” for definível disjuntivamente apenas, então ele não é projetável para os fins da ciência e da teorização sociais, enquanto outros termos definindo instâncias mais específicas (talvez derivados dele, como “Direito estatal”, “Direito costumeiro”, “Direito privado”, etc.) o sejam. “O Direito” nesse caso seria uma convenção linguística encontrada entre várias populações humanas que é convencionalmente traduzida como sinônima entre línguas diferentes, mas nada de real (que fizesse diferença causal no mundo, direta ou indiretamente⁶) seria descrito com o uso desse termo. Então, isso impediria ou severamente restringiria a Teoria Geral do Direito, bem como atribuiria irrealismo ao tipo social respectivo.

Assim, a Teoria Geral do Direito, de um modo geral, assume que “o Direito” é um tipo social não puramente disjuntivo (enquanto seja um tipo politético). Há uma realidade objetiva

⁶ Entidades matemáticas são objetos abstratos, que, portanto, não podem causar nada no mundo concreto. Mas, assumido que essas entidades existam enquanto objetos abstratos, elas fazem diferença causal no mundo indiretamente por serem indispensáveis às teorias causais sobre o mundo, ou seja, tendo sua existência pressuposta pelos mecanismos causais que operam entre objetos concretos.

que esse termo designa, não se tratando de uma mera convenção linguística. Mas qual a metodologia apropriada para sua investigação?

1.1.2. TEORIA DESCRITIVA DO DIREITO VERSUS TEORIA NORMATIVA DO DIREITO

Dentro da Teoria Geral do Direito, um importante debate metodológico está em curso: deve essa teorização ser (puramente) descritiva, ou qualquer tentativa de descrição será normativa? Neste tópico apresentaremos o que distingue a posição em favor da Teoria Descritiva do Direito e a posição contrária da Teoria Normativa do Direito, localizando a pergunta pela Teoria Naturalizada do Direito dentro do domínio da Teoria Descritiva.

Novamente, o pós-escrito de Hart (2009) deve ser mencionado. Ali é esclarecido que, além de uma teoria geral, era seu objetivo fornecer uma teoria descritiva, no sentido de prover uma descrição explicativa e elucidativa do Direito como instituição social complexa de forma moralmente neutra, sem o objetivo de justificar moralmente a forma e estrutura gerais dele (HART, 2009, p. 309-310).

Assim, a Teoria Descritiva do Direito visa fazer uma descrição factual moralmente neutra do Direito, caracterizando-o em termos das estruturas e procedimentos institucionais por meio dos quais ele opera, pressupondo que haja uma diferença entre uma abordagem sobre o que o Direito é e sobre o que o Direito deveria ser (DICKSON, 2001, p. 6 e 8). Já a Teoria Normativa do Direito (*normative jurisprudence* ou *justificatory jurisprudence*) rejeita esse pressuposto por considerar que o Direito não pode ser adequadamente explicado sem recurso a considerações morais que definam o que o conteúdo ou o ponto do Direito devem ser, de tal modo que o Direito é parcialmente definido em termos do valor moral de seu ponto, conteúdo ou práticas (HIMMA, 2015, p. 79).

Antes de prosseguir, uma ressalva importante. Não se deve confundir a Teoria Normativa do Direito dentro da *jurisprudence*, com outra acepção do mesmo termo que, em língua inglesa, Himma (2015, p. 66) denomina de *normative legal theory*. Essa acepção de Teoria Jurídica Normativa é um domínio da filosofia do Direito relativo às questões normativas que envolvem o Direito, buscando saber puramente como ele deveria ser, enquanto a acepção discutida na presente dissertação é uma corrente dentro da Teoria Geral do Direito (ela mesma um domínio da filosofia do Direito), que está preocupada com a natureza do Direito, em como ele é, e avança a posição de que não é possível conhecer como ele é sem entrar no mérito de como ele deveria ser.

Julie Dickson (2001, p. 9) considera que essa discussão diz respeito a três teses: 1) da avaliação moral: para entender o Direito adequadamente, o teórico deve avaliá-lo moralmente; 2) da justificação moral: para entender o Direito adequadamente, o teórico deve tomar o Direito como um fenômeno moralmente justificado; 3) das consequências morais benéficas: julgamentos valorativos a respeito das consequências morais benéficas da adoção de uma teoria sobre o Direito podem fazer parte do critério de sucesso das teorias jurídicas.

A rejeição dessas três teses qualifica uma abordagem como sendo de Teoria Descritiva do Direito, enquanto a aceitação de pelo menos uma delas já qualifica a abordagem como sendo de Teoria Normativa do Direito. É importante destacar que Dickson (2001, p. 67) considera esta terminologia que contrapõe teoria descritiva à normativa como confusa, mas aqui sigo a distinção canônica.

Um ponto importante é que a rejeição dessas três teses não implica que a teoria jurídica seja “livre de valor” (*value-free*). É possível que se aceite a teoria descritiva do Direito, negando a necessidade de qualquer avaliação ou justificação moral do Direito (ou de que a teoria jurídica possa ser mais bem-sucedida por ter melhores consequências morais), e ainda assim não se aceite que haja uma ausência de considerações valorativas que sejam próprias àquela prática social, ou seja, valorações que vão além dos valores epistêmicos ou metateóricos intrínsecos a toda teorização (DICKSON, 2001, p. 35-36, 67). Dickson (2001, p. 40-41) chama isso de “teoria jurídica indiretamente avaliativa”, que leva em conta as valorações feitas pelas pessoas sujeitas ao Direito, dado que a natureza particular desse fenômeno é que as pessoas usam seu conceito para fazer sentido de si mesmas e da sociedade em que vivem.

As teses metodologicamente contrárias à Teoria Descritiva mais robustas são as duas primeiras. A tese das consequências morais benéficas assenta-se no erro de considerar que podemos dizer o que é com base no que deveria ser. Então, se uma teoria produz melhores consequências no sentido moral, ela seria aceita não por corresponder ao que seu objeto realmente seja, mas por trazer certas vantagens normativas aos seres humanos. O raciocínio seria de que, se o Direito ter certas propriedades é moralmente benéfico, então o Direito tem essas propriedades, o que claramente confunde a questão de determinar a natureza do Direito com a de determinar a natureza de algo como o “Direito ideal”.

Such a move seems to reduce legal theory to no more than an exercise in wishful thinking: we can choose whether we think of law as having property

X or property Y, depending on the beneficial moral consequences which we believe will ensue as a result of this. (DICKSON, 2001, p. 90)⁷

Outro problema dessa tese é que, caso contrário, a ideia seja a de que saber que o Direito é da natureza X ajuda a pensar melhor as questões morais que nos cercam e, assim, conduz a consequências morais benéficas que validam aceitarmos que essa é a sua natureza, isso já pressupõe que saibamos que essa natureza X é a verdadeira sobre o Direito e, portanto, só sucede se isso estiver correto. Então as consequências morais benéficas são efeito da veracidade de uma abordagem sobre a natureza do Direito, não um critério para a veracidade dela (DICKSON, 2001, p. 88-89).

A tese das consequências morais benéficas falha porque ela tenta determinar o que é com base no que deveria ser, indo da premissa de que determinada abordagem do Direito poderia resultar em melhores consequências morais, para a conclusão de que ela é factualmente verdadeira. Ou seja, indevidamente vai do “dever ser” ao “ser”. Mas as duas outras teses – avaliação moral e justificação moral – não cometem esse equívoco, e, portanto, são mais difíceis de refutar pelo teórico descritivo. Ambas essas teses (que serão explicadas em maior detalhe abaixo) comprometem-se com o objetivo de descrever adequadamente o que o Direito é, divergindo do teórico descritivo apenas em considerar que essa descrição envolve a avaliação ou justificação morais do fenômeno em razão de sua natureza específica (que é normativa), não porque isso teria melhores consequências morais.

A Teoria Normativa do Direito em geral aceita as teses da avaliação e/ou da justificação moral, e não a das consequências morais benéficas:

A commitment to the basic point that law has a certain character which it is the job of legal theory to capture accurately and explain adequately is inherent in the work of all three of the legal theorists—John Finnis, Joseph Raz and Ronald Dworkin—who can be considered as the main protagonists of the present work. Theorists like Finnis and, as I shall explain further shortly, Ronald Dworkin, who believe that it is not possible for a jurisprudential theory to provide an adequate account of law without entering into moral evaluations of it, do so out of a belief that there is something about the character of law as a real social phenomenon which demands that it be understood in this way if it is to be understood adequately. In believing this, and in further believing that law, properly understood, is a morally justified phenomenon, Finnis and Dworkin presuppose that law has a particular distinctive character which they are attempting to elucidate. (DICKSON, 2001, p. 90-91)⁸

⁷ “Tal opção parece reduzir a teoria jurídica para não mais que um exercício de tomar os desejos pela realidade: nós podemos escolher se nós pensamos do Direito como tendo a propriedade X ou a propriedade Y, dependendo das consequências morais benéficas que nós acreditamos que virão como um resultado disso.” (tradução livre)

⁸ “Um comprometimento para o ponto básico que o Direito tem um certo caráter, em relação ao qual tarefa da teoria jurídica é captura-lo acuradamente e explica-lo adequadamente, é inerente no trabalho de todos os três dos

Tendo em vista que já estabelecemos que nossa discussão está dentro da Teoria Geral do Direito, nosso foco em relação à Teoria Normativa do Direito será sobre a Teoria do Direito Natural, em especial na argumentação de Finnis em favor das duas primeiras teses (que é discutida por Dickson). O interpretativismo de Ronald Dworkin, que tem sua versão de ambas as teses também, insere-se como uma discussão de Teoria Particular do Direito (desafiando a possibilidade da Teoria Geral), com que não nos engajaremos.

Dentro da Teoria Geral do Direito, a Teoria do Direito Natural sustenta as teses da avaliação e da justificação morais, enquanto o positivismo jurídico rejeita essas teses em prol da Teoria Descritiva. No geral o teórico descritivo é um positivista jurídico (enquanto haja pelo menos um teórico do Direito Natural que se aproxima da Teoria Descritiva, inclusive já tendo descrito isso como seu objetivo; é o caso de Michael Moore, 1992, p. 204). Assim, a questão metodológica está no centro do debate entre o jusnaturalismo e o positivismo contemporâneos, no qual aqueles que se convenceram pelo argumento de Finnis em favor das teses da avaliação e da justificação morais chamam a si mesmos de teóricos do Direito Natural.

A Teoria do Direito Natural (*Natural Law Theory*) como Teoria Normativa do Direito tem como reivindicação central a de que o Direito é apoiado em razões decisivas para seu cumprimento (*decisive reasons for compliance*; MURPHY, 2009, p. 8) e, por conseguinte, o entende como necessariamente sendo um padrão racional de conduta (tese do Direito Natural, na denominação de Murphy), ao invés de apenas um padrão socialmente reconhecido de conduta (MURPHY, 2003, p. 244; MURPHY, 2005, p. 15; CROWE, 2016, p. 91).

Essa abordagem é comprometida com duas teses: 1) tese realista moral: há fatos morais objetivos; 2) tese relacional: a verdade de qualquer proposição jurídica depende, pelo menos em parte, da verdade de alguma correspondente proposição moral (MOORE, 1992, p. 189-190; MOORE, 2001, p. 115), de modo necessário⁹ (MOORE, 1992, p. 192).

A tese relacional estabelece uma conexão necessária entre Direito e moralidade no que diz respeito à validade jurídica ou ao “ser jurídico” de uma norma, e ela é a tese que distingue

teóricos jurídicos – John Finnis, Joseph Raz e Ronald Dworkin – que podem ser considerados como os principais protagonistas do presente trabalho. Teóricos como Finnis e, como eu devo explicar posteriormente brevemente, Ronald Dworkin, que acreditam que não é possível para uma Teoria do Direito prover uma abordagem adequada do Direito sem entrar em avaliações morais acerca dele, o fazem a partir da crença de que há algo sobre o caráter do Direito como um fenômeno social real que demanda que ele seja entendido dessa maneira se for para ele ser entendido adequadamente. Por acreditar nisso, e adicionalmente acreditar que o Direito, propriamente entendido, é um fenômeno moralmente justificado, Finnis e Dworkin pressupõem que o Direito tem um caráter particular distintivo que eles estão tentando elucidar.” (tradução livre)

⁹ Não é suficiente que a verdade das proposições jurídicas dependa de crenças morais convencionalmente aceitas, pois isso seria apenas uma variante do positivismo jurídico (MOORE, 1992, p. 192).

o jusnaturalismo do positivismo jurídico. Mas é importante destacar que alguns teóricos do Direito Natural, como Murphy e Finnis, enfatizam a conexão do Direito com a racionalidade prática, na necessidade de prover razões a agentes racionais para satisfazer a função do Direito, ao invés do que propriamente a moralidade (CROWE, 2016, p. 94-95).

Existem três leituras da Teoria do Direito Natural, sendo uma delas restrita à filosofia moral (a moralidade da obediência ao Direito) e as outras duas pertencentes à Teoria Geral do Direito (a natureza do Direito e suas condições definidoras): 1) moral: a normatividade jurídica só fornece razões para agir quando satisfaz padrões mínimos de razoabilidade prática; 2) forte (*stronger reading*): a norma ou o sistema jurídico contra as demandas da razoabilidade prática é sempre destituído de validade jurídica; 3) fraca (*weaker reading*): a norma ou o sistema jurídico contra as demandas da razoabilidade prática não é sempre destituído de validade jurídica, mas é sempre defectivo ou defeituoso enquanto Direito, ou seja, por padrões internos ou intrínsecos a este (MURPHY, 2009, p. 9-13; CROWE, 2016, p. 92).

O argumento para a tese relacional do Direito Natural emergente no pós-guerra, em grande medida devido ao seminal trabalho de John Finnis (2007; edição original: 1980) baseia-se em seis passos: 1) a teoria geral do Direito (*general jurisprudence*) estuda o Direito em geral; 2) a essência do Direito deve ser encontrada nas funções ou fins do Direito, não em sua estrutura ou meios distintivos; 3) essa função do Direito é [algum valor que é tanto um valor moral verdadeiro, como passível de ser satisfeito apenas pelo Direito, de modo a ser um fim distintivo deste]; 4) dada a finalidade do Direito e dadas as limitações humanas em alcançar esse objetivo, os atributos estruturais que o Direito deve possuir para satisfazer sua função incluem a posse de autoridade prática legítima que obrigue a obediência dos cidadãos; 5) o Direito pode possuir autoridade prática legítima desde que seu conteúdo não seja muito injusto; portanto, 6) para que algo seja o Direito, necessariamente deve ser não injusto (MOORE, 1992, p. 189).

Já o positivismo jurídico é definido por John Gardner (2001, p. 201) como definido por uma tese central: em qualquer sistema jurídico, se uma dada norma é juridicamente válida e, portanto, forma parte do Direito daquele sistema, isso depende de suas fontes, não de seus méritos nem do mérito de suas fontes. Essa tese central, enquanto seja uma proposição sobre as condições da validade jurídica, é normativamente inerte, não oferecendo quaisquer diretivas para o que alguém deve fazer ou não, apenas identificando uma característica necessária a todo Direito e que subjaz toda prática jurídica, boa ou má (GARDNER, 2001, p. 202-203).

Nesse mesmo artigo (*“Legal Positivism: 5 1/2 Myths”*), Gardner (2001) critica mitos sobre o positivismo jurídico. Esses mitos são posições erroneamente atribuídas aos positivistas, uma vez que não são decorrências de sua tese central. São elas: 1) valor intrínseco da positividade: na medida em que a tese central seja adequada, identifica não somente algo verdadeiro sobre as normas jurídicas, mas algo meritório acerca delas; 2) regra do Direito (formal): as normas jurídicas devem ser avaliadas conforme sua forma, não seu conteúdo; 3) adjudicação positivista ou formalista: juízes não devem levar em conta o mérito dos casos quando os decidem; 4) legislação judicial: quando juízes fazem o Direito ao decidirem discricionariamente os casos difíceis, eles estão fazendo legislação; 5) interpretação formalista: os únicos métodos de interpretação das normas jurídicas aceitáveis são aqueles que recorrem exclusivamente ao texto jurídico (textualismo) ou às intenções do legislador (originalismo); 6) tese de nenhuma conexão necessária: não há nenhuma conexão necessária entre Direito e moralidade.

Cada um desses mitos sobre o positivismo refere-se a algo que é diferente da tese positivista sobre a natureza do Direito.

O primeiro deles fala de um componente de valor que vai além de uma simples constatação “do que é”, ao estabelecer que o Direito deve ser separado da moral, não somente que ele é conceitualmente distinto. A tese positivista é sobre a natureza do Direito, não sobre como o Direito deve ou não ser, ou se essa natureza assim observada é boa ou má.

O segundo fala sobre a avaliação de normas jurídicas e quais critérios poderiam ser usados, fazendo a recomendação de priorizar a análise formal sob a análise material, mas o Direito pode ser muito bem avaliado com base em seu conteúdo, mesmo que as normas jurídicas não obtenham sua validade de fatos morais. Enquanto é necessário que a validade das normas não dependa de fatos morais¹⁰, é opcional que o conteúdo das normas seja tratado como relevante para avaliá-la como constitucional, por exemplo. Sob o positivismo inclusivo, é possível que a norma de reconhecimento não dependente de fatos morais estabeleça que as normas jurídicas sejam dependentes dos mesmos para obter validade. Sob o positivismo exclusivo, é possível que a norma de reconhecimento delegue ao detentor da autoridade jurídica que avalie uma regra como válida desde que ela cumpra requisitos morais, mas nesse caso a regra será válida ou não em razão dessa autoridade, não das razões morais que teríamos ou não para endossá-la. Uma norma de reconhecimento que considere que “são válidas apenas as

¹⁰ Ou que não dependa de fatos morais salvo se reconhecido por uma norma prévia que ela mesma não dependa de fatos morais, caso consideremos a formulação do positivismo inclusivo.

normas que satisfaçam a justiça” está apenas estabelecendo que “são válidas apenas as normas que um juiz ou outra autoridade do sistema jurídico considere que satisfaça a justiça”. Além disso, se a questão for da avaliação moral do Direito conforme o seu conteúdo, nada tem uma tese sobre a natureza do Direito a dizer sobre quais critérios devem ser usados para considerar o Direito como melhor ou pior de um ponto de vista normativo.

O terceiro caso diz respeito a como os juízes deveriam lidar com a resolução de casos, e se aplica a mesma consideração feita para o segundo caso. Uma tese sobre a natureza do Direito não é uma tese sobre o que os juízes deveriam fazer em relação ao Direito que aplicam ou criam, nem é uma tese sobre quais considerações os juízes usarão para decidir casos.

O quarto caso advém de uma confusão entre o “fazer o Direito” por meio de órgãos legislativos e órgãos judiciários. A legislação é um dos meios de se criar Direito. Outro meio, distinto do legislativo, é a decisão judicial discricionária em casos difíceis. Em geral os positivistas jurídicos aceitam que, nos casos difíceis sem previsão em fontes jurídicas formais, o juiz determina o que é o Direito. Isso ocorre porque a decisão do juiz é ela mesma um fato social que pode constituir o Direito em maneiras específicas, ou seja, trata-se de uma aplicação mais específica da tese sobre a natureza do Direito. Mas seria confuso afirmar que isso torna os juízes “legisladores”. O fato social relativo ao legislativo criando o Direito é distinto do fato social relativo ao judiciário criando o Direito.

O quinto comete o mesmo equívoco analisado em relação ao segundo e ao terceiro casos. Para alguns parece que o positivista deveria endossar uma interpretação das normas jurídicas que se abstenha de quaisquer considerações morais, sobrando então ao juiz que faça a interpretação conforme a gramática do texto ou as intenções e/ou finalidades almejadas pela autoridade legislativa ao estabelecer aquela norma. Contudo, a tese positivista sobre a natureza do Direito é correta mesmo se os juízes interpretam as normas apelando para critérios morais ou valorativos. Novamente, a questão toda é que as normas jurídicas não dependem em sua validade da correção desses critérios morais ou valorativos, apenas do fato de que o juiz (ou a autoridade judiciária máxima) assim decidiu, independentemente de ter usado os critérios corretos e independente se de fato existem critérios corretos nesse domínio.

O sexto caso é errôneo porque, enquanto geralmente se fale da tese positivista como a de “nenhuma relação entre o Direito e a moral”, essa tese de “nenhuma relação” é mais forte do que muitos positivistas tentam estabelecer. Pode ser que o Direito e a moral sejam relacionados em certos aspectos, inclusive de forma necessária, mesmo que, em relação à

validade jurídica, seja necessário que eles não tenham nenhuma relação (positivismo exclusivo) ou seja contingente se eles têm ou não relação (positivismo inclusivo).

Uma forma de evitar esses mitos é levar em conta que a tese positivista considera a natureza do Direito em termos daquilo que é comum a todo sistema jurídico. Portanto, tal tese jamais poderá explicar as diferenças entre os diversos sistemas jurídicos. Se há diversidade entre formas de interpretação, entre formas de avaliar as normas jurídicas, entre formas de como os juízes decidem os casos, e assim por diante, nenhuma demonstração factual de que algumas dessas formas envolvem considerações valorativas contradiz a tese do positivismo, pois esta apenas afirma que a validade jurídica, em um sentido fundamental, não dependerá da correção moral, mas de fatos sociais. Sistemas jurídicos diversos podem optar por modelos diferentes em relação às considerações morais dentro da interpretação, e o positivismo nada terá a dizer sobre o que faz esses dois sistemas diferentes, mas sim o que há de comum a ambos. Por outro lado, filósofos positivistas podem trabalhar essas questões sobre interpretação, avaliação de normas jurídicas, e assim por diante. A questão sobre a correção do positivismo jurídico não é a única pergunta filosófica sobre o Direito que demanda esclarecimento.

Desse modo, é coerente endossar a tese central do positivismo jurídico, sem endossar quaisquer dessas outras teses, uma vez que a tese central é sobre a ausência de conexão necessária entre o Direito e a moralidade em relação à validade jurídica. Conhecer se uma norma jurídica é válida não depende de conhecer seus méritos, mas sim sua fonte, ou seja, o modo como ela é feita por atividades humanas. Fatores extrajurídicos podem afetar o conteúdo dado à norma, inclusive aquele que é conferido e mesmo criado por intermédio da interpretação judicial, e isso pode ser moralmente bom e recomendável, mas a norma é jurídica (ou juridicamente válida) não em razão desses fatores extrajurídicos, e sim em razão de emanar de uma fonte que detém autoridade jurídica. O seguinte trecho de uma entrevista com Gardner elucidada bem a questão:

As I have just explained, LP [legal positivism] allows one to insist on the highest rational standards for intentional law-makers to follow. All it adds is that, if the law-makers fail to live up to those standards, unfortunately one still ends up with law (to be precise, yet more crappy law). I have a feeling that I may have been repeating myself a bit, making the same point in several ways. The point is that many people are rightly interested in how judges set about making law, which is often by argument about the merits of the law they are making. But it is also possible to be interested in why what judges make counts as law. The LP-compliant answer is that it counts as law in virtue of its having been made by the right kind of person, and irrespective not only of its merits

as law but also of the merits of any argument that went into making it.
(GARDNER, 2013, s. n.)¹¹

Como dito acima, na visão de Gardner, existem conexões necessárias entre Direito e moralidade que podem ser aceitas pelo positivista jurídico, uma vez que qualquer aspecto em que ambos sejam semelhantes por necessidade entra aqui (enquanto me pareça que o termo “relação necessária” seja menos ambíguo que “conexão necessária” nesse contexto, uma vez que “conexão necessária” geralmente é utilizada para referir-se às condições de validade ou juridicidade). O exemplo mais trivial é que tanto Direito e moral necessariamente compreendem algumas normas válidas, mas outras conexões são exploradas por positivistas na tentativa de elucidar a natureza do Direito (GARDNER, 2001, p. 223).

Não se admite sob o positivismo que haja conexão necessária entre Direito e moral em relação à validade jurídica, e, poderíamos acrescentar para clarificar melhor esse ponto, em como se postula juridicidade como propriedade de normas ou sistemas de normas (mesmo enquanto Direito e moral possam ter outras relações entre si em outros aspectos que o sejam por necessidade). Se não há conexão necessária entre Direito e moralidade em relação à validade jurídica ou juridicidade, então não há conexão necessária entre o que faz algo ser moral e o que faz algo ser jurídico.

Outros autores já falam no positivismo como comprometido a duas teses (HIMMA, 2001, s. n.; LEITER, COLEMAN, 2010, p. 228): 1) tese das fontes sociais do Direito (ou tese do pedigree): a validade jurídica é função de certos fatos sociais; 2) tese da separação ou separabilidade entre o Direito e a moral: o Direito e a moral não possuem conexão necessária e são conceitualmente distintos, seja por inexistir quaisquer relação necessária entre ambos (positivismo inclusivo; também chamado de “positivismo negativo” por Coleman e de incorporacionismo) ou por ser necessário inexistir qualquer relação entre ambos (positivismo exclusivo). Essas duas teses são consistentes com a tese central do positivismo jurídico sob a leitura de Gardner, sendo apenas uma forma diferente de formulá-la.

¹¹ “Como já tenho explicado, o positivismo jurídico permite que se insista quanto aos padrões racionais mais altos para os criadores do Direito seguirem. Tudo o que ele acrescenta é que, se os criadores do Direito falham em viver de acordo com esses padrões, infelizmente ainda se termina com o Direito (para ser preciso, Direito ainda mais de péssima qualidade). Eu tenho um sentimento que eu posso estar repetindo a mim mesmo um pouco, fazendo o mesmo ponto em várias maneiras. O ponto é que muitas pessoas estão corretamente interessadas em como os juízes abordam o fazer do Direito, que é frequentemente pelo argumento sobre os méritos do Direito que eles estão fazendo. Mas é também possível para ser interessado no porquê o que os juízes fazem conta como Direito. A resposta positivista jurídica é que isso conta como Direito em virtude de seu ter sido feito pelo tipo correto de pessoa, e a despeito não somente de seus méritos como Direito mas também dos méritos de qualquer argumento que entra em sua criação.” (tradução livre)

Perceba-se que a tese jusnaturalista do realismo moral e mesmo a leitura moral do Direito Natural podem ser aceitas pelo positivista jurídico por se tratarem de teses atinentes à metaética e à ética normativa, não à natureza do Direito (cf. MOORE, 1992, p. 192; MURPHY, 2009, 9-10). Contudo, a tese relacional é inaceitável para o positivista, que se compromete com a tese oposta, da separação. O problema do positivismo com a Teoria do Direito Natural é a noção de que precisamos conhecer o que é moral para conhecer o que é jurídico.

Em que pese a relação entre Teoria Descritiva e positivismo jurídico e entre Teoria Normativa e antipositivismo jusnaturalista acima descrita, é preciso destacar que não há uma conexão necessária entre essas posições relacionadas, mesmo enquanto frequentemente elas sejam defendidas juntas.

Para entender melhor essa questão, Stephen Perry (1998; 2001) introduziu a distinção entre positivismo substantivo e positivismo metodológico. O positivismo substantivo seria a tese segundo a qual não há conexão necessária entre Direito e moralidade, enquanto o positivismo metodológico seria a tese de que não há conexão necessária entre teoria jurídica e moralidade, de modo que é possível oferecer uma descrição neutra do fenômeno social chamado “Direito” (PERRY, 2001, p. 311). Ambos os positivismos são logicamente independentes, e ele cita como exemplo as metodologias normativas usadas no positivismo jurídico clássico (Hobbes e Bentham) em favor do positivismo substantivo, e de uma defesa metodologicamente positivista do Direito Natural por Michael Moore. Portanto, é possível ser positivista metodológico sem ser substantivo, e vice-versa, mesmo que a posição mais comum alinhe ambos.

Ao menos no mundo anglo-saxão, a principal razão para endossar a Teoria do Direito Natural tem sido metodológica: aceitar as teses da avaliação e da justificação morais em relação à Teoria Geral do Direito.

Finnis (2007, p. 22-23) entende que a seleção do caso central a partir do qual se entende o Direito (como o ponto de vista interno em Hart e o ponto de vista jurídico em Raz) envolve uma avaliação do fenômeno jurídico que não é neutra, sendo as diferenças de descrição do fenômeno jurídico correspondentes a diferenças de opinião a respeito do que é importante e significativo no campo dos dados e da experiência com a qual todos estão familiarizados, o que se constitui em uma dimensão avaliativa indispensável e inevitável mesmo em teorias que se pretendam puramente descritivas.

O critério de seleção do caso central e do significado focal pelo teórico descritivo precisa ser um ponto de vista prático, pelo qual se avalia a importância ou o alcance das semelhanças e diferenças no assunto, inquirindo o que seria considerado importante ou significativo nesse campo por aqueles cujas preocupações e atividades criam ou constituem o assunto (FINNIS, 2007, p. 25).

Para conhecer o Direito é preciso saber o tipo de consideração que o constitui como um tipo significativamente diferenciado de ordem social e este seria o ponto de vista do compromisso moral com o estabelecimento de uma ordem jurídica cujas obrigações possam ser tratadas como também morais (FINNIS, 2007, p. 27).

Desse raciocínio Finnis conclui que: 1) para avaliar as características mais importantes do Direito, o teórico deve avaliar moralmente o Direito; 2) essa avaliação leva à conclusão de que o Direito é moralmente justificado (DICKSON, 2001, p. 71). São as teses da avaliação moral e da justificação moral, enquanto Finnis mesmo nunca pareça distinguir entre elas (o grosso de seu argumento é feito pela tese da avaliação moral, parecendo assumir que a tese da justificação moral dela decorre automaticamente).

Aqui não será possível revisar em toda extensão os argumentos levantados contra ambas as afirmações, mas uma breve recensão dos mesmos se segue abaixo.

Em relação à tese da avaliação moral, pode-se dizer que o argumento trazido por Finnis não consegue demonstrar o suficiente. Ele aponta corretamente que existam considerações avaliativas a serem feitas dentro da teorização do fenômeno jurídico. Mas disso ele infere muito rapidamente que, para fazer isso, é preciso avaliar moralmente o Direito, sem demonstrá-lo. Brian Leiter (2007, p. 166-168) entende que Finnis coloca um questão relevante ao positivismo jurídico analítico, ao destacar que toda teoria descritiva precisa de uma avaliação para determinar seu ponto focal, mas que ele comete um *non sequitur* quando passa da “verdade trivial” de que avaliações sobre o que é mais importante e central são indispensáveis ao teórico descritivo à tese de que essa avaliação implica decidir quais são os verdadeiros requisitos da razoabilidade prática.

Para fazer as avaliações necessárias à teoria jurídica, Leiter (2007, p. 168) considera suficiente a adesão a valores epistêmicos, que especificam os *desiderata* acerca da verdade almejados na construção e na seleção das teorias (adequação probatória, simplicidade, conservadorismo metodológico, consiliência, etc.).

Já Dickson (2001, p. 35-36, 40-41) considera que esses valores metateóricos não são suficientes para fazer essas avaliações, tendo em vista o caráter diferenciado do fenômeno jurídico: o conceito “Direito” já é usado pelas pessoas na tentativa de entender a si mesmas e fazer sentido da interação social, diferente de outros conceitos das ciências sociais que são elaborados pelos teóricos. Em vista disso é necessário recorrer também às considerações avaliativas que os próprios sujeitos que vivem sobre o Direito fazem recorrendo a esse conceito (DICKSON, 2001, p. 48). Mas avaliar se algo é importante ou significativo a partir desses recursos significa apenas isso: que esse algo é importante ou significativo e vale a pena ser explicado, independente se seja bom ou mau (DICKSON, 2001, p. 52-53). Mesmo a reivindicação do Direito a ser autoridade moral (atributo reconhecido por Raz) ou similares não demandam uma avaliação moral, uma vez que é possível dizer que essa característica é importante se ela existe, seja moralmente justificada ou injustificada essa reivindicação (DICKSON, 2001, p. 54-55). Ou seja, é coerente avaliar algo como importante, inclusive se esse algo possui um conteúdo que pretenda ser bom moralmente, mas deixando em aberto se é realmente bom ou mau.

Em relação à tese da justificção moral, o exemplo da missa usado por Dickson (2001, p. 68-70) é bem esclarecedor. Para que um agnóstico entenda o valor da missa para um católico, ele precisa levar em conta as valorações que o religioso faz sobre aquela atividade de culto, mesmo sem endossar aquele conjunto de crenças e valores que o católico possui. Da mesma forma, teóricos críticos ou anarquistas podem considerar o Direito um desvalor, e ainda assim compreender quais suas funções, aspirações, reivindicações e características gerais, inclusive o atributo de pretender possuir autoridade moral que teóricos positivistas como Raz reconhecem.

Outro ponto a ser esclarecido nesse contexto é se o discurso sobre funções do Direito demanda a justificção moral delas. Considerar que o Direito realiza bem ou mal sua função envolve uma valoração de caráter moral? Marmor (2011, p 118-119) considera que a resposta é “não”. É possível considerar que algo realiza bem sua função, sem entrar no mérito se essa função é boa ou ruim. Assim, as seguintes proposições são claramente distintas em significado: 1) L é X e isso faz L ser bom; 2) L é X e isso o faz um bom L. Os positivistas jurídicos fazem afirmações como ‘2)’ para esclarecer a natureza do Direito, por exemplo, quando Hart entende que as normas secundárias existem para realizar melhor a função do Direito, mas não do tipo ‘1)’, uma vez que são estas que envolvem avaliação moral, enquanto as do segundo tipo apenas demandam uma avaliação funcional.

Solving the recurrent coordination problem is what explains the rationale of following rule R in society S under circumstances C. Such an explanation would typically rely on certain propositions about matters of fact, such as the nature of the relevant circumstances, people's actual beliefs and preferences, and the function, or the rationale, of the rule in their practical reason, given those factual assumptions. I find it very difficult to see, however, where the moral argument is hidden here. The explanation need not contend that the coordination problem that rule R is there to solve is one that ought to be solved, morally speaking, or that it morally justifies following R. It only explains the function of R for members of S, given their circumstances, preferences, and the like. (MARMOR, 2011, p. 124)¹²

Mesmo sem entrar em questões relativas ao naturalismo, é possível rejeitar a pretensão de que a Teoria Geral do Direito precisa envolver avaliação ou justificação morais de seu fenômeno. Desse modo, a investigação feita aqui insere-se na Teoria Descritiva do Direito e perguntará pela possibilidade de sua naturalização.

1.2. Metodologia na Teoria Descritiva do Direito

Dado que a teoria sobre a natureza do Direito deva ser geral e descritiva, uma próxima questão se avizinha, a que diz respeito ao instrumental metodológico que será empregado na tarefa de descrever a natureza e os atributos gerais do Direito. Como podemos elucidar nosso objeto de investigação?

Deve-se destacar que essa questão metodológica, em especial o papel da análise conceitual, tem sido sujeita a intenso escrutínio em tempos recentes dentro da filosofia analítica do Direito¹³.

Quais lados – se é possível falar em uma oposição desse tipo - existem dentro dessa controvérsia? Tamanaha (2011) tem provido uma classificação interessante na qual o debate metodológico em curso pode ser pensado. Ele afirma que há duas grandes tradições dentro da Teoria Descritiva, que são definidas a partir de suas metodologias características, a conceitual e a empírica.

A abordagem conceitual têm por objeto verdades analíticas sobre o Direito (veja RAZ, 2009; SHAPIRO, 2011) e sua metodologia é baseada na análise conceitual e no recurso às

¹² “Resolver o problema de coordenação recorrente é o que explica a razão de seguir a regra R em uma sociedade S sob as circunstâncias C. Tal explicação poderia tipicamente basear-se em certas proposições sobre questões de fato, tal como a natureza das circunstâncias relevantes, as preferências e crenças reais das pessoas, e a função, ou a razão, da regra em sua razão prática, dada essas premissas factuais. Eu encontro muito difícil para ver, entretanto, onde o argumento moral está oculto aqui. A explicação não precisa pretender que o problema de coordenação para qual a regra R está presente para resolver é um que deva ser resolvido, moralmente falando, ou que ele justifique moralmente que se siga R. Ele somente explica a função de R para os membros de S, dadas suas circunstâncias, preferências, e assim por diante.” (tradução livre)

¹³ Para levantamentos do debate, veja OBERDIEK, PATTERSON, 2007; DICKSON, 2004; GIUDICE, 2005; HALPIN, 2006.

intuições (veja HIMMA, 2015), enquanto a abordagem empírica têm por objeto verdades sintéticas sobre várias manifestações realmente existentes do Direito (veja TAMANAHA, 2001a; TAMANAHA, 2001b; TWINING, 2009) e sua metodologia é baseada em insights antropológicos e sociológicos (veja TAMANAHA, 2011). Tamanaha (2011) também vincula a primeira abordagem com um essencialismo sobre a natureza do Direito, enquanto a segunda não participaria da investigação sobre a essência do Direito, mas entendo que um essencialismo devidamente naturalizado, por intermédio de verdades necessárias *a posteriori* acerca do Direito, pode ser aceito pela segunda abordagem também (um argumento em prol disso aparecerá no 4º capítulo).

Em primeiro lugar, desenvolveremos em que consiste a abordagem conceitual da Teoria Descritiva do Direito, que é *mainstream* dentro da filosofia analítica do Direito desde Hart. Por questões de espaço, a seção focará em Hart, mas o debate mais contemporâneo será mencionado também.

Em segundo lugar, veremos como a abordagem conceitual têm sido desafiada com base em questionamentos provenientes da abordagem empírica à Teoria Descritiva e como essa abordagem lida diferentemente com as questões conceituais que intrigam a filosofia do Direito. O objetivo será demonstrar que a Teoria Naturalizada do Direito opta pelo tipo empírico de Teoria Descritiva do Direito.

1.2.1 TEORIA DESCRITIVA DE TIPO CONCEITUAL

A abordagem conceitual prevalece dentro da Teoria Descritiva do Direito. Para entendê-la, é preciso conhecer as raízes históricas da abordagem contemporânea na figura de Hart, e quais foram as principais mudanças após Hart. O objetivo deste tópico é delinear as principais características dessa tradição, focando em Hart e em uma apresentação recente feita por Kenneth Himma acerca do tópico.

No prefácio de “O Conceito de Direito”, Hart (2009, p. IX-X) destaca que seu livro pode ser visto como um ensaio em teoria analítica do Direito, com prevalência de indagações que dizem respeito ao significado das palavras no contexto do fenômeno jurídico, mas, ao mesmo tempo, também em sociologia descritiva, porque a investigação sobre os significados lança luz sobre as relações e as situações sociais às quais as palavras se referem.

Muitas distinções importantes entre tipos de situações ou relações sociais, que não são óbvias à primeira vista, podem ser elucidadas mediante um exame dos usos convencionais das expressões conexas e da maneira como estas dependem de um contexto social, que permanece ele próprio frequentemente implícito. Neste campo de estudo, é especialmente verdadeira a afirmação de

que podemos utilizar, como disse o prof. J. L. Austin, “uma consciência mais aguda das palavras para aguçar nossa percepção dos fenômenos”. (HART, 2009, p. X)

Dessa apresentação sucinta do escopo do livro, depreende-se que a preocupação central de Hart reside em entender o fenômeno social do Direito (a realidade) a partir dos significados das palavras usados para referir-se a ele (a linguagem). Em resumo, como as palavras são usadas para falar de determinados fatos sociais.

Para entender melhor essas passagens do prefácio, é preciso levar em conta o background filosófico do qual Hart partia ao escrever “O Conceito de Direito”. Gerald Postema (2011, p. 264-265) considera que três são as principais influências sobre seu modo de fazer teoria jurídica: 1) a filosofia da linguagem ordinária, predominante na Universidade de Oxford à época, na obra de J. L. Austin (mas também indiretamente no segundo Wittgenstein, por intermédio de seu contemporâneo Frederick Waissmann); 2) o positivismo jurídico clássico do século XIX, nas figuras de John Austin e Bentham; 3) sua formação humanística nos clássicos gregos e latinos. Sem os dois “Austin”, não teria havido “O Conceito de Direito”, e pode-se dizer que a teoria de Hart deriva do casamento entre o positivismo jurídico clássico e a filosofia linguística oxfordiana, ambos enraizados na tradição empirista inglesa (POSTEMA, 2011, p. 264).

Para entender a metodologia de Hart, a influência relevante é a filosofia da linguagem ordinária, com a centralidade dada por esta à análise linguística. Contudo, antes de entrar nela, é relevante mencionar a influência dos clássicos gregos, que é raramente mencionado nesse contexto, mas que Postema destaca em relação à inclinação metodológica.

Hart obteve sua formação inicial em 1929 nos “*Literae Humaniores*” ou “*Greats*” (“Grandes”), pelo que se designava o estudo dos clássicos gregos e latinos, da história da antiguidade e da filosofia antiga (POSTEMA, 2011, p. 262). Para Postema (2011, p. 265), isso afetou seu modo de pensar a filosofia, provendo uma orientação intelectual humanística que resistia às tentativas de reduzir as categorias da experiência humana a categorias da ciência natural e distanciava-se de uma ciência social reducionista, com claras repercussões metodológicas pelo favorecimento da análise filosófica dos conceitos, não das ciências sociais, como ferramenta fundamental da teorização jurídica (POSTEMA, 2011, p. 265). Nesse sentido, sua formação nas humanidades teria contrabalançado, em alguns aspectos, o robusto empirismo das demais influências teóricas.

Em relação à chamada filosofia da linguagem ordinária, esta pode ser definida como uma forma de filosofia linguística que prioriza o uso ordinário da linguagem no tratamento de problemas filosóficos. Enquanto costumeiramente a filosofia da linguagem ordinária seja chamada apenas de filosofia linguística, é possível considerar um sentido mais amplo desta que incorpora toda visão que foca sobre a linguagem como chave para o conteúdo (“problemas linguísticos”) e método (“análise linguística”) da disciplina da filosofia como um todo, na qual se incluiria tanto a filosofia da linguagem ordinária quanto o positivismo lógico (PARKER-RYAN, 2012, s. n.).

A filosofia da linguagem ordinária é associada com o segundo Wittgenstein e os “wittgensteinianos” de Cambridge por volta de 1929-1945 e com o trabalho feito por filósofos da Universidade de Oxford entre aproximadamente 1945-1970 (PARKER-RYAN, 2012, s. n.). É a abordagem oxfordiana da filosofia da linguagem ordinária que influencia diretamente Hart, como já esclarecido acima.

O principal ponto articulado pela filosofia da linguagem ordinária é que os problemas filosóficos surgem por intermédio de um uso não ordinário da linguagem (como na metafísica) e a tarefa própria da filosofia é examinar o uso ordinário, por meio da análise linguística, de modo a evitar e mesmo dissolver esses problemas (daí a vocação anti-metafísica¹⁴ dessa forma de fazer filosofia), considerando-se que o significado linguístico reside em seu uso (PARKER-RYAN, 2012, s. n.). Nisso se contrapunha ao positivismo lógico, que era preocupado com a construção de uma linguagem ideal para o conhecimento científico, considerando-se que o significado linguístico reside em seu caráter representacional e apto às funções de verdade (PARKER-RYAN, 2012, s. n.). Para os filósofos da linguagem ordinária, a linguagem ideal almejada pelos positivistas lógicos é nada mais que um uso não-ordinário da linguagem que é inadequado.

A influência da filosofia da linguagem ordinária em Hart fica clara no que Postema (2011, p. 265-267) considera como as duas ferramentas filosóficas fundamentais à sua técnica analítica: 1) substituição da busca pela definição de “Direito” por uma clarificação (“*explication*”) sensível ao contexto desse conceito; 2) exploração da dimensão “performativa” da linguagem.

¹⁴ Para Parker-Ryan (2012, s. n.), a filosofia da linguagem ordinária não rejeita a metafísica em si, como sem significado (tal como o positivismo lógico o fazia), mas como um uso não ordinário da linguagem que gera disputas apenas linguísticas, não reais (no sentido de sobre fatos).

Em relação à primeira ferramenta, Hart deixou de lado a busca por uma definição (por gênero e diferença) do conceito em prol de esclarecer instâncias centrais do seu uso, de modo a indiretamente responder a pergunta pelo “O que é o Direito?” por intermédio da resposta a questões mais específicas (por exemplo, as três questões persistentes acerca do Direito¹⁵ mencionadas no 1º capítulo desse livro).

A ideia seria fazer a análise conceitual a partir de um caso que todas as pessoas instruídas poderiam tomar como uma instância clara do conceito “Direito”, os sistemas jurídicos modernos (“*modern municipal legal system*”, englobando tanto sistemas *common law* como *civil law*; cf. PERRY, 1998, p. 433-434), para dessa análise verificar se outros potenciais casos também seriam abrangidos pelo mesmo conceito e seus desdobramentos analíticos (PERRY, 1998, p. 432). Como se vê, apesar de Hart pretender que sua teoria jurídica seja geral, esse conceito geral tem uma gênese local, com o conhecimento comum a pessoas instruídas em sociedades modernas sobre uma instituição que seria central nela e que está atrelada a uma instituição específica de invenção histórica recente, que é o Estado (PERRY, 1998, p. 432).

Postema (2011, p. 265) menciona suas similaridades em relação à própria forma de análise feita por Bentham, contudo, a preocupação com o modo como a linguagem é efetivamente usada em seus diversos contextos de enunciação é uma clara marca da filosofia linguística oxfordiana.

Em relação à segunda ferramenta, Hart baseou-se na teoria dos atos de fala de J. L. Austin e a análise da linguagem moral que dela advém para conciliar uma teoria positivista do Direito com juízos normativos e avaliativos não redutíveis a juízos não-normativos e não-avaliativos. O aspecto performativo da linguagem dentro da teoria de Austin significa que o contexto da enunciação pode contribuir para seu significado e que podemos tratar certos tipos de enunciação como significativa mesmo quando estabelecem fatos ou descrevem estados de coisas que possam vir a ser considerados irrealis. Isso torna possível analisar enunciados jurídicos como dotados de uma parte descritiva e uma parte expressiva, sendo que nesta última o elemento de aprovação que faz esse tipo de enunciado ser normativo não refere ao mundo real, apenas expressa a atitude de endosso. Trata-se, portanto, de uma análise não-cognitivista

¹⁵ Hart (2009, p. 7-17) define três problemas que obstam uma conclusão definitiva à discussão sobre o conceito do Direito: 1) o fato de que “sua existência significa que certos tipos de comportamento humano já não são opcionais, mas, em certo sentido, obrigatórios”; 2) a relação próxima entre o Direito e a moral, pois “ambos compartilham um mesmo vocabulário” e todos os sistemas jurídicos “reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais”; 3) o fato de o Direito ser (ou não) composto por normas, no que consistem essas normas, e qual a distinção do comportamento que as segue de um comportamento habitual meramente convergente.

de enunciados normativos em geral e dos jurídicos em particular tornada possível por uma concepção performativa da linguagem (POSTEMA, 2011, p. 267).

A metodologia da abordagem conceitual dentro da Teoria Descritiva têm se mantido na linha da primeira dessas influências, mesmo enquanto a filosofia da linguagem ordinária oxfordiana já não seja mais a abordagem predominante. (A segunda influência não é metodológica em escopo, e a análise não-cognitivista da linguagem jurídica não é necessária dentro da tradição conceitual)

O recurso à análise conceitual nesse contexto cria um distanciamento em relação ao método descritivo-explanatório que seria próprio das ciências sociais. Enquanto fosse possível pensar que Hart adotasse um método descritivo-explanatório (já que ele mesmo denomina seu livro de um ensaio de “sociologia descritiva” no prefácio) ao invés da análise conceitual, as reivindicações que ele faz, como a de que todo sistema jurídico tem uma norma de reconhecimento, não são sustentadas como previsões empíricas, nem avaliadas por critérios de avaliação teórica usados na ciência (PERRY, 1998, p. 436-437). Para Postema (2011, p. 265), não se encontra em Hart tentativas de incorporar a teoria social empírica na teoria jurídica, mas sim uma vindicação de que uma parte da experiência social pode ser entendida por meio de uma articulação e explicação de cunho interpretativo.

Outro aspecto em que se assenta a análise conceitual é a de que por seu intermédio podemos derivar verdades analíticas sobre os conceitos. Verdades analíticas são aquelas verdadeiras apenas em função do seu significado, e, para conhecê-las, basta a competência linguística com os conceitos ou expressões cujo significado se busca inquirir, portanto, é possível seu conhecimento *a priori*, independente dos fatos do mundo. Isso reforça o distanciamento em relação às ciências sociais empíricas, uma vez que estas lidariam com verdades sintéticas, que são verdadeiras em função dos fatos do mundo, e por isso seriam conhecíveis *a posteriori*.

Na análise conceitual, a determinação da instância clara de um conceito repousa sobre aquilo que as pessoas já veem como sendo casos sobre os quais estão certas de estarem abrangidos. Isso significa que esse tipo de análise está relacionado ao recurso das intuições que as pessoas, mais especificamente os filósofos profissionais, têm acesso quanto aos conceitos que pretendem investigar. Diante disso, escolhas precisam ser feitas a respeito dessas intuições.

A principal diferença que Hart tem em relação à contemporânea abordagem conceitual é que esta última abandonou os pressupostos da filosofia da linguagem ordinária de tratar os

problemas filosóficos como questões linguísticas, sem substantividade metafísica. É frequente agora que esses teóricos designem sua tarefa como a de descobrir verdades necessárias sobre o Direito, portanto, lançando mão da linguagem modal como reabilitada por Kripke (1980). Nesse sentido, a teoria jurídica refere-se a todas as instâncias conceitualmente possíveis do Direito, algo que não era e nunca foi a pretensão de Hart. Por exemplo, Raz articula o papel da Teoria Descritiva em termos de reivindicações sobre os sistemas jurídicos que sejam necessariamente verdadeiras e universais:

It is easy to explain in what sense legal philosophy is universal. Its theses, if true, apply universally, that is they speak of all law, of all legal systems; of those that exist, or that will exist, and even of those that can exist though they never will. Moreover, its theses are advanced as necessarily universal ... The general theory of law is universal for it consists of claim about the nature of all law, and about all legal systems, and about the nature of adjudication, legislation, and legal reasoning, wherever they might be and whatever they might be. Moreover, its claims, if true, are necessarily true ... Suffice it to say that the truth of the theses of the general theory of law is not contingent on existing political, social, economic, or cultural conditions, institutions, or practices. (RAZ, 2009, p. 91-92)

Shapiro (2011, p. 406-407) considera que a teoria do Direito descobre verdades necessárias sobre o Direito que se aplicariam inclusive a sociedades alienígenas, uma vez que é parte do nosso conceito de Direito que grupos têm sistemas jurídicos desde que eles sejam agentes relativamente racionais e possuam a habilidade de seguir regras. É um escopo muito mais amplo do que Hart mirava.

Recentemente Kenneth Himma (2015) forneceu uma revisão sistemática e abrangente do papel da análise conceitual no que ele denomina como “*conceptual jurisprudence*” (Teoria Conceitual do Direito). Dentro da classificação aqui usada, esse artigo pode ser considerado uma das mais completas exposições da tradição conceitual dentro da Teoria Descritiva.

Para Himma (2015, p. 65), o projeto definidor da teoria jurídica conceitual, que é equivalente à análise conceitual do Direito, é prover uma clarificação filosoficamente rigorosa de vários conceitos que aparecem no discurso sobre o Direito, esclarecendo a natureza do Direito e de outras práticas jurídicas. Trata-se de uma empreitada muito distinta de teorias jurídicas normativas ou empíricas, uma vez que seu foco é clarificar os relacionamentos lógicos entre diversos conceitos relativos ao Direito, não dizer quais atributos o Direito deveria ter para ser moralmente legítimo ou estudar as características meramente contingentes dos sistemas jurídicos que realmente existem (HIMMA, 2015, p. 66-67).

A análise conceitual não deve ser entendida como uma mera lexicografia empírica, que articula padrões de uso de palavra (como nos dicionários), uma vez que a tarefa analítica envolve não só identificar os significados, mas elaborar os comprometimentos filosóficos mais profundos que certos termos implicam ou pressupõem e princípios gerais que os expliquem (HIMMA, 2015, p. 70). Por exemplo, uma definição lexicográfica do Direito certamente não conterá muitos dos aspectos que a análise conceitual de Hart esclareceu, como a regra de reconhecimento, a distinção entre regras primárias e secundárias, e assim por diante (HIMMA, 2015, p. 71).

Em termos epistemológicos, a análise conceitual justifica *a priori* afirmações sobre conceitos, e a experiência necessária para conhecê-los é apenas a de ligar palavras e conceitos, sabendo o que as palavras pretendem significar e se referir (HIMMA, 2015, p. 72), ou seja, competência linguística. O raciocínio *a priori* funciona por meio de deduções lógicas a partir de premissas conceituais. O exemplo usado é o do termo “solteiro” (*bachelor*): sabendo que “somente homens são solteiros” e que “nenhuma mulher é um homem”, conclui-se que “nenhuma mulher é um solteiro”. (O exemplo funciona melhor em língua inglesa, mas aqui uso o “solteiro” como contraposto à “solteira” também)

Como dito no tocante à diferença entre análise conceitual e lexicografia, a primeira busca identificar conteúdo conceitual que vai além do óbvio, consistente em características paradigmáticas de nossas práticas compartilhadas. Para isso a análise de conceitos examina intuições sobre casos possíveis na tentativa de entender se um conceito é aplicável ou não, o que torna explícitas as pressuposições que norteiam os conceitos ou seu uso (HIMMA, 2015, p. 72-73).

Himma (2015) também refere à distinção feita por Jackson (um filósofo que tem se debruçado sobre a questão da análise conceitual dentro da filosofia analítica mais geral) entre uma análise conceitual imodesta e uma modesta. A imodesta pretende dizer como o mundo é independentemente de nossas práticas linguísticas e *frameworks* conceituais, enquanto a modesta pretende dizer isso descrevendo-o em termos menos fundamentais sob o pano de fundo de uma abordagem sobre o mundo estabelecida em termos mais fundamentais, sendo tais termos definidos pelas práticas da comunidade relevante de falantes (HIMMA, 2015, p. 73-74). Então, segundo Himma, ambas as formas de análise conceitual podem ser usadas para descrever qual a natureza essencial do Direito, mas a modesta leva em conta que isso não pode ser feito independente de considerar um *framework* linguístico específico.

A análise de um conceito desdobra a natureza ou essência da coisa referida pelo conceito ou palavra correspondentes, por exemplo, a análise do conceito de Direito pretende falar algo sobre a essência ou natureza do Direito, referindo-se não só aos sistemas jurídicos existentes, mas a todos os sistemas jurídicos conceitualmente possíveis (HIMMA, 2015, p. 82-83). Assim, a teoria jurídica conceitual produz um conjunto de verdades conceitualmente (ou metafisicamente) necessárias sobre o Direito, sendo, portanto, uma forma de teorização metafísica acerca do Direito, explicando sua natureza em termos do que é necessariamente verdadeiro (HIMMA, 2015, p. 83).

Esse aspecto metafísico reduz consideravelmente o papel da experiência empírica na teoria jurídica. A observação empírica é irrelevante para a análise conceitual (salvo o aspecto empírico necessário para entender o termo que expressa o conceito bem o suficiente), uma vez que esta não se refere apenas aos sistemas jurídicos existentes que podemos observar pelos sentidos, mas a todo sistema conceitualmente possível, e, assim, justifica-se afirmar que conhecemos a natureza do Direito *a priori* (HIMMA, 2015, p. 83). Essas verdades também são analíticas, porque o conteúdo de um conceito pode ser derivado de algum conjunto de verdades comparativamente óbvias sobre a coisa referida pelo conceito, que o são apenas em virtude dos significados das palavras usadas para expressá-lo (HIMMA, 2015, p. 83-84). Então, para cada sistema jurídico conceitualmente possível, há certas propriedades que constituem algo como Direito (HIMMA, 2015, p. 85), sendo isso verdadeiro analiticamente e necessariamente, conhecível *a priori*.

1.2.2 TEORIA DESCRITIVA DE TIPO EMPÍRICO

A prevalência na Teoria Geral do que Himma denomina de *conceptual jurisprudence*, com sua ênfase nos métodos de análise conceitual e recurso às intuições, não ocorre sem críticas significativas por alguns dos teóricos jurídicos, e em grande medida essas críticas são empiricamente motivadas. Neste tópico exploraremos as principais críticas realizadas à tradição conceitual, contrastando-a com uma tradição empírica que busca levar em conta esses pontos, focando nas análises feitas por Giudice e Tamanaha.

Michael Giudice (2012; 2015) tem apontado três críticas principais feitas contra a prevalência da análise conceitual na teoria jurídica: 1) o recurso à análise conceitual não pode resolver disputas sobre as fronteiras do conceito de Direito, que é o próprio propósito para o qual ela é usada; 2) a análise conceitual como um método filosófico geral depende de uma epistemologia desacreditada; 3) a grande diversidade nos tipos de Direito faz com que a busca por um conceito unitário de Direito seja desmotivada.

O primeiro desafio cético está relacionado aos desacordos sobre qual seria o verdadeiro conceito de Direito e lança mão de uma série de argumentos para tentar demonstrar que eles são irresolvíveis, de tal modo que a teoria jurídica estaria melhor servida por abandonar o objetivo de estabelecer a correção de uma explicação específica do conceito de Direito (GIUDICE, 2012, p. 7-8; 2015, p. 22). Giudice menciona Dan Priel e Liam Murphy como os principais expositores dessa linha de raciocínio contrária à análise conceitual. Focaremos no argumento de Priel abaixo.

O argumento em Priel segue da seguinte maneira, tal como esboçado por Giudice (2012, p. 8-12; 2015, p. 23-25). Primeiro, se o objetivo é alcançar verdades necessárias e essenciais sobre o Direito, a investigação empírica não é o meio para se obter esse conhecimento. Segundo, para fazer análise conceitual do Direito é preciso ter alguma familiaridade com o modo como o Direito ocorre no mundo, portanto, vai-se de coisas que concordamos pré-teoricamente que são exemplos do Direito como fenômeno social, para uma teoria que tenta apresentar quais as características necessárias que os membros dessa amostra (e qualquer outro exemplo possível) apresentam. Terceiro, a análise conceitual não apresenta nenhuma forma de resolver disputas sobre o que conta pré-teoricamente como Direito, de modo que, se duas sociedades ou culturas têm diferentes visões sobre o Direito que as levam a tratar diferentes coisas como Direito ao nível pré-teórico ou pré-reflexivo, a análise conceitual sobre ambas levará a conceitos de Direito múltiplos e conflitantes, cujas características necessárias ou essenciais atribuídas ao Direito não são aquelas do Direito como tal, mas apenas dos auto-entendimentos socialmente ou culturalmente relativos.

Logo, segue o argumento, se a análise conceitual depende de uma amostra consensual de exemplos do Direito e não há tal amostra, a análise conceitual não pode chegar a verdades necessárias e essenciais sobre o Direito, mas essa constatação nos libera para analisar os fenômenos particulares em suas contingências e proceder por meio de indução generalizadora a partir de atributos não-necessários (GIUDICE, 2012, p. 12; 2015, p. 25)

O segundo desafio cético provém da Teoria Naturalizada do Direito (“*naturalized jurisprudence*”) de Brian Leiter. Como o 2º capítulo da presente dissertação será inteiramente dedicado a esse desafio em específico, não será necessário aqui tratar dele. Basta dizer que, para Giudice (2012, p. 14-15; 2015, p. 27-30), o aspecto central desse desafio é que, se não há genuínas verdades analíticas e necessárias (como Quine defendeu) e se o recurso *a priori* às intuições apenas revelará crenças locais e contingentes, então reivindicações conceituais sobre

o Direito apenas podem ser aceitas na medida em que sejam adotadas ou presumidas pelas mais bem-sucedidas teorias científicas dentro das ciências sociais sobre esse fenômeno.

O terceiro desafio cético advém do pluralismo jurídico de Brian Tamanaha e William Twining. Sua principal queixa contra o método predominante da Teoria Descritiva é que esta usa o conceito estatal do Direito como sendo “o” conceito de Direito, quando na verdade é apenas uma manifestação específica que o Direito assume em algumas sociedades humanas, sendo que, quando consideradas de forma ampla as manifestações do Direito, a busca por um conceito unitário mostra-se infrutífera (GIUDICE, 2012, p. 5; 2015, p. 30).

Essa crítica pluralista jurídica tem dois aspectos centrais: 1) pluralismo sobre as fontes ou os “tipos” do Direito: se o objetivo da Teoria Geral é entender a natureza geral do fenômeno jurídico, ele precisa levar em conta o Direito em todas as formas que ele exista, e como o Direito estatal é somente um tipo disso, não pode ter qualquer prioridade teórica especial, logo, a teoria jurídica precisa levar em conta um domínio de fenômeno muito maior do que tem feito; 2) pluralismo sobre o conceito de Direito como tal: a diversidade em fontes e tipos do Direito é tanta que é impossível ou improdutivo buscar uma essência ou natureza geral para o Direito, logo, a teoria jurídica precisa abandonar o objetivo de estabelecer um conceito unitário para o Direito (GIUDICE, 2012, p. 7; 2015, p. 31-32). É importante destacar que o pluralismo sobre as fontes ou tipos do Direito não implica necessariamente o sobre o conceito de Direito como tal, necessitando este de argumentação adicional (GIUDICE, 2012, p. 17; 2015, p. 63).

É importante perceber que, enquanto esse desafio advenha de uma abordagem de ciência social sobre o Direito (o pluralismo jurídico), sua queixa é estabelecida em termos daquilo que a própria abordagem conceitual estabelece: o objetivo declarado desta é identificar e clarificar os comprometimentos conceituais relativos ao entendimento da vida social em termos de Direito onde quer que ele exista, mas, na prática, a análise é restrita ao Direito no contexto do Estado moderno e de seus ancestrais imperiais históricos (GIUDICE, 2012, p. 15-16; 2015, p. 32-33). Um exemplo claro disso é o próprio Hart, que, como vimos, coloca como caso paradigmático do Direito o *modern municipal legal system*, o sistema jurídico dos Estados modernos.

Em todos esses três desafios, pode-se ver que o aspecto empírico surge. No primeiro desafio, temos o fato empírico de que diferentes sociedades ou culturas discordam ou podem discordar sobre as instâncias reconhecidas pré-teoricamente como sendo “Direito”, de modo que a análise conceitual feita a partir dessas diferentes amostras será tão diferente quanto as instâncias de cada uma delas o forem. No segundo desafio, temos a defesa de que reivindicações

sobre a natureza do Direito são sintéticas e *a posteriori*, tal como as reivindicações das ciências empíricas, e que são as teorias empíricas mais bem-sucedidas que determinam qual o conceito de Direito mais adequado para entender esse fenômeno social. No terceiro desafio, a constatação das ciências sociais de que o Direito não é apenas o estatal implica em que a abordagem conceitual falha, por tratar a natureza do Direito somente a partir das características do modelo estatal do Direito, não levando em conta suas manifestações não-estatais.

Tamanaha (2011) oferece uma descrição geral das características da abordagem empírica em contraste com a conceitual, principalmente pela comparação da abordagem de William Twining com a de Scott Shapiro.

Primeiro, o ponto de partida dessas abordagens é distinto, porque a abordagem empírica não toma logo de início o conceito de Direito do senso comum encontrado em nossa cultura como tendo um lugar privilegiado dentro da teorização. Se queremos generalidade na teoria jurídica, não há nenhum argumento que nos permita priorizar o específico entendimento sobre o Direito que é aquele da nossa própria sociedade, porque isso é um fato contingente e relativo.

Exemplificando com Shapiro e Twining, enquanto o primeiro começa com “nossas” intuições formadas a partir do Direito encontrado no Estado moderno, o último coleta uma série de intuições encontradas em diversas sociedades para construir um conceito de Direito que possa acomodar todas elas, considerando adequadamente a multiplicidade de conceitos de Direito existentes no senso comum de várias culturas (TAMANAHA, 2011, p. 293-295). Por exemplo, Twining entende por Direito uma espécie de prática social institucionalizada que é orientada para ordenar relações entre sujeitos em um ou mais níveis de relações e ordenação, o que permite contemplar casos que as definições baseadas em regras e outros elementos comuns na abordagem conceitual não podem (TAMANAHA, 2011, p. 294).

Assim, uma teoria sem essa prioridade pode ter como ponto de partida múltiplos conceitos de Direito e perguntar pelo que há de comum entre eles (construindo assim o conceito geral, como Twining fez), seja renunciar à tarefa de buscar um conceito unitário para o Direito e apenas identificar as várias formas que o Direito assume (TAMANAHA, 2011, p. 295), sendo esta última opção a favorecida pelo próprio Tamanaha.

Segundo, mesmo que a abordagem conceitual pretenda-se independente de qualquer ciência social empírica, as discussões conceituais feitas nessa abordagem são muito próximas

daquelas feitas dentro das ciências sociais, o que denota que a abordagem empírica está correta em tratar estas como relevantes para a teorização jurídica.

Tal como abordagens conceituais dentro da teoria jurídica, conceitos sociológicos de Direito costumam usar critérios baseado em função e forma (ou estrutura) para identificação do Direito e são aplicáveis a qualquer grupo social, seja humano, animal ou alienígena, com a requisitada forma e função (TAMANAHA, 2011, p. 296-297). Sociólogos não tendem a fazer afirmações sobre seres desconhecidos ou não-existentes, mas conceitos sociológicos e filosóficos têm a mesma aplicação potencial enquanto abstrações construídas a partir de sociedades humanas (TAMANAHA, 2011, p. 297).

A discussão na teoria jurídica sobre como distinguir o ordenamento jurídico de outros ordenamentos sociais normativos também está presente nas ciências sociais, inclusive encontrando-se em ambas a mesma dificuldade para delimitar o jurídico do não-jurídico (TAMANAHA, 2011, p. 297-300). Dada a similaridade entre conceitos filosóficos e sociológicos, Tamanaha (2011, p. 301) questiona como pode a teoria jurídica pretender afirmar verdades necessárias porque analiticamente verdadeiras, ao invés de afirmar verdades contingentemente verdadeiras tal como a sociologia.

Aqui deve-se destacar que Tamanaha parece pensar que uma verdade só pode ser necessária quando analítica *a priori*, enquanto verdades sintéticas *a posteriori* sempre são contingentes. Isso é um equívoco, como será discutido no 4º capítulo. Mas sua afirmação neste ponto é importante: não há como afirmar que a teoria jurídica trabalha com verdades de um status totalmente diferente daquele da ciência social empírica, apenas porque a teoria jurídica trabalha com questões conceituais, uma vez que isso também cai na esfera da sociologia jurídica. Então, modificando um tanto a afirmação de Tamanaha, ou se aceita que a ciência social empírica também trabalha com verdades analiticamente necessárias e *a priori*, ou se aceita que a teoria jurídica não o faz. Dado que a ciência social empírica consensualmente aborda esquemas conceituais pela confrontação com resultados empíricos e, portanto, lida com verdades sintéticas, parece difícil manter que a teoria jurídica deve ser feita independentemente dos achados das ciências sociais.

Terceiro, a abordagem conceitual tem um resultado paradoxal: conceitos de Direito múltiplos, mas inconsistentes, têm de ser considerados verdadeiros, dados os pressupostos da análise conceitual.

Se o conceito de Direito sofre mudanças ao longo do tempo e das culturas, isso significa que a teoria jurídica que usasse o conceito de outra época ou de outra sociedade pode chegar a conclusões muito diferentes sobre o que é necessariamente verdadeiro sobre o Direito, em explícita contradição ao que conseguimos assim estabelecer a partir do “nosso” conceito (TAMANAHA, 2011, p. 302-305).

Por exemplo, um filósofo do Direito vivendo na idade média, uma época na qual a coexistência entre diferentes sistemas jurídicos em um mesmo espaço era comum, teria intuições sobre em que consiste o Direito muito diferentes daquelas dos filósofos contemporâneos que vivem sob Estados-nação (TAMANAHA, 2011, p. 302). Alguém abstraindo o conceito de Direito a partir de sistemas jurídicos informais não consideraria um truísmo que o Direito reivindica autoridade jurídica suprema, porque isso não é auto-evidente nessas ordens jurídicas (TAMANAHA, 2011, p. 305).

Tamanaha (2011, p. 302) pede que imaginemos um momento no qual filósofos do Direito de diferentes tempos pudessem reunir-se juntos, cada um deles usando o conceito de Direito abstraído a partir de suas próprias intuições. Esse conceito, assim abstraído, tem aplicação universal, uma vez que ele expressa quais seriam as características essenciais do Direito para aquela sociedade em um dado tempo. Qual seria o resultado?

We thus end up with 20 inconsistent, universally applicable concepts of law—and each legal philosopher goes home in happy vindication. Strangely, they could each apply their own concept of law to evaluate the actual legal systems of each of the other philosophers (consistent with the universal application of their concepts), each concluding that none of the others have ‘law’ because their legal systems lack some element required by their own necessarily true concept of law. And they would all be right! Here is the paradox: each concept of law is necessarily true, by its own criteria, yet necessarily false according to the criteria of the others. This does not entail a logical contradiction, for each is merely applying his or her own (true) concept. But it reveals that the claim by legal philosophers that they have discovered necessary truths about the nature of law with universal application, while pronounced with gravitas, produces absurd results. (TAMANAHA, 2011, p. 302-303)¹⁶

¹⁶ “Nós, então, terminamos com 20 conceitos de Direito universalmente aplicáveis e inconsistentes – e cada filósofo jurídico vai para casa em feliz vindicação. Estranhamente, eles poderiam cada um aplicar seu próprio conceito de Direito para avaliar os sistemas jurídicos reais de cada um dos outros filósofos (consistente com a aplicação universal de seus conceitos), cada um concluindo então que nenhum dos outros possuem o ‘Direito’ porque seus sistemas jurídicos faltam algum elemento requerido por seu próprio conceito necessariamente verdadeiro de Direito. E eles poderiam todos estar certos! Aqui é o paradoxo: cada conceito de Direito é necessariamente verdadeiro, por seus próprios critérios, ainda que necessariamente falso de acordo ao critério dos outros. Isso não implica uma contradição lógica, pois cada um está meramente aplicando seu próprio (verdadeiro) conceito. Mas ele revela que a reivindicação por filósofos jurídicos que eles têm descoberto as verdades necessárias sobre a natureza do Direito com aplicação universal, enquanto pronunciada com solenidade, produz resultados absurdos.” (tradução livre)

Ou seja, usar intuições ligadas a sistemas jurídicos que predominam em tempos ou sociedades distintas para abstrair o que seria o conceito de Direito para aquele tempo e lugar implica em conceitos inconsistentes entre si, uns estabelecendo como necessárias verdades que os outros rejeitam. Não há como pretender universalidade a partir de conceitos abstraídos a partir de intuições paroquiais, uma vez que estas expressam a ‘teoria do senso comum’ sobre o Direito que predomina em dado tempo e lugar.

É importante notar que este último elemento está vinculado ao terceiro desafio à análise conceitual na teoria jurídica identificado por Giudice, e que tem como um dos principais expoentes o próprio Tamanaha. Mas, como veremos, um argumento próximo a esse também justifica o naturalismo esposado por Brian Leiter (que Giudice identifica como um desafio específico, distinto ao de Tamanaha). O problema da variabilidade em conceitos e intuições sobre o Direito põe um desafio sobre abordagens puramente conceituais, trazendo à tona a questão da comparação intercultural e intertemporal que demanda investigação empírica.

Assim, os aspectos acima expostos, tanto os desafios em relação à análise conceitual examinados por Giudice como o contraste entre a tradição conceitual e a empírica dentro do positivismo jurídico feito por Tamanaha, denotam como a abordagem conceitual tem sofrido críticas empiricamente motivadas e traz à tona a questão metodológica sobre a continuidade entre o que é feito nas ciências que explicam o comportamento humano e a teoria sobre a natureza do Direito como tal. É esse o ponto que examinaremos no próximo capítulo.

2. NATURALISMO E TEORIA GERAL DO DIREITO

2.1. Naturalismo em Metafilosofia

2.1.1. VARIANTES DE NATURALISMO FILOSÓFICO: METODOLÓGICO E ONTOLÓGICO

O naturalismo pode ser considerado como uma reação crítica ao método de tratamento das questões filosóficas pelos filósofos analíticos. A filosofia analítica, logo na primeira metade do século XX, dentro da filosofia da linguagem ordinária e do empirismo lógico, veio a considerar que os problemas filosóficos tradicionais eram problemas acerca do uso da linguagem (entendido de maneira diferente por essas duas correntes). A filosofia analítica pretendia, então, que ainda houvesse um método de acesso à realidade que fosse próprio da filosofia, consistindo nesta análise da linguagem e de conceitos.

O naturalismo surge, nesse contexto, para defender que os problemas filosóficos não podem ser respondidos pelos métodos *armchair* (de gabinete) *a priori* dos filósofos, pois as respostas demandariam sua implantação em (ou substituição por) teorias empíricas adequadas

(LEITER, 2007, p. 31). Existem duas variantes de naturalismo, quais sejam, o naturalismo metodológico e o naturalismo ontológico.

O naturalismo ontológico está relacionado, primordialmente, com a ontologia usada por nossas ciências mais bem-sucedidas (RITCHIE, 2012, p. 161-162), de tal forma que todas as entidades espaço-temporais devem ser idênticas ou metafisicamente constituídas por entidades físicas (PAPINEAU, 2015, s. n.).

Stephen Horst (2009, p. 221-222) denomina esta forma de naturalismo como “naturalismo filosófico” (em um sentido mais estrito), por entender que se trata propriamente de uma tese filosófica sobre a natureza de um determinado X (por exemplo, consciência, intencionalidade, conhecimento, etc.), pela qual este X deve ser nada mais que um fenômeno natural, o que por sua vez compreende dois tipos de comprometimento teórico: 1) um tipo de explicação em termos naturais, que esclareça a ligação entre X e os fenômenos que compõem o domínio das ciências naturais, por exemplo, que estados mentais sejam redutíveis a estados cerebrais ou explicáveis por seleção natural; 2) um tipo de relacionamento metafísico entre X e os objetos das ciências naturais, por exemplo, que estados mentais são metafisicamente supervenientes¹⁷ aos estados físicos ou estados do cérebro, o que também implica na exclusão de entidades e propriedades paradigmaticamente sobrenaturais.

Já Brian Leiter (2012, s. n.) denomina esse tipo de naturalismo como “naturalismo substantivo”, distinguindo entre uma versão ontológica pela qual as únicas coisas que existem são objetos naturais ou físicos, e uma versão semântica pela qual a análise filosófica de um conceito deve ser apta para um escrutínio empírico, com os predicados sendo postos de modo que isso seja possível.

Nesse sentido, o naturalismo ontológico em princípio pode ser considerado como idêntico ao fisicalismo (RITCHIE, 2012, p. 161-162; PAPINEAU, 2015, s. n.). Segundo Andrew Melnyk (1994, p. 222-223), uma das tarefas da filosofia diz respeito ao “problema das muitas ciências”, de como relacionar as várias ciências entre si bem como seus respectivos domínios uns em relação aos outros, e as variantes do fisicalismo respondem a isso por atribuir à física e seu domínio uma determinada primazia metafísica e descritiva em relação às demais ciências e domínios correlatos. Um problema mais específico que deriva deste é o “problema

¹⁷ “Superveniência” é uma relação metafísica pela qual “não pode haver mudança no estado superveniente sem que haja uma mudança no subveniente” (RITCHIE, 2012, p. 169). Por exemplo, não há variação nas propriedades mentais sem variação nas propriedades físicas, se aquelas são supervenientes a estas. Para uma discussão exaustiva sobre tipos de superveniência e sua elaboração técnica, conferir Jaegwon Kim (1984, 1987).

mente-corpo”, sobre como relacionar a *folk psychology* (a “psicologia de senso comum” que consiste na fala ordinária sobre estados mentais) com a neurofisiologia e a psicologia cognitiva (MELNYK, 1994, p. 223), em cuja resposta o fisicalismo pretende serem os estados mentais ou idênticos aos estados físicos do cérebro ou supervenientes (metafisicamente) a estes ou realizados (funcionalmente) por eles.

Mas Ritchie (2012, p. 227) esclarece que também é possível ao naturalista defender que “não há imagem metafísica geral que a nossa melhor ciência suporte”, sendo a melhor descrição dos objetos em geral uma lista das várias coisas diferentes que as ciências empiricamente bem-embasadas afirmam sobre o mundo. Ou seja, um agnosticismo metafísico, desprovido de uma visão unificada sobre o que constitui fundamentalmente a realidade, mas que endossa as ontologias das várias ciências. Mas trata-se de uma posição minoritária nesse âmbito, sendo em geral o naturalismo ontológico equivalente ao fisicalismo.

Já a outra variante, o naturalismo metodológico, é a tese segundo a qual a filosofia trata de verdades sintéticas (verdadeiras em razão dos fatos), ao invés de analíticas (verdadeiras em razão dos significados), seja porque a distinção analítico-sintético é rejeitada como inerentemente ambígua, de modo que a filosofia discute questões sintéticas e *a posteriori* tal como as ciências (QUINE, 1951; LEITER, 2007), seja porque, mesmo que essa distinção possa ser feita de forma clara, os temas de que a filosofia trata não podem ser adequadamente caracterizados como analíticos e *a priori*, mas sim sintéticos e *a posteriori* (PAPINEAU, 2013; MELNYK, 2008). Em outras palavras:

(...) philosophy is like science in three interesting and non-obvious ways. First, the claims made by philosophy are synthetic, not analytic: philosophical claims, just like scientific claims, are not guaranteed by the structure of the concepts they involve. Second, philosophical knowledge is a posteriori, not a priori: the claims established by philosophers depend on the same kind of empirical support as scientific theories. And finally, to complete the traditional trio, the central questions of philosophy concern actuality rather than necessity: philosophy is primarily aimed at understanding the actual world studied by science, not some further realm of metaphysical modality. (PAPINEAU, 2013, p. 22)¹⁸

¹⁸ “(...) a filosofia é como a ciência em três maneiras interessantes e não óbvias. Primeiro, as reivindicações feitas pela filosofia são sintéticas, não analíticas: reivindicações filosóficas, tal como reivindicações científicas, não são garantidas pela estrutura dos conceitos que elas envolvem. Segundo, conhecimento filosófico é a posteriori, não a priori: as reivindicações estabelecidas por filósofos dependem do mesmo tipo de apoio empírico como as teorias científicas. E finalmente, para completar o trio tradicional, as questões centrais da filosofia concernem à realidade [atualidade] ao invés que à necessidade: filosofia é primeiramente preocupada em entender o mundo real [atual] estudado pela ciência, não algum domínio ulterior de modalidade metafísica.” (tradução livre)

Assim, a teorização filosófica está ou deve estar conectada à investigação empírica das ciências, rejeitando-se a ideia de que se possa ter uma “filosofia primeira” que possa resolver problemas filosóficos *a priori* (LEITER, 2007, p. 34).

Por sua vez, Stephen Horst (2009, p. 222-223) denomina esta forma de naturalismo como “naturalismo empírico”, por entender que se trata propriamente de uma tese metodológica que identifica a investigação filosófica seja como consistindo em uma forma de investigação empírica contínua às ciências ou como uma reflexão sobre a investigação empírica nas ciências (por exemplo, por sintetizar os resultados das ciências e construir uma visão de mundo coerente ou discutir suas dimensões mais conceituais). Isso implica em uma rejeição dos métodos filosóficos *a priori* para conhecimento do X relevante, cujo árbitro definitivo será uma ou mais ciências.

Essa continuidade da filosofia com as ciências pode ser obtida por dois modos: “continuidade de resultados” e “continuidade de métodos”: 1) a continuidade dos resultados demanda que as teorias filosóficas estejam fundamentadas nos resultados das ciências bem-sucedidas; 2) a continuidade de métodos demanda apenas que as teorias filosóficas imitem e/ou adotem os métodos de investigação e os estilos de explicação que caracterizam as ciências bem-sucedidas (LEITER, 2007, p. 34).

Outra divisão feita por Leiter (2007) dentro do naturalismo metodológico é aquela entre *replacement naturalism* (naturalismo substitutivo) e *normative naturalism* (naturalismo normativo): para o primeiro, o objetivo da teorização é descrição ou explicação, de modo que teorias justificatórias e conceituais devem ser realocadas/substituídas por teorias empíricas e descritivas, enquanto para o segundo o objetivo é a regulação da prática através da promulgação de normas ou padrões, mas usando a metodologia naturalista. Entretanto, Papineau (2013, p. 22-23) destaca que o naturalismo metodológico não envolve necessariamente uma revisão da metodologia filosófica, podendo ser a defesa de que o método tradicional da filosofia já envolve verdades sintéticas e *a posteriori* sobre o mundo real.

Tendo em vista que a Teoria Naturalizada do Direito de Brian Leiter compromete-se ao naturalismo metodológico (ou empírico, na terminologia de Horst), especialmente na versão de Quine, deve-se esclarecer o que fez deste filósofo um divisor de águas na emergência da variante metodológica do naturalismo.

2.1.2 RAZÕES PARA ADOTAR O NATURALISMO METODOLÓGICO EM QUINE

Willard Van Orman Quine foi um dos maiores filósofos do século XX, lecionando e pesquisando a maior parte do tempo na Universidade de Harvard, com importantes contribuições para a lógica simbólica, a filosofia da lógica, a (meta)ontologia, a filosofia da ciência, a metodologia filosófica (ou metafilosofia), a filosofia da linguagem e a epistemologia. No Brasil, sua obra e pensamento têm sido estudadas por Oswaldo Chateaubriand, Osvaldo Porchat e Vera Vidal, bem como por Sofia Inês Albornoz Stein, Bruno Batista Pettersen e Marcos Bulcão Nascimento. Além disso, o próprio Quine esteve no Brasil em 1942 a convite da Escola Livre de Sociologia e Política da Universidade de São Paulo, em cuja estada escreveu o livro “O Sentido da Nova Lógica”, em língua portuguesa, a partir de conferências realizadas aqui (STEIN, 2009, p. 4).

Sofia Stein (2009, p. 11-13) divide a obra de Quine em três fases: 1) escritos dos anos 1930-1940, que tratam principalmente de lógica simbólica, em especial a aplicação do cálculo de predicados de primeira ordem à linguagem ordinária (ou, seja, foco na análise lógica da linguagem natural); 2) escritos dos anos 1950-1960, nos quais há uma elaboração própria acerca da natureza da linguagem natural e científica a partir da qual surge seu naturalismo metodológico, começando no artigo “*Two Dogmas of Empiricism*” (1951) e com maior elaboração no livro “*World and Object*” (1960), levantando-se as questões mais características da obra de Quine, como a indeterminação da tradução, a inescrutabilidade da referência, a relatividade ontológica, a regimentação da linguagem natural, o holismo semântico, entre outras; 3) escritos dos anos 1970-1990, uma fase de refinamento das teses assumidas no segundo período, trabalhando em maior detalhe a análise de certos problemas e definições, iniciando com o livro “*The Roots of Reference*” (1974) e culminando nos livros “*Pursuit of Truth*” (1990) e “*From Stimulus to Science*” (1995).

Tendo em vista que aqui estamos preocupados em entender o naturalismo metodológico de Quine, são as duas últimas fases de sua obra que nos interessam. A seguir, abordaremos em maior detalhe sua rejeição da distinção analítico/sintético, sua epistemologia naturalizada e sua metaontologia.

2.1.2.1 Rejeição da Distinção Analítico/Sintético

Um dos problemas a afligir os filósofos por séculos é o chamado problema do ceticismo: “Como podemos ter certeza de que sabemos alguma coisa?”. A resposta a esse problema seria necessária antes de confiarmos em nossa ciência, o que demarcaria uma separação estrita entre filosofia e ciência (RITCHIE, 2012, p. 24): a ciência necessitaria de uma

“filosofia primeira”, que justifique nossa confiança epistemológica. Diante disso, a filosofia teria um papel “fundacionalista”, de estabelecer as bases indubitáveis do conhecimento, e, no caso dos empiristas ou positivistas lógicos no início do século XX, essas bases indubitáveis advêm da experiência e assegurariam a ciência.

Willard Van Orman Quine rejeitou esta pretensão, em seu artigo seminal de 1951, “Dois Dogmas do Empirismo”, mais tarde publicado, junto com outros ensaios, em “De Um Ponto de Vista Lógico”, em 1953 (edição brasileira: 2011). Os dois dogmas atacados seriam: 1) a distinção analítico/sintético, pela qual há verdades analíticas verdadeiras em função de seu significado, e verdades sintéticas verdadeiras em função de fatos; 2) o reducionismo com base no qual cada enunciado da linguagem da ciência é redutível à experiência imediata (QUINE, 2011, p. 37).

O dogma da distinção analítico/sintético deriva da constatação óbvia de que a verdade de um enunciado depende tanto da linguagem como de fatos extralinguísticos, mas confunde-se ao postular uma separação entre o componente linguístico e o componente factual da verdade de um enunciado, de modo que, para alguns enunciados, o componente factual seria nulo, e aí teríamos as verdades analíticas (QUINE, 2011, p. 59). O que Quine visa mostrar ao longo da primeira parte do artigo é que a noção de “analiticidade” nunca foi esclarecida satisfatoriamente.

. Haack (1978, p. 172-174) entende que o ataque de Quine contra a analiticidade tem como alvo a “analiticidade estrita” (*narrow analyticity*), que ela define como “verdades redutíveis às verdades lógicas por substituição de sinônimos por sinônimos”, não a “analiticidade em sentido amplo” (*broader analyticity*), que significaria “verdades lógicas mais analiticidade estrita”, porque Quine aceita verdades lógicas. O problema seria, então, que a analiticidade estrita envolve uma derivação de verdades lógicas por sinonímia que é ambígua e não clara, e recorrer para definições e regras semânticas na tentativa de explicar o que seria essa substituição de sinônimos por sinônimos não é útil também. Ou seja, a analiticidade estrita envolve conceitos não mais claros do que aquele que está sendo explicado (Haack, 1978, p. 173-174). É um “círculo intensional”. Veja a figura abaixo:

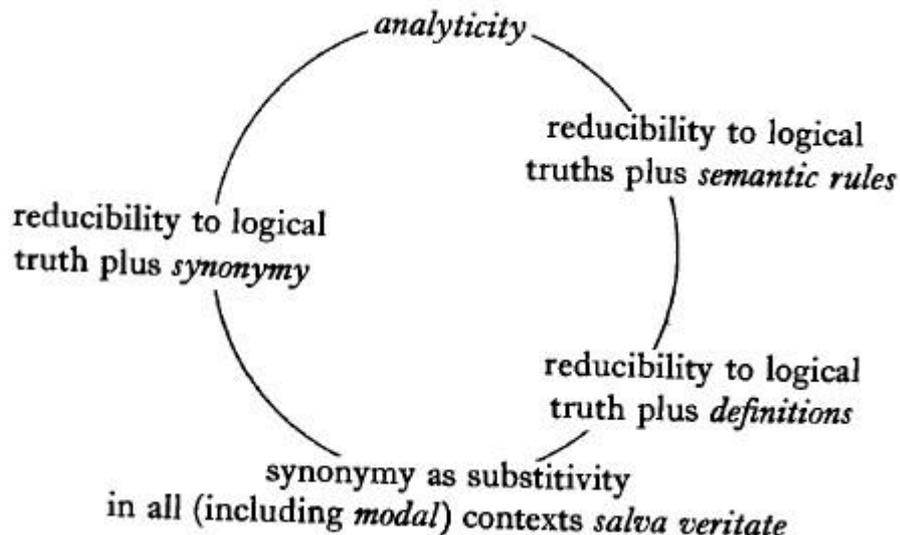


Imagem 1. O círculo intensional. (HAACK, 1978, p. 174)

A teoria verificacionista do significado – a noção de que para cada enunciado há um domínio único de eventos sensoriais possíveis cuja ocorrência aumenta a probabilidade de verdade do enunciado e outro domínio único que a diminua (QUINE, 2011, p. 64-65) - liga ambos os dogmas: se faz sentido falar em confirmação e invalidação de enunciados isoladamente, parece plausível que haja um tipo-limite de enunciado que é confirmado aconteça o que acontecer (QUINE, 2011, p. 65).

Ao dogma do reducionismo, Quine (2011, p. 65) contrapõe uma tese holista, segundo a qual os enunciados sobre o mundo exterior enfrentam o tribunal da experiência sensível como um corpo organizado, não isoladamente. Isso significa que inclusive enunciados altamente abstratos como aqueles da lógica e da matemática se confrontam com a experiência e podem ser invalidados por esta. Não que os enunciados matemáticos e lógicos sejam substancialmente “empíricos” como tais, mas sim que eles servem para subsidiar uma ciência empírica que faz previsões acerca de eventos concretos.

Pode-se imaginar a ciência como um conjunto de enunciados que, diante de uma experiência recalcitrante e que foge à previsão de uma teoria, pode ser modificado, potencialmente, em quaisquer de seus enunciados; contudo, estamos mais dispostos a fazer essa modificação em alguns enunciados ao invés de outros. Por exemplo, um cientista será considerado um mau cientista se, há cada previsão de suas hipóteses que falha diante da experiência, resolver sempre revisar a aritmética elementar para que, assim, sua teoria possa ser válida. Mas podem existir razões de peso para revisar mesmo a matemática, como já ocorreu em relação à premissa de que a geometria euclidiana seria uma descrição *a priori* do espaço

físico (RITCHIE, 2012, p. 58-59). Também a lógica pode ser revisada por motivos empíricos, enquanto o fato de seus enunciados serem pressupostos pela maioria dos outros enunciados dos sistemas teóricos de que participam tornarem isso difícil (STEIN, 2009, p. 6). Contudo, cabe esclarecer que, posteriormente, em 1995, Quine abandonará a ideia de que os enunciados da matemática compartilham do conteúdo empírico da teoria científica que a pressupõe, mas isso não o levará a afirmar sua analiticidade, uma vez que sua verdade ou falsidade será afirmada ou por fazerem parte do aparato conceitual de construção de teorias científicas ou por motivos de uso humano, não especificáveis (STEIN, 2009, p. 10).

Assim, é o todo da ciência que se contrapõe à experiência, e não há uma maneira única de revisar os enunciados para que a ciência continue ajustada aos fatos, de modo que a ciência é subdeterminada pela experiência (QUINE, 2011, p. 67). “Qualquer enunciado pode ser considerado verdadeiro, aconteça o que acontecer, se fizermos ajustes drásticos o suficiente em outra parte do sistema” (QUINE, 2011, p. 67), de tal modo que mesmo um enunciado bastante próximo da experiência imediata pode ser mantido como verdadeiro diante da experiência que o contraria, alegando-se alucinação ou revisando-se a lógica.

Como Bruno Batista Pettersen (2014) pontua, a questão para Quine é que o discurso teórico da ciência apenas é ligado indiretamente à experiência:

O significado só pode ser atribuído quando tomamos as frases em relação ou à teoria ou à linguagem em que ela aparece. No caso do discurso teórico, o argumento de Quine é ainda mais forte, pois parece evidente o fato de que a maioria das frases da ciência são teóricas e que, se elas tem um contato com a experiência, este é indireto. Essas frases teóricas têm duas características: 1) elas só fazem sentido no todo da teoria e b) a evidência empírica ocorre apenas indiretamente. Vejamos a frase: “No interior de um buraco negro as leis da física não são testáveis e podem ser distintas do resto da natureza”. Essa frase só tem sentido dentro da física atual, sendo seu significado atribuído apenas no todo da teoria física, e a evidência empírica desta frase, se é que há, é indireta (tendo a ver com a emissão de certos padrões de radiação). (PETTERSEN, 2014, p. 90-91)

O holismo epistêmico de Quine tem três aspectos: 1) holismo sentencial: o significado das palavras é dado no contexto da proposição, não isoladamente; 2) holismo teórico: há mais de uma forma de ajustar os dados da experiência à teoria ou linguagem; 3) holismo verificacional: a verificação do enunciado ocorre apenas no todo da teoria em que o enunciado aparece, não isoladamente (PETTERSEN, 2014, p. 96).

Isso pode parecer um problema: Quine defenderia que nossa ciência não é exata, nem confiável? Longe disso. Leiter (2007, p. 149) entende que, em Quine, a ciência separa o joio do trigo quando se ocupa das diversas “perspectivas” sobre a realidade, e a consequência seria

bastante austera: a palha inclui não somente a religião, a poesia e a astrologia, mas também a psicologia não behaviorista e todas as “ciências especiais”, à medida que não sejam redutíveis à física. Como se poderia reconciliar esta visão tão positiva da ciência com a subdeterminação da teoria em relação aos fatos?

O caminho é sugerido no próprio “Os Dois Dogmas do Empirismo”, no qual se defende um empirismo sem dogmas em que o sucesso preditivo, não a correspondência um-a-um dos enunciados científicos com a experiência, é a justificativa suficiente do empirista (QUINE, 2011, p. 69). Não há tribunal maior do que a ciência, sendo a questão da verdade feita dentro de uma teoria e, assim concebida, é questionada rigorosa e seriamente (QUINE, 2010, p. 47¹⁹). O motivo para aderir à ciência em Quine não é fundacionalista, mas sim pragmático: o sucesso da ciência em permitir que lidemos com o fluxo da experiência de modo satisfatório.

Esse pragmatismo também é espelhado na ideia de que, ao ajustar nossa ciência às experiências recalcitrantes, seguimos alguns critérios convenientes, como a busca da simplicidade e o conservadorismo.

No livro “*Web of Belief*” (1970), escrito por Quine em coautoria com J. S. Ullian, é esclarecido quais são esses critérios (ou, como eles os denominam, virtudes) para formulação de hipóteses satisfatórias na ciência, que levam a seu sucesso preditivo: 1) conservadorismo: quanto menos rejeição de crenças prévias é exigida, mais plausível a crença, tudo o mais igual, de modo que a cada passo sacrifica-se o menos possível do apoio evidencial que nosso sistema total já desfruta, pela compatibilidade com convicções já formadas (QUINE, ULLIAN, 1970, p. 66-68); 2) modéstia: uma hipótese é mais modesta (em um sentido lógico) que outra se é implicada pela outra, sem que a implique também, ou os eventos que assume serão de um tipo mais usual e familiar, assim, mais esperados (QUINE, ULLIAN, 1970, p. 68-69); 3) simplicidade: a provisão de uma hipótese unificada para anteriormente dois ou mais fenômenos não relacionados (QUINE, ULLIAN, 1970, p. 69-73); 4) generalidade: quanto mais abrangente o domínio de aplicação de uma hipótese, mais geral ela é, de modo que não é por coincidência que um evento observado recaia sob a previsão da hipótese, evitando-se explicações *ad hoc*, e, enquanto a generalidade conflite com a modéstia, as revoluções científicas são preferidas ao conservadorismo e à modéstia quando temos teorias que juntam grande generalidade com pouca perda de simplicidade ou grande simplicidade com nenhuma perda da generalidade (QUINE, ULLIAN, 1970, p. 73-79); 5) refutabilidade: algum evento imaginável, reconhecível se ele

¹⁹ Livro “Palavra e Objeto”.

ocorre, deve ser suficiente para refutar a hipótese, ou seja, uma hipótese só prediz algo se ela for passível de não ser confirmada, mas essa consideração recebe a ressalva holista de que isso envolve as crenças de background da teoria relevante também, não apenas a hipótese isoladamente, de modo que uma hipótese será mais refutável quanto maior for o sacrifício de convicções prévias necessário para mantê-la diante de experiência recalcitrante (QUINE, ULLIAN, 1970, p. 79-80).

Em outro livro seu, “Palavra e Objeto” (2010; edição original: 1960), explica-se em maior detalhe o porquê da simplicidade ser um objetivo pragmaticamente valioso para o senso comum e para a ciência. O objetivo da simplicidade é minimizar fatores como multiplicidade de objetos, rapidez de mudança provisória de qualidade ou posição, e, em geral, irregularidade da lei natural (QUINE, 2010, p. 42-43). Um de seus benefícios é que ela aumenta o escopo da teoria, sua riqueza em consequências observáveis:

Seja θ uma teoria, e seja C a classe de todas as consequências testáveis de θ . A teoria θ nos terá sido sugerida por algum conjunto K de observações anteriores, uma subclasse de C . Em geral, quanto mais simples θ , menor a porção de K de C que terá sido suficiente para evocar θ . Dizer isso é apenas repetir a observação anterior: de que a simplicidade é aquilo que guia a extrapolação. Porém a relação também pode ser descrita de forma invertida: dado K , quanto mais simples θ , mais inclusiva C tenderá a ser. Concedido isso, verificações subsequentes de C poderão eliminar θ ; enquanto isso, há ganho em escopo. (QUINE, 2010, p. 43-44)

Já no ensaio “*On Simple Theories of a Complex World*” (2004; original: 1963), Quine elabora quais seriam as causas para considerarmos teorias e hipóteses mais simples não apenas mais desejáveis, mas como mais prováveis. As máximas da simplicidade da natureza e da uniformidade da natureza (que são relacionadas) são implausíveis a princípio dado que o que é simples é relativo à textura do nosso esquema conceitual, e graus de similaridade dependem de quais classes ou aspectos das coisas nós pesamos como mais básicas ou naturais (QUINE, 2004, p. 210). Contudo, quatro causas levam-nos a supor que as hipóteses mais simples tem melhores chances de serem confirmadas: 1) auto-engano (*wishful thinking*); 2) viés perceptual que inclinam os dados em favor de padrões simples; 3) viés no critério experimental dos conceitos, pelo qual a mais simples de duas hipóteses é às vezes aberta à confirmação enquanto sua alternativa é deixada inacessível; 4) um sistema preferencial de mensuração ou contagem (*scorekeeping*) que tolera maiores desvios quanto mais simples a hipótese (QUINE, 2004, p. 213). Nem todas essas causas servem como reais razões para assumirmos a simplicidade. Expressamente, afirma que a terceira serve como uma justificção parcial (QUINE, 2004, p. 211), enquanto não fique claro se pensa o mesmo para a segunda e, em alguma medida, para a

quarta. (A primeira é tratada em apenas uma linha, demonstrando que Quine não está interessado nela como uma explicação satisfatória para o papel desempenhado pela simplicidade na ciência, quanto mais para sua justificação)

Marcos Bulcão Nascimento (2008, p. 111) entende que Quine apresenta uma nova forma de realismo, um realismo naturalista/pragmatista, pelo qual, mesmo rejeitada a pretensão de uma descrição absoluta da realidade por meio da linguagem, ainda assim podemos descrever o mundo usando a linguagem. A questão da verdade é feita dentro de uma teoria e, assim concebida, é questionada rigorosa e seriamente:

O que tivemos oportunidade de ver, assim, é que, com o naturalismo quineano, nós podemos, sim, falar de conhecimento e de crença. Conhecimento do mundo, crença na realidade de seus objetos. A diferença é que, para Quine, isso não implica nenhuma garantia absoluta. As garantias são internas ao método científico, falível por certo, virtualmente em perpétuo desenvolvimento. A diferença é que Quine renuncia — e o faz desde o ponto de partida — àquele conhecimento absoluto, final. Recusa mesmo a idéia daquele conhecimento que, embora falível, pretende estar indo na direção do conhecimento absoluto, final, definitivo. A ele assim renunciando, bem como a qualquer projeto fundacionista, Quine fica com as verdades internas às melhores teorias de que o homem dispõe em sua renovada tentativa de dar conta do mundo, de sua experiência. Com o naturalismo, Quine consegue reorientar o empirismo tradicional e escapar de seus dogmas. Incidentalmente, ou melhor, necessariamente, nessa reorientação do empirismo, ele também reorienta o realismo em ciência e nos permite adotar uma posição realista em ciência que é não-dogmática. Em Quine, crença e conhecimento são possíveis, mas nem por isso são definitivos, absolutos; eles são sem dogmas. (NASCIMENTO, 2008, p. 111-112)

Em suma, o “empirismo sem dogmas” de Quine ainda encontra-se no campo do empirismo por aceitar as duas teses básicas desta vertente filosófica: 1) toda evidência à disposição da ciência é sensorial; 2) todo processo de atribuir significados a palavras repousa na evidência sensorial (STEIN, 2009, p. 42). Contudo, rejeita os dois dogmas, da analiticidade e do reducionismo.

Como resultado desses argumentos, a investigação *a priori* da realidade é rejeitada (PETTERSEN, 2014, p. 99) e as consequências mais drásticas são enfrentadas pela própria filosofia: sem um domínio de verdades analíticas que seriam o objeto apropriado do pensamento filosófico e que excluiriam quaisquer críticas por parte da ciência, temos que todas as verdades são empíricas e, portanto, sujeitas à revisão científica. A filosofia é o ramo mais reflexivo e abstrato das ciências.

2.1.2.2 A Naturalização da Epistemologia

No ensaio *Epistemology Naturalized* (1969), Quine propõe a naturalização da epistemologia com base na “continuidade de resultados” (LEITER, 2007, p. 34), de acordo com a qual a epistemologia normativa seria substituída pela psicologia empírica, ou seja, pela adoção de um método naturalista-behaviorista, conforme expressão cunhada por Roger Gibson (STEIN, 2009, p. 5). Essa é uma posição mais forte do que a de outros naturalistas na epistemologia, como Alvin Goodman, cuja abordagem apenas requer subsídios das ciências empíricas, sem substituição por uma delas (WRENN, 2003, s.n.; LEITER, 2012, s. n.). O que une toda forma de epistemologia naturalizada é seu recurso à ciência empírica *a posteriori* na teoria do conhecimento, em contraposição a métodos (exclusivamente) conceituais *a priori*. Philip Kitcher (1992, p. 57-58) considera comum a todos os naturalistas a rejeição de duas pressuposições acalentadas pela filosofia analítica pós-Frege: 1) o idioma da discussão epistemológica é a lógica, entendida de forma separada da psicologia; 2) os produtos da reflexão filosófica são conhecimento *a priori*. Portanto, epistemologias que incorporam a psicologia e não aceitam um método apriorístico podem ser ditas naturalistas ou naturalizadas (KITCHER, 1992, p. 59).

O problema que a epistemologia tem de enfrentar é a impossibilidade de derivar estritamente (ou seja, provar) uma ciência do mundo externo a partir da evidência sensória (QUINE, 1969, p. 75). Quine (1969, p. 69-70) faz uma distinção, dentro da epistemologia, entre o ramo doutrinal, preocupado com a justificação do conhecimento por meio de leis epistêmicas, e o ramo conceitual, preocupado com o significado do conhecimento clarificando conceitos epistêmicos. É a presumida falha do ramo doutrinal comparada ao relativo sucesso do ramo conceitual que informa a impossibilidade supracitada (PETTERSEN, 2014, p. 70), uma vez que desde Hume nenhum avanço foi feito em derivar leis a partir da evidência sensória, mas muito avanço houve depois dele em como entender o significado empírico, por meio da definição contextual e da teoria dos conjuntos, até chegarmos ao ponto em que estava-se com Carnap (PETTERSEN, 2014, p. 76-80).

Para o empirista, isso significa que, mesmo se não pudermos provar nossa ciência pela evidência sensória mais lógica e teoria dos conjuntos, talvez fosse possível reconstruir a linguagem dessa ciência apenas usando esses elementos, como Carnap tentou fazer por meio do que ele denominara “reconstrução racional” (QUINE, 1969, p. 74-75), que “torna explícitos aspectos do discurso que não aparecem claramente numa linguagem não regimentada” (PETTERSEN, 2014, p. 82). Contudo, Carnap não foi bem-sucedido em mostrar como essa

tradução da linguagem da ciência para uma que usasse estritamente a evidência sensória imediata, a lógica e a teoria dos conjuntos poderia ser feita sistematicamente (QUINE, 1969, p. 76-77).

Isso está relacionado ao argumento de “Dois Dogmas do Empirismo” já discutido acima quanto ao holismo epistêmico: é um substancial corpo de teoria que têm implicações experienciais e permite predições verificáveis, não cada uma das sentenças da ciência, e é somente no conjunto que se pode falar de um “significado empírico” da teoria, de modo que qualquer tradução ao estilo de “reconstrução racional” teria de renunciar ao objetivo de traduzir as partes em prol de conseguir traduzir o todo, precisando axiomatizar a diferença experiencial que a teoria como um todo implicaria, contudo, nesse caso seria melhor falar logo em evidência observacional para a teoria do que em sua tradução (QUINE, 1969, p. 79 e 82). A rejeição por Quine da epistemologia clássica, portanto, se baseia na questão do significado, de como este se dá em termos, frases e teorias (PETTERSEN, 2014, p. 96).

Diante desse panorama, fica a questão: se estamos atrás do que liga a observação sensória e a ciência, e não temos mais como justificar a última com base na primeira, por que não recorrer à psicologia empírica e descobrir como essa conexão ocorre de fato? Não haverá circularidade porque não estamos tentando justificar a epistemologia que embasa a psicologia empírica por meio da observação sensorial (QUINE, 1969, p. 76, 83-84). E a única vantagem que a “reconstrução racional” de Carnap teria, que seria a tradução sistemática de uma linguagem para outra, também se mostrou mal sucedida (QUINE, 1969, p. 78 e 82). Então é melhor descobrir como a ciência é realmente produzida do que usar um construto fictício como o que seria fornecido pela “reconstrução racional”.

A consequência de todo o acima exposto é que a epistemologia precisa ser vista de uma maneira diferente: a epistemologia é um capítulo da psicologia contida na ciência natural, que estuda um fenômeno natural (um sujeito humano físico) afetado por um *input* (entrada/estímulo), como o de certos padrões constantes de irradiação sobre sua superfície sensorial, a partir do qual se segue um *output* (saída/resposta), que seria a descrição de um mundo externo tridimensional e sua história (QUINE, 1969, p. 82-83). Quine retira da epistemologia o seu lugar privilegiado como fundamento das ciências para incorporá-la dentro da própria ciência, contribuindo para a investigação científica ao invés de baseá-la (PETTERSEN, 2014, p. 124). Isso se liga ao que já foi dito em tópico anterior sobre a posição naturalista de Quine: não existe ponto de vista externo às ciências do qual o filósofo possa desenvolver sua teorização, restando-lhe fazê-lo dentro das ciências.

O objeto da epistemologia permanece o mesmo – como a evidência relaciona-se com a teoria e a maneira que essa teoria transcende qualquer evidência disponível são as razões que nos levam a qualquer estudo epistemológico (QUINE, 1969, p. 83) -, mas o método muda. Enquanto não se exclua de todo um lugar para a velha “reconstrução racional” em níveis praticáveis, na medida em que construções imaginativas (tal como simulações mecânicas) possam dar conta de processos psicológicos reais, a nova epistemologia proposta autoriza livre uso da psicologia empírica (QUINE, 1969, p. 83). Ou seja, o que Quine pretende é substituir a antiga reconstrução do conhecimento e de uma imagem do mundo por uma tentativa de explicação de como nós chegamos ao conhecimento (científico) e como este parece explicar e prever muito bem eventos futuros (PETTERSEN, 2014, p. 101). E seria a psicologia a melhor ciência disponível (ao tempo em que Quine escreve) com o mesmo objetivo da epistemologia (PETTERSEN, 2014, p. 101-103).

Um exemplo quanto às implicações metodológicas dessa naturalização é o do velho problema da prioridade epistemológica também pode ser resolvido e mesmo de certa forma dissolvido: A é epistemologicamente anterior a B se for causalmente mais próximo de B dos receptores sensoriais, o que significa que é a estimulação (não-consciente) desses receptores o *input* dos nossos mecanismos cognitivos (incluindo conscientes), mas também podemos simplesmente falar em termos de proximidade causal e deixar de falar em prioridade epistemológica (QUINE, 1969, p. 84-85).

Outra questão é como falar das chamadas “frases de observação” ou “afirmações de observação” (*observation sentences*). Enquanto sob uma abordagem de “dados dos sentidos” a questão permanecia elusiva, sob a abordagem naturalizada o que estamos atrás é simplesmente daqueles enunciados que estão mais próximos causalmente dos receptores sensoriais, e, por isso, seriam aquelas sentenças que, à medida em que aprendemos a linguagem, são mais fortemente condicionadas pela estimulação sensorial concorrente do que pela informação colateral já armazenada, de tal modo que um veredito sobre ela depende da estimulação sensorial presente e sobre nenhuma informação armazenada exceto aquela necessária para a própria compreensão da sentença (QUINE, 1969, p. 85-86).

Para saber o que seria uma informação armazenada que vai além da compreensão da frase, ao invés de se recorrer à divisão tradicional analítico-sintético, pode-se usar uma noção mais modesta de analiticidade baseada na aceitação uniforme de determinadas sentenças (“analíticas”) por todos os falantes competentes de uma comunidade linguística (QUINE, 1969, p. 86). Assim, podemos também considerar as frases de observação como aquelas em relação

às quais todo falante competente de uma comunidade linguística daria o mesmo veredicto sob a mesma estimulação sensorial concorrente, de modo que nenhuma diferença entre veredictos surgirá com base nas diferenças em experiência passada dentro da comunidade linguística (QUINE, 1969, p. 87). Em suma, segundo Pettersen (2014, p. 119), as frases de observação em Quine têm duas características: 1) semelhança em significado por estímulo (que é a classe de estímulos sensoriais que incitam o assentimento ou dissentimento do falante à frase; cf. QUINE, 2010, p. 57-58); 2) acordo intersubjetivo entre os falantes.

Essa clarificação é importante dado que as frases de observação são o repositório do que é considerado como evidência científica (por serem cada uma o mínimo agregado verificável) e introdutórias a todo o conhecimento linguístico adicional (QUINE, 1969, p. 88-89). Isso aponta para uma relação maior entre epistemologia e semântica que pode ser estudada pela interconexão entre psicologia e linguística (QUINE, 1969, p. 89-90). O ensaio termina mencionando a “epistemologia evolucionista” do psicólogo Donald T. Campbell, que permitiria a contribuição de abordagens darwinistas para a epistemologia, e uma das áreas que mais poderia ser beneficiada da consideração da evolução seria a questão da indução (QUINE, 1969, p. 90).

Pettersen (2014) sintetiza da seguinte maneira o argumento total de *Epistemology Naturalized*:

Qual epistemologia não seria fundacionista, reducionista ou baseada em justificações últimas? A única resposta seria uma epistemologia feita em continuidade com as outras ciências, sem que ela seja uma investigação especial, uma epistemologia holista, e finalmente uma epistemologia que opta por uma descrição do conhecimento em vez de buscar justificações últimas. (PETTERSEN, 2014, p. 99-100)

A epistemologia naturalizada é de caráter descritivo, não normativo. Existe uma divisão entre naturalistas que tentam satisfazer os alvos normativos da epistemologia tradicional por meio de formulações corrigíveis desses objetivos e estratégias corrigíveis para alcançá-los, e aqueles que rejeitam a normatividade, apenas formulando um papel descritivo para a epistemologia (KITCHER, 1992, p. 58-59). Como já foi observado na ideia de substituição da epistemologia pela psicologia empírica, resta claro que trata-se de descrever como chegamos do estímulo à ciência, não de justificar isso.

A epistemologia naturalizada é empirista, uma vez que Quine aceita que teorias sejam testadas por meios de enunciados cujos valores de verdade não dependem de outros enunciados, mas sim da observação, entendida como certos estímulos externos relacionados por

aprendizagem ao enunciado (STEIN, 2009, p. 32). Esses enunciados são as frases de observação.

2.1.2.3 O Compromisso Ontológico das Teorias

Antes de entrar em detalhes como Quine pensa a ontologia, é preciso deixar um ponto claro: a (meta)ontologia de Quine é a padrão adotada pela filosofia analítica contemporânea (BERTO, PLEBANI, 2015, p. 9). A ontologia lida com a questão sobre que tipos de entidade são/existem, e a metaontologia lida com as questões sobre o que significa “ser” e sobre a metodologia adequada para a ontologia (IWANGEN, 1998, p. 233; IWANGEN, 2001, p. 3; BERTO, PLENABI, 2015, p. 2). Enquanto Quine ele mesmo não usou a expressão “metaontologia”, cunhada por Peter van Iwangen em 1998 em ensaio do mesmo nome, ele é o grande nome da metaontologia adotada pela maior parte dos filósofos analíticos contemporâneos, sendo crucial para a renovação do escrutínio filosófico das questões ontológicas a partir de seu ensaio *On What There Is* (1948), publicado posteriormente no livro “De um Ponto de Vista Lógico” (1952; edição brasileira: 2011).

Para Oswald Chateubriand (2003), o pensamento de Quine em ontologia percorre três principais temas: 1) o compromisso ontológico, no sentido de como as teorias comprometem-se com a existência de certas entidades; 2) a redução ontológica, no sentido como uma ontologia pode ser reduzida a outra, em especial uma mais “econômica” (que consiga o mesmo com um número menor de entidades); 3) o critério da identidade, no sentido de quando entidades de um certo tipo são a mesma entidade ou diferentes entidades (CHATEUBRIAND, 2003, p. 41-42).

Para Peter van Iwangen (1998), no já citado ensaio *Meta-ontology*, a metaontologia de Quine pode ser sumarizada em cinco teses, enquanto essa lista não tenha sido explicitamente formulada pelo próprio Quine: 1) Ser não é uma atividade; 2) Ser é a mesma coisa que existência; 3) Ser é unívoco; 4) O único sentido de ser ou existência é adequadamente capturado pelo quantificador existencial da lógica formal; 5) O critério do compromisso ontológico. Analisemos cada um desses pontos em maior detalhe.

Em relação ao primeiro critério, este significa que o “ser” não deve ser considerado como a atividade mais geral de todas, no sentido de ser a atividade pressuposta por todas as demais (IWANGEN, 1998, p. 233-234). Esse papel deveria ser desempenhado por aquilo que é designado por termos tais como “*lasting*”, “*enduring*” ou mesmo “*getting old*” (IWANGEN, 1998, p. 234), os quais, em português, podem ser traduzidos como “perdurar”. Enquanto qualquer coisa que perdure também exista, o “perdurar” não tem mais relação com o “ser” do

que qualquer outra atividade ou aspecto da existência (IWANGEN, 1998, p. 234). Quine nunca chegou perto de explicitamente discutir a questão nesses termos, mas Iwangen entende que Quine concordaria com essa premissa.

Em relação ao segundo critério, este significa que não há nenhuma distinção entre “ser” e “existir”, entre “*there is*” (ou “*being*”) e “*exists*” (ou “*existence*”), então dizer que algo existe é dizer que esse algo é ou, equivalentemente, há desse algo no mundo (IWANGEN, 1998, p. 235). Ou seja, nega-se que podemos afirmar o ser para objetos não-existentes, como se “existência” fosse mais um atributo (tal como “alto” ou “vermelho”) de objetos no mundo, o qual ocorre em alguns, mas falta a outros. A tese de que “existência” é diferente de “ser” é chamada em metaontologia de “meinongismo” (*meinongianism*), por ter sido esposada pelo filósofo Alexius Meinong, que defendeu o princípio da independência entre o *Sein* (o status existencial) e seu *Sosein* (o ter certas propriedades) dos objetos, de modo que estes podem ter propriedades mesmo sem existirem (BERTO, PLEBANI, 2015, p. 100). Ao contrário, Quine (2011) expressamente afirma o contrário: à pergunta ontológica “O que há?” deve-se responder prontamente com uma só palavra “Tudo” (QUINE, 2011, p. 11). Ou seja, o “tudo” (totalidade dos objetos) que existe é tudo o que há, nada mais havendo/sendo (e, por implicação, não sobrando espaço para objetos não-existentes na resposta à pergunta ontológica fundamental). Não há o que não existe.

Em relação ao terceiro critério, este significa que só há um sentido de “ser”/“existir” para qualquer coisa, ao invés de afirmarmos que “ser”/“existir” tenham diferentes sentidos quando aplicados para objetos concretos em contraste quando aplicados para abstrações, e assim por diante (IWANGEN, 1998, p. 236). O principal argumento para aceitar essa univocidade do “ser” é que números são unívocos também – os números não significam diferentes coisas a depender do tipo de objeto a ser contado – e que existe uma relação muito próxima entre números e existência – dizer que algo não existe é simplesmente dizer que temos 0 daquele algo (por exemplo, unicórnios não existem = há 0 unicórnios; ou: cavalos existem = há pelo menos 1 cavalo) – (IWANGEN, 1998, p. 236-237), pelo que o correto é falar em diferentes “naturezas”, não de tipos de “ser”, entre diferentes coisas (IWANGEN, 1998, p. 235). Trata-se de uma *thin conception of being*, pela qual não há nada mais profundo em dizer que há algo do que dizer que existe um ou mais de um desse algo, ou seja, um certo número desse objeto, em contraste com uma *thick conception of being* (comum entre os filósofos continentais), pela qual a natureza de algo é considerada parte do seu “ser”, sendo que essa classificação foi originalmente formulada por Wilfried VerEecke (IWANGEN, 2001, p. 4-5).

Em Quine, essa tese aparece principalmente em conexão com o próximo critério, o de que o quantificador existencial captura o sentido de “ser”, e o fato de ser um *quantificador* que desempenha esse papel também denota a conexão íntima entre números e existência (BERTO, PLEBANI, 2015, p. 51). Peter van Iwangen separa o 3º e o 4º critério porque, em que pese Quine defender o 3º com base no 4º, é possível defender o 3º sem defender o 4º.

Em relação ao quarto critério, este significa que o denominado “quantificador existencial” da lógica simbólica/formal captura adequadamente o sentido dos termos “ser”/“existir” das linguagens naturais, não formalizadas. Em lógica simbólica, o quantificador existencial é dado pela expressão “ $\exists(x)$ ”, aposto antes de uma expressão onde a variável apareça (o “...x...”), por exemplo, “ $\exists(x) (x \rightarrow y)$ ”, que se lê “existe algum [ou pelo menos um] x tal que x implica y”, ou seja, o quantificador existencial corresponde às expressões em língua portuguesa “existe pelo menos um”, “alguns”, “algum”, “alguém”, entre outras (MORTARI, 2001, p. 93). O motivo pelo qual o quantificar existencial consegue captar o sentido de “ser” é que se trata de uma paráfrase da linguagem natural, uma forma abreviada de falar a mesma coisa. No exemplo dado por Iwangen:

$\exists x x$ is a dog
is an abbreviation for
It is true of at least one thing that itx^{20} is such that itx is a dog.
That is,
It is true of at least one thing that it is such that it is a dog.
That is,
It is true of at least one thing that it is a dog.
That is,
At least one thing is a dog.
That is,
There is at least one dog. (IWANGEN, 1998, p. 240-241)²¹

Em Quine, isso aparece como uma expressão muito conhecida, que sintetiza esse critério: “*To be is to be the value of a variable*” (“Ser é ser o valor de uma variável”; QUINE,

²⁰ “*Itx*” é a primeira formalização dos pronomes da linguagem natural, pela qual cada nome da linguagem natural passa a ter um pronome neutro correspondente. O passo seguinte na formalização é transformar “*itx*” na variável “x”, abreviando ainda mais a linguagem natural. Cf. IWANGEN, 1998, p. 238-240. Em português, seria o equivalente a assumir um dos pronomes como neutro, por exemplo, “ela” (sem conotação de feminino), e acrescentar um sinal de variável, por exemplo, “*elax*”, “*elay*”, etc. que significa “ela [neutro]”.

²¹ “ $\exists x$ é um cachorro / é uma abreviação para / é verdade de pelo menos uma coisa que ela [neutro] é tal que ela [neutro] é um cachorro / isto é / é verdade de pelo menos uma coisa que ela é tal que ela é um cachorro / isto é / é verdade de pelo menos uma coisa que ela é um cachorro / isto é / pelo menos uma coisa é um cachorro / isto é / há pelo menos um cachorro.” (tradução livre)

2011, p. 30). A discussão no seu já citado ensaio *On What There Is* diz respeito ao modo como Bertrand Russel demonstrou, em sua teoria das descrições singulares, como se podem empregar de modo significativo nomes aparentes sem presumir que há entidades nomeadas, por exemplo, “o atual rei da França”, e estende essa ideia para nomes próprios, por exemplo, “Pégaso” (QUINE, 2011, p. 17-22). Aparentemente, falar “o Pégaso não existe” implica que tem de haver isso de que estamos falando, caso contrário, como falaríamos dele? A solução é dada por parafrasear “o Pégaso não existe” como “não há um x tal que x seja um Pégaso”, sendo “Pégaso” definido por “o cavalo alado que foi capturado por Belerofonte” ou outra descrição pertinente (caso nenhuma estivesse disponível, pode-se criar um verbo como “ser-Pégaso” ou “pegaseiar” e, a partir dele, definir a descrição “a coisa que pegaseia” para desempenhar este papel). Então afirmar que o Pégaso não existe é simplesmente dizer que não há um objeto x que corresponda ao Pégaso, então “Pégaso” não tem nenhuma referência entre os objetos existentes. Como conclusão geral, “um termo singular não precisa nomear para ser significativo” (QUINE, 2011, p. 21) e o uso de nomes próprios, comuns ou abstratos não implica em um compromisso existencial (CHATEUBRIAND, 2003, p. 45). Falar que algo existe é falar que esse algo pode ser o valor assumido por uma variável, como “x”, dentro de uma expressão que afirma existência, ou seja, que emprega o quantificador existencial, como “ $\exists(x)$ ”. Mas uma ressalva: essa quantificação existencial realmente afirma existência quando não pode ser eliminada por uma paráfrase lógica mais econômica da linguagem teórica, ou seja, a existência corresponde aos valores assumidos pelas variáveis no uso não ficcional do quantificador existencial (CHATEUBRIAND, p. 2003, p. 46).

Já no ensaio “*The Scope and Language of Science*” (2004; original: 1957), Quine apresenta como se vai da linguagem ordinária para a linguagem científica, um tema que também é desenvolvido por ele em grande extensão em “Palavra e Objeto”. Isso ocorre pela eliminação ao máximo possível das fontes de flutuação nos valores de verdade das sentenças da linguagem ordinária, quais sejam, as palavras indicadoras (como os pronomes), a ambiguidade ordinária e os tempos verbais (QUINE, 2004, p. 199-201), e pela abreviação dos termos em uma forma lógica (QUINE, 2004, p. 201-203). A formalização das sentenças científicas permite realocar todos os termos singulares (como “Pégaso” no exemplo do outro ensaio) por termos gerais (como “a coisa que pegaseia” como no outro ensaio), dos quais se possa falar em termos de quantificação existencial, atribuindo-se verdade ou falsidade à existência de algo, ao mesmo tempo em que se pode falar das características desse algo.

Em relação ao quinto critério, este diz respeito ao compromisso ontológico, como determinar as ontologias das teorias (da ciência ou do senso comum), ou seja, o domínio de objetos que elas aceitam como existentes. Dado o que foi dito anteriormente, resta claro que é por meio das sentenças com quantificação existencial que o compromisso ontológico de uma teoria é verificado. Novamente no ensaio *On What There Is* isso é deixado explícito:

Nós nos comprometemos com uma ontologia que contém números quando dizemos que há números primos maiores que um milhão; nós nos comprometemos com uma ontologia que contém centauros quando dizemos que há centauros; nós nos comprometemos com uma ontologia que contém Pégaso quando dizemos que Pégaso é. Mas nós não nos comprometemos com uma ontologia que contém Pégaso, o autor de Waverley ou a cúpula redonda quadrada do Berkeley College, quando dizemos que Pégaso não é, o autor de Waverley não é ou a cúpula redonda quadrada do Berkeley College não é. (QUINE, 2011, p. 201)

Peter van Iwangen (1998, p. 241-242, 246-247; cf. também BERTO, PLEBANI, 2015, p. 40-41) chama atenção para o fato de que não se deve entender o compromisso ontológico de Quine como significando que existem teorias como objetos prontos e acabados que só podem ser formalizadas de uma única maneira, mas sim como significando uma heurística para identificar se a atual formulação de uma teoria aceita sentenças que implicam outras com quantificação existencial sobre certos objetos e se seria possível formalizar de uma maneira diferente de modo a evitar a quantificação sobre esse tipo de objeto. As teorias não podem ser entendidas como tendo uma única forma lógica oculta, e o próprio Quine jamais ofereceu nenhum método mecânico para encontrá-la (IWANGEN, 1998, p. 246).

Assim, esse critério deve ser visto como uma tese sobre estratégia, sobre qual a melhor forma para fazer as pessoas deixarem o compromisso ontológico de seu discurso explícito: com a introdução de variáveis e quantificadores para formalizar as sentenças aceitas por uma pessoa, mostra-se que certa generalização existencial sobre objetos satisfazendo F pode ser formalmente deduzida delas, de tal forma que as sentenças aceitas mais a maneira como elas foram formalizadas comprometem o sujeito com a existência de coisas que satisfaçam F (IWANGEN, 1998, p. 246-247).

O papel da formalização é tornar mais explícito aquilo que um discurso teórico assume como existindo, que nem sempre pode estar claro em uma fala não formalizada, por exemplo, não se pode aceitar sentenças em língua ordinária cuja formalização seja “ $\exists(x) (Gx \ \& \ Hx)$ ” e, ao mesmo tempo, rejeitar uma correspondente sentença em língua ordinária cuja formalização seja “ $\exists(x) Gx$ ”, uma vez que “ $\exists(x) (Gx \ \& \ Hx) \rightarrow \exists(x) Gx$ ” (IWANGEN, 1998, p. 247-248). Caso se verifique, após a formalização de certa maneira, que há quantificação sob certos objetos

que alguém não quer assumir em sua ontologia (por exemplo, números), a pessoa pode tentar demonstrar que, sob uma formalização alternativa, é possível evitar comprometimento com a existência daqueles objetos enquanto preserva-se a coerência do discurso (cf. um exemplo em IWANGEN, 1998, p. 248-249).

Se não há uma única formalização automática disponível, que critérios devem guiar a decisão ôntica, acerca dos objetos que alguém aceitará em sua ontologia? Os critérios oferecidos por Quine no livro “Palavra e Objeto” são os mesmos que guiam a formulação de hipóteses científicas: se a admissão de determinado tipo de objeto é favorecida por sua associação com a estimulação sensorial (via frases de observação) ou por ganhos de utilidade teórica (QUINE, 2010, p. 293-299). Duas frases de Quine em “Dois Dogmas do Empirismo” sintetizam essa abordagem para a decisão ôntica: “A ciência é uma continuação do senso comum, e dá continuidade ao procedimento do senso comum de expandir a ontologia para simplificar a teoria” (QUINE, 2011, p. 69) e “questões ontológicas, sob esse ponto de vista, estão no mesmo pé que as questões da ciência natural” (QUINE, 2011, p. 70).

A proximidade com a estimulação sensorial nos faz favorecer objetos físicos e “dados dos sentidos” (objetos sensoriais subjetivos) em relação à admissão de objetos abstratos, mas não nos permite decidir entre um e outro ou pelos dois dada a inescrutabilidade da referência²²; ganhos em utilidade teórica nos permitem aceitar objetos físicos enquanto descartamos os “dados dos sentidos” por não precisarmos destes para dar conta do conhecimento do que temos do mundo; por fim, a proximidade com a estimulação sensorial não abrange os objetos físicos altamente inferenciais (que são postulações não observáveis de teorias científicas, como as partículas subatômicas), mas sua admissão pode ser favorecida em relação à dos objetos abstratos por implicar menor perda de homogeneidade, e, assim, menor perda de simplicidade teórica (QUINE, 2010, 293-296). Contudo, alguns objetos abstratos podem ser aceitos justamente pela sua eficácia para organizar e tornar expeditas as ciências, como as classes matemáticas, que são indispensáveis ao discurso matemático, e como os outros objetos abstratos deste discurso (relações, funções, números) podem ser formalizados como classes ou classes de classes e assim por diante (QUINE, 2010, p. 297-299), as classes fornecem todos os objetos necessários à matemática clássica, ao mesmo tempo que são úteis para clarificar relações fora da matemática (QUINE, 2010, p. 332-333). Assim, a ontologia aceita por Quine

²² Inescrutabilidade da referência é a tese segundo a qual não é possível determinar qual exatamente a referência dos termos de uma língua (STEIN, 2009, p. 7). Por exemplo, mesmo se um falante de uma língua indígena fictícia usa sempre “*gavagai*” quando usamos “coelho”, não é claro se “*gavagai*” refere a “coelho”, ao invés de “estágio de coelho”, “parte não destacada de coelho”, entre outras (QUINE, 2010, p. 80-83).

admite apenas objetos físicos mais classes matemáticas, e sua aceitação de objetos abstratos matemáticos como realmente existentes torna-o em um “platônico” em relação à matemática, portanto rejeitando o nominalismo em relação aos objetos da matemática, enquanto também tenha explorado como um projeto nominalista poderia ser avançado (CHATEUBRIAND, 2003, p. 43-44).

Quine também tem critérios substantivos sobre quais entes devem ser admitidos em uma ontologia: 1) indispensabilidade para nossas melhores teorias científicas, como já ilustrado pela decisão ôntica sobre as classes matemáticas, que também é conhecida como “argumento Quine-Putnam da indispensabilidade” (“*Quine-Putnam indispensability argument*”; cf. COLYVAN, 2015 e MARCUS, 2010 para uma exposição geral dos argumentos de indispensabilidade em filosofia da matemática, e LIGGINS, 2008, para uma crítica à noção de que Quine e Putnam teriam formulado um argumento equivalente em prol da admissão de classes); 2) “*no entity without identity*” (“nenhuma entidade sem identidade”), pelo qual não se deve admitir entidades que não tenham critérios ou condições de identidade claros (BERTO, PLEBANI, 2015, p. 41).

Esse segundo critério, da identidade, leva à rejeição de todos os objetos intensionais (objetos que podem ser distintos mesmo possuindo extensão idêntica), como proposições e propriedades, uma vez que a equivalência de extensões não é suficiente para estabelecer a identidade entre esses objetos (BERTO, PLEBANI, 2015, p. 41; cf. QUINE, 2010, p. 306). Proposições são entidades elusivas sem claras condições de individuação (CHATEUBRIAND, 2003, p. 42). Uma ontologia extensional consistindo de objetos concretos e classes seria a mais econômica ontologia suficiente para todos os propósitos da ciência (CHATEUBRIAND, 2003, p. 43-45). O próprio comprometimento ontológico pode ser descrito em termos puramente extensionais²³, como ocorre no ensaio “*Notes on the Theory of Reference*”, constante do livro “De um Ponto de Vista Lógico”, no qual esse critério é localizado dentro da teoria da referência, ao invés de na do significado:

Quando aplicada ao discurso com uma forma explicitamente quantificacional de linguagem, a noção de compromisso ontológico pertence à teoria da referência. Dizer que uma dada quantificação existencial pressupõe objetos de um dado tipo é dizer simplesmente que a sentença aberta depois do quantificador é verdadeira acerca de alguns objetos desse tipo e de nenhum objeto que não seja desse tipo. (QUINE, 2011, p. 184)

²³ Deve-se destacar que posteriormente Quine tentará outras formulações do comprometimento ontológico diferente daquela feita em “*Notes on the Theory of Reference*” (CHATEUBRIAND, 2003, p. 49), mantendo sempre a visão de que esse critério pertence à teoria da referência.

Já em relação ao primeiro critério, da indispensabilidade nas teorias científicas, advindo do naturalismo metodológico endossado por Quine, o mesmo pode ser sumarizado como a seguinte sequência de passos:

1 Paraphrase our best scientific theories into the canonical notation.

2 Take note of the ontological commitments of such paraphrase.

3 Accept these ontological commitments and just these.

(BERTO, PLEBANI, 2015, p. 32)²⁴

Ou, em uma formulação alternativa:

Our best theories, once paraphrased, are ontologically committed to Fs (or: are ontologically committed to a).

We should believe the paraphrases of our best theories.

Therefore:

We should believe that there are Fs (or: believe that a exists).

(LIGGINS, 2008, p. 120)²⁵

O naturalismo metodológico de Quine também se destaca pela noção de que o que diferencia o filósofo na tarefa da ontologia do cientista ou do matemático é que o filósofo emprega mais vezes a chamada “ascensão semântica”, que ocorre quando se passa do discurso (de 1ª ordem) sobre objetos para um discurso (de 2º ordem) sobre o discurso sobre objetos. Por meio dessa estratégia, leva-se a discussão para um nível em que os interlocutores concordam melhor quanto aos objetos, porque as palavras são objetos tangíveis da vida pública humana nas quais pessoas com esquemas conceituais distintos comunicam no seu melhor, de tal modo que essa ascensão para uma parte comum de dois esquemas fundamentalmente díspares possibilita melhor discutir essa mesma disparidade (QUINE, 2010, p. 338-339). Isso é muito útil para a filosofia, mas também é usado na ciência e na matemática, por exemplo, a teoria da relatividade de Einstein foi aceita também com base em reflexões sobre a própria teoria enquanto discurso e sua simplicidade em comparação com teorias alternativas (QUINE, 2010, p. 339-340). O maior uso da ascensão semântica na filosofia não restaura a distinção analítico-sintético:

²⁴ “1. Parafraseie nossas melhores teorias científicas em notação canônica.

2. Tome nota dos comprometimentos ontológicos de tal paráfrase.

3. Aceite esses comprometimentos ontológicos e apenas esses.” (tradução livre)

²⁵ “Nossas melhores teorias, uma vez parafraseadas, são comprometidas ontologicamente com Fs (ou: são comprometidas ontologicamente com a)

Nós devemos acreditar nas paráfrases de nossas melhores teorias.

Portanto:

Nós devemos acreditar que há Fs (ou: acreditar que a existe).” (tradução livre)

Pois não é como se as considerações de eficácia sistemática, considerações largamente pragmáticas, só fossem operativas quando fazemos uma ascensão semântica e falamos da teoria, e as considerações fatuais sobre o comportamento dos objetos no mundo só fossem operativas quando evitamos a ascensão semântica e falamos no seio da teoria. As considerações de eficácia sistemática são igualmente essenciais nos dois casos; acontece apenas que num caso lhes damos voz e no outro elas nos guiam tacitamente. E as considerações quanto ao comportamento dos objetos no mundo, mesmo o comportamento que afeta nossas superfícies sensoriais por contato ou radiação, são analogamente essenciais nos dois casos. (QUINE, 2010, p. 341)

A preocupação ontológica do filósofo, portanto, se distingue apenas na abrangência de categorias (QUINE, 2010, p. 342). O cientista pode assumir que objetos físicos existem e, dado isso, determinar que seres vivos existem, por exemplo. O matemático pode assumir que classes e outros objetos necessários à matemática existam e, dado isso, determinar se um número é primo ou não, por exemplo. O papel do filósofo é pôr sob escrutínio essa aceitação acrítica do domínio de objetos físicos ou de classes, ou qualquer outro pretense domínio de objetos, mas ao rever o esquema conceitual fundamental da ciência e do senso comum apenas pode fazê-lo de dentro de algum esquema conceitual, o mesmo ou outro, que também dependerá de escrutínio filosófico (QUINE, 2010, p. 342-343). Os métodos são os mesmos do teórico em geral, mesmo enquanto nenhuma experiência possa decidir uma questão ontológica, apenas “porque tais questões estão conectadas com as irritações da superfície de maneiras muito diversas, atravessando labirintos de teoria interposta” (QUINE, 2010, p. 343).

2.2. Naturalismo na Teoria Geral do Direito

Brian Leiter leciona sob a cadeira Karl N. Llewellyn de Teoria do Direito e é Diretor do *Center for Law, Philosophy & Humans Values* na Universidade de Chicago. É o principal expoente da Teoria Naturalizada do Direito (*naturalized jurisprudence*), sendo que os papers em que abordou a naturalização da teoria do Direito, baseado no naturalismo metodológico de Quine, foram compilados em seu livro *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (2007).

Optamos aqui por traduzir “*naturalized jurisprudence*” como “teoria naturalizada do Direito”. Enquanto “*jurisprudence*” possa ser traduzido como “ciência do Direito” ou “estudo do Direito” também, a *naturalized jurisprudence* constitui-se em uma abordagem filosófica ao Direito, não uma abordagem acerca da dogmática jurídica, e o termo em português que melhor reflete aquilo que Leiter intenciona “naturalizar” seria o de “teoria do Direito”. Abstendo-se de

entrar na discussão sobre a diferença entre teoria do Direito e filosofia do Direito, as tratamos como equivalentes²⁶.

O livro *Naturalizing Jurisprudence* é dividido em três partes: a 1ª trata do realismo jurídico norte-americano e de seus críticos, a 2ª trata de formas em geral de naturalizar a teoria do Direito, e a 3ª da relação entre o naturalismo, a moralidade e a objetividade. Cada uma dessas seções contém três artigos publicados por Leiter anteriormente ao livro, e as duas primeiras contém um pós-escrito feito para o livro.

Aqui nos interessam a 1ª e a 2ª parte do livro, uma vez que é nelas que Leiter apresenta fundamentos para a naturalização da teoria jurídica, na primeira sobre a teoria da adjudicação, na segunda sobre a Teoria Geral do Direito. A 3ª parte, que discute a visão de Leiter sobre moralidade e sobre a objetividade do Direito, não é de interesse no âmbito da presente dissertação, que visa primariamente a discussão de Leiter sobre a teoria da natureza do Direito. Além disso, a discussão sobre realismo jurídico na 1ª parte do livro será exposta neste capítulo porque foi por intermédio dela que Leiter iniciou sua proposta naturalista para a teoria jurídica, mas não será objeto dos próximos dois capítulos.

Todos os artigos diretamente sobre naturalização da teoria do Direito estão compilados neste livro, com exceção de *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence* (2001) e *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence: Reply to Redmayne* (2003), ambos em co-autoria com Ronald J. Allen, bem como *Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches. Public Law And Legal Theory* (2009a) e *Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited* (2011a), ambos escritos apenas por Leiter.

Há também artigos que abordam o giro naturalista e como ele desafia concepções prevalentes na teoria do Direito, como *The Methodology of Legal Philosophy* (2012), escrito em co-autoria com Alex Langlinais, e *The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism* (2011b), escrito apenas por Leiter.

Há também artigos que dizem respeito indiretamente à teoria naturalizada, como *Why Evolutionary Biology Is (So Far) Irrelevant to Legal Regulation* (2010), em co-autoria com Michael Weisberg, *The Boundaries of the Moral (and Legal) Community* (2013b), *The Epistemic Authority of the Human Sciences: Critical Reflections on Foucault* (2009b), estes

²⁶ Para os propósitos da presente dissertação, “filosofia naturalizada do Direito” pode ser tratada como sinônimo (bem como as formas abreviadas “teoria jurídica naturalizada” e “filosofia jurídica naturalizada”). Entretanto, a forma “Teoria Naturalizada do Direito” será preferida ao longo de toda exposição e discussão dessa ideia.

dois últimos escritos apenas por Leiter, os quais não serão abordados aqui. Suas publicações acerca do realismo jurídico também podem ser incluídas nesse âmbito.

Nas subseções a seguir, abordaremos em detalhe a concepção de Leiter para a Teoria do Direito, pela revisão dos principais ensaios e livros mencionados acima.

2.2.1 FUNDAMENTOS DA TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO EM BRIAN LEITER

2.2.1.1. O Antigo Realismo Jurídico Americano como Precursor e Modelo para a Teoria Naturalizada do Direito

A existência de indeterminação no resultado exigido por um sistema jurídico para resolução de certos casos, os chamados “casos difíceis” (*hard cases*), suscita importantes questões para a teoria do Direito. Leiter (1995), no paper denominado *Legal Indeterminacy*, afirma que o objeto da indeterminação é a classe de razões jurídicas, que consiste de quatro componentes:

1) Fontes legítimas do Direito (por exemplo, leis, constituições, decisões judiciais, política social, moralidade);

2) Operações interpretativas legítimas que podem ser realizadas em relação às fontes para gerar regras jurídicas (por exemplo, métodos adequados de interpretar leis ou precedentes ou de raciocínio sobre conceitos morais na medida em que estes apareçam nas fontes);

3) Operações interpretativas legítimas que podem ser realizadas em relação aos fatos documentados para gerar fatos de significância jurídica (por exemplo, métodos adequados para agrupar e categorizar situações de fato para análise legal);

4) Operações racionais legítimas que podem ser realizadas sobre fatos e regras jurídicas para finalmente alcançar decisões particulares (por exemplo, o raciocínio dedutivo).

Se indeterminação surgir em pelo menos um desses quatro componentes, pode-se dizer que a classe de razões jurídicas é indeterminada, e, assim, o Direito não pode fugir de certo grau de indeterminação. A indeterminação implica na ausência de apenas uma única resposta certa nos casos difíceis, o que pode significar a inexistência de qualquer resposta juridicamente válida ou a presença de mais de uma resposta desse tipo, com base na classe de razões jurídicas.

Em sua *Note on Legal Indeterminacy*, seção do livro *Naturalizing Jurisprudence*, Leiter (2007, p. 9) confirma o quadro esquemático acima e esclarece ainda mais duas formas em que o Direito pode ser indeterminado: 1) Racionalmente indeterminado: se a Classe de razões jurídicas é insuficiente para justificar somente um resultado para determinado caso; 2)

Causalmente indeterminado: se a Classe de razões jurídicas conjuntamente com as condições de pano de fundo (*Background Conditions*) relevantes não explicam causalmente a decisão do juiz, sendo que essas condições incluem duas premissas: (a) os juízes são racionais, honestos, competentes e livres de erro; (b) o Direito exerce sua influência causal através das razões. Dito de outro modo, dado um caso concreto, o Direito seria racionalmente determinado na medida em que haja uma única resposta juridicamente válida, e seria causalmente determinado se agentes racionais desempenhando a função de juízes tiverem sua tomada de decisão causada pelas razões jurídicas.

A indeterminação causal apesar da satisfação das *Background Conditions* é tipicamente derivada da indeterminação racional do Direito: quando as razões jurídicas não justificam somente um resultado para um caso, então fatores psicológicos e sociológicos (como a personalidade ou atitude política do juiz) determinarão causalmente a decisão (LEITER, 2007, p. 10).

O Direito pode ainda sofrer de: 1) Indeterminação Racional Global: se a Classe de razões jurídicas não justifica somente um resultado em qualquer caso, de modo que em todos os casos há indeterminação; 2) Indeterminação Racional Local: se a Classe de razões jurídicas não justifica somente um resultado em alguma classe particular de casos, mas nos outros casos só um resultado é justificado (LEITER, 2007, p. 11).

O positivismo jurídico analítico entende que a indeterminação racional do Direito é local, pois se aplica apenas aos casos difíceis (*hard cases*), enquanto o interpretativismo de Ronald Dworkin, por exemplo, defende que a inclusão de princípios morais que vão além do teste de pedigree da norma de reconhecimento faz o Direito ser racionalmente determinado inclusive nesses casos, sendo apto a dar uma única resposta certa (LEITER, 2007, p. 11).

Em seu seminal *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, constante do livro *Naturalizing Jurisprudence*, Leiter (2007, p. 21) oferece uma reconstrução filosófica do realismo jurídico norte-americano do início do século XX, pela qual seus principais comprometimentos filosóficos seriam o naturalismo e o pragmatismo. Como seu paper *American Legal Realism*, de 2005, também comenta sobre o realismo de forma próxima, colocarei as referências também às páginas deste outro paper.

O objetivo é rebater uma visão comum e distorcida existente sobre o realismo jurídico, endossada de Hart a Dworkin, à qual ele denomina de *Received View*, pela qual o realismo jurídico é fundamentalmente uma teoria descritiva sobre a natureza da decisão judicial, de

acordo com a qual os juízes exercem discricionariedade irrestrita (tese da volição judicial), para alcançar resultados baseados em seus gostos e valores pessoais (tese da idiossincrasia judicial), que eles então racionalizam por meio das razões e regras jurídicas apropriadas (LEITER, 2007, p. 16).

Enquanto o realismo jurídico seja realmente uma teoria descritiva que envolve a racionalização depois do fato de decisões judiciais tomadas por outros motivos, Leiter (2007, p. 16-17) questiona que se possa corretamente atribuir a tese da volição judicial e da idiossincrasia judicial à grande maioria dos realistas jurídicos históricos (de nomes como Karl Llewellyn, Underhill Moore, Felix Cohen, Leon Green, Herman Oliphant, Walter Wheeler, Max Radin, etc.), com exceção de Jerome Frank, que era reconhecido pelos próprios realistas como esposando uma visão extremada.

Outro objetivo do artigo, em paralelo ao anterior, é negar a visão dos defensores dos *Critical Legal Studies*²⁷ de que os realistas jurídicos foram precursores do desconstrutivismo e do pós-modernismo, uma vez que tal forma de entendê-los não consegue localizá-los dentro das questões e problemas da teoria do Direito (LEITER, 2007, p. 18), bem como olvida que os teóricos realistas vinham de uma cultura intelectual da década de 20 e 30 dos Estados Unidos baseada na ciência natural como paradigma de todo conhecimento, na centralidade da metodologia empírica e na intenção de que as ciências sociais imitassem os métodos e sucessos das ciências naturais, portanto, em franco contraste ao pós-modernismo (LEITER, 2007, p. 18; cf. LEITER, 2005, p. 50).

Para Leiter, os *Critical Legal Studies* estão comprometidos com a indeterminação racional global do Direito, baseada em características gerais da linguagem e pela existência de princípios morais e políticos conflitantes embaixo do que seria a superfície jurídica²⁸; em

²⁷ *Critical Legal Studies* designa um movimento dentro dos estudos jurídicos, principalmente nas décadas de 70 e 80, que visava uma teoria crítica do Direito, recorrendo a métodos marxistas e desconstrutivistas para desvelar as relações de poder encobertas sob o manto da juridicidade. São uma instância de um modelo de ciência jurídica que Álvaro Núñez Vaquero (2013, p.71) chama de “dogmática jurídica crítica”, que enxerga o Direito como a continuação da política por outros meios, de tal modo que os estudiosos jurídicos são agentes políticos que devem estar conscientes do papel importante que eles desempenham e agir de acordo.

²⁸ Álvaro Núñez Vaquero (2013, p.71-72) afirma que as teorias críticas da dogmática jurídica (onde incluem-se os *Critical Legal Studies*) estão comprometidas com a tese da contradição fundamental para explicar a indeterminação do Direito: nosso Direito tem como ideologia subjacente o liberalismo político, e este, por sua vez, está marcado por dois valores ético-políticos incompatíveis, o individualismo e o altruísmo, mas isso é mascarado pela dogmática jurídica que trata os sistemas jurídicos como conjuntos de regras, ocultando sua contradição política e fomentando o aspecto individualista do liberalismo. Assim, para esses teóricos críticos, toda consideração sobre o Direito é expressa de um ponto de vista político e é melhor estar ciente desse condicionamento, fazendo uma dogmática jurídica que seja crítica – desvelando as ideologias por trás das interpretações objetivas mesmo nos casos fáceis – e construtiva – criando caminhos para a mudança social – (VAQUERO, 2013, p. 72-73).

contraste, os realistas jurídicos estavam comprometidos com a indeterminação racional local do Direito, analisando os casos difíceis, justamente aqueles que levam a litígios judiciais e especialmente aqueles que passam por uma apreciação recursal (LEITER, 2007, p. 20), e seu foco era na existência de métodos de interpretação conflitantes, mas igualmente legítimos (LEITER, 2007, p. 20; cf. LEITER, 2005, p. 51). Portanto, não seria possível confundir as propostas do velho realismo jurídico com aquelas esposadas pelos teóricos dos *Critical Legal Studies*.

Leiter (2007, p. 21-24; cf. LEITER, 2005, p. 50, 52-53) considera que a reivindicação central (*Core Claim*) do realismo jurídico é a de que os juízes respondem primeiramente ao estímulo dos fatos, ou seja, os juízes chegam à decisão com base no que eles pensam que seja justo ou adequado sobre os fatos do caso, ao invés de embasados nas regras jurídicas aplicáveis (ainda que, como destaca na nota de rodapé nº 32 do ensaio de LEITER, 2007, ao qual estamos nos referindo aqui, nunca nenhum realista tenha dito que as regras nunca importavam no curso da decisão, com exceção talvez de Underhill Moore).

As já mencionadas teses da volição judicial e da idiosincrasia judicial imputadas ao realismo jurídico pela *received view* (como influenciadas por apenas um realista, Jerome Frank) implicam na imprevisibilidade total de prever a decisão judicial, enquanto o *core claim* dos realistas envolvia uma intenção de criar métodos de predição da decisão judicial, de modo que envolve duas teses distintas àquelas: 1) tese do determinismo: a escolha judicial está suficientemente sujeita a limites, de modo que predição seja possível; 2) tese da generalidade: esses limites à escolha não consistem em fatos idiosincráticos sobre juízes individuais, mas devem ser de suficiente generalidade para serem acessíveis e admitir o tipo de generalizações baseadas em leis (do tipo científico, não jurídico) que permitem predições (LEITER, 2007, p. 25).

Os realistas, enquanto nem sempre claros a respeito, entendiam que esses fatos determinantes da decisão judicial suficientemente comuns entre os juízes estavam relacionados com determinadas características compartilhadas pelos juízes, às quais canalizavam suas decisões dentro de certos padrões regulares (LEITER, 2007, p. 26-27).

Os exemplos concretos principais dados pelos realistas vinham do Direito Comercial, no qual argumentavam que os juízes, principalmente aqueles em tribunais recursais, ao decidirem sobre os fatos em tais casos, recaíam em um dos dois padrões seguintes: ou 1) julgam impondo as normas da cultura comercial prevalecente, ou 2) tentam alcançar a decisão que seja a socioeconomicamente melhor sob as circunstâncias (LEITER, 2007, p. 27).

Leiter faz uma descrição sucinta de alguns desses realistas: 1) Llewellyn entendia a decisão judicial como uma reação dos juízes às situações-tipo envolvidas em determinada prática social, na qual padrões comportamentais socialmente esperados ganham peso judicial; 2) Underhill Moore tentou sistematizar essa abordagem no que ele denominou de “método institucional”, pelo qual se identifica o comportamento normal de qualquer “instituição” (como a dos bancos comerciais), demarcam-se os desvios dessa norma quantitativamente e tenta-se determinar o ponto no qual o desvio em relação à norma padrão causará uma decisão judicial que corrige o desvio (LEITER, 2007, p. 27-28; cf. LEITER, 2005, p. 55).

Leiter (2007, p. 29-29; cf. LEITER, 2005, p. 54-56) faz uma distinção aqui entre duas abordagens de realismo: 1) o braço sociológico (majoritário): a decisão dos juízes é determinada por “situações-tipo”, isto é, o padrão geral de comportamento exemplificado pelos fatos particulares de determinada espécie de litígio, e que constituiriam o comportamento normal ou socioeconomicamente desejável em um contexto relevante (como o comercial), e essa determinação ocorre pelo perfil sociológico dos juízes, certos fatos psicossociais de sua formação profissional; 2) o braço idiossincrático (minoritário): a decisão dos juízes é baseada em seus gostos e crenças pessoais, bem como em suas afinidades ou não afinidades com os indivíduos que vem perante o tribunal, logo, baseia-se em detalhes específicos à psicologia e personalidade de cada juiz. Essa divisão elucida o problema com a *received view* acerca do realismo jurídico: o braço majoritário deste atribuía causas sociológicas, não idiossincráticas, à decisão judicial, de modo que não estava comprometido com as teses da volição judicial e da idiossincrasia judicial.

Os realistas jurídicos, em seu braço sociológico, seriam precursores do naturalismo, como sua base filosófica subjacente, porque fizeram um passo análogo ao de Quine na epistemologia: assim como o anti-fundacionalismo de Quine considera que a evidência sensorial não justifica apenas uma teoria científica (subdeterminação da teoria em relação aos fatos), o que exigiria substituir a epistemologia tradicional normativa por uma investigação descritiva de como chegamos da evidência à teoria, os realistas jurídicos entenderam que as regras jurídicas não justificam uma só decisão judicial para todo caso (indeterminação racional do Direito, ou subdeterminação da decisão judicial à classe de razões jurídicas), o que exigiria realocar o programa fundacional de justificar apenas um resultado jurídico sob a base das razões jurídicas aplicáveis por uma investigação empírica da causa da decisão judicial (LEITER, 2007, p. 39-40; cf. LEITER, 2005, p. 56-57).

Leiter (2007, p. 40-46) descreve quatro argumentos que podem ser utilizados contra essa analogia entre a naturalização da epistemologia e o gesto realista em relação à teoria da adjudicação, bem como expõe os contra-argumentos pertinentes. Os 4 argumentos são: 1) os realistas não dizem que o Direito é indeterminado em todos os casos, enquanto a subdeterminação da teoria pela evidência na epistemologia aplica-se a todas as teorias científicas; 2) a teoria da adjudicação não é um programa fundacionalista, porque não pretende justificar apenas um resultado, mas apenas estabelecer o domínio de razões jurídicas normativamente corretas que deveriam ser seguidas; 3) podem haver razões não jurídicas (por exemplo, morais ou políticas) que justifiquem apenas uma decisão, então mesmo se as razões jurídicas forem indeterminadas, a decisão judicial ainda assim seria determinada por razões; 4) o argumento realista da indeterminação jurídica baseia-se em uma abordagem conceitual (não naturalizada) do critério de juridicidade (como as fontes legítimas do Direito), portanto, pressupõe uma teoria do Direito mais geral que não é ela mesma naturalizada.

A resposta de Leiter é bem detalhada, e aqui só poderemos apresentar um resumo: 1) basta que haja algum substancial domínio de casos em que um programa fundacional não possa ser realizado, para que a analogia com Quine seja correta; 2) uma teoria normativa da adjudicação judicial que não tenta excluir a indeterminação racional não é satisfatoriamente normativa, porque não efetivamente guia a decisão, de modo que não representa uma real alternativa à explicação causal da decisão judicial; 3) mesmo razões não jurídicas são racionalmente indeterminadas e, mesmo quando essas razões são determinadas, ainda há espaço para uma explicação naturalista sobre o porquê das pessoas responderem às razões que elas respondem; 4) os realistas requerem a naturalização da teoria da adjudicação, não de toda a teoria do Direito.

Alguns comentários precisam ser tecidos aqui sobre esta resposta. O ponto forte da defesa de Leiter não é tanto argumentar o quão precisa é a analogia da teoria normativa da adjudicação com a epistemologia normativa, mas sim que os realistas jurídicos entendem que a aquisição de conhecimento na teoria da adjudicação (para os *hard cases*) é possível por meio de uma descrição causal da decisão judicial que permita predizê-la, ao invés de uma justificação normativa baseada em razões jurídicas suficientes. Isso significa que os realistas jurídicos realmente estariam movendo a teoria da adjudicação para o mesmo campo epistemológico em que Quine pensa a ciência, com base na pragmática do sucesso preditivo.

Por outro lado, a resposta dada por Leiter ao 4º argumento representa um estágio mais antigo da sua concepção de uma Teoria Naturalizada do Direito, um estágio que podemos

considerar bastante incompleto. Aqui ele concede que a naturalização ocorre para apenas uma parte da teoria do Direito e que a naturalização desta parte – a teoria da adjudicação – *depende* de que outra parte – a teoria do que constitui uma fonte válida do Direito, isto é, a teoria da validade – não esteja naturalizada.

Como será explicado melhor no próximo tópico, Leiter depois chegará à conclusão de que é possível defender a norma de reconhecimento do positivismo exclusivo de Raz não sob a base de intuições e da análise conceitual deste, mas como um pressuposto de uma teoria sociocientífica da adjudicação, que seria o *Attitudinal Model*. Portanto, a norma de reconhecimento exclusiva, base para determinar o que seriam as fontes jurídicas legítimas, seria deduzida a partir de uma descrição causal do comportamento judicial, de modo que a teoria da validade, na medida em que seja necessária à teoria da adjudicação, também é naturalizada.

Mas é importante destacar que isso não significa que os realistas jurídicos tivessem uma teoria naturalizada da validade, e, como descrição histórica do realismo, é correto dizer que sua forma de ver a decisão judicial pressupõe uma formulação conceitual não-naturalizada do que seriam as fontes jurídicas legítimas.

Como deixa bem claro em *Legal Realisms: Old and New*, os realistas americanos eram professores de Direito e advogados, com pouco treinamento filosófico, distintos dos realistas escandinavos, os quais eram filósofos de formação preocupados explicitamente com o problema da localização, isto é, como localizar um fenômeno dentro de um mundo concebido de forma naturalista (LEITER, 2013a, p. 951), o que inclusive aproxima o realismo escandinavo mais de positivistas como Hart e Kelsen do que do realismo americano (LEITER, 2013a, p. 953).

Neste ensaio, Leiter (2013a, p. 954) define também que a tese que unifica todos os realistas, apesar da diferença clara entre os americanos e os escandinavos, seria o “ceticismo em relação à doutrina” (*Skeptical Doctrine*), ou seja, o ceticismo em relação à eficácia causal da doutrina jurídica em determinar as decisões judiciais. A diferença entre esses realistas seria que esse ceticismo, nos escandinavos, estende-se à existência de objetos abstratos como normas, enquanto para os realistas americanos (bem como para os italianos e os cientistas políticos contemporâneos que estudam o processo judicial) é restrito apenas à eficácia causal na decisão judicial.

Outra objeção mais forte para a relação entre a epistemologia naturalizada e a teoria naturalizada da adjudicação na teoria do Direito seria a de que, conforme afirmado em

Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence e repetido em *Legal Realisms: Old and New*, o conhecimento empírico que substituirá a teoria não naturalizada da adjudicação não precisa ser um corpo de conhecimento sociocientífico, mas o tipo de conhecimento prático (e, portanto, usando conceitos do senso comum ao invés de conceitos analíticos) que advogados experientes usam na tentativa de prever a decisão judicial e oferecer aconselhamento a seus representados (LEITER, 2007, p. 54-55; LEITER, 2013a, p. 957). Em contraste, a epistemologia naturalizada de Quine substitui a abordagem normativa pela psicologia científica empírica e, em decorrência da adesão de Quine ao behaviorismo, rejeita noções da “psicologia do senso comum”.

Mas Leiter (2007, p. 56-57) entende que isso não é um obstáculo, uma vez que a continuidade metodológica entre as ciências não precisa levar necessariamente à rejeição dos conceitos de senso comum e o sucesso pragmático desse conhecimento prático depõe em favor de seu caráter naturalista, mesmo enquanto a esse conhecimento prático falte a sistematicidade das teorias genuinamente científicas.

2.2.1.2. O Desafio Metodológico ao Positivismo Jurídico Analítico e a Alternativa Naturalista

Um argumento mais sistemático que Brian Leiter recorre para defender a Teoria Naturalizada do Direito, e completamente independente do argumento em relação ao realismo jurídico analisado no tópico anterior, é o de que o naturalismo é uma alternativa satisfatória aos métodos favorecidos pelo positivismo jurídico analítico, quais sejam, a análise conceitual e o recurso às intuições, e que responde melhor ao desafio metodológico levantado por John Finnis ao positivismo.

As bases epistemológicas desse raciocínio são discutidas em detalhe nos ensaios *Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis* e *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, constantes do livro *Naturalizing Jurisprudence* (2007).

No ensaio *Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis*, Leiter (2007, p. 121-122) defende que os realistas jurídicos americanos são positivistas jurídicos tácitos, uma vez que pressupõem visões sobre o critério da juridicidade ou validade jurídica que têm afinidade com as abordagens positivistas, no sentido de empregarem testes de *pedigree* para a validade jurídica. Também entende que o positivismo dos realistas estaria alinhado ao positivismo exclusivo (ou *hard positivism*), pelo qual a norma de reconhecimento exclui critérios de validade que não sejam de *pedigree*, como os critérios morais.

Todos os argumentos dos positivistas exclusivos para essa visão tinham sido conceituais, recorrendo à análise conceitual, de modo a fornecer a melhor explicação para várias características do conceito de Direito (LEITER, 2007, p. 123). Contudo, se o conceito “Direito” refere-se a um tipo de instituição social, então analisar o “falar do Direito” (*law-talk*) é instrumental ao objetivo de entender o mundo, e as implicações disso devem ser levadas a sério: não há nenhuma razão particular para que essa análise seja o único ou o melhor instrumento para o desempenho dessa tarefa (LEITER, 2007, p. 124).

Ao longo do ensaio, são analisados dois argumentos conceituais usados em favor da norma de reconhecimento ser exclusiva: o argumento do guia público da conduta (LEITER, 2007, p. 125-128) e da autoridade (LEITER, 2007, p. 129-131). Enquanto considere que o segundo argumento seja parcialmente bem-sucedido, são levantados sérios questionamentos à análise conceitual (LEITER, 2007, p. 131-135).

Leiter (2007, p. 132-133) discute o ponto levantado por Stephen Perry de que, se para analisar o conceito de Direito é preciso ter uma ideia da sua função, e pensar a função do Direito envolve um argumento normativo, sobre o que o Direito deve ser, o que contradiria o postulado do positivismo metodológico de ser uma teoria puramente descritiva. Sem tal argumento, as abordagens de Dworkin da função fundamental da *common law* da adjudicação baseada em princípios morais ou a do *justice* Holmes de sanções que criam razões prudenciais para ação seriam tão válidas quanto a ideia positivista do Direito como provendo um guia público para a conduta. Decidir entre elas envolveria engajar em um tipo de argumento normativo que o positivista rejeita.

A limitação destacada por Perry advém da análise conceitual. Enquanto seja possível que uma dessas concepções fosse a opção que melhor se coaduna com as características do conceito, o fato é que a filosofia torna-se insatisfatória quando volta-se para as intuições e a sociologia *armchair* (de gabinete) sobre o que é realmente fundamental para os “nossos” conceitos (LEITER, 2007, p. 133). O problema não está no aspecto descritivo da teoria do Direito positivista, mas no método conceitual, que não permite decidir entre diferentes abordagens sobre o que o Direito realmente é ou qual sua função.

Uma maneira de escapar aos problemas da análise conceitual seria fazer como Perry e abandonar o positivismo metodológico, a teoria descritiva do Direito; a outra seria a de abraçar a teoria descritiva do Direito, mas naturalizá-la, de modo a tornar os resultados da análise conceitual sujeitos às exigências de uma construção de teoria *a posteriori* (LEITER, 2007, p. 134-135).

Portanto, se uma análise conceitual proposta deve ser preferida a outras, deve ser porque ela facilita teorias *a posteriori* bem-sucedidas do Direito e das instituições jurídicas, e a justificativa para entender que a norma de reconhecimento é exclusiva não deve ser a de que seria a melhor abordagem para o “real” conceito de Direito, mas sim por figurar entre os programas de pesquisa *a posteriori* mais frutíferos, que dão a melhor abordagem sobre como o mundo funciona; e isso demanda dos teóricos do Direito que se defrontem seriamente com que antropólogos, sociólogos, psicólogos e outros tenham a dizer sobre as práticas sociais no e ao redor do Direito (LEITER, 2007, p. 134).

Em *Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence*, Leiter (2007, p. 154) argumenta que o debate Hart/Dworkin não é mais relevante, uma vez que todas as críticas levantadas por Dworkin já foram respondidas satisfatoriamente, e que o debate relevante hoje se concentra em dois aspectos: 1) a abordagem correta para o conteúdo da regra de reconhecimento e seu relacionamento com a possibilidade da autoridade do Direito (o debate Hart/Raz); 2) e a metodologia apropriada para a teoria do Direito, com destaque para o desafio feito por John Finnis em seu “Lei Natural e Direitos Naturais”.

Brian Leiter (2007, p. 166-168) entende que Finnis coloca um desafio relevante ao positivismo jurídico analítico, ao destacar que toda teoria descritiva precisa de uma avaliação para determinar seu ponto focal, mas que ele comete um *non sequitur* quando passa da “verdade trivial” de que avaliações sobre o que é mais importante e central são indispensáveis ao teórico descritivo à tese de que essa avaliação implica decidir quais são os verdadeiros requisitos da razoabilidade prática. A adesão a valores epistêmicos, que especificam os *desiderata* acerca da verdade almejados na construção e na seleção das teorias (adequação probatória, simplicidade, conservadorismo metodológico, consiliência, etc.), é o único tipo de avaliação necessária para a teoria descritiva do Direito (LEITER, 2007, p. 168).

Após criticar um argumento semelhante de Perry (LEITER, 2007, p. 170-172) e uma posição intermediária em Dickson (LEITER, 2007, p. 172-175), Leiter (2007, p. 175-181) passa a discutir a metodologia da teoria do Direito e o giro naturalista. Entende que a teoria do Direito precisa ser descritiva, mas que as duas principais formas de argumentação usadas pela teoria descritiva – a análise dos conceitos e o apelo às intuições – são epistemologicamente falhos (LEITER, 2007, p. 175).

O que acontece à análise conceitual uma vez assumida a crítica quineana? Um ponto importante aqui é a distinção entre análise conceitual modesta e imodesta, seguindo uma distinção apresentada por Jackson, um filósofo analítico que discute metodologia filosófica e

defende a análise conceitual. A análise conceitual imodesta visa analisar os conceitos para descobrir como o mundo realmente é, enquanto a análise conceitual modesta analisa os conceitos para descobrir a teoria de senso comum sobre aqueles conceitos (LEITER, 2007, p. 176). Leiter entende que Jackson teve de reconhecer a crítica quineana e por isso, apesar de Jackson ser um defensor da analiticidade, teve de fazer uma concessão significativa: a análise conceitual entendida em seu papel modesto acaba por aproximar-se em muito de uma lexicografia, não fornecendo verdades necessárias ou atemporais sobre como as coisas são, por seus resultados serem estritamente etnográficos (LEITER, 2007 p. 176-177). Aqui Leiter chega mesmo a dizer que a análise conceitual seria apenas uma “lexicografia glorificada”. Mas ele muda de opinião posteriormente, admitindo espaço para a análise conceitual modesta, entendendo-a como mais substantiva que mera lexicografia (LEITER, 2007, p. 197-198²⁹; confirmado também em LEITER, 2011a, p. 512).

Uma consequência importante que Leiter retira disso é que as pretensões da teoria jurídica analítica, que é feita em cima de análise conceitual, são imodestas. O método da análise conceitual não pode descobrir verdades necessárias e atemporais sobre o mundo, mas é isso que os teóricos na tradição descritiva de tipo conceitual estão pretendendo fazer (LEITER, 2007, p. 177). Portanto, uma teoria sobre a natureza do Direito que pretenda descobrir verdades necessárias e essenciais sobre ele por meio da análise conceitual pratica a forma imodesta dessa análise (LEITER, 2007, p. 178).

Em relação às intuições, Leiter (2007, p. 178) recorre ao estudo pioneiro em filosofia experimental de Jonathan Weinberg, Shaun Nichols, e Stephen Stich, *Normativity and Epistemic Intuitions* (2001), onde estes teriam apresentado que um dos exemplos mais famosos de sucesso em análise conceitual, os contra-exemplos de Edmund Gettier (1963) à análise do conhecimento como “crença verdadeira justificada”³⁰, baseava-se em fatos meramente etnográficos sobre intuições epistêmicas de certos grupos socioeconômicos e em certas culturas (LEITER, 2007, p. 178)³¹. Etnia e status socioeconômico não são fatores que rastreiam a

²⁹ Ensaio “Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory”.

³⁰ A análise de Gettier (1963) consistiu da formulação de dois casos hipotéticos onde não estaríamos dispostos a atribuir conhecimento ao agente mesmo enquanto pudéssemos manter que ele tinha uma crença, que essa crença era verdadeira e que essa crença era justificada. Isso ocorre porque o agente “evitou ter uma crença falsa simplesmente por meio de uma espécie de ‘sorte’ que parece incompatível com a ideia de se possuir conhecimento” (FUMERTON, 2014, p. 47). Dessa forma, esses casos hipotéticos serviriam como contra-exemplos a uma análise do conceito de “conhecimento” como “crença verdadeira justificada”.

³¹ Recentemente foi produzida evidência de que as intuições epistêmicas não variam entre culturas e grupos socioeconômicos (Machery et al, 2015; Seyedsayamdost, 2015; Kim, Yuan, 2015; Nagel, Juan, Mar, 2013), o que contraria o estudo citado por Leiter. Entretanto, isso não enfraquece o ponto geral sobre a necessidade de verificar empiricamente se as intuições variam conforme fatores que não rastreiam a verdade, uma vez que é bem apoiado

verdade (*truth-tracking factors*), ou seja, se o conhecimento é ou não crença verdadeira justificada não depende da etnia ou do status socioeconômico das pessoas. Mas se as intuições epistêmicas variam com esses fatores, isso significa que os juízos sobre os contra-exemplos de Gettier variam com fatores que não rastreiam a verdade. Portanto, as intuições que possuímos podem não ser confiáveis para estabelecer a verdade.

Citando a análise de Robert Cummin em intuições usadas para teoria do conteúdo mental, é de se questionar se um efeito de seleção está ocorrendo na filosofia do Direito, pelo qual aqueles que não compartilham certas intuições estão sendo excluídos de participar da discussão filosófica relevante, levando em conta a predominância de uma escola, a Universidade de Oxford (LEITER, 2007, p. 179).

O que fazer diante disso? A ideia de Cummins é que, ao invés de analisar nossas intuições sobre a natureza do espaço e do tempo, perguntamos o que o espaço e o tempo têm de ser caso nossa atual teoria física seja explicativa e verdadeira; ao invés de analisar nossas intuições sobre nosso conteúdo representacional, perguntamos o que devem as representações ser para que nossa atual teoria cognitiva seja verdadeira e explicativa (LEITER, 2007, p. 179). Em ambos os casos mencionados de ramos diferentes da filosofia, recorre-se às teorias científicas relevantes e analisa-se o que elas pressupõem sobre a natureza do objeto investigado, ao invés de recorrer às intuições das pessoas.

O registro histórico também favoreceria uma ontologia construída a partir da ciência, na qual apenas se aceita o que existe como postulado pelas nossas teorias científicas mais bem-sucedidas, dado que muito do que parece intuitivo sobre o mundo veio a ser demonstrar equivocado por meio de descobertas empíricas (LEITER, 2007, p. 180).

Portanto, é necessária uma aderência ao método naturalista, baseado em duas teses subsidiárias: 1) tese substantiva: a respeito do que há e do que nós podemos saber, não há nada melhor que a teoria científica bem-sucedida; 2) tese metodológica: na medida em que a filosofia se preocupa com o que há e com o que nós podemos saber, ela deve operar como o braço abstrato da teoria científica bem-sucedida (LEITER, 2007, p. 180). É importante destacar aqui que, enquanto Leiter não o fale explicitamente, ambas as teses podem ser rastreadas até Quine, não apenas a segunda, tendo em vista o que discutimos na seção sobre as ideias de Quine a

pela evidência que esses fatores influenciam pelo menos algumas intuições filosoficamente relevantes, enquanto a extensão em que variáveis demográficas e maneiras de apresentação influenciam os juízos elicitados por experimentos de pensamento permanença não clara (Machery, O'Neill, 2014, p. xvii). Mais sobre as implicações disso será discutido no capítulo 4º.

respeito do compromisso ontológico das teorias. A tese substantiva é a de que apenas devemos nos comprometer ontologicamente com aqueles entidades que nossa melhor ciência também se compromete.

Assim, diante do positivista, defrontam-se dois oponentes com duas propostas alternativas: o crítico ao estilo de Finnis, que entende que os valores epistêmicos não são suficientes para demarcar o objeto da teoria, oferecendo a solução de guinar para a avaliação moral do Direito; e o crítico naturalista, que pensa que os valores epistêmicos em conexão com os métodos dominantes da análise conceitual e do recurso às intuições produzem resultados etnograficamente relativos, oferecendo a solução do método naturalista de Cummins. Em suma, o teórico do Direito deve optar em voltar-se para a moralidade ou para a ciência (LEITER, 2007, p. 181).

É preciso destacar que Leiter reconhece que há limitações para uma completa naturalização da teoria jurídica recorrendo-se à ciência, mas ele entende que essa limitação é contingente ao fato de que as ciências sociais ainda não têm suficiente poder preditivo.

No ensaio *Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory*, escrito para a coletânea, Leiter (2007, p. 192) considera que é uma objeção pertinente à ideia de recorrer à ciência para tratar das questões da teoria jurídica o fato de que não temos uma ciência empírica sobre o Direito que seja robusta e epistemicamente crível, de alto sucesso preditivo. Mas também considera que as alternativas conceituais não podem fazer mais do que essa teoria naturalizada poderia fazer, de modo que isso não é suficiente para que retornemos ao tipo de investigação puramente conceitual que a teoria jurídica analítica preconiza (cf. LEITER, 2007, p. 192-198).

Já no ensaio *Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited*, Brian Leiter (2011a, p. 511) entende que as investigações das ciências sociais sobre o Direito e os tribunais ainda não têm o poder preditivo necessário para garantir inteira confiança epistêmica em seus resultados, mas essa situação pode mudar no futuro. Corroborando o seu pós-escrito na coletânea de 2007, ele destaca que tratou-se de um desenvolvimento em suas ideias, no qual um otimismo inicial declinou, mas que ele mantém que o poder explanatório do modelo mais bem-sucedido existente apoia certas conclusões teóricas sobre o Direito.

Outro ponto a ser esclarecido é se Leiter estaria mudando o objeto da teoria jurídica ao propor sua naturalização metodológica. Esse é um dos principais pontos argumentados no

ensaio *Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory*, e a resposta de Leiter é que isso não muda o objeto, mas que é possível muda-lo futuramente.

Em primeiro lugar, Leiter (2007, p. 186) toma como objeto da Teoria Geral do Direito a definição que Raz faz, como uma busca pelas verdades essenciais e necessárias sobre a natureza do Direito.

A princípio o naturalismo pode demonstrar que certos fatos a serem explicados não são fatos reais, por sua incompatibilidade com as teorias científicas mais bem-sucedidas, como parece o caso do objeto da teologia (LEITER, 2007, p. 185). Portanto, não é um argumento contra o naturalismo que ele poderia eliminar algumas categorias da discussão jurídico-teórica, sendo necessário apresentar um argumento independente em prol de que referida eliminação seria ilegítima, ao invés de assumi-la como tal (LEITER, 2007, p. 185-186). Por outro lado, se queremos saber o que faz alguma coisa ser o que ela é, é preciso examinar como essa coisa é descrita e explicada pelas ciências (LEITER, 2007, p. 186).

No caso da teoria jurídica, entretanto, a Teoria Naturalizada do Direito pode manter o mesmo objeto, mas em termos adequados para Quine, ou seja, as verdades “essenciais” e “necessárias” seriam equivalentes ao que é “central” para o Direito segundo a ciência social mais bem-sucedida a respeito (LEITER, 2007, p. 186). Essa “glosa” é necessária para Leiter, porque este rejeita as noções modais, tal como Quine fizera, mas o objeto remanesce o mesmo, já que se tratam dos atributos gerais do fenômeno jurídico.

Dessa forma, a concepção de Teoria Naturalizada do Direito advogada por Leiter não muda o objeto da teoria jurídica, mas simplesmente propõe tratar dele por métodos mais epistemicamente críveis (LEITER, 2007, p. 192).

Em que pese o atual estado da Teoria Naturalizada do Direito não vise mudar o objeto da teoria jurídica, é possível que futuramente o modifique: tal como filósofos da ciência não mais gastam tempo analisando o conceito de “ciência”, em busca de suas propriedades essenciais e necessárias, pode ser que o conceito de “Direito” também não seja um objeto de análise que valha a pena, e, assim como a revolução naturalista na filosofia da ciência pós-positivista levou a uma proliferação de filosofias das ciências especiais e à subsunção da prática científica sob atividades humanas mais gerais como a formação de crença racional, mudando o objeto da filosofia da ciência, assim poderia ocorrer também com o Direito (LEITER, 2007, p. 199). Entretanto, Leiter não avança essa sugestão nesse ensaio, apenas considerando que é uma questão que vale a pena ser levada em conta.

Já no ensaio *The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism*, Leiter (2011b) desenvolve essa sugestão em maior grau. O problema da demarcação entre Direito e moralidade, que é central para a teoria analítica sobre a natureza do Direito que visa identificar seus atributos necessários e essenciais, pode ser um objetivo inadequado ao tipo de coisa que o Direito é: um artefato humano. Conceitos de artefatos, mesmo os mais simples como “cadeira”, são resistentes a análises em termos de atributos essenciais, tanto porque eles são sujeitos a propósitos e fins humanos mutáveis, como porque não podem ser individualizados por suas propriedades naturais, de modo que tais conceitos não podem ter propriedades essenciais (LEITER, 2011b, p. 666-667). Além disso, é possível fazer uma indução negativa em relação à impossibilidade de tal análise para todos os artefatos humanos, a partir de casos passados nos quais essa impossibilidade foi constatada, como na falha em conseguir uma análise do conceito de ciência dentro da filosofia da ciência (LEITER, 2011b, p. 669-670). Mesmo que ele considere que há muitas maneiras em que Direito e moralidade diferem, sendo a distinção útil para vários propósitos, uma demarcação em termos de propriedades essenciais a todos os casos para todos os propósitos não será alcançada e não é necessário ter tal critério demarcatório para que saibamos fazer a diferenciação pertinente (LEITER, 2011b, p. 675-676) e nem para responder à questão prática sobre o que nós deveríamos fazer moralmente, a qual é melhor respondida diretamente, sem esse atrelamento à busca inócua pelo critério demarcatório (LEITER, 2011b, p. 675 e 677).

Outro ponto importante a ser considerado na proposta de Leiter é que ela não implica rejeitar o recurso a conceito hermenêuticos, usado nos auto-entendimentos dos próprios sujeitos, que é uma das principais formas com que os teóricos analíticos do Direito justificam seu método. No ensaio *Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence* o conceito hermenêutico é definido como aquele que 1) desempenha um papel hermenêutico, por aparecer em como os seres humanos fazem a si e suas práticas inteligíveis para si mesmos e 2) cuja extensão é fixada por esse papel hermenêutico (LEITER, 2007, p. 173). Já neste ensaio é aceito o papel desses conceitos na ciência social (LEITER, 2007, p. 173-175), mas isso é melhor desenvolvido no ensaio *Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory*.

Ocorre que conceitos hermenêuticos podem aparecer nas ciências, uma vez que estas em sua atual forma admitem a consideração de estados mentais e seus significados, e, portanto, abordagens científico-sociais sobre o fenômeno jurídico podem admitir conceitos hermenêuticos (LEITER, 2007, p. 187). Contudo, se um conceito hermenêutico não for usado

na teoria científica, então ele não deve ser usado para a teorização sobre o que o Direito realmente é (LEITER, 2007, p. 187-1191), enquanto pode sê-lo para a questão diversa de delimitar qual a teoria de senso comum sobre o Direito (LEITER, 2007, p. 189-190).

Uma dúvida possível sobre essa visão de Leiter é se ela implica em uma abordagem construtiva ou deflacionária para a ontologia do Direito. Enquanto Leiter em alguns momentos pareça dizer que as questões filosóficas podem ser inteiramente substituídas por questões empíricas, em outras ele parece entender que questões ontológicas são legítimas. Parece-me que a chave para entender esse ponto é que Leiter segue o tipo de investigação ontológica aceita por Quine, a partir dos compromissos ontológicos da ciência, mas que ele não dá espaço para questões ontológicas mais substantivas que envolvam discussões de essência ou de necessidade metafísica ou mesmo de dependência ontológica. Por exemplo, em entrevista para o site *What is Like to Be a Philosopher*, assim Leiter fala sobre o atual estado da metafísica analítica:

(...) *the demand for specialization has forced philosophical work in the Anglophone world into a fair bit of scholastic nonsense lately. The return of armchair metaphysics, unhinged from the sciences, has been a particular disaster.* (LEITER, 2016)³²

Portanto, enquanto não seja um naturalista deflacionário em sentido estrito, por aceitar o tipo de investigação ontológica tal como Quine a preconizou, questões mais contemporâneas em metafísica analítica são por ele tratadas como inadequadas e, nesse sentido, deflacionadas.

Ainda nesse quesito, é interessante salientar que Leiter, em artigo em conjunto com Alex Langlais de 2016, aceita que é possível um argumento em prol da análise conceitual imodesta sobre o Direito a partir de que isso seria adequado à natureza ontológica das entidades sociais, desde que elas sejam constituídas linguisticamente, como na ontologia social de John R. Searle.

Ali é abordado que a noção de que o Direito é socialmente construído pode ser entendida a partir da ontologia social como pensada por John Searle, e que essa concepção poderia justificar o porquê de Hart entender que uma análise linguística poderia esclarecer a real natureza do Direito, uma vez que este seria uma entidade constituída pela linguagem, ou pelas crenças e práticas que as práticas linguísticas revelam (LEITER; LANGLAIS, 2016, p. 674-677). Isso inclusive significa que, mesmo sendo uma instância de análise conceitual imodesta, o método de Hart tem de sê-lo para tratar de um objeto que seria constituído pelo

³² “(...) a demanda por especialização tem compelido o trabalho filosófico no mundo anglófono em direção a uma justa porção de nonsense escolástico ultimamente. O retorno da metafísica de gabinete, desligada das ciências, tem sido um desastre particular.” (tradução livre)

próprio conceito dele (LEITER; LANGLINAIS, 2016, p. 677-678). Nessa concepção, o Direito seria realmente o que a sociedade, ou um subconjunto dela, entende que o Direito é, seja de forma consciente ou em termos de suas práticas e atitudes como manifestas na linguagem (LEITER; LANGLINAIS, 2016, p. 679). Ou seja, conhecer o conceito de coisas construídas linguisticamente é conhecer o que essas coisas são.

Essa leitura metafísica de Hart não é oferecida pelos expoentes contemporâneos dessa abordagem (nem o foi pelo próprio Hart), mas é uma forma de retirar os questionamentos que o naturalista tem quanto à análise conceitual imodesta, enquanto o artigo faz remissão aos trabalhos anteriores de Leiter sobre os desafios naturalistas à análise conceitual imodesta (LEITER; LANGLINAIS, 2016, p. 679).

Contudo, Leiter e Langlinais entendem que essa leitura social-ontológica de Hart também pode sofrer um escrutínio naturalista, não se sujeitando a um conhecimento *a priori* não revisável pela ciência. Mesmo que os fenômenos sociais possam ser, em primeira instância, individualizados por crenças e atitudes compartilhadas, o conceito de senso comum do fenômeno deve ser revisado à luz de qualquer que seja o entendimento refinado do fenômeno que seja bem-sucedido em termos explanatórios e preditivos (LEITER; LANGLINAIS, 2016, p. 680). E do ponto de vista da filosofia experimental, os teóricos devem aduzir evidência confiável de qual seja o auto-entendimento relativo a esse conceito, ao invés de se basear no método *armchair* de recurso às intuições sobre como aplicar os conceitos a casos possíveis (LEITER; LANGLINAIS, 2016, p. 680).

De fato, nada nesse artigo indica uma mudança substantiva de posição, uma vez que as mesmas propostas naturalistas continuariam sendo válidas, mesmo se essa forma de análise conceitual imodesta pudesse ser defendida nesses termos. Além disso, essa análise conceitual imodesta não obteria conhecimento *a priori* que não pudesse ser revisado pela ciência (e ao menos sob esse quesito seria modesta). Pelo que não me parece correto considerar que Leiter veio a aceitar a análise conceitual imodesta para entidades sociais, mas apenas que ele veio a reconhecer que, mesmo se um argumento em prol dela baseado na ontologia social for válido, a posição naturalista na teoria jurídica ainda permanece válida e uma análise conceitual completamente imodesta (isto é, não revisável empiricamente) não se sustentaria nem mesmo por esse argumento.

Isso também é reforçado pelo fato de que, em Leiter (2011a, p. 512), ele já afirmara anteriormente que a análise conceitual de conceitos hermenêuticos teria de ser imodesta, uma vez que essa análise clarifica a própria extensão do conceito que é dado pelos auto-

entendimentos das pessoas. Mas ali ele levanta os questionamentos de que não há argumentos tão consistentes em prol de se considerar o próprio Direito como um conceito hermenêutico, uma ciência social robusta sobre o Direito teria todo potencial para afastar nossas intuições a respeito desse conceito e, mesmo que o conceito de Direito seja hermenêutico, tais conceitos não são passíveis de análise robusta em termos de características essenciais (LEITER, 2011a, p., 513-514). Assim:

What I doubt is that there is any intuition-derived knowledge about the 'essence' of the Hermeneutic Concept of law to be had. We can have fleeting, ethnographic knowledge about how the folk 'around here' think about law, but that would be all that is on offer. (LEITER, 2011a, p. 514)³³

Como se vê, suas propostas substantivas não eram modificadas por essa observação em Leiter (2011a), então, não temos razões para pensar que o tenham sido pelo argumento similar em Leiter e Langlinais (2016). Uma diferença poderia ser que, em Leiter (2011a), ele se apresenta cético em relação à ideia de que o conceito de Direito seja hermenêutico (vide também LEITER, 2007, p. 173, nota de rodapé 77), mas em Leiter e Langlinais (2016) é aceito que o conceito de Direito refere a uma entidade social (cujas consequências para a questão da análise conceitual imodesta são presumivelmente as mesmas de uma admissão desse conceito como hermenêutico, enquanto é possível também que Leiter ali apenas esteja assumindo isso como correto, não afirmando-o, dado que o conceito hermenêutico não é definido identicamente às entidades sociais).

Por fim, para entender o naturalismo de Leiter, é importante considerar outra entrevista com ele, para o site *3 A.M Magazine*, em que Leiter (2011c) destaca duas linhas divisórias dentro da filosofia: entre naturalistas e anti-naturalistas e entre realistas e moralistas.

A primeira distinção diz respeito ao método pelo qual os seres humanos e o mundo em geral devem ser entendidos. Os naturalistas aceitam que os seres humanos são apenas um tipo de animal, que pode ser entendido pelos mesmos métodos empíricos que se usa para entender outros animais, e que a filosofia não tem nenhum método exclusivo para saber o que as coisas são, o que nós conhecemos e como os seres humanos são, enquanto os anti-naturalistas pensam que os seres humanos são diferentes dos animais não apenas em grau mas também em tipo, e que essa diferença demanda métodos filosóficos exclusivos, talvez conhecimento a priori ou

³³ “O que eu duvido é que haja qualquer conhecimento derivado de intuição sobre a ‘essência’ do Conceito Hermenêutico de Direito para ser tido. Nós podemos ter conhecimento etnográfico, transitório sobre como as pessoas comuns ‘ao redor’ pensam sobre o Direito, mas isso pode ser tudo que está à disposição.” (tradução livre)

maneiras filosóficas de explorar o domínio distintivamente normativo em que os seres humanos viveriam (LEITER, 2011c, s. n.).

A segunda distinção diz respeito ao objeto da filosofia. Para os realistas o alvo da filosofia é fazer tão claro quanto seja possível a maneira como as coisas realmente são, ou seja, a estrutura causal real do mundo natural e humano, como as sociedades e as economias funcionam, o que motiva políticos e pessoas ordinárias a fazerem o que elas façam, enquanto para os moralistas o alvo é estabelecer ideais morais e fazer sermões moralizantes sobre o que a sociedade deve fazer e como as pessoas devem agir (LEITER, 2011c, s. n.).

Dessa forma, é possível dizer que Leiter, partindo de seu naturalismo, rejeita a análise conceitual imodesta e o recurso às intuições, enquanto aceita que a análise conceitual modesta e levantamentos empíricos sobre as intuições das pessoas pode lançar luz sobre a teoria de senso comum sobre o Direito. Contudo, sobre a realidade por trás do conceito do Direito e que conceitos hermenêuticos ligados ao Direito devemos recorrer, isso deve ser decidido por um apelo à ciência empírica sobre o fenômeno jurídico. Referida investigação metafísica ou ontológica restringe-se ao método do compromisso ontológico da ciência preconizado por Quine, sem recorrer a noções metafísicas mais robustas que Quine não aceitava, tais como aquelas referentes às noções modais.

2.2.2. APLICAÇÕES DA TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO

Em seu ensaio *Three Ways of Naturalizing Jurisprudence*, Leiter (2009a, p. 2) afirma que existem três maneiras de proceder à naturalização da teoria do Direito, duas que dizem respeito à natureza do Direito, e uma que diz respeito à natureza da adjudicação, isto é, os procedimentos formais pelos quais os Tribunais e os órgãos administrativos decidem disputas jurídicas. Essas propostas serão examinadas a seguir, bem como uma quarta que está de fora desse ensaio, mas que entrou no levantamento feito por Leiter (2012).

2.2.2.1. Teoria da Adjudicação

A primeira aplicação da Teoria Naturalizada do Direito ocorre na Teoria da Adjudicação. A ideia é que a decisão judicial nos casos difíceis seja explicável a partir da reação do julgador aos fatos do caso, como situações-tipo, isto é, um padrão geral de comportamento exemplificado pelos fatos particulares de determinada espécie de litígio, e que constituiriam o comportamento normal ou socioeconomicamente desejável em um contexto relevante (como o comercial). Essa determinação ocorre pelo perfil sociológico dos juízes, certos fatos psicossociais de sua formação profissional (LEITER, 2007, p. 29-29; LEITER, 2005, p. 55-56),

ou, dito de modo mais geral, padrões de fato que parecem induzir os mesmos tipos de resultados (LEITER, 2013a, p. 956).

Como veremos no próximo tópico, Leiter recorrerá ao chamado *Attitudinal Model*, um modelo sociocientífico para explicar a decisão dos julgadores da Suprema Corte dos Estados Unidos com base na conjunção dos fatos do caso com as atitudes e valores ideológicos de seus membros, para estabelecer a correção da norma de reconhecimento exclusiva. Uma questão pertinente seria a de se o *Attitudinal Model* equivale ou não à teoria naturalizada da adjudicação com base nas situações-tipo.

Leiter (2009a, p. 5) argumenta que não, por entender que teorias sociocientíficas da adjudicação como o *Attitudinal Model* permitem estabelecer o conceito de Direito subjacente à explicação científica da decisão judicial, mas que a proposta de Teoria Naturalizada do Direito conforme o realismo jurídico seria mais modesta: a de que – como teóricos e como advogados – estamos melhor servidos pela construção de explicações que fazem sentido à luz da evidência empírica, isto é, os padrões de decisão dos tribunais entre diferentes situações-tipo.

Como Leiter (2009a, p. 5) chama essas explicações com base nas situações-tipo de programa de pesquisa, isso significa que ele entende que teorias sociocientíficas da adjudicação como o *Attitudinal Model* são hipóteses possíveis dentro desse programa ou consistentes com seu escopo, mas que este pode gerar outros modelos igualmente, para esclarecer a conexão entre decisões judiciais específicas e situações-tipo.

Contudo, Leiter não pensa que a teoria naturalizada da adjudicação precisa ser uma teoria sociocientífica da adjudicação, e, conforme afirmado em *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence* e *Legal Realisms: Old and New*, o conhecimento empírico que substituirá a teoria não naturalizada da adjudicação seria o tipo de conhecimento prático (e, portanto, usando conceitos do senso comum ao invés de conceitos científicos) que advogados experientes usam na tentativa de predizer a decisão judicial e oferecer aconselhamento a seus representados (LEITER, 2007, p. 54-55; LEITER, 2013a, p. 957). Em áreas como o Direito Constitucional, onde a personalidade e a psicologia do julgador podem ser fatores centrais na decisão judicial, um conhecimento mais singularizado do padrão de parecer judicial de julgadores específicos pode ser necessário também (Leiter 2007a, p. 56-57).

Uma interessante aplicação didática da teoria naturalizada da adjudicação está exemplificada no manual de Direito de Responsabilidade Civil escrito pelo realista Leon Green, *The Judicial Process in Tort Cases* (1931), o qual, ao invés de estar organizado ao longo de

categorias doutrinárias típicas (como negligência, danos dolosos, responsabilidade estrita, etc.), é categorizado pelos cenários fáticos em que danos ocorrem, com capítulos dedicados a “operações cirúrgicas”, “tráfego e transporte”, e assim por diante, uma vez que, para um realista como Green, não existia um Direito da Responsabilidade Civil por si só, mas um regime de regras de responsabilidade civil pertinente a cada situação-tipo (LEITER, 2007, p. 28; LEITER, 2005, p. 55; LEITER, 2013, p. 957). Na didática, o realismo naturalizado envolve dividir a matéria pelas situações fáticas que ocorrem e levam às disputas.

2.2.2.2. Teoria da Natureza do Direito: Validade Jurídica

No ensaio *Three Ways of Naturalizing Jurisprudence*, Leiter (2009a, p. 2, 5-8) comenta que uma das formas de naturalizar a teoria do Direito é utilizar o conceito de fonte jurídica válida do *Attitudinal Model*, uma teoria sociocientífica da adjudicação, para defender a norma de reconhecimento do positivismo exclusivo, sob a base de que é implicada por uma teoria empírica, não por uma análise conceitual.

Desde o ensaio *Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis* Leiter sugerira que modelos empíricos sobre o Direito pressuporiam o positivismo exclusivo. Ali afirma-se que programas de pesquisa empírica no espírito do realismo jurídico, os quais tentam entender a operação dos tribunais em termos das demografias sociais e econômicas que explicam o comportamento deles: 1) tipicamente assumem que as explicações do comportamento que sejam baseadas no Direito restringem-se a explicações em termos de normas que passam pelo teste de *pedigree*; 2) oferecem um retrato dos tribunais que ajusta-se a uma concepção naturalista mais ampla de mundo de determinismo causal, efetuando uma unificação explanatória do fenômeno jurídico com outros fenômenos que constituem o mundo natural (LEITER, 2007, p. 135-136). Assim, o conceito de Direito do positivismo exclusivo seria vindicado por seu papel implícito em nossas melhores teorias *a posteriori* sobre o Direito e seu lugar na ordem causal da natureza (LEITER, 2007, p. 136). Contudo, neste ensaio Leiter não detalha que pesquisas seriam essas, nem como a partir delas isso poderia ser especificado, sequer citando-se o *Attitudinal Model*.

Esse raciocínio é desenvolvido em detalhe apenas posteriormente, no ensaio *Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory*, que visa responder o que a Teoria Naturalizada do Direito coloca no lugar da análise conceitual via recurso às intuições.

Se o método naturalista significa que será a teoria científica bem-sucedida que determina o que existe e o que pode ser conhecido, e a filosofia é o braço abstrato dessa teoria

empírica, a implicação disso é que, na teoria do Direito, é preciso levar a sério a enorme literatura da ciência social sobre o Direito e as instituições jurídicas para ver qual conceito de Direito está presente nos modelos preditivos e explicativos mais poderosos do fenômeno jurídico tal como o comportamento judicial (LEITER, 2007, p. 184).

Uma potencial objeção aqui seria a de que a Teoria Naturalizada do Direito não seria possível, uma vez que o conceito de Direito seria um conceito hermenêutico, cuja extensão é fixada pelo seu papel em como os seres humanos tornam a si mesmos e às suas próprias práticas inteligíveis para si mesmos (LEITER, 2007, p. 186). Mas Leiter tem um contra-argumento contra isso: as ciências não precisam dispensar conceitos hermenêuticos, sendo um exemplo disso o *Attitudinal Model* de Segal e Spaeth como teoria preditivo-explicativa da decisão judicial (LEITER, 2007, p. 187), uma vez que esta usa conceitos hermenêuticos também. As atitudes dos juízes em relação aos fatos que explicam as decisões nesse modelo empírico e essas atitudes são estados mentais significativos aos quais se atribuem um papel causal em relação à decisão (LEITER, 2007, p. 188).

Segal e Spaeth argumentam que a melhor explicação para a decisão judicial é uma conjunção entre os fatos do caso e as atitudes e valores ideológicos dos julgadores, sendo que as atitudes ideológicas foram avaliadas com base em editoriais jornalísticos que caracterizam candidatos à Suprema Corte como liberais ou conservadores em relação a questões específicas, e, com base em 30 anos de decisões de busca e apreensão, ficou demonstrado que o *Attitudinal Model* predizia 71% dos votos dos *Justices*, ou seja, as atitudes ideológicas dos julgadores em relação às situações fáticas subjacentes (e suas variações) explicaram o voto deles aproximadamente $\frac{3}{4}$ do tempo (LEITER, 2007, p. 187).

Para apresentar que sua explicação seria a melhor, Segal e Spaeth a comparam com um modelo alternativo, que eles denominam de Modelo Jurídico (*Legal Model*), segundo o qual seriam as fontes válidas do Direito, em conjunção com métodos válidos de interpretação, que determinam os resultados, mas esse modelo falha justamente por predizer mais de um resultado em litígios que sobem para instâncias recursais (LEITER, 2007, p. 187-188).

O raciocínio de Leiter para defender o positivismo jurídico exclusivo como implicado por esse modelo científico da adjudicação judicial é como segue: 1) para que o *Attitudinal Model* seja explicativo e verdadeiro, é preciso que haja uma clara demarcação entre as atitudes ideológicas dos juízes (causalmente efetivas em determinar as decisões) e as fontes válidas do Direito que são centrais para o Modelo Jurídico; 2) logo, está implícito nesse modelo um conceito de Direito como exaurido por textos mandatórios (precedentes, leis, constituições) que

sejam a matéria-prima do Modelo Jurídico e que excluam as atitudes ideológicas (centrais para o concorrente *Attitudinal Model*), ou seja, incorpora uma norma de reconhecimento exclusiva (LEITER, 2007, p. 188-189).

Trata-se, portanto, de uma vindicação do positivismo exclusivo (ou *hard positivism*) em bases muito diferentes da feita por Raz: ao invés de intuições sobre se a autoridade realiza um serviço ou se diretivas mandatórias são razões exclusivas ao invés de razões de muito peso para ação, é suficiente que o conceito de Direito do positivismo exclusivo apareça na melhor abordagem explicativa do fenômeno jurídico (LEITER, 2007, p. 189).

Leiter (2007, p. 190) destaca ainda que, enquanto o *Attitudinal Model* não deixe nenhum lugar para a normatividade do Direito, o fato dele voltar-se à explicação de decisões judiciais em instâncias recursais deixa em aberto que o comportamento das instâncias decisórias hierarquicamente inferiores seja explicado com sucesso por referência a que esses julgadores consideram que as regras jurídicas impõem obrigações, e, mesmo ao nível de instância recursal, é possível dizer dentro do modelo que as razões jurídicas restringem em algum grau os resultados decisórios possíveis, não sendo de todo irrelevante para a decisão, mesmo enquanto apenas a subdetermine.

Mas, mesmo se a normatividade não jogar nenhum papel causal em modelos explicativos do fenômeno legal, é possível afirmar que estes, como o *Attitudinal Model*, pressupõem ao menos que os juízes falam de si mesmos como se tivessem obrigações, de modo que, mesmo que a normatividade esteja ausente da explicação causal, o falar normativo (*normativity-talk*) está presente como artifício retórico (LEITER, 2007, p. 191).

Em *Why Legal Positivism (Again)?* (2013c), apresentado no encontro anual da *Australasian Society of Legal Philosophy*, Leiter afirma que o positivismo jurídico (sem discriminar entre o exclusivo e o inclusivo) é a melhor teoria jurídica disponível por satisfazer a três desideratos teóricos: 1) poder explanatório: captura bem as distinções de senso comum entre Direito e moralidade, Direito e política, conhecimento jurídico e sabedoria moral, bem como explica o acordo massivo que existe acerca do que o Direito determina para a maior parte das questões jurídicas que surgem na vida ordinária (LEITER, 2013c, p. 9-11); 2) continuidade com as ciências empíricas: complementa e mesmo recebe apoio das ciências, uma vez que a literatura empírica sobre a adjudicação sempre demarca a distinção entre jurídico e não-jurídico em termos positivistas, ou seja, os pesquisadores empíricos dependem da teoria positivista do Direito para moldar suas agendas de pesquisa (LEITER, 2013c, p. 12); 3) austeridade ontológica: não envolve compromissos metafísicos que sejam desnecessários, controversos ou

incríveis, requerendo somente a existência de pessoas e de seus estados psicológicos para explicar o fenômeno social do Direito, portanto, consistente com uma descrição naturalista da realidade (LEITER, 2013c, p. 12-13).

Logo, o positivismo jurídico exclusivo está correto, porque a melhor teoria sociocientífica disponível da decisão judicial pressupõe uma norma de reconhecimento exclusiva para ser verdadeira, e, no mínimo, o falar em termos de normatividade – como a retórica do ponto de vista interno – está pressuposto pelo modelo.

2.2.2.3. Teoria da Natureza do Direito: Filosofia Experimental e Intuições Jurídicas

No ensaio *Three Ways of Naturalizing Jurisprudence*, Leiter (2009a, p. 2, 8-9) comenta que uma das formas de naturalizar a teoria do Direito é utilizar a filosofia experimental para testar quais são as reais intuições do “homem comum” acerca do fenômeno jurídico. Se o *Attitudinal Model* tem a desvantagem de não predizer robustamente a decisão judicial, uma vez que acerta somente 71% do tempo, isso não significa que as intuições usadas pela filosofia analítica do Direito possam ser deixadas sem um escrutínio empírico rigoroso.

A base desse raciocínio é desenvolvida também em detalhe no pós-escrito à seção II de *Naturalizing Jurisprudence* (2007), denominada de *Science and Methodology in Legal Theory*, levando-se em conta a crítica à análise conceitual efetuada em *Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis* e que, em *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, já havia sido destacado que a análise conceitual uma vez assumida a crítica quineana acaba por aproximar-se em muito de uma lexicografia, com resultados estritamente etnográficos.

Em *Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory*, Leiter (2007, p. 192-193) pondera que o naturalista terá razão ao pedir por alguma evidência empírica sobre o “conceito” alegado para ser corrente em nossas práticas, recaindo no domínio da chamada filosofia experimental, que tem se ocupado principalmente da epistemologia e da teoria da ação. Para Leiter, assim como o conceito de conhecimento de Gettier foi demonstrado como sendo culturalmente específico³⁴, o conceito de Direito apresentado pelos filósofos analíticos do Direito deve ser, também, sujeito ao mesmo escrutínio crítico.

³⁴ Vide nota 30 acima e discussão feita a respeito desse ponto no tópico 4.5 do quarto capítulo, sobre como a posição de Leiter sobre a especificidade cultural das intuições sobre os casos de Gettier tornou-se empiricamente inadequada conforme pesquisa mais recente.

A filosofia experimental pode ser definida como o recurso para métodos empíricos para responder questões filosóficas. Há dois tipos, um estrito e um amplo (SCHWITZGEBEL, 2012; MACHERY, O'NEILL, 2014), enquanto seja comum falar no estrito como “filosofia experimental” sem qualificar o escopo. O sentido estrito diz respeito à coleta empírica das intuições filosóficas das pessoas comuns por fazer *surveys* das respostas que elas darão a experimentos de pensamento apresentados para elas e por avaliar a confiabilidade dessas intuições, da natureza dos conceitos de que esses juízos são derivados e dos processos psicológicos subjacentes às intuições das pessoas sobre questões filosóficas (MACHERY, O'NEILL, 2014, p. xxi; KNOBE, NICHOLS, 2008, p. 3). O sentido amplo seria toda forma de discussão empiricamente informada de questões filosóficas, promovendo pesquisa empírica contextualizada dentro de um conhecimento íntimo da literatura filosófica sobre o qual ela reside e que pretende avançar essa literatura (SCHWITZGEBEL, 2012). Originalmente esse alargamento da definição foi articulado em discussões informais sobre metodologia filosófica, originalmente por Eric Schwitzgebel (2012), mas a definição foi incorporada por Elizabeth O'Neill e Edouard Machery (2014) em sua introdução ao livro *Current Controversies in Experimental Philosophy* que eles coeditaram. Leiter refere-se à filosofia experimental em sentido estrito em seus ensaios.

A aplicação dos métodos da filosofia experimental para a teoria do Direito levanta possibilidades intrigantes. Uma delas é que, em certos contextos etnográficos, o conceito de Direito seja como o conceito de “moralmente certo”, isto é, um conceito sem conteúdo cognitivo significativo que serve apenas de mecanismo expressivo para registrar um tipo especial de endosso (LEITER, 2007, p. 198).

Outra consequência poderia ser a de que a própria busca do conceito de Direito seja uma busca que não valha a pena enquanto uma busca informativa sobre o Direito (para além de saber como diferentes pessoas o concebem), tal como a busca pelo conceito de ciência pelos filósofos da ciência foi em larga medida um fracasso ao longo do século XX (LEITER, 2007, p. 198-199).

Dessa forma, a teoria do Direito precisa ser colonizada pela filosofia experimental, para realizar um levantamento etnográfico das reais intuições usadas pelas pessoas comuns ao redor do planeta, e, se necessário, seus teóricos devem estar dispostos a mudanças radicais na concepção da disciplina como o abandono da busca pelo “real” conceito de Direito.

2.2.2.4. Epistemologia do Direito Probatório?

Em 2001, Leiter escreveu um ensaio em co-autoria com Ronald J. Allen, denominado *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence*, o qual depois foi complementado com uma resposta a objeções, intitulada *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence: Reply to Redmayne* (2003).

Naquele paper, eles defenderam que uma epistemologia social naturalizada forneceria um framework mais satisfatório para analisar o Direito Probatório, e sua aplicação levaria à crítica de teorias existentes para as regras probatórias, como o bayesianismo³⁵, a teoria da utilidade esperada³⁶ e a análise econômica do Direito Probatório por Posner, favorecendo no lugar destas uma teoria da plausibilidade relativa (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1.493).

A epistemologia social naturalizada usa as ciências empíricas para examinar os processos sociais de inculcação de crença (*belief-inculcation*) e é normativa em sua ambição na medida em que, seguindo o filósofo naturalista Alvin Goldman, preocupa-se em determinar quais práticas sociais têm um impacto comparativamente mais favorável sobre o conhecimento em contraste ao erro e à ignorância, práticas essas que poderão ser usadas como regras epistêmicas governando os mecanismos e práticas sociais de inculcação de crença a fim de que produzam conhecimento (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1.497-1498). Nesse sentido, buscam tanto saber que normas epistêmicas levam à aquisição do conhecimento, como se tais normas são viáveis para criaturas como nós (LEITER, ALLEN 2001, p. 1.499).

As regras de prova são um exemplo de mecanismos e práticas sociais de inculcação de crença, uma vez que estruturam o processo epistêmico pelo qual os jurados (no sistema judiciário norte-americano) formam crenças sobre questões de fato controversas em julgamento, e a epistemologia social naturalizada investiga se tais regras (ou um conjunto alternativo delas) aumentam a probabilidade dos jurados formarem convicções corretas sobre tais questões (LEITER, ALLEN 2001, p. 1498).

³⁵ Bayesianismo enquanto uma teoria epistemológica consiste na noção de que a crença veem em graus e que essas gradações obedecem algumas restrições formais relacionadas aos axiomas da teoria da probabilidade com base no Teorema de Bayes, fornecendo uma teoria probabilística da confirmação indutiva (EASWARAN, 2015; TALBOTT, 2008).

³⁶ Segundo a teoria da utilidade esperada, os agentes econômicos tomam decisões maximizando sua utilidade esperada, que consiste no valor esperado de sua utilidade total dada a incerteza sobre os resultados futuros (KRUGMAN, WELLS, 2011, p. 472). O objeto da escolha é um resultado probabilístico, ou *lottery*, definido por dois números: um valor e uma probabilidade (GLIMCHER, CAPLIN, 2014, p. 12). Por exemplo, ao invés de escolher entre X ou Y, escolhe-se entre a probabilidade de Z% de ganhar X e a probabilidade de W% de ganhar Y. O agente computa a desejabilidade de qualquer lottery ao multiplicar a utilidade do objeto/estado desejado pela probabilidade desse objeto/estado ser alcançado/realizado (GLIMCHER, CAPLIN, 2014, p. 13). Sua formulação original na teoria econômica foi feita por von Neumann e Morgenstern (1944).

Eles criticam a Teoria da Utilidade Esperada como uma explicação dos ônus da prova (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1503-1506) e o Teorema de Bayes como uma teoria da inferência e relevância (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1507-1510) principalmente pelo fato desses modelos formalizados frequentemente solicitarem que as pessoas façam o que elas não podem, e falham em demonstrar que de fato aumentam a confiabilidade do processo na determinação da verdade. Em seguida, criticam a Análise Econômica do Direito Probatório por Posner, principalmente sob a base dos limites de um raciocínio formal *a priori* sobre o processo de determinação probatória (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1511-1527).

Como alternativas a essas análises, defendem a Teoria da Plausibilidade Relativa, segundo a qual a especificação do fato juridicamente relevante envolve uma determinação da plausibilidade comparativa das explicações das partes oferecidas no processo ao invés de uma determinação de probabilidades específicas para elementos discretos considerados independentemente uns dos outros (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1.527-1.528). Nos casos cíveis, trata-se de identificar a mais plausível explicação dos eventos relevantes, enquanto nos casos criminais, trata-se de identificar a mais plausível explicação da culpa e mostrar que não há nenhuma explicação plausível da inocência (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1.528). A partir que a mais plausível explicação dos eventos relevantes é alcançada pela comparação entre as narrativas das partes, a responsabilidade flui dedutivamente da estrutura formal do Direito (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1.528).

A Teoria da Plausibilidade Relativa teria um relacionamento próximo ao trabalho empírico sobre tomada de decisão em júris de Nancy Pennington e Reid Hastie, bem como estudos de Paul Thagard (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1.528).

Suas vantagens seriam as seguintes: 1) parece explicar o que aquele a quem incumbe determinar os fatos (no sistema judiciário americano, geralmente o júri) está realmente fazendo; 2) explica o que os advogados estão fazendo no processo; 3) evita as dificuldades formais do Bayesianismo; 4) evita paradoxos de prova³⁷, uma vez que as provas são distribuídas ao longo de ambos os lados do litígio; 5) complexidade computacional é largamente eliminada como um problema porque o litígio foca na plausibilidade de narrativas coerentes oferecidas pelas partes

³⁷ Um “paradoxo de prova” citado é o de uma situação onde duas questões independentes seriam estabelecidas com 0.6 de probabilidade cada uma, mas a probabilidade de ambas juntas serem verdadeiras seria de 0.36 (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1.504). Isso cria uma dificuldade em entender o ônus da prova (*burdens of persuasion*) exigido legalmente como mensurações de probabilidades para elementos de fato. A probabilidade seria maior se apenas uma das provas tivesse sido apresentada ao invés das duas juntas, o que seria o contrário do exigido pela doutrina do ônus da prova, segundo a qual quanto mais indícios melhor para a parte que produz a prova em termos de influir no convencimento do julgador.

ao invés de itens discretos de evidências decididos um-a-um (ou seja, não se põe o problema de como computar a probabilidade de cada um desses itens discretos); 6) produz previsões falseáveis, como a de que o litígio real procede de forma comparativa (LEITER, ALLEN, 2001, p. 1.528).

Brian Leiter não menciona a Teoria da Plausibilidade Relativa nem no livro *Naturalizing Jurisprudence*, nem no ensaio *Three Ways of Naturalizing Jurisprudence*, o que poderia deixar em aberto se Leiter entende que referida análise faz parte também da Teoria Naturalizada do Direito, para além de pertencer à epistemologia social naturalizada. Já no verbete *Naturalism in Legal Philosophy*, da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Leiter (2012) menciona a tese desse paper como uma instância do naturalismo normativo dentro da filosofia do Direito.

Leiter alinha sua Teoria Naturalizada do Direito ao *replacement naturalism* (naturalismo substitutivo), não ao naturalismo normativo. Isso ocorre com base nos dois fundamentos que Leiter apresenta para aceitarmos a naturalização da teoria jurídica nos ensaios de *Naturalizing Jurisprudence*: a substituição de uma teoria da adjudicação justificatória por uma teoria descritivo-causal da decisão judicial e o desafio metodológico à análise conceitual e ao recurso às intuições na teoria descritiva positivista do Direito, em favor do que nossas melhores teorias científicas assumem sobre o Direito. No verbete para a Stanford esses dois fundamentos são explicitamente associados ao *replacement naturalism*, tendo em vista que ambos os fundamentos envolvem substituir teorias conceituais e justificatórias por teorias empíricas e descritivas:

Replacement forms of M-naturalism hold that: (1) conceptual analysis of the concept of law should be replaced by reliance on the best social scientific explanations of legal phenomena, and (2) normative theories of adjudication should be replaced by empirical theories. (LEITER, 2012, s. n.)³⁸

Já as três aplicações da Teoria Naturalizada do Direito feitas por Leiter em *Naturalizing Jurisprudence* e sistematizadas no ensaio *Three Ways of Naturalizing Jurisprudence* estão diretamente ligadas ao *replacement naturalism*: 1) A explicação da decisão judicial nos casos difíceis pela responsividade aos fatos ou situações-tipo está relacionada à substituição de uma teoria da adjudicação justificatória por uma teoria descritivo-causal da decisão judicial, por se tratar de uma releitura naturalista da proposta dos antigos realistas

³⁸ “Formas substitutivas de naturalismo metodológico sustentam que: (1) a análise conceitual do conceito de Direito deve ser realocado por dependência das melhores explicações científico-sociais dos fenômenos jurídicos, e (2) teorias normativas da adjudicação devem ser realocadas por teorias empíricas.” (tradução livre)

jurídicos americanos; 2) A pressuposição da norma de reconhecimento exclusiva na explicação da decisão judicial é uma aplicação do método naturalista de examinar o que nossas melhores teorias científicas pressupõem sobre o Direito, pois recorre ao conceito de fonte jurídica válida do *Attitudinal Model*, a melhor teoria científica disponível da decisão judicial em instâncias recursais, para defender o positivismo jurídico exclusivo, implicado por uma teoria empírica, não por análise conceitual; 3) A colonização da teoria jurídica pela filosofia experimental para realização de uma etnografia das intuições jurídicas faz parte da crítica metodológica à análise conceitual e ao recurso às intuições dentro da teoria descritiva do Direito, ao pretender examinar empiricamente quão generalizáveis são as intuições usadas pelos filósofos analíticos do Direito.

Desse modo, podemos concluir que a Teoria da Plausibilidade Relativa pertence ao naturalismo metodológico na teoria do Direito em um sentido geral, relativo à epistemologia social naturalizada de tipo normativo aplicada ao Direito probatório, mas não direta e especificamente à teoria jurídica naturalizada como Leiter a propõe, de caráter substitutivo.

3. OBJEÇÕES CONTRA A TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO EM LEITER

Nesta seção examinaremos as objeções que foram levantadas contra Leiter na literatura em língua inglesa³⁹. Ao fazê-lo, será possível expandir o rol de objeções discutidos por Thaís Nunes de Arruda (2015) em sua tese de doutorado sobre a naturalização da teoria do Direito em Leiter, bem como fazer uma apreciação crítica diferente do mesmo material.

Foi necessária a realização de um recorte em relação às objeções apresentadas contra Leiter. Existem basicamente quatro tipos delas: 1) objeções à interpretação que Leiter faz do realismo jurídico; 2) objeções à naturalização da teoria da adjudicação com base no realismo jurídico e sua postura anti-fundacionalista; 3) objeções à naturalização da teoria sobre a natureza do Direito; 4) objeções ao naturalismo quineano que serve como fundamento para a defesa de Leiter dos itens anteriores.

Aqui apenas 3 e 4 serão pertinentes para nós. Os itens 1 e 2 não serão analisados⁴⁰, porque a fundamentação que nos interessa examinar para a Teoria Naturalizada do Direito no

³⁹ Optou-se nesse capítulo por elencar as objeções feitas contra Leiter a partir de cada autor, fazendo uma exposição sucinta de seu argumento conforme apresentado no artigo e/ou livro respectivo. No próximo capítulo os argumentos serão reconstruídos em termos de tipos de objeção, para fins de serem respondidos. A função desse terceiro capítulo é expor da forma mais isenta possível quais essas objeções foram, fazendo o apanhado mais abrangente dessa literatura até a presente data. Isso torna possível checar como as críticas de fato foram feitas e permite compará-las com a reconstrução que faço delas como tipos de objeções no quarto capítulo.

⁴⁰ Reitera-se que a discussão de Leiter sobre o realismo jurídico e a teoria da adjudicação são expostas no 2º capítulo apenas para fins de uma exposição completa do que Leiter entende por Teoria Naturalizada do Direito, que inclui também essa parte, de modo a distingui-la da parte relativa à Teoria Geral do Direito. Dessa forma,

âmbito da presente dissertação é aquela que diz respeito à teorização sobre a natureza do Direito, que, portanto, afeta sua ontologia enquanto entidade social, não a justificação de decisões judiciais.

Além disso, não serão examinados argumentos que, mesmo sendo relativos a 3 e 4, pressupunham em sua defesa que tenhamos de assumir a correção de uma Teoria Normativa do Direito para entender sua natureza, ao invés de uma Teoria Descritiva. O motivo é que entendo que qualquer razão apresentada com base na Teoria Normativa contra a naturalização da teoria jurídica é igualmente uma razão apresentada contra a Teoria Descritiva. O 1º capítulo já delimitou que a discussão aqui seria feita no âmbito da Teoria Descritiva.

Uma objeção que se poderia fazer contra essa opção é que, ao entregarmos a tarefa de defender a Teoria Descritiva contra a Teoria Normativa aos teóricos da abordagem conceitual, estaríamos assumindo que não poderíamos fazê-lo com os recursos naturalistas. Alguns breves comentários sobre isso são relevantes.

A objeção tem certa razão de ser, porque de fato não há nada que *a priori* nos impeça de articular uma argumentação naturalista para a rejeição da Teoria Normativa. Contudo, é preciso notar que em grande medida a própria Teoria Descritiva de tipo conceitual usa razões para rejeitar a Teoria Normativa que vão na direção daquelas que uma Teoria Descritiva de tipo empírico também usaria, apenas que não necessariamente estão comprometidas a justificar essas razões de modo naturalista.

Em relação à normatividade (que é mais ampla que seu uso no contexto moral), o naturalista tem duas opções metafísicas: ou a normatividade, como fenômeno natural, seria passível de explicação em termos não-normativos, ou a normatividade não faz parte do mundo natural e deve ser eliminada de todas as explicações e descrições. Isso se segue do fato de que a descrição mais fundamental do mundo como encontrada nas ciências não é normativa. Em termos epistemológicos, a consequência é que se parta do pressuposto de que possamos descrever os fenômenos de forma neutra em relação à moralidade. Só precisaríamos explicá-los recorrendo a propriedades morais se isso fosse demonstrado *a posteriori*, como indispensável às melhores explicações empíricas de dado fenômeno, e isso está em contradição ao Teórico Normativo, que pressupõe referida indispensabilidade *a priori*.

nesse e no capítulo que se segue lidaremos apenas com a proposta de Leiter para a naturalização da Teoria Geral do Direito e o modo como Leiter entende o naturalismo metodológico.

Os teóricos descritivos de tipo conceitual não precisam se vincular a essa metafísica fisicalista com a qual, em geral, os naturalistas metodológicos estão comprometidos, para a qual tudo que há são apenas entidades físicas, mas a abordagem conceitual pressupõe em grande medida o mundo natural tal como entendido pela ciência, evitando o apelo a entidades extras que a ciência não aceita:

A third, and final, consideration in support of the positivist theory of law pertains to its ontological austerity. In all other domains of inquiry, it is taken to be a theoretical virtue to understand a phenomenon in ways that do not involve unnecessary, controversial or incredible metaphysical commitments. [...] It is a virtue of legal positivism that its picture of the world is ontologically austere (though not as austere as some pictures!): it requires only persons and their psychological states to explain the social phenomenon of law. Moral truths and transcendental norms play no role in the Hartian picture, though the former are required by the views of Finnis and Dworkin, and the latter by Kelsen's theory. Since the existence of either is controversial at best and incredible at worst, it constitutes a theoretical virtue of Hartian legal positivism that it has no need for such an ontology. (LEITER, 2013c, p. 12-13)⁴¹

Ou seja, ambos os teóricos descritivos, sejam conceituais ou empíricos, em geral assumem que a razão pela qual a Teoria Normativa está errada é que não precisamos apelar a entidades ou fatos outros que àqueles estritamente factuais (isto é, não morais). Não é claro para nenhum deles como acrescentar propriedades morais poderia ajudar na explicação sobre o que é o Direito, em contraste com sua possível utilidade na discussão sobre o que o Direito deveria ser. Contudo, apesar de usarem essas mesmas razões, esses teóricos divergem sobre a justificação de usá-las, pois para o conceitual temos justificativas analíticas e *a priori* para isso, enquanto para o empírico temos justificativas sintéticas e *a posteriori* para fazê-lo.

No contexto do argumento metodológico em prol da Teoria Normativa, como o vemos em Finnis, vê-se que seu argumento baseia-se na ideia de que é preciso fazer avaliações para conduzir a teorização de um fenômeno normativo. Leiter e Dickson já persuasivamente apresentaram que referida avaliação não precisa ser moral: basta que seja validada por critérios

⁴¹ Uma terceira e final consideração em apoio da teoria positivista do Direito diz respeito à sua austeridade ontológica. Em todos os outros domínios de investigação, é entendida como uma virtude teórica o entender um fenômeno em maneiras que não envolvam comprometimentos metafísicos desnecessários, controversos ou incríveis. [...] É uma virtude do positivismo jurídico que seu enquadramento do mundo é ontologicamente austero (enquanto não tão austero como alguns dos enquadramentos!); ele requer somente pessoas e seus estados psicológicos para explicar o fenômeno social do Direito. Verdades morais e normas transcendentais não desempenham nenhum papel no enquadramento hartiano, enquanto as primeiras sejam requeridas pelas visões de Finnis e Dworkin, e as últimas pela teoria de Kelsen. Desde que a existência delas é controversa no melhor e incrível no pior dos casos, constitui uma virtude teórica do positivismo jurídico hartiano que ele não tenha nenhuma necessidade de tal ontologia.” (tradução livre)

metateóricos ou epistêmicos (Leiter), talvez acrescidos de avaliação em termos das próprias avaliações dos participantes (Dickson).

Penso que Leiter está correto em pensar que essa avaliação não precisa ser moral, porque qualquer ciência recorre a critérios metateóricos ou epistêmicos, e que, portanto, estamos justificados em recusar a avaliação moral em razão do sucesso da ciência. Isso é um argumento naturalista em prol da distinção entre avaliação moral e avaliação epistêmica no contexto da aquisição do conhecimento científico. Mas aqui qualquer um que concorde que critérios desse tipo (ou daqueles mencionados por Dickson) não levam necessariamente a avaliações morais, independente se aceitam ou não a reivindicação adicional de que isso é naturalisticamente justificável por um recurso à ciência empírica, está apto a constatar que a Teoria Normativa é falha. Não é preciso ser naturalista para fazê-lo, mesmo que o naturalismo forneça a explicação correta para o porquê de isso ser assim.

Portanto, entendo que a discussão sobre a base naturalista para negar a Teoria Normativa sobre a natureza do Direito é pertinente para distinguir como diferentes teóricos descritivos justificam as razões para essa rejeição, mas essas razões sozinhas, independente de qual seja sua justificativa definitiva (seja naturalista ou não), já são suficientes para que rejeitemos a Teoria Normativa. Não precisamos decidir se o naturalismo fornece ou não a explicação correta para essa rejeição no debate contra a Teoria Normativa do Direito. Contudo, a partir do momento em que entramos na Teoria Descritiva, essa discussão torna-se cogente, como se demonstrará a seguir.

3.1. Objeções de Kenneth Himma

Kenneth Himma manifestou-se em pelo menos duas ocasiões sobre a teoria naturalizada de Leiter. A primeira foi em Himma (2007), cujo objetivo central foi criticar as implicações que Leiter tira da virada naturalista para a filosofia do Direito. A segunda foi em Himma (2015), cujo objetivo foi oferecer um panorama da “*conceptual jurisprudence*” e, ao fazê-lo, trata a Teoria Naturalizada do Direito como um desafio à teoria jurídica conceitual. As objeções apresentadas são similares, com algumas poucas diferenças. Aqui enfatizarei a apresentação feita em Himma (2015), usando Himma (2007) para argumentos específicos que não tenham sido reiterados em Himma (2015).

3.1.1. A OBJEÇÃO DA POSSIBILIDADE DE FORMULAR A DISTINÇÃO ANALÍTICO-SINTÉTICO EM UMA MANEIRA SIGNIFICATIVA

Em relação à formulação da distinção analítico-sintético, Himma (2015, p. 72 e 77) entende que uma característica central do naturalismo metodológico e da Teoria Naturalizada do Direito é a impossibilidade de formular a distinção analítico-sintético em uma maneira significativa, acompanhada da consequente negação da analiticidade das reivindicações conceituais na teoria jurídica.

Himma examina o argumento de Quine contra a distinção analítico-sintético. Para ele, o argumento falha porque implica conclusões problemáticas: 1) se fosse possível excluir todas as noções obscuras do discurso filosófico, conceitos difíceis de explicar intuitivamente como números e quarks deveriam sê-lo também, não só a analiticidade; 2) se fosse possível excluir todas as noções sem explicações não-circulares disponíveis, conceitos de importância filosófica tais como noções matemáticas e morais (como “conjunto” e “bem”, respectivamente) deveriam sê-lo também.

Além disso, mesmo se não houver nenhuma definição não-circular disponível para a analiticidade, ainda há a forte intuição acerca do valor da análise conceitual. Essa intuição é comum à maioria dos filósofos, que não são convencidos pelo argumento quineano contra a distinção analítico-sintético. Como tal, o conceito de análise conceitual tradicional permanece proeminente na filosofia (HIMMA, 2015, p. 79) e reivindicações analíticas têm como seus *truth-makers* (aquilo que torna verdadeiras tais afirmações) o conteúdo dos significados das palavras relevantes (HIMMA, 2015, p. 76).

3.1.2. A POSSIBILIDADE DE FORMULAR NOÇÕES MODAIS EM UMA MANEIRA SIGNIFICATIVA

Em relação à formulação de noções modais, Himma (2015, p. 78) entende que o naturalismo metodológico e a Teoria Naturalizada do Direito rejeitam noções modais tais como necessidade e possibilidade (metafísicas). A teoria jurídica não poderia demonstrar qualquer verdade necessária nem se engajar em uma investigação metafísica sobre a natureza não-contingente do Direito (HIMMA, 2015, p. 85). Isso é um defeito do naturalismo metodológico.

Parece que Himma (2015) baseia-se na analiticidade para prover uma justificação para o recurso a noções modais. Se analiticidade implica em noções modais, por conta do fato de que todas as reivindicações analíticas são necessárias, então noções modais têm de ser aceitas

no discurso filosófico, ao contrário do que pretende o naturalista metodológico, que rejeitaria a analiticidade.

3.1.3. A APLICABILIDADE DE UMA ANÁLISE CONCEITUAL TRADICIONAL PARA NOSSOS CONCEITOS APESAR DA VARIÂNCIA EM INTUIÇÕES

Em relação ao papel das intuições em uma análise conceitual, Himma (2015, p. 77) entende que o naturalismo metodológico e a Teoria Naturalizada do Direito consideram intuições não confiáveis para fundamentar explicações filosóficas, porque elas diferem dependendo das culturas.

A posição endossada por Himma (2015, p. 77-78) nesse debate é a de que a diferença em intuições entre populações de diferentes culturas é irrelevante para a análise conceitual, porque tal análise tem por objetivo analisar os “nossos” conceitos. Por “nossos”, ele entende que os conceitos são situados linguisticamente em referência a uma comunidade específica de falantes específicos. Por outro lado, também assume que a análise conceitual pode esclarecer a natureza essencial dos objetos que são referidos pelos conceitos.

A reivindicação irrestrita de verdades necessárias sobre um objeto articulado por um conceito parece justaposta à reivindicação restrita de verdades conceituais sobre como um conceito é usado em uma comunidade linguística específica. Himma (2015, p. 74-75) lida com essa tensão por argumentar que o conteúdo dos conceitos é pelo menos fixado em parte por certas práticas linguísticas, porque aquilo a que nossas palavras referem-se ou expressam é parcialmente definido pelo conteúdo de tais práticas. Entretanto, analisar esse conteúdo ilustra o que é realmente referido ou expresso por nossos conceitos. Por exemplo, “água é H₂O” é uma verdade conceitual porque nós usamos “água” para referir-se a um líquido transparente que é realmente feito de H₂O. Nosso uso do termo “água” não determina a composição química desse líquido, mas determina a que líquido estamos nos referindo.

Intuições são definidas por Himma (2015, p. 74) como visões compartilhadas refletindo as práticas centrais do uso dos termos. Elas são relevantes para nossa compreensão das práticas linguísticas que afetam a maneira em que nossas palavras referem-se ou expressam algo, dado que a maneira como os sujeitos classificam possibilidades depende dessas práticas, mas não a natureza real do objeto referido ou expresso por essas palavras. As práticas linguísticas são o elemento empírico em qualquer análise conceitual. As verdades conceituais derivadas dos termos analisados, entretanto, não são empíricas.

A diferença de intuições entre culturas não é problemática, porque ela não impede a descoberta de verdades universais e necessárias. Ao invés, somente determina diferentes práticas linguísticas entre linguagens distintas. A análise conceitual parte de uma linguagem específica falada na comunidade de falantes competentes com intuições compartilhadas sobre as práticas linguísticas internas, e, portanto, visa conceitos dentro de uma comunidade particular (HIMMA, 2015, p. 73). Por essa razão, as intuições relevantes são aquelas específicas a uma comunidade particular.

3.1.4. A SUBSTITUIÇÃO DA ANÁLISE CONCEITUAL PELO NATURALISMO É UM CETICISMO ELIMINATIVO EM RELAÇÃO À TEORIA ANALÍTICA DO DIREITO

A respeito da relação da teoria conceitual do Direito com o naturalismo, Himma (2015, p. 78) entende que a Teoria Naturalizada do Direito tem uma falha interna: seu propósito pretendido de simplesmente substituir a análise conceitual por uma metodologia naturalizada e continuar a fazer a mesma coisa é inalcançável.

Seria mais consistente entender a teoria naturalizada como um ceticismo em relação às reivindicações conceituais de modo geral, não uma substituição que apenas mudasse metodologias sem alterar o objeto investigado. Como Quine rejeitou a metafísica por sua negação das noções modais, os adeptos da teoria naturalizada são céticos em relação à teoria analítica do Direito e consideram-na impossível dado que rejeitam a análise conceitual.

Enquanto Himma não usa a palavra “eliminação”, o termo é útil aqui para entender as críticas dele. A teoria naturalizada elimina reivindicações ou verdades conceituais da teoria jurídica e transforma a natureza da investigação conceitual (HIMMA, 2015, p. 9). Contudo, essa estratégia eliminativa lida com os conceitos jurídico-teóricos de maneiras que levantam dúvidas, pois não é claro como essa metodologia encontraria quaisquer respostas para as questões levantadas através da análise conceitual ou da investigação conceitual. Para Himma, a teoria naturalizada não responde e possivelmente não pode responder as mesmas questões que a teoria conceitual do Direito pretende enfrentar.

Himma (2007) também levanta um ponto nessa direção. Não é claro como os elementos mais abstratos e especulativos da metodologia filosófica tradicional poderiam ser propriamente caracterizados como contínuos com a metodologia científica, dado que são tidos por muitos cientistas como demasiado removidos da confirmação experiencial que conta como ciência (HIMMA, 2007, p. 12). Os naturalistas parecem assumir que a teorização especulativa e abstrata de questões não linguísticas e não confirmáveis por observação experiencial é

compatível com uma abordagem incontroversa de metodologia científica, mas isso é em grande medida rejeitado pelos próprios cientistas e não parece que a metodologia científica está apta para lidar com essas questões teóricas ao nível conceitual, pois não compartilha o mesmo foco da análise conceitual tradicional (HIMMA, 2007, p. 12-13).

3.1.5. O ARGUMENTO DA ANÁLISE CONCEITUAL COMO ALGO A MAIS QUE LEXICOGRAFIA

Himma (2007, p. 10-12) argumenta que análise conceitual é mais que lexicografia glorificada, porque ela vai além de identificar visões compartilhadas e de registrar padrões empíricos de uso das palavras, dado que preocupa-se em identificar os comprometimentos metafísicos mais profundos que essas visões ou usos implicam ou pressupõem, bem como os princípios mais gerais que as explicam. Uma definição lexicográfica de dicionário para “Direito” omite uma série de pontos que são centrais para a análise conceitual feita por Hart, tais como regra de reconhecimento, regras primárias e secundárias, e assim por diante.

A principal diferença entre ambas é que a análise conceitual, mesmo modesta, envolve comprometimentos metafísicos, enquanto dependentes de conceitos, o que não ocorre na lexicografia (HIMMA, 2007, p. 11). Reivindicações sobre o conceitualmente ou logicamente possível são reivindicações de caráter metafísico.

A análise conceitual como lexicografia glorificada é mais provável de resultar do método filosófico naturalista do que da análise conceitual tradicional, uma vez que se removermos os elementos mais abstratos e especulativos da teorização de Hart, o resultado seria uma teoria que consiste de pouco mais que as visões compartilhadas que podem ser experimentalmente confirmadas pela observação empírica feita pelos lexicógrafos (HIMMA, 2007, p. 12).

3.1.6. O ARGUMENTO DA REVISIBILIDADE DAS SENTENÇAS ANALÍTICAS

Um importante ponto trazido à tona pelos naturalistas é que mesmo afirmações que parecem não ser revisáveis, como as verdades da lógica e da matemática, podem ser revisadas à luz de experiência recalcitrante, apenas que em geral não estamos dispostos a fazê-lo. O problema é que verdades da lógica e da matemática não são exemplos de verdades analíticas, já que não são fundamentadas em seus significados, mesmo que sejam necessariamente verdadeiras (HIMMA, 2007, p. 27-28). Também afirmações do tipo “gatos são animais” não são analíticas, e sua potencial revisibilidade empírica não impede a existência de verdades genuinamente analíticas (HIMMA, 2007, p. 28-29).

Há um elemento empírico nas verdades analíticas, que consiste nas práticas linguísticas que fixam ao que os conceitos referem-se, mas isso não é relevante para a metodologia científica nem elimina a analiticidade dessas verdades (HIMMA, 2007, p. 30). A contingência desse elemento empírico permite revisibilidade, mas não no sentido ordinário das verdades sintéticas, porque isso afeta apenas a epistemologia delas – podemos estar errados sobre elas -, não sua metafísica – elas são verdades necessárias -, de modo que isso não impede sua analiticidade (HIMMA, 2007, p. 31-33).

Portanto, afirmações analíticas podem ser revisadas na medida em que este elemento empírico seja melhor esclarecido, mas isso não impede a analiticidade que fundamenta a verdade dos próprios significados.

3.2. Objeções de Julie Dickson

Julie Dickson em duas ocasiões tem se manifestado criticamente em relação ao projeto de Brian Leiter em prol da naturalização da teoria jurídica. Em Dickson (2004), ela responde à crítica feita por Leiter em relação à necessidade de uma abordagem indiretamente avaliativa para a teoria jurídica. Em Dickson (2011), ela apresenta algumas questões que precisariam de maior esclarecimento dentro da abordagem naturalista de Leiter.

O argumento de Dickson (2004) não é diretamente relevante para os propósitos dessa dissertação (enquanto, como veremos, ele estará relacionado ao segundo ponto feito em Dickson, 2011). A questão sobre em que a “teoria descritiva de um conceito hermenêutico” defendida por Leiter acerca da teoria jurídica descritiva seria diferente da “teoria jurídica indiretamente avaliativa” que Dickson defende e Leiter critica é tangencial ao debate sobre o naturalismo metodológico na teoria do Direito.

Dickson (2004, p. 138) chega à conclusão de que as abordagens de ambos apenas podem ser distintas se a “teoria descritiva de um conceito hermenêutico” meramente restringir o aspecto hermenêutico da teoria jurídica ao registro e reprodução cuidadosas das crenças, atitudes e juízos avaliativos daqueles sujeitos que usam o Direito para entender a si mesmos. Isso ocorreria porque a teoria jurídica indiretamente avaliativa de Dickson compromete-se com fazer avaliações sobre esses auto-entendimentos hermenêuticos, de tal modo a se esclarecer quais deles são mais importantes para explicar o Direito e elaborar aqueles pontos em que eles sejam vagos. Entretanto, Dickson (2004, p. 139) pondera que esse ‘registro passivo dos auto-entendimentos’ não parece ser o que Leiter realmente defende e que, portanto, não fica claro em que exatamente suas abordagens poderiam discordar se não for nesse quesito.

Deve-se destacar que, como Dickson (2004) é anterior à Leiter (2007), ela estava se referindo ao ensaio “*Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*”, que foi republicado na coletânea sobre teoria jurídica naturalizada. Em Leiter (2007), o mesmo responde às preocupações de Dickson no capítulo “*Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory*”, que foi escrito especialmente para a coletânea.

Por outro lado, os argumentos apresentados em Dickson (2011) são muito relevantes para a defesa de uma Teoria Naturalizada do Direito. Referidos argumentos foram apresentados em um paper publicado em edição especial da revista acadêmica *Law & Philosophy* (volume 30, edição 4, 2011a) sobre a Teoria Naturalizada do Direito de Brian Leiter, contando também com uma resposta pelo próprio Leiter. São esses argumentos que examinaremos abaixo em maior detalhe.

3.2.1. A QUESTÃO DA DIREÇÃO DA JUSTIFICAÇÃO ENTRE TEORIA CIENTÍFICA-SOCIAL E CONCEITO FILOSÓFICO DO DIREITO

Dickson (2011, p. 481-482) questiona qual a direção de justificação que Leiter está pretendendo ao afirmar que devemos recorrer ao conceito do Direito que torna nossa teoria científico-social bem-sucedida sobre o Direito verdadeira e explanatória. Nos ensaios de Leiter (2007), fala-se em termos de que o poder explanatório do *Attitudinal Model* baseado em seu poder preditivo em estudos empíricos da tomada de decisão judicial apoia e provê justificação para aceitar a teoria do positivismo exclusivo de Raz sobre a natureza do Direito (DICKSON, 2011, p. 482). Entretanto, em Leiter (2009a) é estabelecido que o conceito de Direito de Raz vindica o *Attitudinal Model* como provendo a melhor explicação da tomada de decisão judicial, por vindicar algumas das premissas das quais aquele modelo depende para ser verdadeiro, mais especificamente, que o *Attitudinal Model* e o *Legal Model* possam ser distinguidos em termos dos diferentes fatores que cada um postula para determinar os resultados da decisão judicial (DICKSON, 2011, p. 482-483).

Isso gera um problema, porque não está claro se a direção da justificação é apenas de um para o outro, ou se seria possível uma justificação mútua entre ambos, o que também está longe de claro que poderia ser possível (DICKSON, 2011, p. 483). Mais especificamente, um problema de aceitar que o conceito de Direito de Raz vindica o *Attitudinal Model* é que fica uma lacuna sobre o que fornece apoio argumentativo a esse positivismo exclusivo, dado que Leiter não pode aceitar que essa abordagem teórica é primeiro justificada pelos métodos de análise conceitual e recurso às intuições, o que parece nos deixar apenas com a problemática ideia de justificação mútua (DICKSON, 2011, p. 483-484). O que Leiter parece estar dizendo

é que o positivismo exclusivo é apoiado pelo poder explanatório do *Attitudinal Model*, com base no poder preditivo deste, mas que, para explicar em que consiste o *Attitudinal Model* de modo a diferenciá-lo o suficiente do *Legal Model* e torna-lo apto para o teste empírico, é preciso que o positivismo exclusivo seja verdadeiro, e é preciso esclarecer como isso não envolve uma circularidade problemática para que seja possível avaliar essa proposta de naturalização (DICKSON, 2011, p. 484).

Leiter (2011a, p. 512) responde a essa objeção esclarecendo que o *Attitudinal Model* não necessita do positivismo exclusivo para ser verdade, mas que precisa assumir a abordagem positivista exclusiva sobre o Direito para gerar seu modelo explanatório-preditivo, e que o fato de que um modelo que envolva tal premissa seja preditivamente robusto é uma razão para pensar que sua premissa é válida.

3.2.2. A QUESTÃO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ANÁLISE CONCEITUAL MODESTA E FILOSOFIA EXPERIMENTAL

Dickson (2011, p. 488-490) considera que não está claro se Leiter aceita ou não que a análise conceitual modesta pode em algum aspecto esclarecer algo sobre a natureza da coisa sobre a qual se fala.

Além disso, não é claro como a filosofia experimental poderia melhorar substancialmente a análise conceitual modesta, porque o problema com a suposta “não-representatividade” das intuições atualmente usadas não está bem delimitado: o problema é uma questão da falta de apelo aos dados empíricos, do tamanho da amostra relativa às pessoas que têm inclinação para se tornar filósofos do Direito, ou do viés em relação a uma particular formação profissional (relativa à Universidade de Oxford) de alguns dos teóricos jurídicos que Leiter têm em mente, talvez relacionada com o contexto do pós-guerra em que Hart escreveu? (DICKSON, 2011, p. 490-491)

Um problema aqui é que Leiter não demonstra nenhum dado sobre o ângulo dos backgrounds sociais ou da biografia das pessoas formadas em Oxford em apoio de sua conclusão, e a situação atual pode ser muito menos homogênea (ao menos dada uma experiência anedótica de Dickson) do que já foi no passado ao tempo de Hart, de modo que não é claro como poderia continuar afetando as intuições em um sentido limitativo (DICKSON, 2011, p. 491).

Enquanto a ideia de combinar a análise conceitual e o recurso às intuições com pesquisa empírica sobre o conteúdo e caráter dessas intuições, mais especificamente no âmbito

da filosofia experimental, seja uma ideia interessante à primeira vista e traga desafios pertinentes ao modo como os teóricos jurídicos têm elaborado suas teorizações, alguma cautela é necessária (DICKSON, 2011, p. 491-493).

A pesquisa em filosofia experimental pode apenas complementar, não substituir, o argumento filósofo feito pelos teóricos jurídicos, uma vez que nós precisamos ainda decidir o que fazer com os dados sobre as intuições coletadas, principalmente se eles apontarem a existência de variações em intuições conforme diferentes backgrounds culturais, e fazer juízos a respeito do que é importante e significativo nos dados e na compreensão ordinária de certos conceitos jurídicos que eles denotam, para a partir disso construir explicações de características importantes do Direito que respondam aos nossos interesses teóricos nele (DICKSON, 2011, p. 493-494).

O apelo aos auto-entendimentos das pessoas que vivem sob o Direito na teoria jurídica não pode ser uma espécie de pesquisa de mercado na qual registra-se passivamente o que as pessoas pensam, mas necessita de juízos avaliativos que possam clarificar o que é confuso nessas intuições e determinar quais delas são relevantes para questões sobre o fenômeno, ou mesmo se é necessário divergir delas (DICKSON, 2011, p. 494-495). Portanto, o recurso adicional da filosofia experimental não pode substituir esse tipo de avaliação teórica.

Leiter (2011a, p. 512) esclarece que a análise conceitual de conceitos hermenêuticos teria de ser imodesta, uma vez que essa análise clarifica a própria extensão do conceito que é dado pelos auto-entendimentos das pessoas. Mas ali ele levanta os questionamentos de que não há argumentos tão consistentes em prol de se considerar o próprio Direito como um conceito hermenêutico, uma ciência social robusta sobre o Direito teria todo potencial para afastar nossas intuições a respeito desse conceito e, mesmo que o conceito de Direito seja hermenêutico, tais conceitos não são passíveis de análise robusta em termos de características essenciais (LEITER, 2011a, p., 513-514).

Ele é cético em relação ao valor epistêmico das intuições sobre a extensão dos conceitos, aceitando que o que há é conhecimento etnográfico sobre como as pessoas pensam sobre o Direito no senso comum (LEITER, 2011a, p. 514), mas esclarece que isso não significa que as intuições usadas na atual teoria analítica do Direito sejam necessariamente não-representativas, pois isso precisa ser esclarecido empiricamente, enquanto a centralidade de Oxford nesse âmbito levanta a suspeita de efeitos de seleção (LEITER, 2011a, p. 514-515).

Em relação às cautelas que Dickson levanta em relação ao uso da filosofia experimental, Leiter (2011a, p. 515-516) enfatiza como as intuições desempenham um papel central na teoria jurídica, encontrando-se diversas referências diretas ou indiretas às intuições que fariam parte do conhecimento comum das pessoas instruídas em Hart e em Raz, mas sem que nenhuma evidência seja oferecida de que isso realmente é o que as pessoas comuns pensam ou acreditam.

Além disso, sobre a possibilidade dos teóricos decidirem que intuições são mais relevantes para entender as características mais significativas do Direito e mesmo tornar as intuições mais consistentes, supondo que o conceito de Direito fosse realmente hermenêutico, ainda não fica claro o critério pelo qual o teórico poderia decidir isso: a partir do que faz sentido para o filósofo ou do que faz sentido para as próprias pessoas comuns (que seria reflexivamente endossado por elas caso bem explicado) ou algum outro? (LEITER, 2011a, p. 516)

Assim, conclui sua resposta à Dickson: caso os conceitos relacionados ao Direito no senso comum, pelo qual as pessoas fazem sentido de si mesmas e de seu mundo social, são confusos e vagos, esse trabalho feito pelos filósofos de ‘melhoramento’ significaria o abandono da ideia que subjaz os trabalhos de Hart e Raz no sentido de que o Direito é um conceito hermenêutico, e, uma vez retiradas essas restrições hermenêuticas ao conceito de Direito, não há razões para que não se prefira o conceito de Direito que figure em esquemas explanatórios robustos (LEITER, 2011a, p. 516).

3.3. Objeções de Burge-Hendrix

3.3.1. O ARGUMENTO DO NÃO USO DAS INTUIÇÕES COMO EVIDÊNCIAS

Burge-Hendrix (2008, p. 192-198) argumenta que os filósofos do Direito positivistas não estão comprometidos com um tipo de análise conceitual como favorecida pela virada linguística da filosofia da linguagem ordinária e que Leiter não apresenta evidências suficientes de que os teóricos descritivos fundamentam a correção de suas teses em intuições.

Para exemplificar isso, ele cita o próprio Hart como exemplo, considerando que este, apesar de influenciado pela filosofia da linguagem ordinária, não recorreria a um apelo às intuições e nem mesmo teria se baseado na filosofia da linguagem ordinária para embasar suas reivindicações. Em específico menciona: 1) como Hart faz uma analogia entre o caráter contextual das regras do jogo de críquete com o caráter contextual da validade jurídica (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 194); 2) o uso por Hart de contrafactuais e declarações puramente hipotéticas sobre essas situações não envolveria intuições para definir o conteúdo de

um conceito, como na discussão sobre a teoria da ordem jurídica como comando de Austin e a diferença entre “ter uma obrigação” e “estar obrigado a” a partir da distinção entre o comando do assaltante e o comando da ordem jurídica (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 194-195).

O erro de Leiter seria confundir o uso de intuição como evidência ou fundamento (*intuition-pumping*) e a técnica de marcar uma reivindicação contra-intuitiva de algo como um sinal de que adicional pesquisa é necessária (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 195). O modo de avaliar teorias pelos teóricos descritivos, enquanto usando uma abordagem explanatória-descritiva, não é por meio de intuições, mas de critérios metateóricos avaliativos (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 196), não sendo possível inteiramente separar o valor das conclusões substantivas de cada abordagem teórica do Direito do valor de sua metodologia teórica (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 197). Há um princípio de reciprocidade conceitual-descritiva, pelo qual os conceitos explanatórios são relacionados às características observáveis de sistemas jurídicos reais, que evita restrições *a priori* aos conceitos explanatórios possíveis na teoria jurídica (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 198), no que se inclui também restrições relativas à sua carga intuitiva.

3.3.2. O ARGUMENTO DO MINIMALISMO METODOLÓGICO DO POSITIVISMO

Burge-Hendrix (2008, p. 198-199) busca defender que uma adequada compreensão da metodologia do positivismo é caracterizada por um “minimalismo metodológico”: positivistas jurídicos examinam sistemas jurídicos particulares para descobrir e explicar o Direito como um conceito, abstraindo verdades conceituais a partir do fenômeno jurídico, ao invés de usarem um conceito prévio estabelecido *a priori* (por exemplo, pelas exigências da moralidade) para examinar com ele os sistemas jurídicos. Outra forma de enunciar esse minimalismo é por considera-lo como uma abordagem em que o objeto de explicação teórica é entendido em seus próprios termos, sem restrições apriorísticas (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 199-200).

As restrições *a priori* sobre o conceito de Direito que são recusadas pelo positivismo não são apenas as estabelecidas pela Teoria do Direito Natural ou outras abordagens para a teoria jurídica que relacionam o Direito com a moralidade, mas também aquelas emanadas de uma antropologia substantiva, de uma concepção de história ou da metafísica (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 199). Isso está relacionado a um comprometimento com a descrição do fenômeno jurídico tal como ele aparece a nós, sem inserir de pronto pressuposições nossas sobre o objeto advindas de fora dele mesmo (ou de sua observação).

O investigador minimalista busca entender o fenômeno total sob análise compreendendo todos os sistemas jurídicos (o *explanandum*) a partir de um conjunto de dados já filtrado ou generalizado que constitui-se como o objeto explanatório (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 199). Ou seja, pré-teoricamente existe um fenômeno jurídico com inúmeros detalhes, e é dele necessário abstrair certas características ou regularidades para desenvolver uma explicação teórica.

Para fazer a distinção entre o que seria a abordagem de estudos científicos *a posteriori* e o da teoria jurídica metodologicamente minimalista, Burge-Hendrix (2008, p. 200-209) discute a questão se a *Charter of Rights and Freedom* canadense poderia ser considerada parte da constituição do Canadá. Ele encontra “*C-pol*” (a concepção de constituição da ciência política empírica) como necessariamente implicando que a *Charter* e a constituição são distintas, porque a constituição seria apenas o arranjo institucional das instituições políticas (uma entidade teórica abstrata) e tudo o que a *Charter* pode fazer é afetar esse arranjo. Isso estaria em nítido contraste com “*C-judge*” (a concepção de constituição dos juízes), que, enquanto sendo uma concepção abstrata, não é uma entidade teoricamente postulada, mas um objeto referencial real das práticas judiciais.

O problema do ponto de vista minimalista é que fazer uma teoria do Direito (como “*C-law*”, o conceito do teórico jurídico) assumindo que temos de respeitar “*C-pol*” coloca uma restrição metodológica *a priori* ao conceito de Direito, que não deriva das próprias práticas jurídicas, de modo a excluir “*C-judge*” que é derivada dessas práticas. Em contraste, o minimalismo endossa dois princípios metodológicos, o primeiro que é comprometido com descrever as coisas como elas são da perspectiva externa (de um observador) e o segundo que distingue entre características ao nível do participante e reivindicações da teoria jurídica. Além disso, pode adotar como pressupostos que há sistemas jurídicos realmente existentes e que casos paradigmáticos bem aceitos desses sistemas fornecem suficiente dado empírico para a elaboração teórica. Assim, ao invés de decidirmos *a priori* que a concepção dos participantes sobre o que é a constituição é conceitualmente incoerente, podemos saber que papéis esse discurso desempenha ao nível do participante para depois checarmos se eles são incoerentes com as melhores reivindicações conceituais que podemos fazer ao nível teórico.

Com base nesse minimalismo metodológico, Burge-Hendrix (2008, p. 212-214) apresenta outra réplica contra Leiter. Não se trata de uma abordagem de filosofia da linguagem ordinária, porque podem haver contradições entre nossa abordagem teórica e as concepções do Direito mantidas pelos juízes e pelos cidadãos ordinários. Não se trata de uma análise *a priori*,

porque ela não apela para intuições (aceita que a concepção teórica pode ser contra-intuitiva) nem postula verdades analíticas (rejeita “*C-pol*” como filtro teórico porque este predetermina nossas conclusões teóricas e, ao invés, tenta desenvolver um objeto explanatório a partir das próprias práticas sociais). Portanto, o minimalismo metodológico que ampara o positivismo jurídico, ao contrário do que Leiter sustenta, não usa conceitos ao nível do participante para determinar indevidamente o conteúdo dos conceitos explanatórios.

A única forma que Leiter teria para objetar ao minimalismo metodológico seria apelando à ideia de que deveríamos escolher nossos conceitos jurídico-teóricos de acordo com sua utilidade para investigações *a posteriori* (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 214), o critério metateórico avaliativo favorecido pela Teoria Naturalizada do Direito. O problema é que essa distinção entre *a priori* e *a posteriori* não desempenharia um papel claro, uma vez que o minimalista metodológico avança essa última investigação também (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 214). Além disso, o poder explanatório não deve ser entendido apenas nos termos da predição científica, mas da relevância explanatória em um sentido mais geral, que inclui também a acurácia descritiva, que é mais relevante para o caso jurídico dado que o Direito pode mudar (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 214-217).

Como teorias jurídicas são revisáveis da perspectiva minimalista, então elas podem competir com as investigações *a posteriori* que Leiter preconiza, de tal modo que perguntemos se o positivismo é uma melhor maneira de descrever e explicar o Direito do que esses outros métodos de investigação (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 217-218). Nesse sentido os alvos e critérios de escolha da teoria jurídica metodologicamente minimalista é similar ao das investigações das ciências sociais:

Leiter’s critique of positivism makes it clear that he would prefer a “naturalized jurisprudence” based on “which way of cutting the causal joints of the social world works best”. This “primarily methodological” commitment to naturalistic jurisprudence is more a form of theory and concept choice than a radically different way of describing and explaining law. In most respects, the aims and theory-guiding norms of naturalistic jurisprudence and the social-scientific inquiries it is meant to assist are comparable to the aims and theory-guiding norms of descriptive-explanatory legal theories such as legal positivism. (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 218)⁴²

⁴² “A crítica de Leiter ao positivismo faz claro que ele preferiria uma ‘Teoria Naturalizada do Direito’ baseada ‘naquela maneira de delimitar o nexos causal do mundo social que funciona melhor’. Mas esse comprometimento ‘primariamente metodológico’ para a Teoria Naturalizada do Direito é mais uma forma de teoria e escolha de conceito que uma maneira radicalmente diferente de descrever e explicar o Direito. Em muitos aspectos, os alvos e as normas guiando a teoria da Teoria Naturalizada do Direito e das investigações científico-sociais que ela é pretendida para assistir são comparáveis aos alvos e às normas guiando a teoria das teorias jurídicas descritivo-explanatórias como o positivismo jurídico.” (tradução livre)

O problema de Leiter é que ele adiciona um critério de “assistência interdisciplinar” – o de adotar um conceito que ajude em investigações científico-sociais *a posteriori* – e considera-o como suficiente para estabelecer que uma abordagem para o conceito explanatório do Direito é melhor que outra, quando na verdade tal critério é apenas mais um entre outros que servem à obtenção de explicar o objeto da teoria jurídica (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 219). É desnecessário e contraprodutivo que a teoria jurídica submeta-se às ciências sociais na forma de uma teoria jurídica naturalizada.

3.3.3. O ARGUMENTO DO RELATIVISMO EXPLANATÓRIO CONTRA A CENTRALIDADE DA ASSISTÊNCIA INTERDISCIPLINAR E A DIVISÃO DO TRABALHO

Leiter adota o conceito positivista exclusivo do Direito porque isso é mais conveniente para investigações empíricas sobre o Direito, escolhendo o conceito não sob bases teórico-jurídicas, mas sob bases científico-sociais (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 220). Enquanto possa ser correto que esse é o conceito que melhor serve aos propósitos da ciência social, pode não sê-lo para a teoria jurídica. É uma questão semelhante a adotar o conceito de constituição de “*C-pol*”, ao invés de desenvolver um a partir da própria teorização jurídica.

Que tipo de argumento Leiter poderia usar para sustentar que deveríamos usar o conceito formulado em uma disciplina científica para a teoria jurídica? O argumento da divisão do trabalho seria o caminho. Se um conceito advém da elaboração feita por pesquisadores de uma área focada no objeto sobre o qual se refere com o conceito, por que não poderíamos usar logo aquele conceito na teorização jurídica? A ideia do argumento da divisão do trabalho é que cada disciplina aceita a autoridade das outras naquilo para o qual elas estão melhor preparadas a elaborar (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 220-221).

Contudo, Burge-Hendrix (2008, p. 221-225) considera que esse argumento da divisão do trabalho é falho. Primeiro, porque muitas vezes não há um consenso dentro da ciência social. Segundo, porque mesmo que houvesse esse consenso isso não implica que o mesmo tenha sido obtido por meio das práticas metodológicas e dos comprometimentos metateóricos que são aceitáveis para teóricos jurídicos descritivo-explanatórios. Terceiro, porque mesmo que houvesse um consenso obtido por meio dessas práticas metodológicas e comprometimentos metateóricos aceitáveis para teóricos jurídicos, isso não implica que a melhor abordagem científico-social (ou no exemplo usado por Burge-Hendrix, político-teórica) seja a melhor abordagem jurídico-teórica. Esse terceiro argumento, que é também o mais importante, baseia-se no relativismo explanatório: não há nenhuma maneira objetiva de julgar os méritos de uma

teoria jurídica senão considerando o sucesso dela em responder às questões e quebra-cabeças que ela se propõe a resolver, ou seja, isso é relativo aos objetivos explanatórios daquele tipo de investigação específica, e os objetivos são diferentes entre a ciência social e a teoria jurídica. Isso significa que, se dois teóricos usam a mesma metodologia e compromentimentos metateóricos a partir dos mesmos dados, eles ainda podem chegar a conclusões diferentes por conta das diferentes perguntas que eles se propuseram a responder.

3.3.4. O ARGUMENTO DA INSUFICIÊNCIA DA CONVENIÊNCIA PARA EXPLICAÇÕES BEM-SUCEDIDAS

Burge-Hendrix (2008, p. 225-226) considera que há um problema em Leiter excluir fatores explanatórios não-jurídicos em relação ao Direito usando um critério de conveniência para a pesquisa de ciência social. Para Leiter, os cientistas sociais consideram determinados fatores como não jurídicos, tais como valores morais e políticos, sob a base de que eles são difíceis de detectar e, por isso, não são bons candidatos a normas jurídicas. Mas isso é suficiente para demarcar o jurídico do não-jurídico?

Além disso, mesmo quando um fator explanatório pode satisfazer os critérios de *pedigree* jurídico, isso não significa que ele possa ser explicado inteiramente em termos científico-sociais, já que a força ideológica deles não pode ser ignorada (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 226-228).

Basicamente aqui Burge-Hendrix considera que Leiter adota apenas a conveniência como critério para demarcar o jurídico do não jurídico, que se guia pelo que é mais fácil de se detectar.

3.3.5. O ARGUMENTO DA INCAPACIDADE DE EXPLICAÇÃO NATURALÍSTICA DAS PERSPECTIVAS PARTICIPANTES

Por fim, Burge-Hendrix (2008, p. 229-241) discute dois tópicos cujo objetivo principal é considerar que não é possível uma explicação inteiramente naturalística de determinados aspectos do Direito, em especial enfatizando as perspectivas participantes. Por exemplo, ele analisa a questão do direito ao voto no Canadá, para o qual, apesar de ser considerado um direito jurídico, não há uma ação para proteger a eficácia desse direito, garantindo que o resultado das eleições seja respeitado.

Isso contrasta uma concepção dos juízes sobre o direito ao voto com uma concepção dos cidadãos sobre o direito ao voto, mas a questão importante não é afirmar que a dos juízes é a correta e a dos cidadãos a errada. O fato é que a concepção dos cidadãos (tal como a dos

juízes) faz parte daquilo que torna possível que determinadas práticas sociais, relacionadas à democracia, se sustentem (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 237-238). Por exemplo, ao nível do sistema jurídico, a concepção dos juízes seria a adequada, mas, ao nível do sistema político, a concepção dos cidadãos seria adequada, uma vez que essa concepção ordinária é levada em conta pelos políticos (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 238).

Assim, discernir algumas características do Direito requer levar em conta alguns aspectos que não sejam empiricamente observáveis (não podendo limitar-se a fontes formais que passaram pelo *pedigree*) e uma explicação robusta do Direito exige a capacidade de descrever e explicar concepções ao nível de participante que contradigam umas às outras, sem escolher uma delas *a priori* como a única legítima e eliminando as demais (BURGE-HENDRIX, 2008, p. 241).

3.4. Objeções de Jules Coleman

Jules Coleman (2002) oferece um panorama das discussões metodológicas dentro da teoria jurídica até a data. Ele comenta a perspectiva de Brian Leiter, mas apenas levando em consideração aqueles artigos que Leiter publicara até o ano de 2002. Nesse sentido, o foco de Coleman diz respeito à naturalização da teoria da adjudicação, a primeira expressão da Teoria Naturalizada do Direito nos escritos de Leiter. Em alguns aspectos, suas objeções estão defasadas porque Leiter já esclareceu melhor certos pontos. Contudo, aqui pode ser interessante trata-las para verificar se alguma representa uma ameaça maior ao projeto de Leiter mesmo considerando todos os escritos dele até hoje.

3.4.1. O ARGUMENTO DA DIFERENÇA ENTRE O PROJETO DA ANÁLISE CONCEITUAL E A ANÁLISE CONCEITUAL COMO TÉCNICA COMPLEMENTAR

Coleman (2002, p. 344) considera que a rejeição do projeto da Análise Conceitual (*the projects of Conceptual Analysis*, em letras maiúsculas) por Leiter é correta, mas que isso não leva a uma rejeição nem da análise conceitual (*conceptual analysis*, em letras minúsculas) nem da teoria do direito analítica. O alvo da Análise Conceitual é descobrir verdades interessantes e informativas sobre os conceitos que nós empregamos para fazer o mundo racionalmente inteligível para nós, considerando que conceitos são objetos reificados do pensamento que estruturam nossa experiência, contudo, tem se tornado um lugar comum na filosofia que Quine trouxe argumentos robustos contra esse projeto.

O principal argumento de Quine baseou-se em seu holismo confirmacional, que implica em um holismo semântico também (COLEMAN, 2002, p. 344-345): não há um campo

de verdades completamente desassociado da experiência empírica no qual esse projeto da Análise Conceitual poderia se sustentar, portanto não há uma maneira peculiarmente filosófica de descobrir verdades. Além disso, a verdade de várias afirmativas é incorporada em sistemas de crenças, de tal modo que não são os conceitos reificados que são portadores de significados, mas a linguagem como um todo.

Contudo, Coleman (2002, p. 345) também ressalta que a filosofia pós-quineana não necessariamente aceitou toda a radicalidade da crítica de Quine. Por exemplo, epistemólogos ainda oferecem análises do conhecimento e filósofos da linguagem oferecem análises da verdade e do significado. Ou seja, os projetos analíticos ainda remanescem na filosofia, apenas que é preciso mudar como conceitualizamos o que estamos fazendo.

Essa questão põe em jogo dois tipos de naturalismo (COLEMAN, 2002, p. 345-346). O ambicioso rejeita toda análise conceitual *a priori* do Direito como uma atividade sem qualquer ganho e pretende eliminar a teoria jurídica analítica em favor da ciência social sobre o Direito. O modesto apenas nega que alguns importantes aspectos da teoria jurídica podem ser proveitosamente investigados por meio da análise conceitual, de tal modo que a teoria jurídica analítica não precisa ser abandonada totalmente, pois desempenharia um papel secundário em um projeto naturalista mais abrangente.

Duas objeções principais são apresentadas à noção de que a teoria da adjudicação deva ser substituída dessa maneira (COLEMAN, 2002, p. 347-350), mas nos interessam aqui os argumentos aduzidos de forma mais geral em relação à substituição da teoria jurídica pela ciência social.

Primeiro, a teoria naturalizada apenas pode ocorrer depois que uma substantiva parte do trabalho filosófico já tenha sido feita. Leiter subestima o componente jurídico-teórico analítico prévio à Teoria Naturalizada do Direito (mesmo estando consciente de que isso é necessário). Por exemplo, se o naturalista assume que há uma função adjudicatória operando a partir de padrões jurídicos dotados de autoridade, então o naturalista está comprometido conceitualmente com a existência de um teste de juridicidade, uma vez que “padrões jurídicos dotados de autoridade” pressupõem um critério para sua determinação. Contudo, nem toda visão sob esse critério é legítima para o naturalista, como a de Dworkin que assume que o conteúdo do Direito é totalmente determinado. Logo, o naturalista precisaria ter uma resposta ao critério de Dworkin, e essa resposta teria de ser analítico-filosófica também. Além disso, essa resposta seria (presumivelmente) positivista, o que apenas reforçaria que se trata de uma

questão da teoria jurídica analítica, que não poderia ser eliminada. Coleman vai ainda mais longe e afirma que o naturalismo só é plausível se o positivismo jurídico o for.

Segundo, não há razões para supor que teorias científico-sociais busquem explicar aquilo que é de interesse para a teoria jurídica, nem que elas seriam bem-sucedidas em fazê-lo. Isso está relacionado aos prospectos de uma teoria jurídica naturalizada. Uma razão para mudar a investigação para a ciência é que teorias científicas fornecem explicações mais convincentes e esclarecedoras dos fenômenos empíricos, uma vez que são baseadas em leis causais naturais. Contudo, nem todo fato empírico ou natural é explicável em termos de leis naturais, e não há nenhuma razão para acreditar que os fatos que interessam-nos como filósofos e teóricos sociais são os fatos que as teorias científico-naturais e científico-sociais estão interessadas em investigar ou projetadas para investigar. Por exemplo, não há uma teoria da ciência social interessada na diferença entre validade e juridicidade, entre regras que são normativas sobre um oficial e aqueles que são normativas porque são parte do Direito da comunidade. Outro ponto importante é que nem toda explicação por uma teoria naturalista é uma explicação para nós, aumentando ou aprofundando o entendimento sobre nós mesmos (por exemplo, as explicações da física de partículas). Por fim, em relação às práticas jurídicas, não é claro que razão teríamos para se basear no sucesso das ciências sociais, porque nenhum paradigma dentro dela é de longe bem-sucedido na maneira em que as ciências naturais o são.

A resposta que Leiter (2007, p. 185-186) oferece a esse artigo de Coleman, no ensaio *Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory* é a de que não é um argumento contra o naturalismo que ele poderia eliminar algumas categorias da discussão jurídico-teórica, sendo necessário apresentar um argumento independente em prol de que referida eliminação seria ilegítima, argumento que não pressupusesse a correção da teoria analítica, mas que, no caso da teoria jurídica, pode-se manter o mesmo objeto (LEITER, 2007, p. 186). Aqui o ponto é que não é um argumento contra o naturalismo o de que este exclua certos fatos, pois isso já pressupõe que o critério do naturalismo (aceitar apenas aqueles fatos que possam constar de explicações científicas) seja incorreto, e o que é necessário é argumentar isso, não pressupô-lo. Portanto, Leiter restringe-se a rebater a objeção de Coleman de que a Teoria Naturalizada do Direito mudaria o objeto da discussão.

3.5. Objeções de Ian Farrell

Ian Farrell (2006) fez uma resenha do livro “*A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*”, por Nicola Lacey (2004). Ao fazê-lo, ele fez algumas observações sobre o papel

da análise conceitual dentro da teoria do Direito de Hart. Com isso ele analisa a posição de Leiter sobre a análise conceitual e faz duas objeções à mesma.

3.5.1. ARGUMENTO DA DIFERENÇA ENTRE ANÁLISE CONCEITUAL MODESTA E LEXICOGRAFIA

Farrell defende a análise conceitual modesta e critica Leiter por tratar a análise conceitual modesta como “lexicografia glorificada”, modesta demais para ser de qualquer interesse. O problema com o argumento de Leiter seria que a análise conceitual, mesmo modesta, é muito diferente da pesquisa em lexicografia e de dicionário.

A análise conceitual não meramente registra o uso das palavras por falantes competentes da língua, nem tem por objetivo registrar o uso estatisticamente normal das palavras ou conceitos, uma vez que, mesmo na sua versão modesta, seu alvo é aumentar nosso entendimento ou compreensão de como nós usamos as palavras, por fazer sentido da maneira em que empregamos certos termos importantes e tornando explícito um conceito ou teoria coerentes que subjaz ao emprego desses termos (FARRELL, 2006, p. 2001).

Adicionalmente, isso leva a contrastes explícitos com a metodologia da lexicografia. Primeiro, a lexicografia não se propõe elaborar a teoria subjacente que ligue juntos usos aparentemente discrepantes das palavras (exceto quando envolvidas questões etimológicas). Segundo, sem essa teoria subjacente que unifica casos fáceis e difíceis, o lexicógrafo não pode esclarecer se uma palavra pode ser aplicada consistentemente em situações nas quais seu uso não é claro. Portanto, a análise conceitual pode contribuir mais para o entendimento das palavras e das instituições que descrevemos e delineamos com as palavras do que uma lexicografia glorificada. “O Conceito de Direito” de Hart oferece muito mais compreensão do que o verbete “Direito” de qualquer dicionário. (FARRELL, 2006, p. 2001)

No ensaio *Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory*, Leiter (2007, p. 197-198) aceita que de fato Farrell está certo em apontar que a análise conceitual não é mera lexicografia glorificada. Sua mudança de opinião induzida pelo argumento de Farrell é confirmada em Leiter (2011a, p. 512), onde isso é dito expressamente.

3.5.2. ARGUMENTO DO CONCEITO HERMENÊUTICO REQUERER ANÁLISE CONCEITUAL MODESTA

Farrell argumenta que, para conceitos hermenêuticos, diferentemente dos tipos naturais, a análise conceitual modesta é necessária e significativa. Enquanto tipos naturais têm sua extensão fixada por quaisquer que sejam as generalizações científicas bem-confirmadas que

empregam o conceito, deixando nenhuma tarefa a ser desempenhada pela análise conceitual, os conceitos hermenêuticos possuem uma função hermenêutica, isto é, fazem parte de como os humanos fazem eles mesmos e suas práticas inteligíveis para si mesmos, e é essa função que fixa a extensão desses conceitos (FARRELL, 2006, p. 2002).

Como a extensão de um conceito hermenêutico é, por definição, determinada dessa forma, isso significa que ele é determinado em relação ao que nós entendemos que o conceito seja, como o empregamos (ou o termo que ele designa) e como fazemos sentido dele, de tal forma que apenas a metodologia empregada na análise conceitual modesta pode determinar a extensão de um conceito hermenêutico, esclarecendo a teoria ou conceito subjacente ao uso de certos termos que designam conceitos hermenêuticos, e nesse sentido torna inteligível o uso do conceito sob análise (FARRELL, 2006, p. 2002).

Em vista disso, o argumento de Leiter de que não poderíamos saber sobre tipos naturais como o espaço e o tempo por meio das intuições que temos sobre o espaço e o tempo, uma vez que elas podem estar erradas, não se aplicaria a conceitos hermenêuticos, uma vez que as intuições sobre estes são conectadas à natureza e à extensão dos mesmos em uma maneira mais direta e fundamental: ao contrário do espaço-tempo, nós criamos o Direito e determinamos sua extensão via sua função hermenêutica de desempenhar um papel em nosso auto-entendimento, de tal modo que uma teoria do conceito do Direito deve levar em conta as intuições das pessoas sobre o Direito e a análise conceitual modesta é apta para essa função hermenêutica (FARRELL, 2006, p. 2002).

No ensaio *Postscript to Part II: Science and Methodology in Legal Theory*, Leiter (2007, p. 196-197) considera que as posições de Farrell podem ser uma deflação das ambições analíticas de Hart em “O Conceito de Direito”, mas que de fato a abordagem de Farrell é plausível por pretender apenas falar do conceito, não da realidade por trás dele, a partir da análise conceitual. Assim, é possível aceitar a análise conceitual modesta, que esclarece nossos conceitos, não o referente deles (LEITER, 2007, p. 197), mas ainda é uma questão empírica sobre como o conceito de Direito é realmente empregado e se o mesmo possui uma estrutura consistente (LEITER, 2007, p. 198).

3.6. Objeções de Torben Spaak

3.6.1. O ARGUMENTO DA NÃO INABILITAÇÃO DA ANÁLISE CONCEITUAL PELO NATURALISMO DE QUINE

Spaak (2008) considera equivocada a rejeição de Leiter à análise conceitual e sua substituição pelos conceitos pressupostos pelas teorias empíricas *a posteriori* bem-sucedidas, com base no naturalismo de Quine.

Em primeiro lugar, ele considera que não está claro como exatamente Leiter liga a rejeição da análise conceitual à crítica de Quine quanto à divisão analítico-sintético (SPAACK, 2008, p. 357-358). Leiter pode estar dizendo tanto que a análise conceitual não mais serve porque, sem a divisão analítico-sintético, seus achados são empiricamente revisáveis, quanto que a análise conceitual envolve intuições *a priori*, e, portanto, conhecimento *a priori*, contudo, como conhecimento *a priori* seria possível apenas se houvessem verdades analíticas, e não há essas verdades, não há conhecimento *a priori*. Spaak (2008, p. 358) considera que a segunda opção melhor conecta a crítica de Quine à rejeição da análise conceitual, enquanto a primeira também seja viável.

Superado esse ponto, Spaak (2008, p. 358) considera que não é claro que, de fato, Quine tenha derrubado a divisão analítico-sintético. Mencionando P. F. Strawson, Paul Grice e John Searle, ele pontua que os filósofos são capazes de aplicar a distinção tanto para casos novos e velhos, o que indica que a distinção poderia ser feita, e, se isso é o caso, os resultados da análise conceitual poderiam realmente ser imunes aos achados empíricos por serem verdades analíticas sujeitos a conhecimento *a priori*.

Contudo, mesmo se concordássemos com a rejeição feita por Quine, pelo menos uma forma relaxada de análise conceitual que não apela para intuições *a priori* (e que por isso também seria revisável empiricamente) poderia ser mantida. Um exemplo disso seria a análise conceitual modesta de Jackson, que não visa falar de como o mundo é, mas de como os conceitos que empregamos são (SPAACK, 2008, p. 358). Outro recurso conceitual ainda possível seria a clarificação (*explication*) de conceitos, isto é, sua reconstrução racional, que visa tomar um conceito C como *explicandum* e gerar um conceito melhor elaborado como *explicatum*, que reteria seu conteúdo intuitivo, mas mudando sua extensão para que ele seja mais funcional para determinados propósitos (SPAACK, 2008, p. 358-359).

Spaak (2008, p. 359) então examina como Leiter objeta a essa linha de raciocínio. Para Leiter, essa forma mais relaxada de analisar conceitos, ou mesmo a *explication* dos mesmos,

não poderia estabelecer verdades analíticas sobre tais conceitos, mas apenas verdades estritamente etnográficas e locais, dificilmente distinguível da sociologia descritiva baseada em levantamentos de opinião (*banal descriptive sociology of the Gallup⁴³-poll variety*). Contudo, isso não é um problema sério, porque mesmo uma análise conceitual de tipo estritamente etnográfica e local pode ser valiosa, e que a questão interessante é justamente quão geral ou local uma dada análise é, ainda mais considerando-se que, quanto mais opiniões sobre a aplicação de um conceito em geral forem levantadas por meio de *surveys*, mais geral a análise poderá ser (SPAACK, 2008, p. 359). Spaak cita neste momento o naturalista Hilary Kornblith sobre a análise conceitual no âmbito dos tipos naturais, sobre a qual este entende que as intuições sobre casos hipotéticos são *a posteriori*.

Talvez uma objeção mais forte a essa linha de raciocínio é que uma análise conceitual desse tipo local é autorrefutante, por pressupor um conceito universal do Direito que ela reivindica não existir, uma vez que se pode haver mais que um conceito local sobre o Direito, então seria necessário explicar o que fazem todos esses conceitos serem conceitos do Direito, ao invés de conceitos sobre coisas diferentes, e isso dependeria de já termos identificado as características universais (e, portanto, o conceito universal) que nos permitam fazer essa identificação (SPAACK, 2008, p. 359-360).

A isso Spaak (2008, p. 360) responde que as características que nos permitiriam tratar um conceito como sendo “do Direito” podem ser definitivas não em relação ao conceito universal do Direito, mas ao nosso conceito local do Direito, e, assim, ficaria no âmbito da análise conceitual modesta.

Isso necessariamente desemboca em um relativismo ontológico, em que X qualifica-se como um conceito de Direito apenas dado um ponto de partida Y (um certo conceito do Direito) sem que haja um ponto de partida entre todos os existentes que seja privilegiado como o verdadeiro? Spaak (2008, p. 260) entende que podemos conceber vários pontos de partida (os vários conceitos locais) como concepções de um conceito subjacente (que seria o conceito universal), onde todos são interpretações desse conceito e não competem com este, e, assim, a existência de um conceito universal não impede uma variedade de conceitos locais que sejam concepções daquele.

⁴³ Gallup é uma instituição que faz levantamentos de opinião nos Estados Unidos.
(<http://www.gallup.com/home.aspx>)

3.6.2. O ARGUMENTO DA INCORREÇÃO DE ADOTAR CONCEITOS JURÍDICOS EMPREGADOS EM TEORIAS EMPÍRICAS

Spaak termina sua resenha do livro de Leiter, apontando os motivos pelos quais, considerando que a análise conceitual modesta é uma forma viável de investigação, seria necessário rejeitar a reivindicação de Leiter para adotar os conceitos jurídicos que são empregados em teorias empíricas bem-sucedidas sobre o Direito e as instituições jurídicas aproximadamente na maneira em que eles aparecem nessas teorias.

Primeiro, o conceito de Direito (ou outro conceito jurídico mais específico, como o de direito jurídico) empregado em uma teoria empírica pode ser muito unilateral para ser de muito uso fora daquela teoria em específico, por exemplo, podendo não ter sido formado levando-se em consideração o aspecto normativo do Direito (SPAACK, 2008, p. 260).

Segundo, duas teorias bem-sucedidas podem empregar dois conceitos de Direito diferentes e incompatíveis (SPAACK, 2008, p. 260).

Terceiro, é objetável que alguém possa determinar se uma teoria é bem-sucedida sem tomar uma posição sobre a determinação (implícita) dos conceitos centrais empregados na teoria, por exemplo, como afirmar que uma teoria que afirma que pessoas com uma “condição genética” tendem a ser discriminadas por empresas de seguro é bem-sucedida sem levar em conta a relevância do conceito de discriminação empregado na teoria? (SPAACK, 2008, p. 260-261).

Quarto, também é objetável que a construção de teorias empíricas sobre o Direito e as instituições jurídicas possa ocorrer sem prévio trabalho conceitual, por exemplo, o teórico empírico já precisa saber o que significam tribunal ou legislatura, ou como contrastar jurídico de não jurídico, para determinar se determinada entidade recai sob qual desses conceitos, e, portanto, ele precisa fazer uso de um conceito jurídico que é independente da teoria empírica que ele esteja defendendo (SPAACK, 2008, p. 261).

3.7. Objeções de Liam Murphy

3.7.1. O ARGUMENTO PRÁTICO SOBRE A FRONTEIRA DO DIREITO E SEUS LIMITES

Liam Murphy (2005, p. 14) considera que Leiter, ao defender que a melhor maneira de conceber o Direito e as suas fronteiras é a que melhor facilita a pesquisa de ciência social, está propondo em algum sentido mudar o objeto da teoria jurídica para se preocupar mais com o que acontece na prática jurídica, mas, ao mesmo tempo, também mantém que poderíamos

melhor entender o que o Direito é por aceitar o conceito que surja desse tipo de investigação científico-social.

O argumento de Leiter seria uma variante do argumento prático, mas não político, para favorecer um conceito de Direito sobre outro (MURPHY, 2005, p. 14). O argumento prático-político é aquele segundo o qual o melhor lugar para localizar a fronteira do Direito é aquele no qual haverá o melhor efeito sobre nossos auto-entendimentos como sociedade e cultura política, e essa seria a melhor forma de discutir essa questão (MURPHY, 2005, p. 9).

O problema da abordagem de Leiter em específico é que não há uma razão clara no sentido de que a razão prática apresentada para adotar um conceito positivista do Direito seja melhor que as razões políticas que ele mesmo (Murphy) favorece por intermédio do argumento prático-político (MURPHY, 2005, p. 14) e que não há uma resposta determinada para a questão da fronteira do Direito (porque as intuições das pessoas são muito distintas entre si e os próprios dados já comportam desacordo, não é possível chegar em nenhuma convergência acerca do conceito de Direito; ver MURPHY, 2005, p. 7-9), e isso se aplica a todas as versões do argumento prático, inclusive a de Leiter, apenas havendo diferentes formas de estabelecer a fronteira com diferentes razões para fazê-lo (MURPHY, 2005, p. 15).

Em nota de rodapé (MURPHY, 2005, p. 15), ele esclarece que o conceito de Direito que melhor facilita a ciência social não será “o” conceito de Direito a menos que haja convergência em seu uso, e essa convergência não irá ocorrer porque o conceito não é usado apenas nesse contexto, não é empregado apenas pela ciência social. Então, mesmo que o projeto naturalista tenha seus méritos para a epistemologia, ele seria inapropriado para conceitos normativos como o Direito.

Cabe destacar que Murphy (2005, p. 7) considera que, se ou não a análise conceitual pode resultar em verdades necessárias e se ou não reivindicações conceituais têm um status fundamentalmente diferente das reivindicações factuais, a disputa sobre a fronteira do Direito é uma disputa que não pode ser resolvida por olhar para o mundo, por fazer sociologia jurídica, porque a questão é sobre qual a maneira correta de conceber o Direito e sua fronteira, questão tal que deixa a prática jurídica intocada.

3.8. Objeções de Luka Burazin

3.8.1. O ARGUMENTO DO NATURALISMO METODOLÓGICO MODESTO

Luka Burazin revisa a evolução da proposta de naturalização da teoria jurídica por Leiter e chega à conclusão de que a versão final de sua teoria é apenas uma versão modesta do naturalismo.

Mesmo enquanto Leiter recorra à naturalização de outras áreas como a epistemologia como exemplos para a teoria jurídica, ele acaba por defender a combinação de um naturalismo metodológico modesto (que engaja-se na pesquisa empírica sobre intuições normativas) com uma análise conceitual modesta (BURAZIN, 2014, p. 12-13).

O naturalismo metodológico modesto contrasta com a análise conceitual modesta “pura”, porque esta usa as intuições dos filósofos, enquanto aquele usa as intuições das pessoas comuns, considerando-se que essas intuições mais gerais dentro da população melhor serviriam para fixar a extensão do conceito de Direito, dado que este é relacionado ao nosso falar sobre o Direito (BURAZIN, 2014, p. 13). Além disso, essa versão modesta do naturalismo metodológico vê a análise conceitual como uma atividade *a posteriori* que segue nossas investigações empíricas para corrigir seus erros, e tem por objeto o mesmo que a análise conceitual modesta, porque as intuições empiricamente investigadas podem somente fornecer conhecimento do conceito de Direito, não da sua real natureza, dado que trata-se de um artefato humano (BURAZIN, 2014, p. 13).

Enquanto objeções tenham sido feitas a essa abordagem de Leiter, na prática não houve nenhuma séria tentativa de verificar a proposta final dele, o que envolveria apresentar o que as pessoas comuns tem a dizer sobre possíveis amostras do Direito bem como suas características essenciais ou pelo menos importantes (BURAZIN, 2014, p. 13). Apenas seria possível citar um estudo feito pelo mesmo mais um co-autor no qual foi feito um levantamento de intuições entre estudantes, e, considerando esses resultados preliminares mesmo que limitados em escopo, pouco proveito disso seria possível tirar para melhorar a teoria jurídica e pouco se pode esperar da proposta de Leiter (BURAZIN, 2014, p. 13-14).

Diante desse resultado desanimador, Burazin (2014, p. 14) entende que, seguindo a proposta de fazer primeiro a pesquisa empírica para depois fazer análise conceitual *a posteriori* para corrigir erros, isso apenas nos deixará com um conjunto de fatos miscelâneos, de modo que talvez melhores resultados fossem obtidos pela sequência reversa: fazer a análise do conceito de Direito baseado em nossas intuições primeiro, e depois engajar-se em pesquisa

empírica para determinar se nossas teorias adequadamente refletem como aqueles sujeitos ao Direito entendem a eles mesmos a partir do conceito de Direito. Além disso, a pesquisa empírica poderia ajudar a identificar possíveis conflitos entre nossas intuições, o que poderia ser resolvido por usar intuições adicionais para arbitrar esse conflito e permitiria elaborar tanto teorias positivas sobre o porquê de certas intuições serem incluídas quanto teorias do erro sobre o porquê de certas intuições rivais serem excluídas (BURAZIN, 2014, p. 14). Portanto, análise conceitual modesta e naturalismo metodológico modesto seriam abordagens filosóficas complementares.

3.9. Objeções de Mark Greenberg

Mark Greenberg escreveu dois artigos apresentando suas objeções, publicados em uma edição especial da revista acadêmica *Law & Philosophy* (volume 30, edição 4, 2011) sobre a Teoria Naturalizada do Direito de Brian Leiter, contando também com uma resposta pelo próprio Leiter.

Os artigos referem-se à defesa do realismo jurídico por Leiter, então seu ponto central não é relevante aqui, dado que, como já esclarecido anteriormente, o objetivo dessa seção de objeções é apresentar as objeções quanto à naturalização da teoria sobre a natureza do Direito. Não obstante, o artigo *Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law* (GREENBERG, 2011a) apresenta algumas considerações acerca do próprio naturalismo metodológico de Quine, pelo que será útil sua inclusão aqui. O outro artigo *Implications of Indeterminacy: Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law II* (GREENBERG, 2011b) já visa responder uma réplica anterior por Leiter, portanto, estendendo o ponto do artigo original. Como este último se trata de uma extensão ao artigo original, entendo que será oportuno resumir o argumento pertinente ao nosso objetivo aqui a partir do artigo original. Semelhantemente, só será usada a réplica final de Leiter na medida em que ele tenha oferecido resposta aos argumentos específicos que serão de nosso interesse nessa seção.

3.9.1. O ARGUMENTO DA MÁ COMPREENSÃO SOBRE AS IMPLICAÇÕES DA REJEIÇÃO AO PROJETO FUNDACIONALISTA

O problema que Quine viu com a epistemologia fundacionalista na sua época baseia-se no sentido de fundacionalismo segundo o qual a ciência necessita de validação externa para ser aceita, articulando um padrão justificatório – certeza ou indubitabilidade – e uma base justificatória – experiência dos dados dos sentidos e lógica – que não são parte daquilo a que os cientistas recorrem, uma vez que nenhum deles pretende apresentar que teorias científicas

podem ser logicamente deduzidas da experiência dos sentidos (GREENBERG, 2011a, p. 427-428).

Segundo Greenberg (2011a, p. 429-432), a rejeição ao fundacionalismo pode ser interpretada de três maneiras. Primeiro, que teorias científicas não podem satisfazer os padrões relevantes de justificação. Esta deve ser rejeitada porque nenhum naturalista pode aceitar que a ciência não é justificada, apenas que ela não pode ser justificada por padrões externos a ela mesma. Segundo, que não há justificação epistêmica, por exemplo, não há a propriedade de ser epistemicamente justificado. Essa parece ser a opção do próprio Quine em parte de seus escritos dentro de reflexões ao tema, mas Greenberg considera que ela deve ser rejeitada mesmo do ponto de vista naturalista, porque esse niilismo epistêmico implicaria que os cientistas estão confusos ao se perguntarem se uma teoria é mais justificada que a outra dado certo conjunto de evidências e gera uma posição na qual não temos como explicar o sucesso da ciência a partir de sua obtenção parcial da verdade, mas apenas de que ela acontece de gerar boas previsões. Terceiro, que a crença em teorias científicas pode ser justificada, mas que os padrões relevantes são internos à própria ciência. Greenberg enfatiza que Quine adota essa em parte de sua produção filosófica, e considera-a mais consistente com seu naturalismo como efetivamente exercido, por exemplo, ao discutir os critérios de validação de hipóteses científicas. Além disso, essa seria uma forma mais adequada de entender a falha do projeto fundacionalista, porque o principal defeito deste era justamente tentar validar a ciência a partir de algo que não fosse ela mesma.

A falha do fundacionalismo pode levar a duas conclusões diferentes, ou que não há nada mais a ser aprendido sobre a justificação na ciência (pelo menos nada para além do próprio *know-how* prático dos cientistas), que é a leitura que Leiter faz de Quine, ou que tal teoria filosófica da natureza da justificação na ciência é possível, mas requer que examinemos a história e a prática científicas para além de reflexão *armchair* (GREENBERG, 2011a, p. 432). Greenberg (2011a, p. 433-435) passa a discutir como uma teoria da natureza da justificação (especialmente na ciência) é possível sob o naturalismo desde que feita *a posteriori*, trazendo razões positivas para tanto. Mas também passa a examinar que objeções Leiter teria.

Leiter aparenta ter três intuições contra a ideia de uma teoria naturalista da justificação na ciência, enquanto não seja claro se ele as endossa em sua inteireza ou as vê mais como implicações subjacentes à conclusão de Quine (GREENBERG, 2011a, p. 435-436), dada a brevidade de seus comentários a respeito. Primeiro, pontuar erros lógicos é banal e, como a teoria é subdeterminada pela evidência, não há como ter uma forma de determinar que crenças

teóricas são justificadas ou não. Segundo, sem um ponto de partida fundacionalista, sistematizar nossas intuições normativas ordinárias colapsa em uma sociologia descritiva do conhecimento, nada mais havendo além de descrição. Terceiro, a sociologia descritiva das práticas epistêmicas não faz diferença para a prática, então ela não tem razão de ser.

Greenberg (2011a, p. 436-438) objeta a todas as três intuições.

Em relação à primeira, considera que apontar erros lógicos não dá um teste prático para determinar que teorias científicas são justificadas, mas isso não impede que haja uma teoria da justificação, porque a filosofia não precisa ser limitada a apontar erros lógicos. O fato de que teorias científicas não podem ser derivadas de evidência indubitável não impede outras formas de pensar a justificação, e o objetivo da filosofia não precisa ser um teste prático para fazer essa determinação, apenas um entendimento teórico da questão.

Em relação à segunda, a questão é se para além do projeto fundacionalista nada há mais do que sistematizar e descrever práticas dos cientistas, e se a teoria da justificação colapsaria nessa descrição do que os cientistas tratam como justificado. Greenberg considera que Leiter não oferece nenhum argumento em prol de que isso teria de ser assim. O problema maior de pensar dessa forma é que os cientistas mesmos não estão engajados em uma prática arbitrária de chamar algumas teorias de justificadas e outras de injustificadas, e, dado que eles operam com um entendimento não inteiramente explícito do que a justificação seria, não temos razão para pensar que não o podemos fazer explícito. Além disso, temos razão para pensar que esse entendimento não envolve simplesmente “tudo que os cientistas acham que é justificado” como critério. Poderíamos acrescentar aqui: uma vez que os próprios cientistas tratam a questão da justificação como objetiva e externa a eles mesmos.

Em relação à terceira, esta assume a correção das duas primeiras, que já foi posta em causa dadas as razões acima. Adicionalmente, uma abordagem teórica pode afetar a prática, principalmente quando lida com conceitos normativos, mesmo que não seja o objetivo dela fornecer um teste prático. Não há razão para supor que o entendimento de um conceito normativo, como justificação, que não ofereça um teste prático, e nesse sentido seja descritivo, tenha de ser restrito a um catálogo de quando as pessoas o usam ou a uma explicação causal de como crenças sobre ele são causadas.

A réplica de Leiter (2011a, p. 504-505) consiste em afirmar que Greenberg ignorou a conexão entre a rejeição ao programa fundacionalista, de um lado, e a defesa do holismo evidencial subjacente à tese da subdeterminação da teoria científica pela evidência. O programa

fundacionalista é rejeitado não apenas porque a ciência como um todo não pode ser fundamentada em algo mais epistemicamente seguro do que ela mesma, mas porque nem mesmo hipóteses específicas podem ser justificadas dessa forma.

Essa réplica pode ser parafraseada da seguinte forma: caso Greenberg estivesse certo, nós poderíamos justificar hipóteses científicas específicas a partir da evidência observacional e a evidência observacional é algo externo à ciência. Mas se podemos justificar hipóteses científicas específicas dessa forma, podemos justificar toda ciência a partir da evidência observacional e, logo, por algo externo à ciência. Portanto, uma justificação do tipo pretendida por Greenberg redundaria em um fundacionalismo para o todo da ciência, dado que se pudermos justificar a teoria a partir da evidência, temos encontrado algo exterior à ciência que garante logicamente sua correção (como, por exemplo, no positivismo lógico, a experiência imediata, a qual todo enunciado científico poderia ser reduzido).

Então, para Leiter (2011a, p. 504-506), há apenas uma justificação das hipóteses científicas por regras pragmáticas, e o objetivo da epistemologia torna-se uma sociologia descritiva dessas regras, por descrever as normas de cunho pragmático usadas nas ciências, mas não há uma justificação da teoria científica para além da pragmática. Não é possível usar uma combinação de fatos e lógica para deduzir logicamente a teoria a partir da evidência, mas apenas apresentar como produzir teoria a partir da evidência por meio daquelas regras pragmáticas que levam ao sucesso preditivo na ciência.

3.9.2. O ARGUMENTO DE QUE A REJEIÇÃO DO A PRIORI NÃO CONDUZ NECESSARIAMENTE À SUBSTITUIÇÃO DA TEORIA FILOSÓFICA PELA TEORIA EMPÍRICA

Dúvidas sobre a possibilidade ou o proveito de uma investigação puramente *a priori* não justifica a proposta de substituição (*replacement*) feita por Leiter, uma vez que explicações causais/nomológicas não são a única alternativa a esse tipo de investigação, considerando-se que muita investigação filosófica baseia-se em fatos empíricos, desde os fatos banais e familiares sobre o mundo até aqueles descobertos pela nossa ciência mais recente (GREENBERG, 2011a, p. 425).

Se os críticos do *a priori* estiverem corretos que o raciocínio filosófico não seja apriorístico, disso se segue que a concepção tradicional da filosofia como *a priori* deve ser revisada, não que as questões e explicações filosóficas devam ser abandonadas, o que é o contrário do que Leiter propõe, que é abandonar explicações filosóficas em prol das causais

(GREENBERG, 2011a, p. 425-426). Portanto, apenas apresentar que a filosofia pode proveitosamente basear-se em resultados empíricos e que o conhecimento *a priori* não é possível não é suficiente para justificar a proposta dele (GREENBERG, 2011a, p. 426).

Outro problema é que naturalizar uma área ou projeto filosóficos, no sentido de torná-lo consistente com os métodos e o entendimento das ciências naturais, não é a mesma coisa que realocá-lo com ciência, e isso só deve ocorrer se aquele projeto não puder ser investigado em uma maneira naturalisticamente respeitável (GREENBERG, 2011a, p. 426). Outras formas de naturalizar uma área filosófica é por fazer certo que as explicações dentro dela não recorram a propriedades que não sejam naturalisticamente respeitáveis, nem dependam dos seres humanos possuírem alguma faculdade que não possa ser explicada pelas ciências naturais, ou seja, estabelecendo determinadas restrições (GREENBERG, 2011a, p. 426). É apenas mostrando que essas restrições não são satisfeitas por dado projeto filosófico que pode justificar seu abandono.

Leiter (2011a) não apresenta uma réplica especificamente em relação a esse ponto.

3.10. Objeções de Thomas Adams

3.10.1. O PROBLEMA DA NÃO RESOLUÇÃO DE QUESTÕES FILOSÓFICAS PELOS CRITÉRIOS DE NATURALIZAÇÃO DA TEORIA JURÍDICA

Em relação à proposta de Leiter de usar teorias científicas para demarcar o conceito de Direito, Adams (2014, p. 318) encontra que o critério proposto deixa uma série de questões não resolvidas. Por exemplo, o entendimento sobre o Direito adotado em um estudo pode ser claramente absurdo, distintos estudos podem empregar diferentes concepções, o modelo do cientista social pode ser vago o suficiente para acomodar teorias do Direito múltiplas e conflitantes.

Para resolver tais possibilidades seria necessário argumento filosófico tradicional, uma vez que o fato de que uma teoria é usada como explicação de uma premissa inverificável em um estudo de ciência social não justifica qual concepção está correta, dado que é a parte da teoria que não é testada (ADAMS, 2014, p. 218, n. 30), e um entendimento sólido da questão é um precursor da investigação empírica relevante (ADAMS, 2014, p. 318). Além disso, a interpretação que Leiter dá das implicações do modelo de Segal e Spaeth é muito mais elaborada do que o estudo deles literalmente se propõe (ADAMS, 2014, p. 318, n. 29).

Sobre a filosofia experimental, considera que verificar as intuições das pessoas por meio de levantamentos não é satisfatório, porque o uso de casos hipotéticos é somente uma parte do método filosófico, não sendo claro como outras formas de argumento filosófico

poderiam ser testadas, e juízos não-refletidos não são claros, podendo parecer que estão sugerindo dada teoria quando na verdade podem conter fatores estranhos que sugeriram o resultado favorecido por uma teoria e não a teoria em si, de modo que se basear neles é um fraco substituto para o trabalho filosófico cuidadoso em cima dessas intuições (ADAMS, 2014, p. 318-319, n. 31).

3.11. Objeções de Kevin Walton

Walton (2015) defende a complementaridade entre a filosofia do Direito e as ciências sociais, discutindo a defesa disso por parte de Nicola Lacey (2010). Ao fazê-lo, pretende vindicar essa posição contra seus adversários dentro da tradição conceitual (como Joseph Raz), mas também contra “falsos aliados”, e aqui estaria Leiter. Em que sentido Walton considera que Leiter na verdade é um adversário à complementariedade entre filosofia e ciências sociais, se Leiter defende sua continuidade?

3.11.1. O PROBLEMA DA SUBORDINAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO DA FILOSOFIA PELA CIÊNCIA PARA A COOPERAÇÃO ENTRE ELAS

O problema é que Leiter advoga em favor seja de uma substituição da filosofia do Direito pelas ciências sociais, seja um relacionamento de dependência unilateral e uma ordem de prioridade entre elas, que privilegia as ciências sociais, o que contrasta com o relacionamento mutuamente benéfico entre disciplinas separadas, portanto Leiter não pode defender uma genuína complementariedade (WALTON, 2015, p. 239). Leiter não seria claro se ele é a favor de uma total realocação da filosofia ou apenas de que esta seja subordinada aos dados produzidos pelas ciências sociais, então isso torna necessário examinar as duas possibilidades (WALTON, 2015, p. 239-240).

Em relação à substituição da filosofia pela ciência, não está claro que a crítica de Quine seja suficiente ou necessite essa realocação.

Não é suficiente porque o real impacto da crítica de Quine sobre a análise conceitual é menos drástico que a interpretação de Leiter, e vários filósofos do Direito concordam que reduzir a filosofia a nada mais do que o componente reflexivo da investigação científica desconsidera muito potencial que permanece para trabalho genuinamente filosófico. Assim, um entendimento mais relaxado da análise conceitual ainda remanesce mesmo com a crítica de Quine (WALTON, 2015, p. 241).

Não necessita essa substituição porque o próprio Leiter parece ter de se basear na análise conceitual para aquilo que se propõe, e tem indicado que as ciências sociais não estão

em um estágio capaz de fazê-lo, vindo a aceitar a análise conceitual modesta que lida apenas com os conceitos (WALTON, 2015, p. 241-242).

Em relação à subordinação da filosofia à ciência, Leiter não aceita que a análise conceitual possa começar ou contestar a pesquisa científica, mas isso é problemático, porque confunde ser desejável a abertura para as ciências com sua necessidade: a filosofia pode ser feita sem levar em conta as descobertas dos cientistas mesmo que ela pudesse ser ainda melhor caso levasse em conta isso, de tal modo que percepções dos filósofos sobre um fenômeno podem ser um ponto de partida para reflexão filosófica robusta (WALTON, 2015, p. 243-244).

Outro problema é que Leiter assume que a possibilidade de conjugar filosofia e ciências implique em uma subordinação da filosofia às ciências, quando podemos considerar que o trabalho conceitual poderia adicionar à investigação das ciências e corrigir potenciais limitações desta (WALTON, 2015, p. 244).

3.12. Objeções de Andrew Halpin

3.12.1. UM PAPEL SERVIL PARA A ANÁLISE CONCEITUAL NÃO É JUSTIFICADO

Halpin (2009⁴⁴, p. 147) entende que Leiter assume que: 1) há alguma abordagem científica evidente, ao invés de entender a natureza da investigação científica como ela mesma contestável; 2) um caráter uniforme da abordagem científico-empírica, que não leva em conta adequadamente as dificuldades levantadas por ver a ciência social como hermenêutica ou (subjetivamente) interpretativa ao invés de (objetivamente) empírica; 3) uma subordinação da filosofia à ciência após a rejeição da distinção analítico-sintético, dado que a análise conceitual tem de se restringir a organizar descobertas empíricas, mas que esquece que já há espaço preliminar ou prévio para conceitos anteriores à investigação científica dado a inevitável escolha a ser feita em termos de um conjunto de conceitos/ideias explanatórias antes que se possam testá-las.

O papel servil da análise conceitual sob Leiter não pode dar conta do processo de escolha de ideias anterior ao teste empírico, nem do processo de confirmar ideias através do teste empírico, e apenas parcialmente do processo de produzir novas ideias como um resultado dos dados empíricos porque este último não é uma questão apenas de organizar os dados, mas também de buscar adicional insight explanatório sobre questões em relação às quais evidência

⁴⁴ Halpin (2006) não será discutido aqui, porque, em que pese ser uma revisão da literatura sobre metodologia na teoria jurídica, apenas menciona algumas das discussões feitas por Leiter, sem apresentar objeções ou se aprofundar na abordagem proposta por Leiter.

empírica ainda não está disponível (HALPIN, 2009, p. 148). Além disso, é preciso levar em conta as ideias explanatórias alternativas que podem ter sido ignoradas ou nem mesmo testadas prévio ao teste para uma adequada análise dos resultados empíricos encontrados, dado que as ideias explanatórias não são determinadas exclusivamente pelo ajuste com a evidência empírica, mas requerem uma postulação ‘imaginativa’ sobre a natureza do fenômeno natural sob investigação e a significância da evidência. Isso implica que referido trabalho conceitual prévio é indispensável para o avanço científico (HALPIN, 2009, p. 148).

A abordagem de Thomas Kuhn traz dois desafios ao naturalismo e ao cientificismo, sugerindo que há algo de não científico na nossa aquisição de conhecimento: primeiro, destaca a natureza contenciosa da investigação científica, que pode sofrer mudanças de paradigma que alteram o aparato conceitual em que se faz referida investigação; segundo, destaca que a decisão para mudar o paradigma pode não ser científica, no sentido de não determinada por conhecimento científico, dado que ela só ocorre na medida em que haja a rejeição do velho conhecimento científico baseado no paradigma descartado, e somente após a mudança do paradigma é que novo conhecimento científico virá à tona (HALPIN, 2009, p. 148).

Assim, as consequências de aproximar a elaboração conceitual da investigação empírica não é de tornar aquela subordinada a esta, mas sim de propiciar uma interação entre ambas, no sentido de uma combinação dinâmica de conhecimento científico já aceito. Isso constitui uma base experiencial mais ampla que endossa uma faculdade imaginativa que pode postular outras possíveis formas de entendimento, sendo assim o trabalho conceitual agente de mudança e desenvolvimento do conhecimento científico (HALPIN, 2009, p. 148-149).

Quatro papéis devem ser reservados à análise conceitual: 1) análise inicial expositiva e elucidativa, no sentido de fornecer conceitos em que diferentes achados podem ser mais claramente expressados; 2) análise expositiva secundária, que tem como objeto primário o próprio conceito, no sentido de esclarecê-lo melhor independente dos dados; 3) análise explanatória e exploratória, no sentido da criação de conceitos que têm o potencial para possuir poder explanatório em uma área de investigação onde conhecimento é ausente ou contestável; 4) análise normativamente exploratória, no sentido de que conceitos são usados para promover uma explicação alternativa (possivelmente idealista) de como as coisas poderiam ser arrançadas diferentemente (HALPIN, 2009, p. 149-150). O problema com Leiter é que este quer restringir o papel da análise conceitual para o expositivo em relação ao conhecimento científico já aceito, e nega qualquer caráter exploratório para a análise (HALPIN, 2009, p. 150).

3.13. Objeções de Michael Giudice

Giudice (2015) oferece uma apresentação bem elogiosa da Teoria Naturalizada do Direito por Leiter, considerando que ela fornece insights importantes para que a teoria jurídica seja aprimorada na direção da continuidade com investigações empíricas, inclusive para que possa incluir a contingência dentro da teorização do Direito. Contudo, ele apresenta também algumas ressalvas quanto ao modo que Leiter entende essa naturalização.

3.13.1. O PROBLEMA DO IMPERIALISMO METODOLÓGICO

Giudice (2015, p. 216-217, n. 9; ver também 2005, p. 528, n. 528) objeta contra a validade da distinção entre “continuidade de métodos” e “continuidade de resultados” proposta por Leiter para a compreensão dos possíveis impactos do naturalismo metodológico sobre a filosofia. O problema é que, dado que teorias filosóficas são conceituais, Leiter teria afirmado que o conceito de Direito não é fixado ou esclarecido pela investigação empírica nas ciências naturais e sociais, mas ao mesmo tempo ele pretende sujeitar teorias filosóficas aos resultados e método das ciências sociais.

Nesse sentido, as categorias “continuidade de métodos” e “continuidades de resultados” seriam o que Giudice denomina de “imperialismo (metodológico) na teoria jurídica”, que é a ideia de que há uma única metodologia acima de todas as outras na teorização jurídica, nesse caso a metodologia empírica das ciências sociais.

3.13.2. NATURALIZAÇÃO INSUFICIENTE

Um problema é que Leiter tem uma visão muito restrita sobre o que precisa ser naturalizado na teoria jurídica, uma vez que ele propõe uma naturalização da teoria da adjudicação, da relação entre as influências sobre os juízes e os resultados dos casos, mas nós podemos ir além para naturalizar muito mais, por exemplo, a questão da emergência do Direito, em relação à qual poderíamos substituir os experimentos de pensamento sobre como sistemas jurídicos vieram à existência (tal como o de Hart sobre sociedades pré-jurídicas) por abordagens históricas, sociológicas e antropológicas da emergência das sociedades e do Direito (GIUDICE, 2015, p. 59).

3.13.3. CRÍTICAS INADEQUADAS AO ESTADO DA ARTE DA FILOSOFIA ANALÍTICA

O papel das intuições na elaboração teórica sobre o Direito é menor do que Leiter (e outros) tendem a pensar, como é ilustrado pela crítica que Leiter faz ao argumento de Raz baseado no conceito de autoridade em favor do positivismo exclusivo (GIUDICE, 2015, p. 97).

É duvidoso que esse argumento de Raz tenha de ser amparado por intuições, uma vez que o próprio Raz menciona como evidência a linguagem adotada nas instituições jurídicas e o modo como elas fazem suas exigências (GIUDICE, 2015, p. 97-98). Nós podemos questionar se essa evidência de fato apoia a reivindicação feita por Raz, mas é preciso reconhecer que se trata de uma evidência que ocorre independentemente de intuições e que possui certo componente empírico (GIUDICE, 2015, p. 98).

A ênfase de Leiter na epistemologia como entendida por Quine pode não trazer as melhores lições quanto à naturalização da teoria jurídica, dado que a abordagem de Kripke sobre a separabilidade da analiticidade, da aprioricidade e da necessidade pode lançar mais luz sobre questões pertinentes à teorização nessa área (GIUDICE, 2015, p. 9-10). Leiter não gasta tanto tempo explorando outras recentes contribuições para a epistemologia e a metafísica, nem considera críticas feitas contra Quine (GIUDICE, 2015, p. 28).

3.14. Objeções de Aaron Rappaport

3.14.1. O PROBLEMA DE ARGUMENTOS CONTINGENTES EM PROL DE UM CONCEITO DE DIREITO

O argumento de Leiter baseia-se quase inteiramente na ideia de que os cientistas sociais associam o termo “Direito” com o positivismo exclusivo, sem que de fato nenhum apoio factual seja fornecido para essa visão, dado que, mesmo que seja plausível que alguns ou mesmo muitos teóricos encontrem conveniente dividir os fatores em ‘*hard*’ e ‘*soft*’, isso não significa que cada pesquisador deva seguir a mesma abordagem, e nas circunstâncias corretas alguns poderão encontrar mais útil não levar em conta a distinção entre esses tipos de fatores (RAPPAPORT, 2014, p. 103). Parece plausível que os pesquisadores usem o termo “Direito” para referir-se não aos fatores motivando a decisão judicial, mas às regras realmente produzidas pelas decisões judiciais, o que significaria que os cientistas sociais empregam mais que um conceito de Direito e nenhum pode ser dito que seja o correto (RAPPAPORT, 2014, p. 2013, n. 82).

Mesmo se concordamos que o positivismo exclusivo melhor promove o projeto de pesquisa preditiva do cientista social, não é claro o porquê desse entendimento conceitual dever ser aplicado fora desse domínio de pesquisa, restringindo os teóricos jurídicos às categorizações dos cientistas sociais (RAPPAPORT, 2014, p. 103). A única resposta que Leiter pode dar é que nenhuma outra investigação teórica além da do cientista social realmente vale a consideração em termos da interpretação do conceito de Direito, baseando-se em um ceticismo sobre o valor

independente da filosofia do Direito, que tira muito da significância da teoria jurídica e da análise conceitual do Direito, intensificando dúvidas sobre os objetivos e métodos da *jurisprudence* (RAPPAPORT, 2014, p. 103).

O problema em última instância é que Leiter usa argumentos contingentes em apoio de um conceito de Direito, e é difícil conceber que qualquer argumento contingente possa servir ao objetivo primário da análise, mesmo enquanto não tenha sido provada a sua impossibilidade (RAPPAPORT, 2014, p. 104).

Nesse contexto, a crítica à Leiter é que o mesmo aceita uma análise conceitual normativa que estabelece que devem ser usados aqueles conceitos favorecidos com base em argumentos contingentes empíricos. Para Rappaport (2014, p. 104), toda análise conceitual, inclusive desse tipo que ele denomina “normativo empírico”, é inapta para a teoria jurídica.

3.15. Objeções de John F. K. Oberdiek e Dennis Patterson

3.15.1. A ANÁLISE CONCEITUAL É MAIS AMPLA DO QUE LEITER PRETENDE

Oberdiek e Patterson (2007, p. 72) consideram que o erro-chave de Quine e Leiter é tratar a análise conceitual como um tipo particular de trabalho filosófico, que dependesse de uma concepção robusta da distinção analítico-sintético.

Há quatro métodos de análise conceitual que não são desafiados em qualquer maneira pelo naturalismo de Quine: 1) análise conceitual como a verificação se algo dito em um vocabulário é feito verdade por algo dito em um vocabulário mais fundamental; 2) análise conceitual “terapêutica”, que visa identificar e eliminar reivindicações ou assertivas que faltam sentido; 3) análise conceitual como teorização conceitual, que visa identificar os comprometimentos implicados ou pressupostos por nossas intuições, sejam esses comprometimentos metafísicos ou não; 4) análise conceitual como referente às características de um conceito que justificam seu papel particular desempenhado em nosso discurso (OBERDIEK, PATTERSON, 2007, p. 73-74).

Dessa forma, a análise conceitual não precisa tomar uma forma que conflite com a posição de Quine, sendo que os argumentos deste apenas rejeitam uma versão forte da análise conceitual, e não é claro como alguém poderia entender o Direito sem se basear em algum grau em pelo menos uma dessas formas de análise conceitual (OBERDIEK, PATTERSON, 2007, p. 74-75). O próprio Leiter faz também reivindicações de natureza conceitual, como ao aceitar a noção de função adjudicatória ou o positivismo exclusivo, pressupondo ao invés de realocando um entendimento conceitual do Direito (OBERDIEK, PATTERSON, 2007, p. 75). Não é claro

se Leiter reconhece que haja mais formas de análise conceitual do que aquela que Quine desafiou, nem se poderia reconhecer que pouco na teoria jurídica depende de Quine estar errado, dado que essa teorização como tradicionalmente concebida pode e tem sido avançado por meio daqueles recursos conceituais seguros (OBERDIEK, PATTERSON, 2007, p. 75).

Deve-se destacar que Leiter (2007, p. 196, n. 49) comenta a questão dessas quatro formas de análise conceitual, considerando duas (a segunda e a quarta) como de fato não atingidas pelo naturalismo de Quine, mas as outras duas (a primeira e a terceira) como sendo vulneráveis ao seu desafio. Contudo, Leiter não fornece um argumento para considerar a primeira e a terceira como vulneráveis, e sua discussão concentra-se na quarta por ser a mesma usada por Farrell que estava sendo discutida.

4. AVALIAÇÃO GERAL DAS OBJEÇÕES E PROPOSTAS PARA UMA TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO MAIS ROBUSTA

O objetivo desse capítulo final é duplo: fazer uma avaliação geral das objeções levantadas contra as propostas de Leiter, tal como levantadas no capítulo anterior, e propor modificações à Teoria Naturalizada do Direito que a tornem mais robusta.

Em relação à avaliação das objeções, optou-se por não responder uma a uma as objeções levantadas no capítulo anterior. O motivo para isso é que essas objeções compartilham pontos em comum, mesmo quando propostas por diferentes teóricos. Tendo em vista isso, a opção foi por avaliar tipos de objeções, referentes a aspectos específicos do naturalismo metodológico ou da Teoria Naturalizada do Direito que foram criticados. Isso tem a vantagem de nos permitir uma visão panorâmica sobre o estado dessas objeções e de suas possíveis respostas.

Em relação às propostas de modificação da Teoria Naturalizada do Direito, as considerações que norteiam essas modificações são as seguintes: 1) de preferência, usar premissas menos controversas, que o objetor é mais propenso a aceitar, de modo a demonstrar que, mesmo concedido que o objetor tenha razão nessas premissas, não se segue disso que a Teoria Naturalizada do Direito esteja incorreta e/ou ao contrário disso se segue que a Teoria Naturalizada do Direito esteja correta; 2) aproximar a discussão da Teoria Naturalizada do Direito das discussões mais contemporâneas em metafísica analítica e ontologia social, de modo que ferramentas e noções desenvolvidas nesses campos mais gerais possam ser aproveitadas para o campo mais específico da Teoria Geral do Direito, demonstrando a vantagem relativa da proposta naturalista; 3) aproximar a discussão da Teoria Naturalizada do Direito de outras

abordagens empíricas dentro da teoria jurídica, especialmente o positivismo jurídico-social de Brian Tamanaha, de modo a tornar o caso empírico em relação à teoria jurídica mais robusto por agregar mais aspectos nessa direção.

Com isso, espera-se que a Teoria Naturalizada do Direito possa ser robustecida, alcançando-se uma versão dela menos suscetível às objeções levantadas do que a versão atual de Brian Leiter.

4.1. Avaliação das Objeções sobre a Distinção Analítico-Sintético

Uma importante classe de objeções vista anteriormente diz respeito à defesa da divisão analítico-sintético como sobrevivendo ao argumento desferido por Quine contra sua possibilidade. Essa objeção aparece diretamente em Himma (2007; 2015) e Spaak (2008).

Dado o teor do argumento de Leiter e à luz do argumento de Quine tal como foi apresentado no capítulo 2º, pode parecer que todo o edifício da Teoria Naturalizada do Direito sustenta-se na impossibilidade de fazer a distinção analítico-sintético.

A premissa seria como segue: (1) Se Quine estava certo sobre a impossibilidade da distinção analítico-sintético, então a teoria do Direito deve ser naturalizada, pois não há um campo de verdades analíticas reservadas para essa teorização.

Isso convida a uma outra premissa que poderia derrubá-la: (2) Se Quine estava errado sobre a impossibilidade da distinção analítico-sintético, então a teoria do Direito não deve ser naturalizada, pois há um campo de verdades analíticas reservadas para essa teorização.

Se a impossibilidade da distinção analítico-sintético fosse necessária para estabelecer um argumento em prol da naturalização da teoria jurídica, então só teríamos como alternativas (1) e (2). Dado que corretamente Himma e Spaak apontam que muitos filósofos ainda consideram válida a distinção, o argumento em prol da teoria naturalizada seria seriamente enfraquecido, pois apenas poderia ser aceito por aqueles que já concordassem com referida impossibilidade. Isso certamente não demonstraria conclusivamente a falsidade do argumento, mas seria mais interessante que pudéssemos fazer um argumento naturalista que não dependesse de uma premissa tão controversa.

Nesse sentido, é preciso notar que (1) não implica logicamente (2). O que (1) afirma é que, se a impossibilidade for o caso, a naturalização é necessária. Mas nada diz sobre o que ocorre caso a impossibilidade não seja o caso. Trata-se de uma relação lógica de implicação, não de equivalência.

Os críticos de Leiter apenas notaram que Leiter parece adotar (2) para além de (1), já que sustenta seu argumento exclusivamente em (1). Mas, mesmo se Leiter o fizer, um argumento mais robusto em prol do naturalismo na teoria jurídica não precisaria.

Então acrescento outra premissa: (3) Mesmo se Quine estava errado sobre a impossibilidade da distinção analítico-sintético, a teoria do Direito deve ser naturalizada, pois seu alvo são as teorias nas quais os conceitos estão incorporados (verdades sintéticas), não os conceitos sozinhos (verdades analíticas).

A premissa (3) indica que a naturalização não depende sobre se a distinção analítico-sintético pode ser elaborada ou não de forma satisfatória. Mesmo aqueles que concordarem que há um campo de verdades analíticas poderiam concordar que a teoria jurídica deva ser naturalizada. Nesse sentido, (3) contradiz (2), mas é compatível com (1).

Por (3) o peso do argumento desloca-se de argumentar em prol da impossibilidade da distinção como Quine o fez para argumentar em prol da teorização filosófica substantiva ser centrada em verdades sintéticas, examinando as analíticas apenas na medida em que isso tenha relação com as sintéticas.

Como o 1º argumento faz uma reivindicação negativa, não é claro que jamais seria possível que a distinção pudesse ser feita. Se concordarmos com Quine, podemos concordar que tenhamos estabelecido conclusivamente com Quine que até agora não é possível formular a distinção de maneira satisfatória, mas nada nos garantiria que, no futuro, algum filósofo pudesse descobrir uma forma de fazê-lo.

Já o 2º argumento, por ser uma reivindicação positiva, pode ser estabelecido de uma maneira mais direta, apontando como a teorização faz mais sentido à luz de que ela se ocupa com verdades sintéticas do que o contrário. Enquanto isso poderia ser superado no futuro, pela introdução de um campo filosófico substantivo puramente preocupado com verdades analíticas, ao menos isso garantiria que grande parte da filosofia deve ser vista naturalisticamente.

Ou seja, uma superação do 1º argumento conduziria à falsidade completa do naturalismo metodológico, enquanto uma superação do 2º não conduziria automaticamente à sua derrocada, pois ainda poderia ser aplicável para grande parte da filosofia que nos interessa na medida em que grande parte dela ocupa-se de verdades sintéticas, mesmo que nem toda ela o faça. Parece desejável depender do 2º argumento, portanto, e é necessário avaliar que razões teríamos para endossá-lo.

David Papineau (2013, p. 104-114) oferece argumentos no sentido de que verdades filosóficas são sintéticas em virtude do relacionamento entre conceitos e teorias. Teoria seria definida como conjuntos de reivindicações com consequências sintéticas, por exemplo, uma teoria sobre a dor incluiria reivindicações sobre sua causação (tipicamente lesões corporais) e disposições comportamentais que um indivíduo possa experimentar devido a um dano corporal (como tentar evitar danos adicionais). Uma conexão próxima entre teorias e conceitos pode ser estabelecida tanto por abordagens verificacionistas (não muito populares atualmente) quanto por não-verificacionistas ou descritivistas. Para a verificacionista, conceitos dependem das teorias que aceitamos como verdadeiras. Para a descritivista, conceitos dependem da teoria que nós entendemos. Todas concordam que mudar teorias afeta nossas disposições para aplicar os conceitos, mas diferem em como essa mudança opera, pois, para os primeiros, o conceito muda quando mudam-se as teorias, enquanto para os segundos a mudança na teoria não muda os próprios conceitos (apenas as disposições para aplica-los). Dado que a abordagem para análise conceitual de Frank Jackson endossa uma abordagem descritivista e influencia a discussão feita sobre esse assunto entre os filósofos analíticos do Direito, é interessante detalhar o argumento de Papineau em relação a essa abordagem em específico.

Na abordagem descritivista endossada por Jackson, teorias são definidas como uma conjunção de uma sentença de Carnap analítica, que é o comprometimento definicional de uma entidade (o objeto de um conceito), e uma sentença de Ramsey sintética, que estabelece compromettimentos substanciais sobre dada entidade. No argumento de Jackson, isso permite uma filosofia de dois passos. O primeiro estágio identifica e analisa conceitos do senso comum via análise conceitual tradicional e reflexão sobre casos possíveis, enquanto o segundo estágio leva em conta reivindicações sintéticas sobre a realidade como postuladas por teorias sobre o mundo, buscando-se estabelecer quais delas são satisfeitas. Por exemplo, você poderia fazer a análise conceitual do termo “água” (primeiro passo) para só depois ir para o mundo e investigar o que é aquilo que satisfaz as condições conceituais para aplicação do conceito “água” (segundo passo). Assim, segundo essa visão, a análise conceitual seria o trabalho filosófico antecedente e independente das reivindicações empíricas.

Papineau (2013, p. 108) discorda que um mero comprometimento analítico para conceitos levanta as questões filosóficas iniciais, porque, mesmo se existirem as verdades analíticas do tipo que Jackson supõe, elas não seriam de nenhuma significância para a filosofia. É razoável assumir que teorias sintéticas (e suas respectivas sentenças de Ramsey sintéticas) sejam implícitas no pensamento de senso comum e importem para a filosofia, pois o importante

é se há entidades satisfazendo as condições (sentença de Ramsey), não apenas a especificação de que, se houvessem tais entidades, elas poderiam cair sob um conceito específico (sentença de Carnap).

O exemplo que Papineau cita aqui refere-se ao conceito “bruxa”. Ninguém conduz investigações metafísicas sobre a natureza das bruxas porque, mesmo se for possível formular uma sentença de Carnap a respeito, os filósofos analíticos em geral discordam com a sentença de Ramsey afirmativa que tornaria isso de interesse, como a sentença “há mulheres que satisfazem as condições para o conceito de bruxa”. Uma análise semelhante poderia ser feita em relação à investigação da natureza metafísica das “almas”: apenas quem nelas acredite verá significância nisso.

Ou seja, conceitos não nos comprometem ontologicamente, não carregam consigo implicações sobre os conteúdos da realidade. Podemos usá-los sem que eles correspondam a nada no mundo. Mas submeter o pensamento ordinário a escrutínio sério envolve um exame de suas premissas sobre a realidade, que é o que conceitos sozinhos não podem oferecer. Portanto, sempre que Jackson enfrenta questões metafísicas sérias, ele realmente começa com teorias, não com conceitos.

Aqui é importante uma pausa para não confundir o que Papineau está propondo. Seu argumento é lançado contra a ideia de filosofia em dois passos. Jackson parece pensar que nós fazemos o movimento do analítico e, após completado este, só então passamos para o domínio do sintético, como se tivéssemos um conhecimento “isolado” do analítico que não é afetado pelo que saibamos sobre o sintético. O que Papineau (ou a melhor reconstrução de seu argumento) visa estabelecer não é que seja impossível que possamos ficar no domínio do analítico, caso o queiramos, mas sim que, se como o próprio Jackson admite, nosso objetivo final é tratar do sintético, é porque já de fato começamos nele, e as questões analíticas só veem a obter relevância na medida em que são entendidas contra esse background empírico. Nosso conhecimento do analítico não ocorre separadamente ao nosso conhecimento do sintético, mas acompanha as variações deste último.

Dando prosseguimento à análise deste argumento, uma possível objeção seria como essa visão sobre a filosofia seria compatível com o método de casos possíveis ou hipotéticos empregado junto com a análise conceitual. Se contraexemplos para reivindicações filosóficas podem ser imagináveis em algum sentido, é isso uma confirmação para a natureza conceitual dessas reivindicações? Afinal, a imaginação pode acessar a possibilidade conceitual de uma reivindicação, não sua realidade (*actuality*).

Uma possível resposta a essa objeção seria recusar completamente o método de casos hipotéticos em uma filosofia concebida naturalisticamente, mas Papineau não segue essa linha, aduzindo que referido método ocorre nas ciências também. O papel dos experimentos de pensamento na ciência é bem conhecido, como exemplos sendo citados Galileu sobre corpos caindo e a relatividade do movimento, o demônio de Maxwell e Einstein sobre não-localidade quântica. Intuições de experimento de pensamento expressam certos princípios gerais que são relevantes para as reivindicações sintéticas propostas pelos filósofos, permitindo comparações entre essas teorias sintéticas e as intuições (também sintéticas) induzidas pelos experimentos de pensamento. Enquanto as intuições sintéticas em teorias filosóficas não sejam diretamente falseáveis por observações como aquelas da teoria científica, elas ainda podem ser indiretamente testáveis: “*its assessment can be bound up with the evaluation of some larger set of assumptions involving those categories*” (PAPINEAU, 2013, p. 113)⁴⁵.

Assim, essas teorias podem ser empiricamente avaliadas em uma maneira mais global, enquanto não sejam testáveis por acesso observacional direto independente às categorias envolvidas. Isso ocorre na ciência também, pois as partes mais teóricas e abstratas dela são testáveis apenas nessa maneira, por exemplo, a teoria da seleção natural não é diretamente falseável, mas seu apoio empírico depende de um corpo maior de premissas e observações na biologia.

Daniel Nolan (2015) reforça as elaborações acima estabelecidas por Papineau, avançando a ideia de um “*a posteriori armchair*”. Mesmo que o *armchair* não envolva uma investigação detalhada do mundo empírico (NOLAN, 2015, p. 213), existem pelo menos quatro formas de trabalho filosófico a partir do *armchair* que podem ser caracterizadas como *a posteriori*: 1) selecionar e avaliar “lugares-comuns” que podem ser filosoficamente significativos; 2) acrescentar opções teóricas e opções para como entender questões já postas; 3) integrar investigação passada *a posteriori* que não requeira expertise de especialista; 4) avaliar visões filosóficas rivais à luz de padrões gerais de virtude epistêmica (NOLAN, 2015, p. 215).

Essas tarefas discutidas por Nolan, que muitos poderiam tomar como *a priori*, não precisam ser encaradas dessa maneira, uma vez que todas empregam recursos *a posteriori* em sua efetiva realização, no modo como realmente se procede em cada uma delas (em contraposição a uma imaginária situação idealizada onde pudéssemos dispensar tais aspectos e

⁴⁵ “Sua avaliação pode ser vinculada com a avaliação de algum conjunto maior de premissas envolvendo essas categorias.” (tradução livre)

obter tal conhecimento *a priori*). Isso mostra que, no mínimo, o status de muito da filosofia como sendo *a priori* e analítico é discutível, ao contrário do que ordinariamente se pensa dentro da teoria jurídica.

Em relação à teoria jurídica, o positivismo jurídico-social de Tamanaha (2011, p. 296-301) fornece evidência de que essa teorização é mais próxima da sociologia em suas discussões conceituais do que é geralmente reconhecido. Conceitos sociológicos lidam com questões similares, por exemplo, a de delimitar o Direito de outras formas de ordenamento normativo, precisando apontar critérios para o jurídico e o não-jurídico. Tal como os conceitos filosóficos, os sociológicos recorrem a critérios relativos à forma (ou estrutura) e função para identificar o Direito. Conceitos sociológicos são aplicáveis a não-humanos também, porque qualquer grupo social (seja humano, animal ou alienígena) que satisfaça a forma e funções requisitadas pode cair sob esses conceitos. Inclusive podemos destacar que podemos falar em comportamento social mesmo em seres muito diferentes de nós, como os micróbios, conforme confirma a pesquisa sobre sociabilidade entre esses seres unicelulares (STRASSMANN, QUELLER, 2011).

A conclusão de Tamanaha é como segue:

In light of these fundamental similarities, the most pressing question is not why Shapiro so confidently declares that sociological concepts of law have 'no relevance' for legal philosophers, but rather, whether there is any real difference between the two. One set is produced by 'philosophers' and the other by 'sociologists', of course. But if field of origin determines the status of the concept, this implies the odd proposition that had a sociologist come up with the very same 'planning theory of law', it would be deemed sociological rather philosophical. That cannot be right. (TAMANAHA, 2011, p. 300)⁴⁶

A identidade entre conceitos filosóficos e sociológicos do Direito sugere que essas duas disciplinas lidam com o que o Direito realmente é, enquanto a teoria jurídica seja um braço mais abstrato e reflexivo da investigação do fenômeno jurídico. Se a sociologia jurídica e a teoria jurídica objetivam a descoberta do que é verdadeiro sobre o Direito em geral, ambas lidam com verdades sintéticas acerca dessa instituição social. Além disso, cabe destacar que Tamanaha (2011, p. 300) considera que sua posição é compatível com o naturalismo de Brian

⁴⁶ “À luz dessas similaridades fundamentais, a questão mais premente não é o porquê de Shapiro tão confiantemente declarar que conceitos sociológicos do Direito têm “nenhuma relevância” para filósofos jurídicos, mas ao invés se há qualquer real diferença entre os dois. Um conjunto é produzido por ‘filósofos’ e outro por ‘sociólogos’, de fato. Mas se o campo de origem determina o status do conceito, isso implica a proposição estranha que tivesse um sociólogo vindo com a mesma ‘teoria do Direito como planejamento’, ela poderia ser julgada sociológica ao invés de filosófica. Isso não pode ser correto.” (tradução livre)

Leiter (enquanto ressaltando ser menos otimista que a ciência social poderia responder todas as questões de interesse para a teoria analítica do Direito).

Se as premissas de Papineau sobre a filosofia geral e as premissas de Tamanaha sobre a teoria jurídica estão corretas, então (2) é falso e (3) é vindicado. Mesmo se for possível formular a distinção analítico-sintético de uma maneira satisfatória (contradizendo o que Quine pensava), as reivindicações filosóficas da teoria jurídica podem ser sintéticas, não analíticas. Assim, os teóricos jurídicos que objetam à Teoria Naturalizada do Direito com base em (2) precisam fazer um argumento independente de que as verdades da teoria jurídica de fato são analíticas, ao invés de apenas pressupor que o são porque haveria um domínio de verdades analíticas que o garantiria.

4.2. Avaliação das Objeções sobre Contingência e Necessidade na Teoria Jurídica

Uma classe de objeções contra a Teoria Naturalizada do Direito visa a discutir o papel que noções modais como contingência e necessidade desempenham na teoria jurídica e se um entendimento naturalizado da teoria poderia fazer jus a seu aspecto metafísico. Essa objeção é encontrada em Himma (2007; 2015), Rappaport (2014) e Giudice (2015).

As objeções de Himma⁴⁷ e Rappaport, como já visto no capítulo anterior, dizem respeito ao caráter de contingência que Leiter pretenderia estabelecer dentro da teoria jurídica, dado que ele nega noções modais, nesse ponto seguindo a posição de Quine. A posição deles parece implicar em uma premissa forte: (1) As verdades da Teoria do Direito não podem ser esclarecidas por fatores *a posteriori* contingentes, não-necessários.

Himma e Rappaport diferem quanto à seguinte premissa, que é aceita pelo primeiro e negada pelo segundo: (1.1) As verdades da Teoria do Direito são esclarecidas apenas por meio de fatores *a priori* necessários. Himma aceita-a por entender que, seguindo outros teóricos descritivos, a teoria do Direito visa verdades necessárias sobre seu objeto.

Rappaport (2014, p. 84 e 87-89) nega-a por entender que isso depende de uma análise conceitual descritiva intuitiva, que é baseada em uma forma não naturalista de entender o que são conceitos (e nesse ponto ele afirma expressamente concordar com Leiter). Para ele, se conceitos forem construtos de processos mentais, como tudo indica que eles sejam, é difícil

⁴⁷ Deve-se destacar que as considerações que aqui serão aduzidas contra a tese de Himma militam também contra a pressuposição dele de que a Teoria Naturalizada do Direito simplesmente muda o objeto da teoria jurídica. Se referida objeção de Himma já há tempos foi respondida por Leiter, como mostrado no 2º capítulo como o mesmo defendeu que a Teoria Naturalizada do Direito não precisa mudar o objeto da discussão, enquanto de fato possa fazê-lo, as considerações apresentadas a seguir reforçam essa conclusão.

aceitar que eles teriam uma estrutura inerente tal como a ideia de necessidade sugere e que Quine criticou. Nesse contexto, a crítica à Leiter é que o mesmo aceita uma análise conceitual normativa que estabelece que devem ser usados aqueles conceitos favorecidos com base em argumentos contingentes empíricos. Para Rappaport (2014, p. 104-105), toda análise conceitual, inclusive desse tipo que ele denomina “normativo empírico”, é inapta para a teoria jurídica. Então, isso permite que esse teórico aceite (1) sem aceitar (1.1).

Já Giudice (2015) aceita que fatores contingentes possam ser examinados na teoria jurídica e nela desempenhem um papel, mas considera que Leiter erra ao descartar noções modais, dado que, como Kripke demonstrou, a necessidade não é um atributo apenas de verdades analíticas e *a priori*, existindo também o sintético *a posteriori* necessário. Assim, sua posição endossa uma premissa mais branda: (2) As verdades da Teoria do Direito podem ser esclarecidas por fatores *a posteriori*, tanto necessários quanto contingentes.

Em ambos os casos, o objetivo é criticar uma das premissas que norteia os ensaios de Brian Leiter: (3) As verdades da Teoria do Direito são contingentes e *a posteriori*. Que por sua vez depende de uma premissa a respeito da conexão entre analiticidade e necessidade: (3.1) Não há verdades necessárias, porque verdades necessárias dependem da noção de analiticidade que Quine demonstrou ser falha.

A tabela abaixo representa as opções que temos diante de nós:

	Verdades contingentes desempenham papel central nas escolhas conceituais da teoria jurídica?	Verdades necessárias desempenham papel central nas escolhas conceituais da teoria jurídica?
Premissa (1) com (1.1): Himma	Não (dado 1)	Sim (dado 1.1.)
Premissa (1) sem (1.1): Rappaport	Não (dado 1)	Não
Premissa (2): Giudice	Sim	Sim
Premissa (3): Leiter	Sim	Não

Tabela 1. Contingência e Necessidade na Teoria Jurídica

Entendo que neste ponto razão assiste à premissa (2) endossada por Giudice, que corretamente critica a premissa (3) de Leiter. Já a premissa (1) deve ser seguramente rejeitada, porque está amparada em um ceticismo em relação ao uso de razões contingentes para estabelecer conceitos que é injustificado, seja ou não tal ceticismo proveniente da aceitação de (1.1).

Um ponto importante, entretanto, precisa ser tratado, antes que expliquemos a razão em virtude da qual verdades necessárias desempenhariam um papel no projeto naturalista, tal como (2) autoriza que o seja. É possível compatibilizar o naturalismo com a aceitação de verdades necessárias, ou o naturalismo tem de aceitar (3) tal como o propõe Leiter?

O problema de Leiter, Himma e Rappaport é que todos os três aceitam a seguinte tese sobre o naturalismo metodológico: (4) O naturalismo rejeita noções modais, porque endossa a impossibilidade da formulação da distinção analítico-sintético em uma maneira satisfatória e a aceitação da necessidade metafísica depende da aceitação da analiticidade.

A premissa (4) é equivocada, por dois motivos principais: primeiro, o naturalismo não precisa estar comprometido com a impossibilidade da distinção analítico-sintético em uma maneira satisfatória; segundo, há verdades que não são analíticas e, não obstante, são necessárias.

Em relação ao primeiro desses motivos, a seção anterior exaustivamente tratou a respeito de como é possível a um naturalista aceitar que há verdades analíticas e ainda assim manter o naturalismo metodológico.

O naturalista não precisaria rejeitar que haja verdades necessárias apenas porque tais verdades seriam analíticas. Contudo, se a Teoria do Direito diz respeito primordialmente a verdades sintéticas, então poderíamos rejeitar (4), mas ainda assim endossar (3), uma vez que as verdades contingentes é que dariam o norte dentro da Teoria do Direito. Ou seja, a defesa da posição de Leiter não depende da rejeição da distinção analítico-sintético, pois pode sobreviver à sua afirmação.

Teríamos, então, uma premissa (5): O naturalismo rejeita noções modais dentro da teoria filosófica substantiva (ou rejeita isso em grande parte), porque apenas verdades analíticas são necessárias, enquanto a teoria filosófica substantiva ocupa-se de verdades sintéticas.

Na prática, isso significaria que as verdades necessárias, por serem analíticas, seriam triviais demais para serem de relevância para aquilo que a teorização visa estabelecer, que é a natureza do objeto investigado, não simplesmente a aplicação dos conceitos.

O segundo motivo para rejeitar (4) permite rejeitar igualmente a premissa (5), independente se aceitarmos ou não que hajam verdades analíticas. Se existem verdades necessárias que não são analíticas, isto significa que a teoria filosófica substantiva, que se ocupa com verdades sintéticas, pode ocupar-se de pelo menos algumas verdades necessárias que fazem diferença para sua investigação: verdades necessárias *a posteriori*.

A afirmação “água é H₂O” é um exemplo clássico de verdade necessária *a posteriori*. “H₂O” não é um sinônimo gramatical de “água”. Não temos como saber que a água é H₂O apenas por sermos falantes competentes da língua portuguesa. Nós precisamos que a química nos diga que esse é o composto químico do qual a água é feita. Portanto, trata-se de uma verdade sintética *a posteriori*, que não pode ser conhecida através de derivações analíticas *a priori*. Por outro lado, quando alguém se refere ao composto químico H₂O, ela não está se referindo a uma substância diferente da água, mas sim à própria água, e da mesma forma, quando alguém se refere à água, está se referindo àquela mesma substância que é H₂O. Portanto, como algo tem de ser ele mesmo, é necessário que a substância “água” seja a substância “H₂O”, em virtude de serem a *mesma coisa*.

Outro exemplo é a identidade de alguns estados físicos com estados mentais. A título de ilustração, tomemos como verdadeiro algo como a teoria da mente defendida por David Armstrong em “*A Materialist Theory of Mind*” (1968). Ali ele considera que “mente” significa “algo que causa o comportamento”. Ou seja, a mente é definida por meio de seu papel causal em relação ao comportamento. Suponha que o fisicalismo de *token* é correto: “algo” necessita ser algum estado físico, por exemplo, um estado do cérebro, mas diferentes estados físicos (como diferentes estados cerebrais) poderiam satisfazer o mesmo papel de causar o comportamento. O que poderia estabelecer essa necessidade? A natureza do mundo. Dada a natureza da mente (a causa do comportamento) e dada a natureza do mundo (todas as causas são físicas), a mente, que é uma causa, necessita ser *alguma* causa física, como todas as demais causas, e o que quer que seja a causa física do comportamento necessita ser a mente. Dito de outro modo, aqueles estados físicos que de fato causam o comportamento humano necessitam ser estados mentais⁴⁸, porque o que é ser esses estados físicos é ser esses estados mentais, mas

⁴⁸ Note que os estados mentais correspondentes não necessitam ser aqueles estados físicos em específico. Enquanto aqueles estados físicos referem-se rigidamente aos estados mentais correspondentes, os próprios estados mentais referem-se genericamente aos estados físicos que podem satisfazer suas condições de existência. Caso os estados mentais correspondentes necessitassem ser aqueles estados físicos em específico, estaríamos assumindo o fisicalismo de *type*, também conhecido como a teoria da identidade entre mente e cérebro. Dentro do fisicalismo de *token* que assumimos, não é correto dizer que o cérebro é a mente no sentido rigoroso de que eles seriam idênticos, mas apenas que a mente é constituída pelo cérebro pelo menos entre os seres humanos, dado que a

não podemos sabe-lo *a priori*, pois a definição de mente nada nos diz sobre que causas são essas. Sua identificação seria a descoberta de uma verdade necessária *a posteriori*.

Reinvindicações científicas como as acima expostas são necessárias porque elas usam uma terminologia rígida para referir-se a fatos de identidade ou constituição, e tais fatos são discutidos tanto na filosofia como na ciência, apenas com a diferença que a filosofia ocupa-se em geral de questões mais abstratas sobre identidade e constituição, tal como a natureza do conhecimento, enquanto a ciência lida com questões mais concretas, tal como identificar a composição química da água (PAPINEAU, 2013, p. 119).

Papineau (2013) também lida com a questão se lidar com noções modais significa desviar-se do mundo natural, de modo anti-naturalista. Ele entende que, quando a filosofia ocupa-se de necessidades metafísicas, isso não significa que ela esteja lidando com um domínio modal fora do mundo real/atual, ou pelo menos não mais do que a própria ciência o faz quando estabelece necessidades. Ambas são primariamente sobre explicar, descobrir e esclarecer coisas sobre nosso mundo, apenas que de forma derivada nosso raciocínio leva a implicações para o conteúdo de outros mundos possíveis, com a exceção dos filósofos da modalidade que investigam essas derivações como tais.

Note-se que é exatamente o caso da teoria jurídica: nós pretendemos entender como o Direito é em nosso mundo real, e isso tem conclusões para como o Direito pode ser em outros mundos possíveis.

Em síntese, a razão para que aceitemos a existência de verdades necessárias *a posteriori* é a de que, no curso de aprender sobre como algo ocorre no arranjo efetivamente realizado do mundo, conseguimos aprender sobre como esse mesmo algo poderia ou não ter sido, e como ele necessita ser em qualquer arranjo possível do mundo.

Uma objeção poderia ser levantada aqui: se somos naturalistas, como podemos aprender sobre outros mundos possíveis a partir do nosso mundo real? Se os cientistas estão preocupados com o que é, como poderemos nós estar justificados em fazer inferências sobre o que poderia ter sido e o que necessita ser? Trata-se, em suma, de uma objeção epistemológica: dado os limites aceitos pelo naturalista à obtenção do conhecimento, nós realmente temos como alcançar conhecimento acerca disso?

existência de cérebros é condição necessária para a existência da mente entre humanos biologicamente intactos (colocada esta ressalva para deixar abertas possibilidades transhumanistas).

Perceba que essa objeção pode ser movida tanto pelo anti-naturalista quanto por naturalistas que rejeitam essa metafísica (como é o caso do próprio Leiter), e é importante que naturalistas que endossam essa metafísica possam ter uma resposta apropriada.

Aqui não é o local para um tratamento exaustivo, mas penso que Andrew Melnyk em “*A Physicalist Manifesto*” (2003) ofereceu um passo decisivo em direção à solução desta questão. Seu método para estabelecer a correção do fisicalismo, enquanto uma teoria metafísica sobre a natureza do mundo como inerentemente físico e sobre a relação entre as várias ciências como organizada em torno do privilégio epistêmico da física, é *a posteriori* e contínua às ciências. Especificamente, ele defende uma forma de fisicalismo denominada de “fisicalismo de realização”: os estados mentais (*types*) são realizados por estados físicos (*tokens*).

O raciocínio usado consiste em uma estratégia de raciocínio não-dedutivo que envolve três passos: 1) postulado da transitividade da relação de realização: se os *tokens* de um *type* F são realizados por G, e se os *tokens* do *type* G são realizados por H, então os *tokens* do *type* F são realizados pelos *tokens* do *type* H; 2) inferência para a melhor explicação em favor de hipóteses sobre a identidade entre *types* das ciências especiais ou do senso comum e *types* físicos ou fisicamente realizados; 3) indução enumerativa pela qual o fato dessas hipóteses de identidade serem verdadeiras sobre alguns fenômenos de determinado tipo (descritos pelas ciências especiais ou pelo senso comum) serve como evidência de que hipóteses similares de identidade são verdadeiras sobre todos os fenômenos desse mesmo tipo (MELNYK, 2003, p. 238-239).

Antes de explicar em detalhe esses passos, é importante destacar que o passo “1)” pode ser generalizado para qualquer relação que não seja a realização, desde que possamos estabelecer persuasivamente que trata-se de uma relação transitiva. Por exemplo, em relação aos fenômenos mentais, caso entendêssemos que não é a realização que melhor explica a relação entre estados mentais e estados cerebrais, mas alguma outra relação (como *grounding* ou superveniência), poderíamos fazer a devida substituição em “1)”, desde que a relação seja transitiva. Portanto, o passo “1)” generalizado seria um postulado de transitividade da relação metafísica que se pretende estabelecer.

Em relação ao primeiro passo, seu objetivo é garantir que, se algo é um X ou realizado por X e esse X é físico ou fisicamente realizado, então esse algo também é físico ou fisicamente realizado. A transitividade da relação é condição necessária para que, em última instância, tudo seja físico ou fisicamente realizado e, assim, que o fisicalismo possa ser defendido. Para usar o exemplo de Melnyk (2003, p. 239), se todo fenômeno celular for bioquimicamente realizado, e

todo fenômeno bioquímico for fisicamente realizado, segue-se que todo fenômeno celular é fisicamente realizado.

Em relação ao segundo passo, a inferência para a melhor explicação permite inferir dos achados científicos que estabelecem determinado fenômeno como X a conclusão metafísica de que esse fenômeno é apenas X, ou, dito de outro modo, idêntico a X. Dado o passo (1), se pretenderá estabelecer que esse X seja físico ou fisicamente realizado, de tal modo que qualquer fenômeno que seja X ou que seja um Y que seja X será físico ou fisicamente realizado também.

O objetivo desse segundo passo é identificar pelo menos alguns fenômenos da natureza sobre os quais temos um bom conhecimento como sendo nada mais do que fenômenos físicos, ou seja, fenômenos apenas físicos (ou fisicamente realizados). Note que isso não permite inferir que tudo no mundo seja (apenas) físico, mas apenas que podemos inferir que alguns fenômenos do mundo são (apenas) físicos a partir de determinados achados científicos.

Melnyk (2003, p. 240-256) faz uma detalhada discussão sobre como a inferência para a melhor explicação pode ser usada para apoiar hipóteses de identidade, usando o exemplo da solidez (um fenômeno macrofísico). Aqui opto por usar o exemplo do fenômeno químico em geral. Como é possível apoiar uma hipótese de identidade sobre o fenômeno químico, segundo a qual este é nada mais do que fenômeno físico ou fisicamente realizado, com base em uma inferência para melhor explicação a partir dos achados científicos sobre referido fenômeno?

Primeiro, estabelecemos como a ciência permite explicar o fenômeno químico. A explicação do fenômeno químico apela para entidades físicas, o que nos permite concluir que o fenômeno é explicável em termos de entidades físicas.

Segundo, estabelecemos que hipóteses poderiam explicar o fato de que a explicação do fenômeno químico é feita nos termos feitos pela ciência. Duas hipóteses sobressaem-se aqui, a physicalista e a anti-physicalista. A physicalista afirma que o fato de que a explicação do fenômeno é feita nesses termos é melhor explicado por se entender que o fenômeno químico é explicável *apenas* em termos de entidades físicas, sendo assim consistindo em nada mais do que fenômeno físico. A anti-physicalista afirma que o fato de que a explicação do fenômeno é feita nesses termos é melhor explicada por se entender que o fenômeno químico é explicável em termos de entidades físicas sim, mas que isso não exclui que entidades não-físicas estejam envolvidas naquilo em que consiste o fenômeno, de tal modo que o fenômeno não é apenas físico.

Terceiro, precisamos estabelecer sob que critérios podemos avaliar qual dessas duas hipóteses é a melhor explicação.

Um critério que muitos poderiam pensar de imediato seria a adequação empírica, mas este nada nos ajuda aqui. Como ocorre com a maioria das questões metafísicas, ambas as hipóteses são empiricamente adequadas. Nenhuma delas nega que o fenômeno químico seja explicável em termos do fenômeno físico. Elas estão inteiramente de acordo quanto ao que a ciência empiricamente estabeleceu. O que elas divergem é se isso implica ou não que o fenômeno químico é *apenas* físico. Perceba que isso significa que não podemos defender o fisicalismo por este ser mais empiricamente adequado que o anti-fisicalismo, pelo menos o anti-fisicalismo de que estamos falando aqui. O fisicalismo e sua negação são empiricamente adequados considerando nossa ciência, apenas que a adequação empírica não é o único critério da ciência.

Um critério que é mais útil, onde há de fato diferença entre ambas as explicações, é o da simplicidade. A hipótese fisicalista é mais simples, porque ela apela apenas para entidades de um tipo físico, enquanto a hipótese anti-fisicalista é menos simples, porque apela, em acréscimo às entidades físicas, para entidades de um tipo não-físico. Assim, a hipótese fisicalista é mais simples, uma vez que a hipótese anti-fisicalista é obrigada a postular mais entidades fundamentais e mais leis da natureza (MELNYK, 2003, p. 244-245). Contudo, nem sempre o critério da simplicidade sozinho é decisivo. Talvez uma quebra da simplicidade possa ser justificada por um aumento de poder explanatório (que é outro critério).

A avaliação final por intermédio do critério da simplicidade e do poder explanatório, levando em conta se o critério do poder explanatório poderia favorecer alguma quebra do critério da simplicidade, nos leva a concluir que o acréscimo de entidades não-físicas pela hipótese anti-fisicalista torna-a menos simples e, ao mesmo tempo, nada acrescenta em poder explanatório em relação à hipótese fisicalista que pudesse compensar sua menor simplicidade. O fenômeno químico é aquilo que seria o caso se ele fosse *apenas* físico. Logo, podemos concluir que a melhor explicação para a nossa ciência é a hipótese de identidade segunda a qual o fenômeno químico é idêntico a um fenômeno físico ou fisicamente realizado.

Uma generalização desse raciocínio dentro do passo 2 é oferecida como segue:

(1) *Target entities T_s (e.g., solids) have characteristics C_1, C_2, \dots, C_n (e.g., they retain their shape, at least in the short term, regardless of the shape of the container they are in).*

(2) *T_s have physical systems P_s (e.g., one or another of the sorts of physical structures mentioned earlier) as physical constituents (or as physical coincidents).*

(3) *P_s can be expected, on the basis of physical considerations, to have characteristics C_1, C_2, \dots, C_n .*

(4) *So the hypothesis that Ts are, or are realized, by Ps provides an explanation of why Ts have characteristics C1, C2, . . .Cn.*

(5) *The hypothesis that Ts are, or are realized, by Ps is more economical than its antiphysicalist rivals, and suffers from no theoretical vice.*

(6) *So the hypothesis that Ts are, or are realized, by Ps provides the best explanation of why Ts have characteristics C1, C2, . . .Cn.*

(7) *So the fact that Ts have characteristics C1, C2, . . .Cn provides evidence for the hypothesis that Ts are, or are realized, by Ps.*

(MELNYK, 2003, p. 251)⁴⁹

O uso do exemplo químico não precisa do passo 1, porque não há intermediário entre o fenômeno químico e o fenômeno físico. Mas o passo 1 seria necessário se precisássemos adotar um passo anterior. Por exemplo, caso pretendêssemos afirmar esse fisicalismo em relação ao fenômeno mental, o passo 2 seria mostrar que o fenômeno mental é apenas fenômeno bioquímico. Uma vez feita essa demonstração, dada a transitividade da relação de realização (ou outra que assumíssemos como já explicado) e a demonstração acima sobre a fisicalidade do fenômeno bioquímico, seria possível concluir que o fenômeno mental é apenas fenômeno físico ou fisicamente realizado. Dessa forma, o passo 1 e o passo 2 permitem que concluamos que uma série de fenômenos bem-estudados cientificamente são apenas físicos.

Em relação ao terceiro passo, a indução enumerativa visa extrapolar, do conjunto de casos para os quais conseguimos estabelecer via inferência para a melhor explicação que os fenômenos em questão são apenas físicos, que todos os fenômenos são apenas físicos. Ou seja, por meio desse passo, passamos da afirmação de que uma série de fenômenos descritos pelas ciências especiais ou pelo senso comum são idênticos a fenômenos físicos para a afirmação de que todos os fenômenos descritos pelas ciências especiais ou pelo senso comum são idênticos a fenômenos físicos. Esse passo é descrito detalhadamente por Melnyk (2003, p. 256-260) usando o exemplo dos sólidos, como já mencionado.

Note-se que essa indução é necessária porque não temos como estudar todos os casos de um determinado tipo de fenômeno. Isso está além do escopo das possibilidades humanas. Aquilo que no passo 2 viemos denominando de “fenômeno químico” na verdade constitui-se

⁴⁹ (1) As entidades alvos *Ts* tem as características *C1, C2, . . .Cn* (por exemplo, elas retém seu molde, pelo menos no curto prazo, a despeito do molde do que as contém). / (2) *Ts* têm sistemas físicos *Ps* (por exemplo, um ou outro dos tipos de estruturas físicas mencionadas anteriormente) como constituintes físicos (ou como coincidentes físicos). / (3) Pode-se esperar que os *Ps*, sob a base de considerações físicas, tenham as características *C1, C2, . . . Cn*. / (4) Então a hipótese que *Ts* são *Ps* ou realizados pelos *Ps* fornece uma explicação do porquê de *Ts* terem as características *C1, C2, . . .Cn*. / (5) A hipótese que *Ts* são *Ps* ou realizados pelos *Ps* é mais econômica que seus rivais anti-fisicalistas, e não sofre de nenhum vício teórico. / (6) Então a hipótese que *Ts* são *Ps* ou realizados pelos *Ps* fornece a melhor explicação do porquê dos *Ts* terem as características *C1, C2, . . .Cn*. / (7) Então o fato que *Ts* têm as características *C1, C2, . . .Cn* fornece evidência para a hipótese que *Ts* são *Ps* ou realizados pelos *Ps*.” (tradução livre)

de instâncias bem-estudadas do fenômeno químico. O que conseguimos fazer é concluir que várias instâncias para cada tipo de fenômeno ou que vários tipos de fenômeno são apenas físicos, mas não temos como estudar todas as instâncias ou todos os tipos de fenômenos (e não está claro como poderíamos estar certos de que já estudamos todos, dado que sempre poderia aparecer outro que ainda não conhecêssemos).

Assim, quanto mais instâncias de cada tipo de fenômeno (químico, biológico, psicológico, e assim por diante) possam ser entendidas como apenas físicas ou fisicamente realizadas via inferência para melhor explicação, cada vez mais podemos estar seguros de que todas as instâncias de todos os fenômenos são apenas físicas ou fisicamente realizadas via indução enumerativa.

Após analisar a evidência que existe a partir da aplicação desses passos para os fenômenos químicos, celulares e mentais, entre outros, assim conclui qual base temos para afirmar o fisicalismo:

The empirical case for physicalism can be summarized briefly. There are, right now, many phenomena of many kinds that can be explained on the assumption that they are physical or physically realized. At the same time, there are no nontendentious phenomena (i.e., phenomena not already assumed to be neither physical nor physically realized) for the explanation of which it is required either to postulate the existence of hitherto unacknowledged items that are neither physical nor physically realized or to construe as neither physical nor physically realized any items whose existence is already universally acknowledged. With regard to any suggestion that there is more to contingent or causal reality than realization physicalism allows, we must therefore conclude, perhaps sadly, that we have no need of that hypothesis. (MELNYK, 2003, p. 309)⁵⁰

Portanto, entendo que uma aplicação dessa metodologia, que recorre à inferência para melhor explicação e indução enumerativa, permite que um naturalista possa avaliar *a posteriori* a correção de reivindicações metafísicas feitas em termos modais (e não somente aquelas referentes ao fisicalismo).

⁵⁰ “O caso empírico para o fisicalismo pode ser sumarizado brevemente. Há agora mesmo muitos fenômenos de muitos tipos que podem ser explicados sob a premissa de que eles são físicos ou fisicamente realizados. Ao mesmo tempo, não há fenômenos não tendenciosos (isto é, fenômenos não já assumidos para ser nem físicos nem fisicamente realizados) para a explicação dos quais seja requerido seja postular a existência de itens até agora não confirmados que não nem físicos nem fisicamente realizados ou construir como nem físicos nem fisicamente realizados quaisquer itens cuja existência é já universalmente reconhecida. Com respeito a qualquer sugestão de que há mais para a realidade causal ou contingente do que o fisicalismo de realização autoriza, nós devemos portanto concluir, talvez tristemente, que nós não temos nenhuma necessidade dessa hipótese.” (tradução livre)

Além disso, essa mesma metodologia nos permite mostrar como reivindicações contingentes podem apoiar reivindicações necessárias sobre um fenômeno, em contraste com o argumento (1).

É contingente que as leis da física sejam tais que, em nosso mundo efetivamente realizado, o fenômeno químico seja explicado de tal e tal maneira. Mas é pelo fato do fenômeno químico ser explicado de tal e tal maneira, que poderia ter sido diversa, é que podemos chegar na conclusão de que ele é explicável em termos de entidades físicas. A inferência para melhor explicação permite que concluamos que o fenômeno químico é *apenas* físico, de tal modo que não poderia ter sido não-físico. Ou seja, de uma explicação contingente para como o fenômeno químico ocorre podemos chegar em uma verdade necessária sobre o fenômeno químico como idêntico ao fenômeno físico.

O próprio exemplo da “água = H₂O” permite ver isso com clareza. É contingente que a água exista e tenha determinadas características (como ocupar os oceanos), mas, uma vez que ela existe e podemos estudar os processos contingentes que a tornam possível, podemos concluir que é necessário que ela seja o composto químico H₂O.

O argumento de Leiter em torno do “*Attitudinal Model*” pode ser repensado nos termos acima expostos. A explicação causal em termos desse modelo é contingente. A decisão dos juízes dos Estados Unidos poderia ter sido melhor explicada pelo “*Legal Model*”, ao contrário do que efetivamente ocorreu nessa pesquisa. Mas o fato de ser preciso fazer uma contraposição entre “*Attitudinal Model*” e “*Legal Model*” para que uma explicação nesse sentido seja possível, independente de qual dos modelos seja o que melhor explica a decisão judicial em dado mundo possível, implica que é necessário que haja uma separação entre o Direito e a moralidade. Logo, referida contraposição permite assumir a posição metafísica segundo a qual o Direito não pode depender ontologicamente da moralidade em relação à validade jurídica. (Essa reformulação do argumento de Leiter será útil para examinarmos a crítica de Dickson acerca da falta de clareza da direção de justificação, como veremos mais adiante)

Um argumento contra o uso da noção de verdade necessária *a posteriori* na teoria jurídica poderia ser adaptado a partir de um argumento feito por Leiter quando examinando um tipo singular de Teoria do Direito Natural defendida por Michael Moore, David Brink e Nicos Stavropoulos. Antes de podermos concluir que Leiter equivoca-se ao atrelar seu naturalismo a uma negação de verdades necessárias, é preciso verificar se esse argumento (adaptado a partir do dele) especificamente em relação à teoria jurídica seria adequado.

Vamos usar a teoria de Michael Moore como exemplo do que Leiter pretendeu criticar. Moore é um positivista metodológico que, não obstante, endossa uma teoria do Direito Natural (PERRY, 1998; vide a afirmação explícita em favor da Teoria Descritiva em MOORE, 1992, p. 204). Isso apenas é possível ao assumir-se a teoria causal da referência de Kripke e Putnam, pela qual conceitos de tipos naturais (como água) têm seu significado fixado pela melhor teoria sobre qual a real natureza da referência deles (no caso da água, H₂O), sendo que tal teoria é composta por verdades necessárias *a posteriori* sobre esses referentes. No caso do Direito, que seria um tipo funcional cuja natureza comum é relativa à função e não estrutura (MOORE, 1992, p. 208), os conceitos jurídicos são fixados pela melhor teoria *a posteriori* sobre qual a real natureza deles consistente com sua função distintiva. Isso permitiria identifica-los com propriedades morais, conduzindo ao Direito Natural.

Leiter (2012) entende que isso é uma versão do naturalismo ontológico de tipo semântico na teoria jurídica, uma vez que os significados devem fazer alusão apenas a entidades naturalisticamente respeitáveis. A isso se soma o naturalismo metaético: as propriedades morais assim conhecidas seriam propriedades naturais, conhecidas *a posteriori*.

Of course, for this to be a version of S-naturalism, the claim must be that the real referents are themselves things cognizable within a naturalistic framework: so, e.g., it would have to be the case that the legal and moral features of situations picked out by our legal concepts (and the moral concepts embedded in them) must be identical with (or supervenient upon) natural facts: just as there are necessary, a posteriori statements of property identity about water, so too there are such statements about legal and moral facts. (LEITER, 2012, s. n.)⁵¹

A crítica de Leiter ocorre em duas linhas. Uma delas é que a teoria causal da referência pode ser questionada em sua aplicação fora do âmbito para o qual ela foi pretendida originalmente a se aplicar, que eram nomes próprios e tipos naturais, em razão do fato de que essa teoria pressupõe certo essencialismo em relação aos referentes. Qual seria a essência de conceitos jurídicos como devido processo ou igual proteção, ou dos artefatos mencionados pelas regras jurídicas? (LEITER, 2012, s. n.) Além disso, para os propósitos da teoria jurídica, essa teoria da referência é deficiente, uma vez que a interpretação jurídica não envolve questões apenas de semântica filosófica, mas sim de legitimidade política, que podem sobrepor-se às considerações semânticas, por exemplo, em uma proibição de matar peixes há 100 milhas da

⁵¹ “De fato, para isso ser uma versão do naturalismo semântico, a reivindicação deve ser que os referentes reais são eles mesmos coisas conhecíveis dentro de um framework naturalista; então, por exemplo, poderia ter de ser o caso que as características jurídicas e morais das situações selecionadas pelos nossos conceitos jurídicos (e pelos conceitos morais incorporados neles) devem ser idênticos com (ou supervenientes sobre) fatos naturais: tal como há declarações necessárias a posteriori de identidade de propriedades sobre a água, então também há tais declarações sobre fatos morais e jurídicos.” (tradução livre)

costa, o termo “peixe” é melhor entendido como abrangendo baleias, mesmo que o tipo natural “peixe” não o faça (LEITER, 2012, s. n.).

O argumento de Leiter não diz respeito às verdades necessárias sobre a natureza do Direito, mas poderíamos nos perguntar se um argumento adaptado para isso seria correto. Afinal, se as regras jurídicas são construtos artificiais e sua elaboração depende de fatores políticos e sociais que são contingentes, por que poderiam haver verdades necessárias sobre o Direito?⁵²

Em primeiro lugar, o desafio de Leiter dado ao argumento de Moore e dos demais é forte, porque o argumento deles direcionava-se às próprias regras jurídicas. Por exemplo, se mencionamos a “igualdade” em uma regra jurídica, teríamos de buscar o que a igualdade realmente é enquanto um conceito moral. O problema é que é necessário um argumento para explicar por que isso seria assim, dado que as regras jurídicas e os significados dos termos que elas usam são especificados por autoridade ou convenção. Essa especificação é contingente, então o conteúdo do Direito como um todo parece ser contingente, a menos que assumamos uma Teoria Normativa do Direito. Contudo, no contexto de verdades necessárias *a posteriori* de que aqui estamos nos ocupando, a questão é sobre a natureza do próprio fenômeno jurídico. O Direito como fenômeno social pode ter verdades necessárias, mesmo que isso não ocorra para as regras de cada sistema jurídico.

Em segundo lugar, aproveitando o final da resposta no parágrafo acima, é defensável que entidades sociais tenham características necessárias, que nós não podemos modificar. Aqui faço referência ao argumento de Rebecca Mason (2016) rejeitando uma noção de dependência da mente das entidades sociais segundo a qual nós determinamos a essência delas. Tal tese envolve um mal entendido sobre o que são as propriedades essenciais de um tipo.

Propriedades essenciais são necessárias também, porque elas especificam o que é ser um determinado tipo de coisa. Se nós determinamos as propriedades essenciais de um tipo, elas são contingentes, por exemplo, nós poderíamos escolher que a propriedade de ser azul antes do tempo T e ser distante duas milhas do Lago Michigan fossem propriedades essenciais do dinheiro, ao invés das propriedades acima citadas. Mas isso significaria que as propriedades de ser um meio de troca e uma reserva de valor não são necessárias para o dinheiro ser o que ele é, e, então, elas também não seriam essenciais (MASON, 2016, p. 846). Então, mesmo que o

⁵² Para uma versão elaborada desse argumento, veja TAMANAHA, 2011, que adere a um rígido convencionalismo sobre o Direito.

governo brasileiro possa decidir que o “real” é o dinheiro brasileiro, o governo brasileiro não decide o que o dinheiro é. O dinheiro é uma reserva de valor e um meio de troca tal como a economia o descreve, e isso está fora do escopo da decisão humana.

Adaptando esse argumento para a teoria jurídica, podemos dizer, portanto, que as características necessárias do Direito são as condições para que possamos chamar certa instância de Direito. Por exemplo, só podemos falar do Direito enquanto união de normas primárias e secundárias, segundo Hart. Por outro lado, aquilo que é válido por dado determinado sistema jurídico o é apenas por convenção, portanto, por contingência. Não podemos confundir o fato de que podemos determinar que sistema jurídico estar em vigor (com quais regras, instituições e assim por diante) com o fato que faz qualquer sistema jurídico ser “jurídico”, que é a natureza do Direito como fenômeno social.

Se o entendimento sobre o Direito como união de normas primárias e secundárias estiver correto, nós não podemos determinar que, em dada sociedade, o Direito não mais será essa união entre normas, mas alguma outra coisa, tal como “fonte de nutrientes” ou “prédio alto”. Se alguém pretendesse fazer isso, por “Direito” ele estaria entendendo apenas algo diferente do que o Direito realmente é. Assim, teria alterado o referente ao qual o termo refere ao invés de alterado a própria natureza do referente comumente referido pelo uso “normal” do termo.

Portanto, um argumento adaptado ao usado por Leiter (2012) não tem sucesso em desconfirmar a abordagem que aceito aqui. A rejeição de Leiter às verdades necessárias apenas pode derivar de um descarte de noções modais de maneira geral, não sendo uma exigência do naturalismo e nem de uma inaptidão dessas noções no tratamento de entidades sociais.

Diante dos argumentos expostos, podemos concluir que Giudice tem razão em sua crítica a Leiter, enquanto Himma e Rappaport não têm razão. A teoria jurídica pode lidar com verdades necessárias e contingentes sob um viés naturalizado.

4.3. Avaliação das Objeções sobre Tipos de Análise Conceitual

Outra classe de objeções diz respeito às diferenças entre tipos de análise conceitual. Alguns teóricos afirmam que a crítica de Leiter apenas incide sobre tipos específicos de análise conceitual, mas não sobre outros. Isso é reforçado pelo fato do próprio Leiter ter vindo a aceitar a análise conceitual modesta associada à filosofia experimental como metodologia válida. Esse argumento aparece em Coleman (2002), Spaak (2008), Walton (2015), Halpin (2009), Oberdiek

e Patterson (2007) e de certa forma em Murphy (2011), mas focado de modo geral no método *a priori*.

A primeira articulação desse argumento, como aparece em Coleman (2002), diz respeito à diferença entre o projeto da Análise Conceitual e a técnica da análise conceitual. O que o naturalismo de Quine necessariamente rejeita é o projeto da Análise Conceitual, que tratava conceitos de forma reificada. Além disso, há dois tipos de naturalismo: um que rejeita análise conceitual *a priori* do Direito e outro que apenas nega que alguns importantes aspectos da teoria jurídica podem ser proveitosamente investigados por meio da análise conceitual, que desempenharia um papel secundário em um projeto naturalista mais abrangente.

Como o próprio Leiter parece ter revisado sua visão acerca disso, parece que não há mais uma efetiva discordância entre ele e Coleman nesse quesito. A visão que venho adotando aqui dada as respostas dos tópicos anteriores é que ferramentas conceituais podem ser utilizadas pelo naturalismo. Portanto, pode-se dizer que aqui não há discordância entre mim (ou Leiter) e Coleman.

Uma outra forma de articular essa objeção diria respeito a formas de análise conceitual que Leiter não estaria contemplando, e que não entrariam em sua crítica. Especificamente Halpin (2009) e Oberdiek e Patterson (2007) trazem listas sobre que tipos de análise conceitual deveriam ser mantidas. Leiter responde especificamente em relação a Oberdiek e Patterson (2007) que seus 1º e 3º exemplos seriam desafiados por Quine, mas sem dar uma razão específica para o porquê. Diante disso pode ser interessante avaliar aqui se assiste razão a Leiter para isso. (Parece-me que Leiter está correto em considerar que o 2º e o 4º exemplos podem ser aceitos apesar da crítica quineana, pelo que não é necessário maiores comentários a respeito)

O primeiro exemplo rejeitado por Leiter é o da análise conceitual como a verificação se algo dito em um vocabulário é feito verdade por algo dito em um vocabulário mais fundamental.

Parece-me que o problema de Leiter com esse é que, da forma como escrito está, pode ser entendido como: “se algo dito em um vocabulário é feito verdade *analiticamente* por algo dito em um vocabulário mais fundamental”, ou seja, uma questão sobre se as verdades analíticas de um vocabulário derivam ou não das verdades analíticas de um vocabulário mais fundamental.

Para o naturalismo do tipo de Leiter, não há verdades analíticas, então não há nenhuma tarefa a ser realizada nesse sentido. Para um naturalismo que aceita a distinção analítico-

sintético, questiona-se que a teoria filosófica substantiva ocupa-se de verdades analíticas, o que também coloca em suspeição essa forma de entender a análise conceitual.

É possível que Oberdiek e Patterson tenham pretendido outra coisa. A crítica naturalista poderia ser evitada se o que foi dito seja mais semelhante a estabelecer a relação entre dois vocabulários, tal como na teoria científica se faz em relação aos vocabulários de distintas ciências ou de distintos mecanismos e leis da natureza. Então poderíamos estar perguntando sobre a relação entre as verdades sintéticas descritas por teorias diferentes. Se for isso que eles pretenderam, o naturalismo poderia aceitar isso, inclusive sob a visão de Leiter.

Em relação ao outro exemplo que Leiter rejeita, trata-se da análise conceitual como teorização conceitual, que visa identificar os comprometimentos implicados ou pressupostos por nossas intuições, sejam esses comprometimentos metafísicos ou não.

O que parece ser o problema para Leiter é que novamente estaria relacionado com a derivação de verdades analíticas a partir de intuições, além da questão do comprometimento poder ser relacionada à análise conceitual imodesta. Contudo, isso depende de uma leitura muito restritiva do que Oberdiek e Patterson colocaram. Primeiro, porque nem mesmo Leiter pode negar que discursos podem ter implicações subjacentes, demarcando um tipo de visão sobre o objeto em questão. Isso inclusive pode ser investigado pela filosofia experimental. Segundo, os comprometimentos podem ser os da linguagem, não necessariamente sendo verdadeiros sobre o mundo. Então seriam compatíveis com a análise conceitual modesta. Por fim, o fato de ser uma teorização significa que visa extrair uma teoria coerente por trás do modo como as pessoas se expressam. Como falaremos mais abaixo, mesmo que Leiter pareça de algum modo distante em relação a aceitar um trabalho filosófico mais elaborado, o fato é que isso é inteiramente compatível com o naturalismo, senão o de Leiter, ao menos na visão que adoto aqui.

Já Halpin (2009) fala de outros quatro papéis, dividindo-as em análise inicial expositiva e elucidativa, análise expositiva secundária, análise explanatória e exploratória e análise normativamente exploratória. Entendendo-os como parte da empreitada científica, na qual em cada momento da investigação temos de ajustar nosso esquema conceitual ou optar por elaborar um mais apto a arcar com as questões sob explicação, parece-me que cada um deles é consistente com o naturalismo. Portanto, aqui entendo que a questão é de como essas formas de análise serão usadas. Serão elas tratadas como separadas da investigação científica, ou serão feitas em continuidade ou consistente a esta? Para o naturalista, questões empíricas são ou podem ser relevantes para essas distintas etapas de elaboração conceitual.

Uma terceira forma em que esse argumento aparece diz respeito à diferença entre análise conceitual modesta e imodesta. Como Leiter veio a aceitar a análise conceitual modesta, portanto, acatando essa objeção, não são necessários mais comentários a respeito.

4.4. A Metafísica é sobre Análise Conceitual ou sobre Explicação Teórica?

Um ponto importantes antes de prosseguir para outros tipos de objeções é questionar um pressuposto mais fundamental que geralmente se toma como dado ao se queixar que Leiter ou que a Teoria Naturalizada do Direito não envolve análise conceitual ou não dá a devida atenção a esta. Como vimos no tópico anterior, podemos tratar a Teoria Geral do Direito como uma investigação metafísica. Aparentemente, os teóricos jurídicos conceituais consideram que isso seria uma razão para privilegiar a análise conceitual, mas isso é um equívoco.

Mesmo sem uma completa naturalização, a metafísica analítica contemporânea já é em grande medida naturalista em sua metodologia. L. A. Paul (2012) descreve uma maneira de compreender os métodos da metafísica que é útil para entender o papel dos critérios teóricos da ciência dentro da construção da teoria metafísica, dada a equivalente adequação empírica de diferentes posições metafísicas. Para essa filósofa, a metodologia do metafísico não é a análise conceitual, mas as abordagens quase-científicas da modelagem ontológica e da inferência para melhor explicação. O raciocínio *a priori* em metafísica não envolve um acesso privilegiado a um domínio metafísico da realidade, mas segue da premissa de que tal raciocínio envolve a aplicação de desideratos teóricos que foram provados como sendo de valor por teorização bem-sucedida (PAUL, 2012, p. 2).

Os critérios de escolha de teoria na ciência são os mesmos daqueles empregados em metafísica, os quais correspondem a desideratos teóricos como simplicidade, poder explanatório, fertilidade, elegância e assim por diante, que são úteis em fazer inferência para melhor explicação. Teorias metafísicas em geral são empiricamente equivalentes e sua avaliação envolve maximizar qualidade teórica. A ideia é que, se tais desideratos teóricos conduzem à verdade na ciência, eles também podem fazê-lo na metafísica (PAUL, 2012, p. 21).

Além disso, mesmo as teorias metafísicas estão sujeitas à confirmação indireta através da experiência, científica ou ordinária:

The point about the indirect confirmation of metaphysical theories is familiar and general, even if it is not always explicitly recognized. For example, the realist thesis that there are objectively natural properties or primitive distinctions between qualitative kinds is not confirmable via direct observation, but receives indirect support from the fact that ordinary and scientific judgments, along with successful theories of laws, counterfactuals,

and reference rely on naturalness. The realist thesis that there exist sets or their functional equivalents is not confirmable via direct observation, rather, it is indirectly confirmed to the extent that mathematics and physics require sets or their functional equivalents. The realist thesis that pluralities of parts compose to make a whole is not confirmable via direct observation, rather, it is indirectly confirmed in part by our ordinary experience of a world that includes persons and other sums. (PAUL, 2012, p. 18)⁵³

Essa abordagem recebe críticas por aqueles que defendem um framework naturalista mais radical para a metafísica, como Harold Kincaid (2013). Mas essas críticas pressupõem que, dentro da metafísica atual, muitos filósofos analíticos já entendem que a mesma possui virtudes naturalistas. Isso ocorre por basear-se em uma estipulação, tributária às ideias de Quine, de que reivindicações metafísicas são similares às reivindicações científicas teóricas só em um nível superior de abstração, sendo que estas últimas também são indiretamente ligadas à observação e, quando avaliadas, o são por critérios amplamente teóricos.

O verbete “*Metaphysics*” da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, escrito por Peter van Inwagen e Meghan Sullivan (2014), denomina essa abordagem de um framework neo-quineano e consideram-na uma estratégia atrativa em metafísica que enfatiza a continuidade entre esta e a ciência. De acordo com os neo-quineanos, questões sobre a existência de objetos abstratos, eventos mentais, objetos com partes, partes temporais e mesmo outros mundos possíveis concretos são unificadas pela extensão em que são questões sobre a base ontológica demandada para dar conta da verdade de nossas teorias melhor confirmadas (IWANGEN, SULLIVAN, 2014, s. n.). Além disso, o verbete também destaca como diferentes abordagens em metafísica têm em comum uma ênfase sobre explicação teórica como método, não análise conceitual.

Essa questão do papel da análise conceitual também pode ser indagada em relação à metafísica de outros fatos sociais para além do Direito. Aqui usarei o exemplo da metafísica feminista, também chamada de metafísica do gênero, que considera a natureza do gênero como um tipo social específico (tal como a Teoria Geral do Direito o faz em relação à natureza do Direito). Importantes teóricas nessa seara têm argumentado que elas não estão fazendo análise

⁵³ “O ponto sobre a confirmação indireta das teorias metafísicas é familiar e geral, mesmo se não é sempre explicitamente reconhecido. Por exemplo, a tese realista de que há objetivamente propriedades naturais ou distinções primitivas entre tipos qualitativos não é confirmável via observação direta, mas recebe apoio indireto do fato de que juízos ordinários e científicos, junto com teorias bem-sucedidas de leis, contrafactuais e referência dependem da naturalidade. A tese realista de que há conjuntos ou seus equivalentes funcionais não é confirmável via observação direta, ao invés, é confirmado indiretamente para a extensão que matemática e física requer conajuntos ou seus equivalentes funcionais. A tese realista de que pluralidades de partes compõem para fazer um todo não é confirmável via observação direta, ao invés, é indiretamente confirmada em parte por nossa experiência ordinária de um mundo que inclui pessoas e outras somas.” (tradução livre)

conceitual do nosso conceito de gênero, mas, em contraste, descobrindo sua verdadeira natureza, que se contrapõe ao entendimento do senso comum.

Elizabeth Barnes (2014, p. 340) afirma que, enquanto diferentes teóricas (mencionando Sally Haslanger e Asta Sveinsdottir) possuem diferentes posições sobre qual é a abordagem correta para a metafísica do gênero, todas elas concordam que seu objetivo não é estabelecer o que nosso conceito de gênero é ou como as pessoas o usam, mas sim definir o que o gênero realmente é. Mari Mikolla (2015) entende que a metodologia ontológica prevalente não é a análise conceitual, mas sim o método quase-científico que trata diferentes posições ontológicas como hipóteses concorrentes sobre a estrutura fundamental da realidade, cuja avaliação é feita a partir de critérios de escolha de teoria afins para e contínuos aos da ciência. Tal avaliação fornece uma teoria total, não circular, coerente, unificada (não disjuntiva), que se propõe a ser simples, parcimoniosa, não *ad hoc* e teoricamente rigorosa, sobre determinada questão (MIKOLLA, 2015, p. 3).

A metafísica feminista é parte de uma ontologia social mais geral, e seu método é contínuo ao do restante da metafísica. A Teoria Geral do Direito também é parte dessa mesma ontologia social mais geral. Então por que adotar uma metodologia diferente? Faz sentido que, sendo a Teoria Geral do Direito uma investigação metafísica sobre um tipo social específico, adote o método quase-científico que recorre aos desideratos teóricos da ciência, ao invés de análise conceitual.

4.5. Avaliação das Objeções sobre o Papel das Intuições na Análise Conceitual Tradicional e o Significado da Diversidade em Intuições Levantadas pela Filosofia Experimental

Outra classe de objeções diz respeito ao papel das intuições na análise conceitual tradicional, com alguns teóricos disputando o modo como Leiter entende que o recurso a essas intuições cria algum tipo de fragilidade teórica ou que essas intuições sejam usadas como evidência, incluindo a discussão sobre o significado da diversidade em intuições levantadas pela filosofia experimental. Essa crítica aparece em Burge-Hendrix (2008), Himma (2007; 2015) e Giudice (2015).

Uma primeira forma em que essa crítica aparece diz respeito ao fato de que Leiter parece pressupor que a intuição é usada como evidência pelos filósofos analíticos, mas, se isso não for verdade, o argumento contra o recurso às intuições em vista da natureza variável destas ficaria prejudicado. É como Burge-Hendrix e Giudice argumentam. Já a outra forma dessa crítica assinala que a variância não afeta o papel desempenhado pelas intuições no argumento

filosófico, tendo em vista que essas intuições são guias para identificar os “nossos” conceitos, admitindo-se a pluralidade de conceitos. É como Himma argumenta. Essa segunda forma também é relacionada a um argumento de Raz segundo o qual a pluralidade de conceitos de Direito possíveis não afetaria a teoria jurídica desde que estejamos falando de verdades necessárias sobre um conceito específico, mas que ainda assim é passível de aplicação universal.

Em relação à primeira forma da objeção, seu objetivo é questionar o papel das intuições⁵⁴ como evidência na filosofia analítica. Se a intuição não é usada como evidência em argumentos filosóficos, então o fato das intuições divergirem não é um problema, pois elas não serviriam como premissas que justificam conclusões e, assim, não seriam determinantes para essas conclusões. Aqui se assume que o argumento de Leiter estaria correto se usássemos intuições como evidência, mas, como não as usamos assim, o argumento fica prejudicado.

A questão sobre o papel exato que a filosofia analítica dá às intuições é uma questão complexa que não poderemos tratar exaustivamente aqui. Minha resposta a essa objeção será mais modesta. Não tentarei implicar conclusivamente que intuições sejam usadas como evidência (enquanto pense que isso parece ser o caso ao menos em uma parte dos argumentos filosóficos), mas, antes, criticar que os argumentos apresentados de que a intuição não desempenha nenhum papel na determinação de evidências não prejudicam por completo o argumento de Leiter, e examinar os exemplos específicos levantados por Burge-Hendrix e Giudice. Portanto, não farei um argumento positivo aqui de que as intuições de fato servem de evidência, mas um argumento negativo de que as objeções baseadas em que elas não servem disso não conseguem prejudicar o argumento de Leiter em sua totalidade, como esses críticos parecem pensar que poderia.

Tomemos o exemplo do equilíbrio reflexivo defendido por Rawls em “Uma Teoria da Justiça” (1997; original: 1971), que é representativo de como trabalhos filosóficos tendem a lidar com intuições, quando não se baseiam exclusivamente em termos de análise conceitual. Rawls (1997, p. X) explicitamente afirma que seu objetivo não é extrair uma teoria da justiça a partir do significado ou definição de justiça, mas sim de elaborar uma concepção teórica de

⁵⁴ Uma definição de trabalho provisória para “intuição” seria a de estados mentais em que uma proposição parece verdadeira (PUST, 2012, s. n.), ou juízos cujo conteúdo é o de que certas coisas parecem-nos verdadeiras (ou falsas, podemos acrescentar). Pust (2012) elenca algumas formas de entender o que as intuições seriam de forma mais precisa (por exemplo, crenças, disposições para crer, ou estados *sui generis*) e no próximo tópico menciono o que Goldman (2013) entende por intuição. Em todo caso, entendo que qualquer que seja a correta teoria sobre o que intuições são, os argumentos aqui apresentados se mantêm, uma vez que eles versam sobre o papel desempenhado pelas intuições no raciocínio filosófico sem pressupor nenhuma dessas abordagens em particular.

princípios que pode satisfazer aquilo que entendemos por justo quando estamos nas melhores condições para raciocinar e deliberar sobre o que é correto, sem estar influenciado por fatores moralmente arbitrários. Então, quando Rawls define uma concepção de “justiça como equidade” ou que “o justo é aquilo que seria aceito em uma posição original propriamente definida”, ele não está afirmando que é do conceito de justo que ele seja relacionado à equidade ou que seja aceito na posição original, mas sim que dessa forma podemos melhor elaborar o que está em jogo na questão do que é justo.

Como funciona o método do equilíbrio reflexivo? Ele opera por intermédio de um processo de ajuste entre princípios teóricos e juízos ponderados, sendo que estes últimos podem ser considerados intuições ou inclui-las. No caso da teoria da justiça, nós estamos certos de que alguns juízos, como os que vedam a intolerância religiosa, são bem fundamentados. Então isso limita que princípios teóricos nós aceitaremos, porque não poderemos aceitar aqueles que vão contra essas intuições mais fortes. Contudo, os princípios selecionados poderão modificar nossos juízos em áreas em que estamos mais incertos, e em que a intuição por si só é mais fraca. Por meio desse processo, é possível ajustar reciprocamente teoria e intuições, conseguindo uma concepção que elabora a teoria que subjaz às nossas intuições, mas que ao mesmo tempo as corrige em certos pontos.

Nesse exemplo vê-se que as intuições não desempenham um papel de evidência inquestionável⁵⁵. As intuições ajudam a nos guiar em termos daquilo de que podemos estar mais ou menos certos, e isso sugere que problemas as construções teóricas terão de enfrentar para fornecer uma adequada elaboração da questão. Mas se temos uma intuição X, a construção teórica não necessariamente vai acatá-la, podendo chegar a outro juízo Y, que seja divergente.

Tomado isso como pano de fundo, nós poderíamos mostrar que talvez a filosofia do Direito seja mais como esse método do equilíbrio reflexivo, que não acata nossas intuições em seu valor de face como evidência, mas realiza um ajuste recíproco entre as intuições e a teoria, podendo modificar certas intuições, por exemplo, como o positivismo jurídico tem por implicação que intuições que aproximam por demais o Direito e a moralidade seriam inadequadas para a compreensão do fenômeno jurídico. Se isso estiver correto, então esses teóricos estariam corretos em não encarar o uso de intuições na teoria jurídica como sendo o de

⁵⁵ Uma outra forma de entender seria a de que elas constituiriam ainda evidência, mas uma evidência passível de questionamento. Entretanto, aqui concedo ao ponto da objeção e adoto a interpretação de que, nesse caso, não há o uso de intuições como evidência.

evidência que estabelece a verdade de uma construção teórica, mas, antes, de pontos de partida que sugerem questões a serem elaboradas teoricamente por meio de argumentos.

O problema é saber se as intuições não serem usadas como evidência da verdade de uma teoria de fato retira todo peso que as intuições podem ter sobre a conclusão da verdade de uma teoria. O que essas objeções pretendem é que a única forma de uma intuição afetar a conclusão de que uma teoria é verdadeira é se essa intuição serve como evidência ou premissa evidencial de que uma teoria é verdadeira. Mas isso parece duvidoso, sendo uma premissa forte demais.

Sumarizemos o ponto que estamos fazendo aqui. A objeção afirma o seguinte:

- (1) Se intuições são usadas como evidência da verdade de uma teoria, então elas afetam a conclusão de que uma teoria é verdadeira, e, por isso, a variância em intuições tornaria epistemicamente frágil o uso de intuições. (Premissa com que concordam com Leiter)
- (2) Intuições não são usadas como evidência para a verdade de uma teoria.
- (3) A única forma de intuições afetarem a conclusão de que uma teoria é verdadeira é se intuições são usadas como evidência da verdade de uma teoria.
- (4) Logo, a variância em intuições não torna epistemicamente frágil o uso de intuições.

A questão aqui é que, mesmo que concordemos com (1) e (2), dessas premissas sozinhas (4) não se segue. A objeção repousa primordialmente sob (3), que é longe de ser claro como esses teóricos podem estabelecê-la.

Por exemplo, se as intuições afetam o grau de certeza de que temos sob certas afirmações, então os resultados do equilíbrio reflexivo poderiam ser diferentes. Para um grupo de pessoas para os quais “vedação à intolerância religiosa” não seja um juízo tão intuitivamente robusto, a construção teórica de princípios de justiça poderia dar menos peso do que Rawls pretendia para esse direito de não interferência. Grupos de pessoas com diferentes intuições podem chegar a conclusões diferentes sobre se certas teorias são verdadeiras ou falsas por conta das diferenças sobre quais afirmações elas têm maior ou menor segurança antes da elaboração teórica via construção de argumentos, tendo em vista que a manutenção de certos juízos afeta aquilo que a teoria deve acomodar ao invés de revisar.

Se as intuições ainda puderem afetar o grau de certeza ou segurança que temos sob certas afirmações, elas podem afetar as escolhas a serem feitas na elaboração teórica, e, assim,

afetar indiretamente a conclusão de que uma teoria é verdadeira, mesmo que elas não sejam tratadas como evidências para a verdade de uma teoria.

Possivelmente existem outras formas de influência indireta das intuições sobre a conclusão de que uma teoria é verdadeira ou não. Talvez as intuições possam enviesar que argumentos parecem mais fortes ou mais fracos. Mas não precisamos ir tão longe. Para mostrar que a premissa (3) é problemática, basta apenas um contra-exemplo, que já é fornecido pelo modo como nossas intuições afetam que juízos nós estamos mais ou menos dispostos a revisar em uma subsequente elaboração teórica que deles parta.

Uma possível objeção a essa minha observação é que, nesse caso, o argumento de Leiter precisaria ser enfraquecido. Mesmo se abirmos mão da premissa (3), a negação de (4) ainda não parece se seguir da forma como Leiter a imagina. Se as intuições afetam a conclusão não como evidência, mas apenas de forma indireta, então elas não necessariamente são um recurso epistemicamente frágil para a teorização filosófica.

Para ficar mais claro como essa outra objeção poderia proceder, imaginemos que as intuições fossem de fato evidência para a conclusão de que uma teoria é verdadeira. Se as intuições servem de evidência, é por que imaginamos que elas rastreiem confiavelmente a verdade acerca de determinada questão. A variância em intuições tornaria essa confiança epistemicamente frágil ou mesmo injustificada, porque se as intuições variam conforme fatores que não rastreiam a verdade (como é o que Leiter explicitamente argumenta) então elas não rastreiam a verdade de modo a servir como evidência. Aqui é bem claro o porquê da negação de (4) se seguir desde que aceitemos a premissa (1) e neguemos a premissa (2). Mas se mantivermos a premissa (2), e as intuições não servirem como evidência, então a negação de (4) não é uma implicação lógica de (1) mais (2) mais a negação de (3).

Essa tréplica está de fato correta. A implicação de que o recurso às intuições é epistemicamente frágil seguia-se logicamente se as intuições forem usadas como evidência (ou o forem em certos casos, considerando-se esses casos), mas não se segue logicamente dessas outras maneiras em que as intuições podem afetar as conclusões sobre a verdade de teorias específicas. Uma sugestão de como essa questão poderia ser resolvida e que fatores empíricos poderiam lançar luz sobre ela será deixada para a próxima seção. Por enquanto deixaremos em suspenso se temos razões para afirmar ou negar (4), mas temos razões para pensar que, ao contrário do que esses teóricos sugerem, mesmo se intuições não forem usadas como evidências, a variância delas pode afetar as conclusões a que chegamos teoricamente.

A segunda forma da objeção segue um caminho diferente. Ela não pretende negar que intuições sirvam de evidência (e, de fato, é uma defesa do uso de intuições compatível com se estas servem ou não como evidência de que uma teoria é verdadeira), mas que a variância em intuições não pode ter qualquer relevância para a análise conceitual dentro da teoria jurídica porque esta lida com as “nossas” intuições, ou seja, um conjunto limitado de intuições que corresponde ao conceito de Direito que temos em nossa sociedade (ou a dos filósofos analíticos). Intuições baseadas em outros conceitos de Direito existentes em outras sociedades não são relevantes, pois não tem a mesma referência. O máximo que a filosofia experimental poderia fazer seria identificar as práticas relevantes para a análise conceitual, mas não pôr em dúvida esse método de descoberta de verdades necessárias sobre o Direito.

O argumento de Himma a respeito disso implica a seguinte tese:

(5) Diferenças em intuições nunca afetam resultados filosóficos substantivos sobre as verdades necessárias descobertas por análise conceitual, somente afetando a identificação das práticas linguísticas relevantes à análise conceitual.

Uma primeira questão para começar a avaliar esse argumento é saber se intuições são analíticas ou são sintéticas. Himma não discute explicitamente essa questão, mas, pela lógica do seu argumento, poderíamos dizer que as intuições são sintéticas (não obstante, não estou certo de que ele concordaria). Como ele afirma que intuições não afetam os comprometimentos analíticos dos conceitos e somente afetam quais são (ou são) as práticas linguísticas, e que as práticas linguísticas relevantes são discutidas na parte empírica da análise conceitual, então intuições somente afetam as práticas linguísticas ou de fato são essas práticas, de modo que são discutidas na parte empírica da análise conceitual. Isso parece indicar sua natureza sintética.

Concordando Himma (e outros teóricos que manejem essa mesma objeção) ou não, nós temos muitas razões para pensar das intuições filosóficas como sendo sintéticas. O método de possíveis casos é usado pela ciência e pretende induzir intuições sintéticas e contrapor teorias sintéticas propostas pelos filósofos (PAPINEAU, 2013, p. 109-114). A filosofia experimental provê razões adicionais para pensar isso por demonstrar empiricamente a variação em intuição entre diferentes grupos de pessoas.

Como já referido quando da explicação das ideias de Leiter a respeito, a filosofia experimental é o uso de métodos empíricos para confrontar questões filosóficas substantivas e pode ser dividida em dois tipos, um sentido estrito e um sentido amplo (SCHWITZGEBEL, 2012; MACHERY, O’NEILL, 2014, p. xxi), enquanto seja mais comum a referência ao sentido

estrito quando se fala em “filosofia experimental”. Quando Leiter (2007, p. 192-193; 2009, p. 2 e 8-9) discute a filosofia experimental dentro do âmbito da Teoria Naturalizada do Direito, ele refere-se ao sentido estrito. Esse sentido começou no paper “*Normativity and Epistemic Intuitions*” por Jonathan M. Weinberg, Shaun Nichols e Stephen Stich (2001), no qual eles pretenderam demonstrar que as intuições relativas aos contra-exemplos de Gettier à análise do conhecimento como crença verdadeira justificada são relativas ao background cultural/étnico (americanos de descendência europeia, americanos de descendência asiática e pessoas do subcontinente indiano diferiam em intuições) e status socioeconômico (pessoas com maior e menor status socioeconômico diferiam em intuições também). Etnia e status socioeconômico não são fatores que rastreiam a verdade, e, se intuições variam considerando esses fatores, isso significa que juízos sobre os casos de Gettier também variam em função de fatores que não rastreiam a verdade.

Recente pesquisa, posterior à escrita dos trabalhos de Leiter sobre o assunto, tem mostrado que intuições epistêmicas não variam entre culturas e grupos socioeconômicos (MACHERY et al, 2015; SEYEDSAYAMDOST, 2015; KIM, YUAN, 2015; NAGEL, JUAN, MAR, 2013). Isso demanda uma modificação do argumento de Leiter, que se baseava na pesquisa prévia. Mas de todo modo esse resultado negativo não modifica substancialmente o cenário. Que pelo menos algumas intuições filosóficas sejam influenciadas por fatores que não rastreiam a verdade já tem sido um resultado estabelecido da filosofia experimental, mesmo que a extensão em que as variáveis demográficas e as maneiras de apresentação influenciam os juízos induzidos por experimentos de pensamento não seja clara ainda (MACHERY, O’NEILL, 2014, p. xvii).

Assumir que intuições sejam sintéticas e avaliáveis por meio de estudos empíricos afeta os resultados filosóficos substantivos?

Primeiro, na discussão sobre a objeção relativa à distinção analítico-sintético, argumentos foram fornecidos contra a analiticidade das reivindicações filosóficas. Esses argumentos servem como argumento aqui também, porque a principal razão para esse dualismo entre práticas linguísticas (questão factual) e reivindicações filosóficas derivada da análise conceitual (questão conceitual/semântica) é baseada na distinção analítico-sintético e em considerar que as reivindicações filosóficas estão diretamente ligadas a conceitos (sentenças de Carnap analíticas) separadas das teorias (sentenças de Ramsey sintéticas).

Em segundo lugar, o corpus da literatura relativa à filosofia experimental fornece maneiras em que esses resultados empíricos afetam questões filosóficas substantivas, não

somente o trabalho preliminar de adquirir habilidades linguísticas na própria linguagem. Machery e O'Neill (2014) listam quatro maneiras:

First, experimental philosophy should often inform projects involving conceptual analysis. Second, some traditional philosophical arguments have empirical premises, which call for experimental and other empirical methods. Third, findings from experimental philosophy can be employed in traditional debunking arguments. Fourth, experimental philosophy provides us with information about biases that may affect the practice of philosophy, including biases influencing judgments about philosophical cases. (MACHERY, O'NEILL, 2014, p. viii)⁵⁶

Em relação a projetos envolvendo análise conceitual, a filosofia experimental pode ser útil em muitos aspectos (MACHERY, O'NEILL, 2014, p. viii-ix). Primeiro, identificando o conceito possuído por uma população específica, tal como as pessoas comuns ou os cientistas, para impedir qualquer confusão entre o conceito do filósofo e da população específica na medida em que eles diverjam e de modo que, se necessário, essa diferença possa ser notada também. Segundo, avaliar o peso ou importância dos componentes de um conceito usando métodos estatísticos como regressão e análise de variância para grandes conjuntos de dados. Terceiro, produzir evidência sobre que características de casos hipotéticos realmente causam variação em juízos sobre eles usando métodos estatísticos como modelagem de equação estrutural e algoritmos de busca causal aplicados a grandes conjuntos de dados, o que torna possível distinguir entre duas ou mais características potencialmente críticas (altamente correlacionadas entre os casos) que podem ser causas da variação. Quarto, quando o objetivo é esclarecer e revisar um conceito de senso comum por explicar tal conceito, demonstrar a proximidade da clarificação (*explication*) proposta (o *explicans*) para o conceito a ser clarificado (o *explicandum*) pode ser feita por métodos experimentais.

Nesse caso, note que a segunda, terceira e quarta aplicações não são restritas ao estágio preliminar da análise conceitual, mas são usadas para uma análise mais acurada ou detalhada (*fine-grained*) ou mesmo clarificação.

Em relação à avaliação da premissa empírica, o papel da filosofia experimental é avaliar as premissas incorporadas no argumento filosófico, inclusive quando sua conclusão é não empírica. Muitas contribuições podem ser feitas aqui, em relação à teoria analítica do Direito. Sem usar o termo “filosofia experimental”, Tamanaha (2001a; 2001b) fez exatamente

⁵⁶ “Primeiro, a filosofia experimental deveria frequentemente informar projetos envolvendo análise conceitual. Segundo, alguns argumentos filosóficos tradicionais têm premissas empíricas, que chamam por métodos experimentais e outros métodos empíricos. Terceiro, achados de filosofia experimental podem ser empregados em argumentos tradicionais de exposição de falsidade. Quarto, a filosofia experimental nos fornece informação sobre vieses que podem afetar a prática da filosofia, incluindo vieses influenciando juízos sobre casos filosóficos.” (tradução livre)

isso: ele questionou a premissa empírica de “manutenção da ordem social como função principal do Direito”, usada em muito trabalho sobre teoria analítica do Direito, pelo recurso a estudos sociológicos sobre os transplantes jurídicos, a globalização do Direito e os chamados “problemas das lacunas” (as lacunas entre o “Direito nos livros” e “Direito em ação”, e entre regras jurídicas e o que pessoas na comunidade realmente fazem).

Não pretendo discutir aqui se ele está certo ou não no tipo de análise feita a partir da sociologia jurídica, mas seu trabalho já é uma contribuição para a discussão empiricamente informada em teoria jurídica.

Em relação ao *debunking* de argumentos, uma crença pode sê-lo quando demonstrado que ela seja produto de processo causal que não é conectado na maneira correta para os fatos que constituem a questão (MACHERY, O’NEILL, 2014, p. xii). Aqui a ideia não é avaliar a dimensão empírica das próprias premissas, mas o processo de formação delas.

Em relação aos vieses afetando o raciocínio filosófico, o papel da pesquisa empírica na psicologia cognitiva é relevante não somente para disciplinas ligadas à análise do conhecimento, como a epistemologia, mas para disciplinas voltadas à natureza fundamental das coisas, como a metafísica. Um exemplo é a abordagem de Alvin Goldman (2014) para naturalização da metafísica com a ajuda da ciência cognitiva, pela qual é proposto um framework bayesiano para intermediar achados a respeito dos vieses ou limites de nossa arquitetura cognitiva e conclusões substantivas da metafísica.

Outro problema com o argumento de Himma é que, se uma análise conceitual é ligada aos nossos conceitos e as intuições a eles relacionados, e ainda esses conceitos diferem de cultura para cultura bem como no tempo, essa análise poderá ser universalmente aplicável, mas não universalmente verdadeira. Isso coloca em sério problema as reivindicações de que podemos descobrir a real natureza do Direito com análise conceitual.

Tamanaha (2011, p. 301-305) formula a objeção que a aplicabilidade universal não implica em verdade universal. Teóricos jurídicos localizados em diferente cultura ou tempo podem começar com diferentes conceitos do Direito (abstraídos de intuições e truísmos específicos sobre o Direito) e todos eles podem supostamente identificar as verdades necessárias sobre a natureza do Direito, mas essas verdades serão frequentemente inconsistentes uma com as outras. Isso significa que esses diferentes conceitos são universalmente aplicáveis no sentido de que alguém pode usar um deles para avaliar se uma instituição social específica é o Direito ou não da perspectiva desse conceito específico.

Também significa que cada abordagem desses conceitos é necessariamente verdade sob seus próprios critérios, mas falsa sob os critérios de todas as demais, levando a diferentes avaliações sobre que instituições sociais contam como Direito e quais não. Então mesmo se elas todas fizerem reivindicações necessárias, é impossível para todas serem verdadeiras porque suas reivindicações contradizem umas às das outras.

The correct assertion is that, according to criteria drawn from the philosopher's own culturally generated intuitions about law, the particular institution being examined does not qualify as 'law'. This more explicit phraseology provides full notice, highlighting the fact that beneath it all the philosopher is asserting that his intuitions about law trump others. The confident insistence by analytical jurists that they have identified necessary truths about the nature of law has the effect of clothing a parochial conception of law in universalistic dress to serve as a standard for all times and places. (Tamanaha, 2011, p. 305).⁵⁷

Seguindo aos insights de Tamanaha e de Leiter, penso que podemos introduzir outro conceito, o de populações WEIRD. Trata-se de um acrônimo para *Western, Educated, Industrialized, Rich, Developed*. Joseph Henrich, Steven Heine e Ara Norenzayan (2010) elaboraram esse termo para delimitar uma população que aparece em muitas das amostras das ciências comportamentais e psicológicas, mas, ao mesmo tempo, é a pior população da qual fazer inferências gerais sobre a psicologia e comportamento humanos. Populações WEIRD são muito fora do padrão para diversos fenômenos comportamentais e psicológicos.

Portanto, é objetável que se conclua que um fenômeno comportamental específico seja universal baseado na amostragem dessa subpopulação incomum. Apesar disso, a teoria analítica do direito recorre a intuições e conceitos do Direito que derivam de sistemas jurídicos cujos sujeitos são de populações WEIRD. Por que deveria a teoria jurídica privilegiar os conceitos de senso comum e as intuições sobre o Direito dessa população psicologicamente incomum quando fazem reivindicações universalistas sobre o que o Direito é necessariamente em todos os tempos e lugares?

Quando se depara com as muitas aplicações da filosofia experimental e se deseja abordar a relevância de diferentes conceitos e intuições sobre o Direito na medida em que se lida com reivindicações sobre a natureza essencial do Direito abstraídos deles, fica claro que a relevância da filosofia experimental não pode estar restrita a um aspecto linguístico trivial. A

⁵⁷ “A assertiva correta é que, de acordo para critérios retirados das intuições culturalmente geradas sobre o Direito do próprio filósofos, a intuição particular sendo examinada não se qualifica como ‘Direito’. Essa fraseologia mais explícita fornece aviso completo, esclarecendo o fato que abaixo disso tudo o filósofo está afirmando que suas intuições sobre o Direito superam outras. A insistência confiante por teóricos jurídicos analíticos que eles têm identificado verdades necessárias sobre a natureza do Direito tem o efeito de vestir uma concepção parouquial do Direito em vestes universalistas para servir como um padrão para todos os tempos e lugares.” (tradução livre)

filosofia experimental pode investigar questões que afetam diretamente as conclusões filosóficas a partir da investigação sobre se e como as intuições variam. Em especial porque essa variação pode tornar falhas as reivindicações universalistas sobre o Direito se diferentes abordagens sobre o que é universalmente verdade sobre sistemas jurídicos emergem desses diferentes conceitos e intuições.

4.6. O Valor Epistemológico das Intuições e o Naturalismo Metodológico

Uma questão importante em se tratando da Teoria Naturalizada do Direito é qual seria o papel das intuições nela. Como já destacamos no tópico anterior, temos razões para pensar que as intuições jurídicas variam no tempo e no espaço, e que isso coloca em cheque a aptidão da análise conceitual para oferecer um conceito uniforme do Direito que seja passível de aplicação e verdade universais. Entretanto, um outro tipo de questão é se as intuições poderiam desempenhar outros papéis em argumentos filosóficos. Pode haver algum espaço para intuições na construção de explicações teóricas dentro da filosofia, sob o naturalismo metodológico?

Penso que uma alternativa interessante é fornecida por Alvin Goldman (2013). Neste artigo, ele sistematiza como intuições filosóficas podem ou não ser validadas epistemologicamente de uma perspectiva naturalista.

Goldman (2013, p. 13) distingue entre questões de 1ª e de 2ª ordem sobre evidência, ou o status evidencial das intuições (consideradas como estados mentais ocorrentes que não são produzidos por inferência consciente e que não são inferenciais). As questões de 1ª ordem dizem respeito a se intuições podem ser evidência, qual sua qualidade como evidência, para que proposições ou hipóteses eles servem como evidência, se são evidência *a posteriori* ou *a priori*, e assim por diante. As questões de 2ª ordem dizem respeito a se há boa evidência para o status evidencial de 1ª ordem das intuições, como poderíamos oferecer evidência para isso e se essa evidência deve ser *a posteriori* ou *a priori*.

Dito de outro modo, as questões de 1ª ordem são sobre o uso de intuições como evidência em argumentos filosóficos (ou seu uso como tendo algum peso evidencial nesse tipo de argumento, de modo mais geral), enquanto as questões de 2ª ordem são sobre se e como há evidência de que esse uso de intuições é validado. Portanto, em um caso nos perguntamos pela evidência em argumentos filosóficos, dada certa metodologia (por exemplo, uma que emprega intuições), enquanto no outro nos perguntamos pela evidência para essa metodologia.

O que Goldman (2013, p. 13) pretende com a distinção é que seja possível que o status evidencial de 1ª ordem das intuições seja *a priori* (ou algo como isso), enquanto seu status

evidencial de 2ª ordem seja *a posteriori* (ou algo como isso)⁵⁸, o que permitiria compatibilizar o uso de intuições com o naturalismo metodológico, desde que se possa confirmar empiricamente a validade epistemológica de uma metodologia filosófica que empregue intuições.

Sob essa visão, portanto, a posição tradicionalista que emprega métodos relativos a intuições pode ser aceita, ao mesmo tempo que a evidência de segunda ordem necessária para validar esses métodos é empírica, incluindo evidência proveniente das ciências empíricas, o que concorda com a filosofia experimental e o naturalismo filosófico (GOLDMAN, 2013, p. 34). A investigação de segunda ordem deve ser levada a sério, em termos naturalistas, dado que a justificação e melhoramento dos métodos filosóficos existentes demanda evidência científica (GOLDMAN, 2013, p. 38-39). A vantagem dessa abordagem de Goldman é que as intuições podem ser usadas, mas a justificação para o uso das intuições não pode ser ela mesma baseada nessas intuições.

Aqui não pretendo argumentar em favor dessa visão, mas atestar que, a princípio, trata-se de uma visão preferível à rejeição rígida feita por Leiter do recurso às intuições. Como naturalistas metodológicos, não precisamos rejeitar automaticamente o uso de intuições na teorização filosófica, mas demandar investigações de 2ª ordem naturalísticas que possam fornecer evidência ou contra evidência a esse uso.

A premissa de que já temos comprovado que as intuições para nada servem e são amplamente não confiáveis, é forte demais, sendo de difícil defesa, e o próprio Leiter (2011a, p. 514-515) reconhece que as intuições usadas na atual teoria analítica do Direito não necessariamente são não-representativas, pois isso precisa ser esclarecido empiricamente, (LEITER, 2011a, p. 514-515). Uma abordagem mais cautelosa permite retirar a força da objeção de que uma Teoria Naturalizada do Direito nunca poderia dar peso para intuições em quaisquer parte da investigação filosófica, dado que isso é possível sim.

4.7. Avaliação das Objeções à Proposta sobre Análise Conceitual Modesta e Filosofia Experimental

Outra classe de objeções diz respeito à proposta de Leiter de associar a filosofia experimental com a análise conceitual modesta. Aqui critica-se como Leiter pretende relacionar ambas as coisas de maneira tal que ou a análise conceitual modesta acabaria por ser apenas

⁵⁸ Esse “algo como isso” entre parêntesis deve-se ao fato de que ele não adere firmemente a esse esquema divisório, uma vez que ele entende que a própria distinção entre *a priori* e *a posteriori* não é completamente adequada à luz da ciência cognitiva (GOLDMAN, 2013, p. 36).

lexicografia glorificada ou um registro passivo das intuições empiricamente coletadas. A crítica aparece em Farrel (2001), Dickson (2011), Burazin (2013) e Adams (2014).

Uma primeira forma dessa objeção é alegar que a abordagem de Leiter apenas toma uma posição passiva em relação ao registro das intuições, que, assim, permaneceriam intocados em suas contradições e inconsistências, e de pouco serviriam para a teorização, pelo que alguma forma de elaboração conceitual é demandada. Este é o argumento de Dickson e de Adams (enquanto este último foque menos na ideia de registro passivo, e mais na de intuições assim coletadas serem inaptas à teorização).

Enquanto não se possa afirmar aqui se o próprio Leiter não cairia nesse problema (uma vez que ele de fato parece dar a entender que favorece esse registro passivo), o escopo da filosofia experimental é muito mais amplo, como extensivamente discutido no tópico anterior. Em face disso, há mais na filosofia experimental do que apenas registrar passivamente as intuições.

Outro ponto importante é que o próprio Leiter quer fazer uma etnografia das intuições jurídicas, portanto, ele não pretende determinar que o Direito é tal coisa com base nas intuições assim empiricamente coletadas, mas sim a maneira como as pessoas pensam o Direito ou os diversos conceitos de Direito que de fato são usados no discurso.

Além disso, não é apenas a elaboração conceitual que pode trabalhar ativamente com intuições, mas a própria filosofia experimental tem ferramentas para fazê-lo e/ou para estar acompanhada de elaboração conceitual, como já foi demonstrado no tópico sobre as objeções relativas ao papel das intuições.

Logo, essa forma da objeção falha porque não leva em conta que: 1) a proposta de Leiter sobre a filosofia experimental é a de saber quais são os conceitos de Direito usados por diferentes populações, não qual a natureza do Direito em si; 2) enquanto Leiter às vezes pareça realmente indicar uma postura passiva em relação às intuições, nada impede que sua proposta possa acomodar elaboração conceitual ativa dentro ou a partir da filosofia experimental.

Uma segunda forma dessa objeção é a de que, mesmo que possamos coletar dados sobre quais as reais intuições das pessoas comuns, elas de nada nos serviriam para o trabalho da teoria jurídica. Burazin cita um estudo de que ele participou, conduzido com estudantes universitários, e que, segundo ele, teve um resultado desanimador em termos de aptidão para a teorização filosófica.

Nesse ponto, talvez a melhor resposta seja que (como o próprio Burazin o admite) pouco foi feito até o presente momento para realizar a colonização da teoria jurídica pela filosofia experimental como Leiter a pretendia.

Mesmo que o estudo de que Burazin participou possa fornecer um contra-exemplo ao potencial explanatório dessa abordagem, ele está longe de ser uma evidência conclusiva para descartar que a filosofia experimental possa render muitos frutos nesse quesito. Além disso, a filosofia experimental de que ele foca é apenas a *stricto sensu*, baseado no levantamento de intuições. A filosofia experimental no sentido amplo, como já destacado ao falar sobre os trabalhos de Tamanaha, já se mostra como bem frutífera para discutir a adequação empírica das abordagens de teoria jurídica.

Assim, podemos dizer que essa objeção é equivocada em relação à filosofia experimental em sentido amplo (que de fato não era o foco de Leiter), mas é inconclusiva mesmo em relação à filosofia experimental em sentido estrito, pela falta de desenvolvimentos adicionais nessa seara que nos permitam avaliar adequadamente a questão.

Entretanto, essa objeção tem mérito na medida em que enfatiza a necessidade de demonstrarmos que a filosofia experimental em sentido estrito poderia capacitar a teorização jurídica e, portanto, a relevância de conduzir esse tipo de pesquisa para que esse ponto possa ser melhor avaliado.

4.8. Avaliação das Objeções ao Uso de Critérios da Ciência Social para a Teoria Jurídica

A última classe de objeções levantadas contra Leiter é sobre o modo como Leiter faz a teoria sobre a natureza do Direito depender da ciência social sobre o fenômeno jurídico. As críticas vão desde que não é claro como Leiter pode justificar o positivismo exclusivo com base no *Attitudinal Model* até considerações mais gerais sobre uma subserviência da teorização filosófica à ciência que a Teoria Naturalizada do Direito promoveria, passando por uma suposta neutralidade metodológica do positivismo jurídico tradicional em relação aos critérios científicos e/ou práticos. A objeção aparece nessas diferentes formas em Dickson (2011), Burge-Hendrix (2008), Spaak (2008), Murphy (2005), Adams (2014), Walton (2015), Halpín (2009) e Rappaport (2014).

Começemos pelas formas mais gerais que essa objeção assume, para depois seguir até as mais específicas (relativas ao modo como Leiter aplica esses critérios). Existem algumas críticas feitas ao uso da ciência social como critério para a teorização jurídica, mas que seguem diferentes linhas de raciocínio para estabelecer o que seria problemático em fazê-lo.

Em primeiro lugar, existe a crítica segundo a qual a ciência social não é um bom critério para a teorização jurídica porque isto subordinaria a filosofia à ciência, gerando uma subserviência indevida entre as disciplinas, ao invés de uma cooperação recíproca entre elas.

Essa forma da objeção é defendida por Walton que, apesar de defender uma aproximação entre sociologia e teoria jurídica, considera problemático que Leiter não encontre um espaço distinto para a filosofia, que permitisse a esta cooperar com a ciência ao invés de ser subserviente. Enquanto reconheça que Leiter relaxou sua premissa de uma substituição ou dependência total da filosofia em relação à ciência, ainda vê problemas nesse papel servil a que a filosofia ficaria relegada. Mesmo que a filosofia possa ser feita melhor com a ciência, como Walton concorda, ela não necessita da ciência para ser feita, e é isso que permite à filosofia um escopo distinto que pode não só beneficiar-se de cooperar com a própria ciência, mas também beneficiar a própria ciência melhorando seu aspecto conceitual.

Halpin também traz um argumento semelhante. Para ele é problemático que Leiter pressuponha que a filosofia nada teria a dizer para a ciência, relegando à elaboração conceitual de tipo filosófico apenas o papel de organizar descobertas empíricas, quando na verdade questões conceituais podem ser levantadas previamente à investigação científica, bem como poderiam participar de outros aspectos do processo científico. Ele também advoga que é preciso uma interação entre elaboração conceitual e investigação empírica, não uma subordinação.

Aqui é preciso distinguir entre o que Leiter pensa e o que a Teoria Naturalizada do Direito pode ou não ser. Em diversos momentos Leiter dá espaço para essa crítica, pois ele de fato nunca esclarece como a filosofia poderia ajudar a ciência, apenas como a ciência poderia determinar a filosofia. Isso ocorre por sua advocacia do naturalismo substitutivo, que é apenas moderada por sua aceitação de que, na atual situação das ciências sociais, não é possível uma naturalização completa da teoria jurídica, que ainda precisa da análise conceitual modesta. Então aqui não entrarei no mérito se Leiter de fato incorre nesse erro ou não, inclusive porque ele não respondeu a essa objeção. Mas penso que a Teoria Naturalizada do Direito não precisa fazê-lo.

O naturalismo metodológico não necessariamente precisa submeter a filosofia unilateralmente àquilo que a ciência diz ou ao método da ciência. É possível que um filósofo defenda uma posição que parece contraditória a determinada consenso científico, mesmo sob o naturalismo. O que o naturalismo veda é que um filósofo possa fazê-lo sem precisar levar em conta as consequências que isso terá para a ciência como um todo ou para grandes partes dela.

Uma forma de compreender isso é que, sob a continuidade da filosofia com a ciência, a filosofia não precisa ser ‘eliminada’ em prol de uma das ciências: ela mesmo pode ser a disciplina mais abstrata das ciências. Ao aceitarmos a filosofia dentro do quadro maior das ciências, eliminamos a separação que fazia a filosofia ter um domínio próprio intocado ao da ciência. Mas também a mesma separação que fazia a ciência não poder sofrer interferência da filosofia. Filosofia e ciência referem-se ao mesmo escopo, apenas que em níveis de abstrações diferentes.

A diferença entre a filosofia criticar a ciência e a ciência criticar a filosofia, portanto, é principalmente uma questão das consequências de cada uma. Como a ciência lida com questões mais concretas que a filosofia, as críticas da filosofia à ciência terão maiores consequências sistemáticas sobre a ciência, e isso torna mais difícil que uma posição filosófica contraditória com a atual ciência seja aceitável. Por outro lado, como a filosofia lida com questões mais abstratas que a ciência, as críticas da ciência à filosofia principalmente engajam-se com ter os fatos certos sobre aquilo com que a filosofia abstratamente lida, e isso torna mais fácil que uma posição científica contraditória a determinada posição filosófica seja aceitável.

Talvez uma forma de melhor visualizar isso seja perceber que tais assimetrias também ocorrem dentro das disciplinas da ciência empírica, e ainda assim não significam subserviência ou eliminação de disciplinas.

Por integração conceitual entende-se o princípio segundo o qual várias disciplinas dentro das ciências são feitas mutuamente consistentes umas em relação às outras, e uma teoria é conceitualmente integrada quando é compatível com dados e teoria de outros campos relevantes do saber científico, o que já ocorre entre as ciências naturais: por exemplo, leis da química são compatíveis com as leis da física e químicos não propõem teorias que violem o princípio da conservação da energia, elementar para a física (COSMIDES et al, 1992, p. 4).

Pela integração conceitual, os químicos não estabelecem fatos contraditórios aos fatos da física. Se o fizerem, tem de ter uma razão muito boa para tal. Os biólogos tem de considerar não contradizer nem a química nem a física. Os cientistas sociais de um modo geral tem de considerar não contradizer nem a biologia, nem a química e nem a física. Ou seja, mesmo entre as disciplinas científicas, existem assimetrias sobre quão fácil é para uma disciplina específica contradizer as reivindicações de outra.

No caso da filosofia, que trabalha em uma dimensão mais abstrata do escopo das ciências ou de parte delas, também assimetrias semelhantes ocorrem. Mas, como já dito, isso

não impede que a filosofia tome uma posição teórica que seja diferente da atual ciência, apenas que deverá aceitar as consequências empíricas que isso terá também, e que serão passíveis de avaliação por critérios científicos. Além disso, as diversas posições filosóficas devem ser pelo menos empiricamente adequadas, possivelmente de acordo a todos os fatos empíricos relevantes ou equivalentes entre si nesse aspecto (mesmo que não necessariamente de acordo com os mesmos fatos, mas com uma ‘quantidade’ equivalente deles).

Outro ponto importante a ser considerado é a relação entre filosofia e senso comum, de um lado, e ciência e senso comum, de outro. Muito da filosofia parte do senso comum, ou a “experiência ordinária”⁵⁹. Contudo, a ciência tem não só um potencial enorme para promover mudanças drásticas no que seria o senso comum, como também historicamente já o tem feito. Isso ocorre porque a ciência consegue estabelecer posições contra-intuitiva, que vão na contramão do senso comum, para descobrir como o mundo realmente funciona e é explicado. Portanto, a ciência já afeta a filosofia por revisar o senso comum, seja a atividade filosófica consciente disso ou não.

O naturalismo metodológico permite que a filosofia possa levar em conta essas modificações de modo mais consciente e, assim, promove seu papel ativo. Ao invés de tomarmos o senso comum como fixo, e, assim, a filosofia que parte dessa experiência ordinária como intocada pelas teorias empíricas da ciência, devemos entender como a ciência, ao mudar o senso comum, pode afetar a filosofia e, nisso, também precisamos de discussão filosófica.

Portanto, a questão é que não precisamos aceitar que a filosofia seja subserviente à ciência na Teoria Naturalizada do Direito, mas sim que a teorização sobre a natureza do Direito precisa levar em conta a ciência e os efeitos sistemáticos que assumir determinada posição teórica tem para nossa ciência empírica sobre o objeto sob estudo quando considerando qual posição assumirá. Isso não é mais subserviência da filosofia à ciência do que seria a da química em relação à física, por exemplo.

Em segundo lugar, existe a crítica segundo a qual a ciência social não é um bom critério para a teorização jurídica porque tal critério apenas oferece razões contingentes para aceitação de uma teoria jurídica. É um dos argumentos de Rappaport quanto a esse critério. Isso já foi respondido no tópico referente às noções modais dentro da Teoria Naturalizada do Direito, pelo que remete-se o leitor à resposta dada.

⁵⁹ Para uma defesa de que a metafísica parta da experiência ordinária, veja PAUL, 2012.

Em terceiro lugar, existe a crítica segundo a qual a ciência social não é um bom critério para a teorização jurídica porque não é conclusivo. Adams traz à tona algumas possibilidades: 1) o entendimento sobre o Direito adotado em um estudo pode ser claramente absurdo; 2) distintos estudos podem empregar diferentes concepções; 3) o modelo do cientista social pode ser vago o suficiente para acomodar teorias do Direito múltiplas e conflitantes. Além disso, a parte da teoria científica que contém premissas que poderiam apoiar uma concepção filosófica não são testadas. Deve-se destacar que Spaak faz uma apresentação dessa objeção que é relativamente similar à de Adams, pelo que será respondida conjuntamente.

O problema desta objeção é que ela trabalha com a premissa oculta de que esses possíveis problemas seriam intratáveis e, caso não sendo resolvíveis empiricamente, não gerenciáveis teoricamente.

Em relação ao primeiro desafio, não é claro o que seria o entendimento sobre o Direito de um estudo ser claramente absurdo. Como poderíamos saber de antemão que aquele entendimento é absurdo, ao invés de apenas ser contra-intuitivo? E um entendimento absurdo como o que se presume pode realmente ser gerado a partir de um estudo empírico? Além disso, se alguém quisesse rejeitar o entendimento sob essa base, ainda teria de aceitar que é uma fraqueza a de sua posição que ela seja incompatível com um entendimento promovido pela ciência empírica. Não é evidente porque teríamos de rejeitar o critério, ao invés de aplica-lo, pois, mesmo enquanto pudesse não ser um motivo conclusivo para descartar essa teoria, enfraqueceria seu status epistêmico.

Em relação ao segundo desafio, existe uma possibilidade real de que distintos estudos empreguem distintas concepções. Caso isso ocorresse, argumento filosófico seria necessário para que decidíssemos entre essas concepções ou em favor de alguma concepção mista ou para atribuir contextos específicos à afirmação de certas concepções. O papel de organizar achados empíricos, que já aparece explicitamente em Leiter, inclui também a elaboração da “*big picture*” do nosso conhecimento sobre o Direito, trabalhando em compatibilizar e tornar consistente diferentes achados entre si, bem como suas concepções teóricas favorecidas. Leiter de fato não parece aventar a possibilidade de que essas divergências pudessem surgir, pois parece pressupor que uma única resposta surgiria dos dados empíricos. Mas isso não significa que mesmo sua elaboração da Teoria Naturalizada do Direito, bem como elaborações mais amplas que tenho aqui advogado, não possam dar conta disso.

Em relação ao terceiro desafio, também existe a possibilidade real de que o modelo do cientista social seja consistente com múltiplas teorias do Direito. Leiter não parece levar em

conta essa possibilidade e mesmo parece querer subsumir todas as questões sobre escolha de teoria filosófica para questões de adequação empírica. Mas a possibilidade de teorias empiricamente adequadas não é um problema, apenas uma dificuldade. O que importa para a Teoria Naturalizada do Direito é que as teorias sobre a natureza do Direito sejam empiricamente adequadas. Se mais de uma for empiricamente adequada, podemos usar critérios teóricos como simplicidade, poder explanatório, etc. que também são usados na ciência para ponderar entre diferentes teorias. E Adams está correto em chamar atenção para a possibilidade de que tenhamos de fazê-lo.

Já em relação ao ponto de Adams sobre que as premissas relativas à concepção teórica que um estudo apoia não são testadas pelo próprio estudo, de modo que não teríamos razão em endossá-las, parece-me haver uma confusão. O objetivo de Leiter não é que uma teoria filosófica tenha sido testada verdadeira por meio de determinado estudo, mas sim que aceitemos aquelas teorias filosóficas que sejam amparadas por estudos que passaram por testes empíricos relevantes.

Podemos fazer uma analogia. Predições sobre o comportamento animal feitas a partir da teoria da seleção natural não costumam testar a própria seleção natural, mas o fato de que várias predições a partir da teoria da seleção natural sejam corroboradas reforça que tenhamos razões para aceitar que a seleção natural é a explicação para certos fatos sobre a mudança biológica. Portanto, inclusive dentro do campo científico, temos razões para apoiar uma teoria subjacente a partir da corroboração ou não das hipóteses que ela gera, mesmo que as próprias premissas da teoria subjacente não sofram um teste empírico decisivo, por não estarem sendo testadas.

Outra analogia pode ser feita em relação à lógica e à matemática. Os enunciados de ambas nunca são testados empiricamente nos estudos científicos, uma vez que não são empíricos. Mas o fato dos estudos científicos pressuporem teoremas da lógica e da matemática nos dá razões para considerar que essas disciplinas não são apenas jogos intelectuais internamente consistentes, mas que são também externamente válidas.

Talvez o que a objeção pretenda é que o fato da teoria ser pressuposta ao invés de testada pode significar que, em certos casos, a teoria implica a previsão sem excluir que outras teorias façam a mesma implicação, de modo que não temos mais razão para aceitar essa teoria pressuposta do que teríamos para essas outras. Mas no mínimo isso permitiria que aceitássemos como empiricamente adequadas essas diferentes teorias possíveis, enquanto descartamos as demais. Então, o critério pode não nos levar a uma única teoria, mas já é algo de relevante que

ela nos permita delimitar quais teorias estão em jogo, filtrando de modo a remanescer apenas as empiricamente adequadas (de modo equivalente), para competir pelos critérios teóricos.

Portanto, essa forma da objeção também falha: os aspectos inconclusivos devem ser trabalhados com base na teoria, não descartando o critério da ciência social. Adams está certo que isso exige ou pode exigir mais trabalho conceitual do que Leiter está disposto a admitir, mas isso não depõe contra o critério da ciência social.

Em quarto lugar, existe a crítica segundo a qual a ciência social não é um bom critério para a teorização jurídica porque seria apenas uma variante do argumento prático em prol de uma concepção do Direito que se sustenta em uma premissa incerta: a de que é possível obter convergência sobre o conceito de Direito a partir da ciência social. É o argumento de Liam Murphy. Para ele, não é possível chegar em nenhuma convergência acerca do conceito de Direito, porque as intuições das pessoas são muito distintas entre si e a o conceito não é empregado apenas pela ciência social, o que impede de estabelecer a fronteira do Direito conclusivamente. É preciso um argumento prático, mas ele precisaria dar razões práticas em prol de uma ao invés de outra concepção, não sendo possível apenas olhar para o mundo e observar qual seria a concepção correta acerca disso.

Uma importante resposta aqui, considerando o framework proposto por Leiter, é que ele mesmo demonstra ceticismo de que haja um conceito uniforme do Direito a ser investigado, em se tratando do seu uso entre as pessoas. Leiter (2007, p. 199; vide 2011b) explicitamente afirma que esse objetivo da Teoria Jurídica pode vir a ser demonstrado errôneo, inclusive por conta da etnografia das intuições jurídicas via filosofia experimental.

Também pode ser questionado que Murphy mal entende o argumento de Leiter quando o chama de um “argumento prático”: Leiter não endossa o conceito de Direito da ciência social pela conveniência prática de que este permitiria uma convergência entre diversos usos, mas porque esse seria o conceito mais factualmente adequado ao objeto da investigação. Por fim, também cabe dizer que razões teóricas são mais relevantes para definir que concepção do Direito é apoiada pelos estudos empíricos do que razões práticas. Desse modo, essa crítica parece errar o próprio objetivo da Teoria Naturalizada do Direito.

Em quinto lugar, existe a crítica de que o critério da ciência social iria de encontro a um suposto “minimalismo metodológico” do positivismo. Esse argumento é levantado por Burge-Hendrix. O minimalismo metodológico seria uma metodologia que abre mão de quaisquer restrições *a priori* ao conceito de Direito, buscando extrair de sistemas jurídicos

particulares uma caracterização geral do Direito. Dentre essas possíveis restrições *a priori* encontra-se o critério da ciência social – que Burge-Hendrix chama de critério de “assistência interdisciplinar”, pelo qual se adota um conceito que ajude em investigações científico-sociais *a posteriori* –, que seria uma forma indevida de anteriormente à análise excluir certos conceitos de Direito, e que, se aceito como critério, é apenas um critério entre outros. O exemplo usado é que a concepção de constituição da ciência política (“o arranjo institucional das instituições políticas”) seria inadequada para conceber se a *Charter of Rights and Freedom* canadense era ou não parte da constituição do Canadá, o que chama por uma concepção propriamente jurídico-teórica de constituição, que não esteja presa à da ciência política e possa levar em conta a concepção dos participantes do sistema jurídico, notadamente a dos juízes (mas sem ser por essa determinada automaticamente). A concepção naturalista seria inapta para levar em conta as concepções participantes.

Uma outra forma de Burge-Hendrix afirmar a mesma questão é por considerar que o argumento em resposta de Leiter seria o da divisão do trabalho: deixemos aos cientistas sociais fazer o que eles estão melhor equipados para fazer. Mas Burge-Hendrix considera isso equivocado, pois o conceito que melhor serve aos propósitos da ciência social, pode não sê-lo para a teoria jurídica, por pelo menos três motivos: 1) não há um consenso dentro da ciência social; 2) mesmo que houvesse esse consenso isso não implica que o mesmo tenha sido obtido por meio das práticas metodológicas e dos comprometimentos metateóricos que são aceitáveis para teóricos jurídicos descritivo-explanatórios; 3) porque mesmo que houvesse um consenso obtido por meio dessas práticas metodológicas e comprometimentos metateóricos aceitáveis para teóricos jurídicos, isso não implica que a melhor abordagem científico-social (ou no exemplo usado por Burge-Hendrix, político-teórica) seja a melhor abordagem jurídico-teórica, que é o que Burge-Hendrix denomina de relativismo explanatório, que exige levar em conta os problemas que cada disciplina tenta explicar.

Para organizar a resposta a essa objeção detalhada feita por Burge-Hendrix ao critério da ciência social, é preciso demarcar suas premissas principais. São elas: a) positivistas jurídicos não podem aceitar restrições *a priori* ao conceito de Direito, nem mesmo o critério de usar o conceito de Direito de investigações empíricas *a posteriori*; b) concepções participantes não podem ser levadas em conta pela Teoria Naturalizada do Direito, mas elas podem ser levadas em conta para elaborar uma concepção jurídico-teórica comprometida com o minimalismo metodológico; c) os conceitos da ciência social, mesmo havendo consenso e comprometimentos aceitáveis, podem não ser os melhores para os problemas que a teoria

jurídica quer responder. (Note-se que Spaak faz uma objeção que é semelhante a esse terceiro ponto, pelo que a resposta a Burge-Hendrix também é aplicável à objeção similar por Spaak)

Em relação a “a)”, trata-se do minimalismo metodológico. O problema maior desse argumento de Burge-Hendrix é que ele foge da questão com o naturalista. Se nós aceitarmos que os positivistas só podem sê-lo se evitarem quaisquer critérios prévios, Burge-Hendrix teria razão. O problema é que um naturalista simplesmente não pode concordar com isso. A ciência empírica tem de restringir as possibilidades daquilo que o Direito é, e a ciência o faz por meio de investigações *a posteriori*. Também é estranho o uso que Burge-Hendrix faz do termo “*a priori*”, pois um critério para avaliação da teoria jurídica ser aceito previamente à análise filosófica não significa que se está estabelecendo *a priori* o que o Direito é ou não. Então não parece ser um argumento válido que “o positivista precisa ser um minimalista metodológico no sentido de Burge-Hendrix”, porque o naturalista simplesmente nega que haja a necessidade de sê-lo.

Em relação a “b)”, a ideia de que concepções participantes não podem ser levadas em conta pela Teoria Naturalizada do Direito é baseada em um equívoco. Primeiro, porque o próprio Leiter defende uma associação entre filosofia experimental e análise conceitual modesta que passa pelo levantamento empírico das intuições das pessoas sobre o Direito, que são reflexo de suas concepções participantes. Segundo, porque métodos empíricos de fato podem ser usados para lançar luz sobre concepções participantes, como a pesquisa qualitativa em ciências sociais, que abrange métodos tais como a etnografia. Não há obstáculo para que métodos empíricos possam esclarecer concepções dos participantes do sistema jurídico. Talvez o que Burge-Hendrix pretendesse argumentar aqui é que o naturalismo endossa que, em caso de conflito entre a concepção participante e a concepção endossada pela ciência social, optemos por essa última e que isso seria o equívoco. Mas isso não significa não levar a sério as concepções participantes, até porque essas noções de senso comum e do jurista que são os pontos de partida para a investigação empírica.

Em relação a “c)”, deve-se observar que Burge-Hendrix está alegando algo bem forte. Mesmo se pudéssemos encontrar consenso e mesmo se todos os compromissos metodológicos pertinentes fossem seguidos em relação a um conceito de Direito da ciência social, este ainda poderia não responder as questões que queremos levantar. A rigor, não podemos descartar a possibilidade que isso aconteça, mas não demonstra Burge-Hendrix que isso sequer seja provável. Na verdade parece realmente improvável que um desenvolvimento tão grande da ciência social não pudesse ter nenhuma repercussão conclusiva sobre a teoria jurídica.

Nesse ponto, é interessante pegar o exemplo principal que Burge-Hendrix trabalha, relativo à Carta canadense ser uma constituição ou não. Ele pede que consideremos que a concepção da ciência política para constituição não define constituição como uma “fonte formal do Direito” tal como os juízes (com sua concepção participante) o fazem, mas como o arranjo institucional do Estado. Então, pareceria que, caso seguissemos o critério de Leiter, teríamos a resposta errada: nossa teoria jurídica teria de rejeitar que a Carta canadense fosse uma constituição, mesmo enquanto pareça que ela de fato o seja, apenas porque a ciência política define constituição de uma forma que exclui a Carta canadense de sê-lo, permitindo a esta apenas afetar a constituição (que é, portanto, uma entidade distinta).

O problema aqui é que Burge-Hendrix faz uma confusão entre palavra e conceito. “Constituição (política)” é uma palavra polissêmica: ela pode ser usada para os fundamentos mais básicos que organizam um Estado institucionalmente (daí a definição de ciência política), como para uma fonte formal do Direito específica que é suprema sobre todas as demais em dado sistema jurídico (daí a definição do jurista, que é a do juiz). Portanto, há pelo menos dois conceitos ou significados envolvidos com a mesma palavra “constituição” no que se refere à ordem política estatal.

O que o conceito de ciência política faz é esclarecer o conteúdo desse primeiro significado para constituição, enquanto a teoria jurídica pode estar mais interessada no segundo significado. Não há nada na Teoria Naturalizada do Direito que dê a entender que deveríamos aceitar só o 1º significado de constituição como interessante para analisar, enquanto rejeitássemos o 2º significado.

A questão toda é que, seja o 1º ou o 2º significado que queiramos investigar, o façamos de modo empiricamente informado e atento ao que a ciência social diz sobre os objetos a que se referem esses conceitos. O fato de que ambas as classes de objetos sejam referidas pela mesma palavra é apenas acidental em relação a essa investigação, por se tratar apenas de as nomearmos similarmente.

Podemos simplesmente chamar o 1º de A e o 2º de B, ao invés de “constituição”, e a Teoria Naturalizada do Direito pode estar legitimamente interessada na ciência social sobre B, não sobre A, mesmo que a ciência política como braço da ciência social foque em A.

Essa questão permite entender melhor o que Burge-Hendrix critica em termos de “divisão do trabalho”. É claro que precisamos dividir o trabalho, e que os cientistas sociais estão melhor preparados para estabelecer os fatos empíricos relevantes nessa questão. Os filósofos

entram em uma dimensão mais abstrata da compreensão desses fatos, mas precisam ter esses fatos estabelecidos e estar com eles consistentes. Isso não significa que o cientista social poderá impor um único significado de uma palavra com mais de um significado como sendo o único relevante para todos os fins de investigação. O critério da ciência social dentro da Teoria Naturalizada do Direito, bem compreendido, não leva a esse veredicto.

Agora, passemos ao outro tipo de objeção que é feita em relação ao critério da ciência social, mas que aplica-se especificamente a como Leiter recorre ao mesmo para defender determinadas posições dentro do debate jurídico-teórico, tendo em vista sua análise sobre as implicações do *Attitudinal Model*.

Uma primeira variante desse argumento é o de que Leiter baseia-se em um fundamento frágil para inferir que os resultados advindos do modelo teórico de decisão judicial mais bem-sucedido empiricamente realmente apoiam certa concepção teórica substantiva dentro da teoria jurídica. As associações entre o positivismo exclusivo e as categorias empregadas pelo modelo seriam apenas superficiais. Por exemplo, Rappaport entende que o argumento de Leiter depende de que os cientistas sociais associem o termo “Direito” a distinções do positivismo exclusivo (com a divisão entre fatores ‘*hard*’ e ‘*soft*’), sendo que a conveniência de fazê-lo depende de estudo para estudo e, portanto, pode não ocorrer em outros estudos. Já Burge-Hendrix considera que o critério do cientista social para identificar valores morais e políticos como fatores não jurídicos ocorre sob a base de que eles são difíceis de detectar, mas esse critério de conveniência parece inadequado para fazer essa demarcação.

Essas objeções por Rappaport e Burge-Hendrix precisam ser levadas a sério. Eles estão corretas sobre ser necessário examinar o quão robusta é a escolha desses critérios aproximados ao positivismo exclusivo dentro da pesquisa em ciência social. Caso a conveniência para esse estudo específico fosse o critério principal, não teríamos como afirmar que a teoria mais apoiada pela ciência social seja o positivismo exclusivo. Tudo que poderíamos dizer é que esse estudo em específico pressupõe que o positivismo exclusivo dê as distinções conceituais corretas, mas que isso não é ontologicamente substantivo sobre o Direito, uma vez que cumpriria um papel puramente pragmático de facilitar a compreensão nesse tipo de estudo.

Contudo, nenhum deles efetivamente demonstra que a conveniência para esse estudo em específico seja o critério principal para se optar por esse esquema conceitual. E Leiter argumenta persuasivamente que: 1) a distinção entre um *Attitudinal Model* e um *Legal Model* para a decisão judicial implica que os critérios de validade jurídica sejam os do positivismo exclusivo; 2) o sucesso explanatório desse modelo sugere que seu modo de especificar o Direito

seja adequado, dado que um modelo alternativo que especificasse o Direito de forma contrária não seria empiricamente adequado. Nesse sentido, a conveniência para o sucesso explanatório advém justamente de sua adequação à realidade das fontes formais do Direito e, portanto, não é uma mera conveniência.

Uma segunda variante é o argumento de que não está claro se o positivismo exclusivo é justificado pelo modelo científico-social ou se o modelo científico-social que é justificado pelo positivismo exclusivo. Dickson argumenta que Leiter parece variar entre essas duas interpretações. Caso a ideia seja que o positivismo exclusivo justifica o modelo científico-social, isso parece ir em uma direção anti-naturalista. Mas, caso a ideia seja uma espécie de justificação mútua, não é claro como isso poderia ser consistente. Na prática, parece que Leiter quer dizer que o positivismo exclusivo é apoiado pelo poder explanatório do modelo, mas que para entender esse modelo e torna-lo verdade é preciso pressupor que o positivismo exclusivo esteja certo, e isso parece envolver alguma circularidade.

Concordo com Dickson que Leiter expressa-se inicialmente de forma um tanto quanto ambígua em alguns momentos sobre a relação entre o modelo científico-social mais bem-sucedido e o positivismo exclusivo de Raz. Mas entendo que a ideia de Leiter é que o positivismo exclusivo é feito (ou conhecido) verdadeiro por intermédio do modelo científico-social, enquanto o modelo científico-social só faz sentido à luz do positivismo exclusivo como esquema conceitual subjacente. É como o próprio Leiter se refere em sua réplica:

The Attitudinal Model does not ‘need hard positivism to be true’; it needs to assume a hard positivist account of law in order to generate its explanatory and predictive model. That the model involving such assumptions is predictively powerful is then a reason to think its assumptions warrant credence. If a model that rejected hard positivist assumptions about the nature of law were more predictively fruitful, then that would constitute a reason, from the naturalistic point of view, to think those assumptions more plausible. (LEITER, 2011a, p. 512)⁶⁰

Penso que podemos desenvolver melhor essa resposta. A distinção entre *Attitudinal Model* e *Legal Model* depende de um conceito de Direito dado pelo positivismo exclusivo. Ao definirem a diferença entre esses dois modelos, os cientistas sociais tacitamente pressupõem uma definição positivista exclusiva para “jurídico” (*legal*). Não seria possível formular a

⁶⁰ “O Modelo de Atitudes não ‘precisa do positivismo exclusivo para ser verdade’; ele precisa assumir uma abordagem positivista exclusiva do Direito para gerar seu modelo explanatório e preditivo. Que o modelo envolvendo tais premissas é preditivamente poderoso é então uma razão para pensar que suas premissas justificam credibilidade. Se um modelo que rejeitasse as premissas positivistas exclusivas sobre a natureza do Direito fosse mais frutífero preditivamente, então isso constituiria uma razão, de um ponto de vista naturalista, para pensar essas premissas como mais plausíveis.” (tradução livre)

contraposição, portanto, sem o conceito de Direito positivista exclusivo. Mas aceitar esse conceito para fins de formulação do modelo científico-social não basta para demonstrar que ele é o conceito correto ou adequado. É preciso que o próprio modelo seja adequado empiricamente para que esse seja o conceito adequado empiricamente também. O esquema conceitual pode ser (e mesmo tem de ser) elaborado teoricamente, como Raz o faz, mas essa elaboração puramente teórica não oferece as razões que seu uso em hipóteses empíricas bem-sucedidas pode fazer. Portanto, a correção empírica do modelo que pressupõe esse esquema conceitual fornece razões para adotarmos esse esquema conceitual como correto. Não há circularidade envolvida.

Um ponto importante aqui é saber o que seria essa hipótese alternativa ao modelo que Leiter considera como sendo de um positivismo exclusivo subjacente. É bem claro que a hipótese alternativa não é e nem pode ser uma em que o *Legal Model* fosse a explicação correta da decisão judicial. Se o *Legal Model* ou o *Attitudinal Model* é a correta explicação, não faz a menor diferença para o ponto feito por Leiter.

Talvez seja aqui que Dickson poderia acusar Leiter de circularidade, afinal, não importa se a hipótese alternativa – o sucesso empírico do *Legal Model* – fosse verdadeira, ainda assim Leiter poderia defender que isso vindicou ou é vindicado pelo positivismo exclusivo. Mas não devemos nos confundir. O nível em que temos de falar em “hipóteses alternativas” para fins do argumento de Leiter não é o do *Legal Model* como alternativa ao *Attitudinal Model*, mas sim de um framework teórico que use essa contraposição tal como feita pelo estudo empírico em questão comparado a um framework teórico que não a usasse. Por exemplo, esse framework alternativo poderia ser um onde, dentro do *Legal Model*, pudéssemos colocar os próprios valores ideológicos.

Assim, para Leiter, basta que o framework teórico que abarca a contraposição entre esses modelos seja empiricamente adequado para que possamos falar em adequação empírica do positivismo exclusivo. E isso ocorre pela inadequação empírica de um framework teórico que não abarque essa contraposição.

Uma última variante dessa objeção é a de que a interpretação que Leiter dá à hipótese científico-social do *Attitudinal Model* é inadequada ou pelo menos sujeita a mais ambiguidade do que Leiter pressupõe, de tal modo que o sucesso empírico desse modelo poderia não justificar o positivismo exclusivo se sua base teórica for interpretada de maneira diversa. Rappaport é quem dá esse argumento: talvez os cientistas sociais usem o termo “Direito” para

referir-se não aos fatores motivando decisão judicial, mas às regras realmente produzidas pelas decisões judiciais.

Examinemos com mais atenção como fazer sentido dessa sugestão feita por Rappaport, que a menciona muito brevemente em seu artigo. Parece-me que a ideia seria que, dentro do modelo científico-social discutido, o “Direito” não é equivalente ao *Legal Model*, como Leiter acredita. O *Legal Model* e o *Attitudinal Model* descreveriam duas classes de fontes aos quais os juízes recorrem para tomar suas decisões e, portanto, para gerar o Direito. Nesse caso, entenderíamos o Direito como criado a partir de suas fontes formais (*Legal Model*) e de valores ideológicos (*Attitudinal Model*), e o Direito equivaleria ao conteúdo da decisão judicial, não ao conteúdo de suas fontes formais.

Assim, a correção dessa hipótese empírica sobre a decisão judicial implicaria apenas que os juízes usam menos fontes formais do que valores ideológicos para criar o Direito em casos concretos, não que eles usam menos o Direito do que valores ideológicos para decidir casos concretos.

Aqui o Direito é contraposto não só aos valores ideológicos e morais, mas também às fontes formais, e nada pode ser dito se a validade jurídica depende de valores morais ou não, porque a questão toda é da fonte dos conteúdos do Direito, não de sua validade.

Sob essa interpretação do modelo científico-social, voltaríamos ao mesmo estado da atual discussão sobre positivismo exclusivo versus inclusivo na teoria analítica do Direito. Atualmente todas as partes aceitam que os juízes incorporam valores morais em decisões e que às vezes as próprias fontes formais do Direito demandam que esses valores morais sejam considerados. Todas as partes concordam com esses fatos, mas discordam sobre a melhor forma de entendê-lo: se o que ocorre é que o juiz decide com base em valores morais que podem ser examinados como válidos ou não juridicamente (positivismo inclusivo) ou se qualquer que seja o valor moral que o juiz usar a decisão será válida em razão da autoridade de quem a pronuncia (positivismo exclusivo). O modelo científico-social não mudaria em nada esse cenário, apenas nos faria conhecer que os juízes recorrem a mais valores morais e ideológicos do que àquilo que está explícito nas fontes formais do Direito.

Esse proposto entendimento alternativo para o panorama teórico subjacente a esse modelo científico-social é plausível?

Em primeiro lugar, antes de entrar no mérito desse entendimento alternativo do que está em jogo na hipótese, é preciso destacar que ela nos chama atenção para algo importante que Leiter parece subestimar.

Quando Leiter defende seu naturalismo, ele parece pensar que todas as questões (ou as questões principais) da teoria jurídica poderiam ser resolvidas por intermédio do critério de adequação empírica. Isso depende de que as abordagens de teoria jurídica possam ser tornadas empiricamente dissimilares o suficiente para permitir esse tipo de juízo, e é o que ele pretende fazer ao avaliar o *Attitudinal Model*. Assim, não seria necessário recorrer a critérios teóricos como simplicidade e poder explanatório, porque as diferentes abordagens não seriam empiricamente equivalentes, elas não se ajustariam igualmente bem a todos os fatos da questão.

O problema com isso é que é preciso levar em conta a séria possibilidade de que diferentes abordagens jurídico-teóricas sejam empiricamente equivalentes e que, portanto, critérios teóricos não diretamente empíricos da ciência sejam mais aptos que o critério diretamente empírico da adequação empírica para debater tais questões. Leiter está correto em chamar atenção para o vasto *corpus* de pesquisa em ciências sociais que investiga o comportamento social humano em geral e o fenômeno jurídico em particular, o qual é negligenciado pelos teóricos jurídicos, em prejuízo de elaborações teóricas melhores dentro da teoria jurídica. O trabalho de outros teóricos jurídicos da tradição empírica, como Tamanaha, reforçam a conclusão de que abordagens de teoria jurídica de tipo conceitual hoje estejam inadequadas empiricamente. Possivelmente, no mínimo, as abordagens existentes precisam ser adaptadas para levar em conta todos os fatos empíricos relevantes na questão. Mas após essa adaptação é muito possível que surjam abordagens que sejam, novamente, empiricamente adequadas de modo equivalente, e precisaremos recorrer aos critérios teóricos para debate-las.

Dito isso, podemos perguntar se a abordagem alternativa ‘agnóstica em relação ao debate entre positivismos’ proposta por Rappaport seria uma forma adequada de entender as implicações teóricas do estudo em questão. Sua construção baseia-se em entender o resultado da decisão judicial como sendo o Direito, ao invés das fontes do *Legal Model* sendo o Direito. Mas isso gera alguns problemas.

Se assumirmos que o Direito é apenas a decisão judicial, e que nem o *Legal Model* nem o *Attitudinal Model* possuem qualquer tipo de “prioridade” no que seria a construção do Direito “com base no próprio Direito”, seria incompreensível porque há um “*legal*” em *Legal Model*. O assim chamado Modelo Jurídico só pode ser jurídico porque o Modelo de Atitudes não é jurídico.

Alguém poderia replicar que se trata apenas de uma questão de terminologia, sem consequências substantivas. O *Legal Model* poderia ser apenas *X Model*, e não representaria o Direito. Essa réplica é correta em que a escolha do nome do modelo não é o que define se ele é ou não o Direito ou o jurídico dentro desse framework teórico. Mas minha resposta não depende da terminologia.

O modelo que contempla as fontes formais do Direito representa aquilo que há de jurídico na decisão judicial, enquanto o modelo alternativo, de atitudes, leva em conta a afiliação ideológica dos juízes, que reflete valores morais conservadores ou liberais. A contraposição faz sentido entre aquilo que o Direito *prévio* exige tal como está e aquilo que os valores ideológicos prescrevem. Tanto é que o *Legal Model* prevê convergência independentemente de (e apesar de) atitudes ideológicas de cada juiz da Suprema Corte Americana, enquanto o *Attitudinal Model* prevê a divergência no teor das decisões seguindo-se previsivelmente à sua afiliação conservadora ou liberal. Se o *Legal Model* prevê convergência, é porque ele representa as decisões judiciais se os juízes apenas baseassem-se no fundo jurídico de conhecimento comum a todos eles, que independe de suas respectivas orientações políticas.

Então, parece-me que o modo como Rappaport pensa a interpretação do estudo é equivocada. Uma forma melhor de adaptá-lo em prol de um positivismo inclusivo empiricamente adequado seria aceitar que o Direito é tanto a decisão judicial acabada produto seja de um *Legal Model* ou de um *Attitudinal Model*, mas que o *Legal Model* representa o Direito já feito. Sob essa interpretação, a contraposição seria entre Direito já feito e atitudes ideológicas, que conduzem à tomada de decisão judicial entendida como o Direito feito pelas decisões judiciais da Suprema Corte. A ideia seria que, a partir de que as atitudes ideológicas são usadas como base para gerar o Direito, então elas são incorporadas em um novo conjunto de “Direito *prévio*”, e, assim, o *Legal Model* ou o jurídico é menos independente do *Attitudinal Model* ou do moral do que Leiter poderia pensar.

Um grande problema para um positivismo inclusivo com base nisso, entretanto, ainda permaneceria: se decisões judiciais que tomem como base valores contrapostos dentro do *Attitudinal Model* são igualmente tratadas como válidas para fins de atualizar o “Direito *prévio*”, então parece que a validade não decorre do seu teor moral, mas apenas do fato de serem decisões de um juiz com poder válido de decisão dentro da ordem jurídica. Se uma decisão tomada com o valor X comporá o teor do atualizado *Legal Model* para fins de investigação científico-social posterior tanto como uma decisão tomada com o valor não-X, o que explica a comum inclusão dessas decisões dentro do escopo do jurídico no modelo não são os próprios

valores X e não-X, mas sim o fato de serem decisões de juízes da Suprema Corte. O que é diferente nelas não pode explicar o que gera essa comum inclusão, mas aquilo que nelas é equivalente pode fazê-lo. O poder explanatório dos próprios valores inexistente, todo trabalho explanatório é feito pelo fato de serem decisões de juízes.

Esse problema também não é um mero reflexo do fato de que existe pluralidade ideológica dentro das amostras em que estamos aplicando o modelo sob análise. Suponhamos que os juízes sempre decidam na direção dos valores conservadores. As decisões deles são entendidas como jurídicas por pessoas que entendessem o Direito como bom. Mas pessoas que entendam que o fim do Direito é mau por ser um instrumento do conservadorismo ou da opressão, tal como teóricos críticos ou anarquistas, poderiam dizer que essas decisões são jurídicas justamente porque o Direito é mau⁶¹. Nesse caso, mesmo havendo convergência do tipo de valor moral utilizado, ainda poderia haver divergência entre se esse valor moral é de fato um valor ou se ele representa um desvalor. Portanto, novamente o que explicaria a inclusão dessas decisões no atualizado *Legal Model* é o fato de serem decisões de juízes, não o valor ou desvalor que elas apliquem.

Para deixar esse argumento mais formal, peguemos o exemplo da defesa do Direito Natural por Michael Moore (1992, p. 204) com base na Teoria Descritiva, para adaptá-lo em prol do positivismo inclusivo. Moore combina o argumento clássico da tese relacional, baseado no Direito gerar obrigações seguido da premissa de que apenas o que é moralmente correto obriga, com um argumento funcionalista, baseado na ideia de que o Direito é identificado por sua função.

O argumento clássico seria:

- (1) *Something is legal only if it obligates.*
 - (2) *Something obligates only if it is not unjust.*
 - (3) *Therefore, something is legal only if it is not unjust.*
- (MOORE, 2001, p. 118)⁶²

Um argumento funcionalista para a premissa (1) do argumento clássico seria:

- (1) *Some thing X is law only if it serves the distinctive function(s) of law.*

⁶¹ Um argumento semelhante poderia ser feito se apenas valores progressistas e liberais fossem implementados em decisões judiciais. Nesse caso, as pessoas com valores opostos (por exemplo, valores conservadores) poderiam ter razões para concluir que o Direito é mau por implementar desvalores.

⁶² (1) Algo é jurídico somente se ele gera obrigações.
 (2) Algo gera obrigações somente se não é injusto.
 (3) Portanto, algo é jurídico somente se não é injusto.

(2) *The distinctive function(s) of law is Y.*

(3) *Y is served only if X obligates.*

(4) *Therefore, something is law only if it obligates.*

(MOORE, 2001, p. 119)⁶³

A premissa (3) cria a conexão necessária entre Direito e moralidade dentro da noção de Direito Natural. Como se chega à (2) e se vai dela à (3) no argumento funcionalista? Se for usado um critério normativo, recai-se na Teoria Normativa. Moore parece estar ciente da dificuldade em formular um argumento funcionalista que não precisasse ser suplementado por argumentos sobre como o Direito é melhor praticado (MOORE, 2001, p. 145).

O positivista inclusivo poderia adaptar esse argumento para considerar que a função do Direito só precisa ser satisfeita por um meio moral quando o próprio Direito o exige. Então ficaria assim:

(1) Alguma coisa X é o Direito somente se ele serve à função (ou funções) distintiva do Direito;

(2) A função (ou funções) distintiva do Direito é Y;

(3) Quando o Direito prevê para o caso Z a aplicação da moralidade, Y é servido somente se X gera obrigações morais no caso Z;

(4) Portanto, algo é o Direito no caso Z apenas se ele obriga.

(5) Algo obriga apenas se não é muito injusto;

(6) Portanto, algo é jurídico no caso Z apenas se não é muito injusto.

A questão passa a ser como fornecer uma evidência independente para (3) sob o argumento positivista inclusivo baseado em função. O fato de que o Direito prevê para o caso Z a aplicação da moralidade não garante que Y só seja servido no caso Z quando X gera obrigações morais. É preciso demonstrar que, quando o Direito prevê a aplicação da moralidade, de fato sua função apenas pode ser satisfeita (factualmente) se as regras jurídicas gerarem obrigações morais.

⁶³ (1) Alguma coisa X é o Direito somente se serve a função distintiva do Direito.

(2) A função distintiva do Direito é Y.

(3) Y é servido somente se X gera obrigações.

(4) Portanto, algo é o Direito somente se ele gera obrigações.

Para conseguir fazer sentido do critério positivista inclusivo⁶⁴, podemos recorrer à noção de *moral explanations* que o “naturalismo moral a posteriori” (BARNETT, 2002) ou “realismo moral sintético” (FISHER, 2011) usa para estabelecer propriedades morais como reais, por meio de sua indispensável postulação nas melhores descrições explanatórias do mundo (FISHER, 2011, p. 65; MAJORS, 2007, p. 2). Então, assumiremos aqui que explicações morais de juízos psicológicos sobre a erroneidade ou correteude de atos/regras são genuínas e representam as melhores explicações para esses fenômenos. (Leiter de fato rejeita o realismo moral, mas aqui iremos assumi-lo para fins de argumento, e também porque a possibilidade do mesmo estar correto não impede uma Teoria Naturalizada do Direito)

Será que essas propriedades morais poderiam desempenhar um papel explanatório indispensável na explicação do Direito que comanda o uso de valores morais? Isso poderia ocorrer se a propriedade institucional “ser parte do Direito positivo” e a propriedade moral da “correteude” sempre aparecerem juntas quando o Direito positivo comanda a aplicação da moralidade e essa associação não for acidental dentro da teoria científica que melhor explica os fatos sociais sobre o Direito.

Essa conjunção constante ocorre se, na explicação de como o Direito realiza sua função na vida social nos casos em que há a previsão positiva da aplicação da moralidade, é indispensável postular propriedades morais instanciadas conjuntamente à positivação das normas jurídicas (meios para realização daquela função). Propriedades morais apenas desempenham algum papel constitutivo em tornar determinada norma válida se tiver um papel causal indispensável na realização da função do Direito. Por fim, a propriedade moral do meio causa a realização da propriedade moral do fim, logo, não divergem entre si na propriedade.

Se há essa explicação, temos de determinar antes a função do Direito, uma questão empírica. Contudo, mesmo antes de especificarmos qual seja ela, temos razões teóricas para questionar a viabilidade dessa empreitada.

Todas as explicações putativas de como propriedades morais podem desempenhar esse papel explanatório estão sujeitas a explicações alternativas assumindo uma postulação oposta

⁶⁴ Esse argumento também serve para o critério do Direito Natural. Para adaptá-lo, basta que o leitor retire as referências à “previsão do Direito positivo de que a moralidade seja aplicada”. Assim, estará lidando com o argumento original de Moore tal como visto anteriormente, no qual existiria sempre a necessidade de que X gere obrigações morais para que Y seja satisfeito, independentemente de o Direito positivo prever ou não a aplicação da moralidade.

de propriedades morais que é igualmente explanatória, portanto, as reais propriedades morais não desempenham nenhum papel contrafactual.

Dado que a propriedade moral dos meios segue a propriedade moral dos fins, conforme uma teoria moral *W* assumida como a correta, é possível afirmar que “o meio *X* alcança o objetivo *Y*” independentemente se o objetivo *Y* é moralmente correto ou errôneo. *X* alcança *Y*, independente de qual propriedade *Y* (e *X*) possui.

Comparemos com o caso do gato incendiado por arruaceiros em Harman (1977) e a vindicação da explicação moral por Sturgeon (1985). Se um observador forma um juízo de erroneidade do ato, é porque sua teoria de background permite chegar a essa inferência a partir da observação. Se sua teoria de background fosse oposta, chegaria a um juízo oposto, de corretude.

Contudo, tanto quem considera a função do Direito *Y* um valor (como teóricos do Direito Natural) como quem considera um desvalor (como anarquistas ou teóricos críticos) podem concordar que *X* realiza *Y* com base nos mesmos fatos. As propriedades morais diferentes que postulam para *X* e *Y* não levam a explicações diferentes. Ou seja, ao mesmo juízo “*x* é válido”, seria atribuída uma explicação similar com propriedades morais opostas: “*x* é válido porque *x* tem a propriedade da corretude mais os fatos *W*” e “*x* é válido porque *x* tem a propriedade da erroneidade mais os fatos *W*”. São os fatos *W* que explicam o mesmo juízo de validade emitido por eles já que causam em ambos referido juízo, enquanto as reais propriedades morais apenas explicariam a verdade ou falsidade dos juízos “*x* tem a propriedade da corretude” e “*x* tem a propriedade da erroneidade”.

Ou seja, o Direito pode prever a aplicação da moralidade para o caso *Z*, mas *Y* será servido tanto no caso de que *X* implemente um valor ou um desvalor segundo o que seria a teoria correta sobre os fatos morais. Pessoas com compreensões diferentes sobre o suposto valor implementado por *X* irão chegar à mesma conclusão de que *X* realiza *Y*, mesmo que diverjam em considerar se *X* é bom ou se *X* é mau (dado que divergirão se *Y* mesmo é bom ou mau).

Considerando o modelo relativo ao *Attitudinal Model* como a hipótese mais bem-sucedida de explicação da decisão judicial, fica claro que incluir decisões tomadas com base em valores ideológicos dentro do atualizado *Legal Model* não ocorre pela veracidade de juízos do tipo “esses valores ideológicos têm a propriedade moral da corretude (ou da erroneidade)”, mas pela veracidade de juízos do tipo “o fato de que são decisões tomadas por um juiz”.

Logo, enquanto a possibilidade de conexão (contingente) entre Direito e moral não seja de pronto empiricamente descartada por uma Teoria Naturalizada do Direito, há sérias razões teóricas para considerar quaisquer eventuais explicações morais de como o Direito realiza sua função necessariamente carentes de eficácia explanatória.

É importante perceber que nesse argumento fizemos aquilo que Leiter parece não estar disposto a fazer. Ao invés de resolvermos a questão usando o critério da adequação empírica (a qual sem um conhecimento exaustivo sobre qual função empiricamente o Direito realiza, não seria de muita ajuda), foi usado o critério teórico do poder explanatório para decidir a questão em prol do positivismo exclusivo. O problema de entender o modelo científico-social mais bem-sucedido da decisão judicial em termos do positivismo inclusivo é que as propriedades morais de que o positivismo inclusivo depende, mesmo se existam como propriedades reais do mundo, não parecem desempenhar nenhum papel no poder explanatório do modelo em termos de como incluimos decisões dentro do escopo do jurídico (e, em última instância, de como as regras jurídicas realizam a função do Direito, seja esta qual for).

4.9. Teoria Naturalizada do Direito e Ontologia Social

A questão da consiliência ou continuidade entre Teoria Geral do Direito e ciência social é bem estabelecida sob a perspectiva de uma naturalização da teoria jurídica, tal como proposta por Leiter. Uma questão menos clara é se isso estende-se também para a ontologia social, como ramo dentro da filosofia analítica contemporânea.

A ontologia social pretende fazer sentido das categorizações e estruturas que constituem uma realidade socialmente construída, cuja existência é distinta daquela da realidade natural (que é independente de seres sociais em geral e dos seres humanos em particular). Ao mesmo tempo, tenta explicar como a realidade social descrita pelas ciências sociais depende ontologicamente da realidade natural descrita pelas ciências naturais.

A ontologia social contemporânea na filosofia analítica tem sido demarcada pelos trabalhos seminais de John R. Searle, com *The Construction of Social Reality* (1995), enquanto Margaret Gilbert no pioneiro *On Social Facts* (1989) e Raimo Tuomela em *The Importance of Us* (1995) sejam muito importantes também.

Amie Thomasson (2009, p. 543) destaca que as entidades sociais, sejam estas fatos, ações ou objetos sociais, que povoam tanto o discurso das ciências sociais como do senso comum, levantam questões metafísicas específicas, tendo em vista que sua dependência sobre nós levanta a indagação se nós devemos considera-las como parte do mundo ou apenas

entidades ilusórias, ficcionais. Esse questionamento pode ser desdobrado em pelo menos três problemas a serem analisados, que Thomasson formula em termos da dependência dessas entidades em relação à mente:

Thus three central puzzles arise regarding social entities: (1) How can human beliefs and intentions create new facts, events and objects? As Berger and Luckman put it, “How is it possible that human activity should produce a world of things?” (1966: 18). (2) How can these mind-dependent social entities ever be unknown, potential objects of objective knowledge and discovery? (3) Given their mind-dependence, how can social objects be independent of our will, even coercive of us? (THOMASSON, 2009, p. 546)⁶⁵

Essas questões dizem respeito a todas as entidades sociais, mas cada entidade social em específico suscita aplicações mais específicas dessas questões. Se tivermos uma abordagem sobre como entidades sociais podem surgir a partir das atitudes humanas, podemos nos perguntar também sobre como especificamente o Direito surge a partir dessas atitudes, quais delas são relevantes para sua criação, e assim por diante. Também vice-versa: podemos melhor responder essas perguntas mais específicas por entendê-las em um contexto mais amplo de um questionamento geral sobre todas as entidades sociais e sobre como elas são feitas.

Por exemplo, quando Hart propôs que o “ponto de vista interno” permite separar tanto as regras sociais de meras regularidades de comportamento, como as regras jurídicas das demais regras sociais, ele propôs uma tese específica sobre dependência ontológica. Analisemos o seguinte trecho de “O Conceito de Direito”:

A afirmação de que um sistema jurídico existe é, assim, uma declaração bifronte como Jano, que contempla tanto a obediência [às normas primárias] por parte dos cidadãos comuns quanto a aceitação das normas secundárias pelas autoridades, que encaram tais normas como padrões críticos comuns para o comportamento oficial. (...) Num caso extremo, o ponto de vista interno, com seu uso caracteristicamente normativo da linguagem jurídica (“Esta é uma norma válida”), poderia ficar limitado ao mundo oficial. Num tal sistema complexo, só as autoridades aceitariam e utilizariam os critérios de validade jurídica do sistema. Uma sociedade assim poderia ser deploravelmente subserviente e acarneirada, e os carneiros poderiam acabar no matadouro; mas não há motivos para pensarmos que não poderia existir ou para negar-lhe a qualificação de sistema jurídico. (HART, 2009, p. 151)

Note-se que Hart faz uma questão ontológica, de tipo existencial: o que é preciso existir para que o Direito exista? Ele postula duas coisas: obediência às normas primárias pelos

⁶⁵ “Então três quebra-cabeças surgem a respeito das entidades sociais: (1) Como podem as crenças e intenções humanas criarem fatos, eventos e objetos novos? Como Berger e Luckman colocam, ‘como é possível que atividade humana possa produzir um mundo de coisas?’ (1966: 18). (2) Como podem essas entidades sociais dependentes da mente mesmo ser objetos potenciais desconhecidos de conhecimento e descoberta objetivos? (3) Dada sua dependência da mente, como podem os objetos sociais serem independentes de nossa vontade, mesmo coercitivos sobre nós?”

cidadãos comuns e aceitação do caráter normativo das normas secundárias pelas autoridades⁶⁶. Cada uma é necessária, mas nenhuma sozinha é suficiente. Então elas são as condições existenciais para que se constitua uma ontologia social que inclua o Direito como entidade social⁶⁷.

A questão que se coloca para a Teoria Naturalizada do Direito, nesse sentido, é se ela deve defender que esse nexos entre Teoria Geral do Direito e ontologia social deve ser tornado explícito, tal como o nexos com a ciência social, ou se, ao contrário, uma perspectiva deflacionária para a Ontologia Social deva ser assumida, concentrando-se apenas em questões causais de preocupação direta das ciências.

Leiter não é um naturalista deflacionário em sentido estrito, mas sua aceitação exclusiva do método do compromisso ontológico de Quine o leva a não considerar outras noções metafísicas mais substantivas que a metafísica analítica veio a aceitar posteriormente à obra quineana, o que também seria compatível com seu naturalismo substitutivo pelo qual filosofia poderia ser substituída pelas respostas empíricas da ciência, que, presumivelmente, são de caráter causal. Esse ceticismo com a metafísica analítica poderia incluir a ontologia social, mas Leiter é ambíguo especificamente quanto à possibilidade dela, o qual ele discute em apenas um artigo (LEITER; LANGLINAIS, 2016), como já destacado no 2º capítulo.

Nesse artigo parece que Leiter aceita a possibilidade de que a compreensão aduzida pela ontologia social seja correta. Enquanto ele não entre nesse mérito, ele considera que essa forma de ler o que a teoria analítica do Direito está fazendo pode retirar algumas das dúvidas que o naturalista teria sobre a análise conceitual imodesta nesse âmbito. Ao mesmo tempo, entretanto, suas propostas naturalistas continuam as mesmas: revisar o conceito de senso comum conforme as descobertas científicas e usar a filosofia experimental para evidências em torno do conceito de senso comum. Em que pese a análise conceitual imodesta poder fazer sentido para objetos sociais, ela ainda seria restrita ou subordinada aos métodos empíricos e as próprias propostas de naturalização de Leiter não seriam modificadas substancialmente por esse possível reconhecimento da construção social do Direito pela linguagem; portanto, não seria

⁶⁶ Veja PERRY, 2006, para uma análise detalhada de como isso permite que Hart distinga entre regras sociais e regras jurídicas, bem como permite que as regras jurídicas emergam a partir de regras sociais pré-jurídicas.

⁶⁷ Deve-se destacar que esse modo de entender o que Hart fez pode ser desafiado enquanto uma exegese da própria obra de Hart. Veja Schauer (2014), para um desafio à posição de que Hart estivesse estabelecendo condições necessárias e suficientes para o Direito emergir. Mas ali é reconhecido que muitos teóricos aceitam a ideia de que Hart teria feito isso em relação ao conceito de Direito, com base em certas formas que Hart se pronunciou (SCHAUER, 2014, p. 428-429).

possível justificar uma análise conceitual completamente imodesta mesmo nesses termos, já que ainda haveria revisão da análise conceitual pela ciência.

Portanto, parece-me possível afirmar que, enquanto as posturas anti-metafísicas (ou pelo menos contrária a uma metafísica mais substantiva que vá além do compromisso ontológico das teorias) de Leiter sugerissem que a ontologia social não seria compatível com seu naturalismo, esse artigo em específico sugere que Leiter está aberto a aceitá-la, ao menos em certos termos. Como não é claro o que ele de fato pensa, argumentarei aqui sem pressupor nada a respeito disso.

Quando se consideram questões ontológicas e metafísicas de um modo geral, uma postura deflacionária pode parecer sugerida a partir do naturalismo pela seguinte indagação: se somos naturalistas metodológicos, por que nos preocuparíamos com questões abstratas às quais a ciência não pode responder empiricamente? Se uma entidade social realmente é X ou Y, não é da alçada da ciência. Mas de que modo comportamentos e cognições são causadas na interação social, é objeto legítimo da ciência. Portanto, segue-se esse argumento, poderíamos dispensar totalmente elaborações metafísicas sobre a natureza dessas entidades sociais abstratas em favor apenas de explicações causais dos padrões comportamentais e cognitivos que ocorrem nas sociedades humanas e animais.

O problema desse argumento é que ele assume que a ciência não se envolve com questões ontológicas, mas ela o faz, tanto diretamente em um nível mais concreto quanto indiretamente fornecendo evidência para um nível mais abstrato.

No nível concreto, questões científicas podem tratar de ontologia. Cientistas constantemente precisam partir de definições de senso comum sobre o que um fenômeno é, para definições analíticas possíveis após uma investigação empírica. Como discutido no tópico sobre as objeções relativas às noções modais, pôde-se observar que a afirmação científica de que a água é constituída pelo composto químico H_2O no micronível é uma questão ontológica. Para fins da química, não é preciso dizer que água é apenas H_2O , mas isso já é um início de resposta à questão ontológica. Disso se segue, no nível abstrato, o papel da filosofia: elaborar como questões sobre constituição microfísica podem ser questões de identidade ontológica, ou como inferência para melhor explicação favorece hipóteses mais simples nas quais entidades observáveis são apenas sua composição química. No exemplo mencionado, é a filosofia que

poderá dizer que a água é apenas H₂O, mas ela não poderia fazê-lo sem que a ciência já tivesse começado a responder a questão⁶⁸.

Um ponto relacionado é que questões ontológicas e causais são inter-relacionadas, mesmo que sejam conceitualmente distintas. Ylikoski (2013) explora os papéis desempenhados por explicações constitutivas (que são base para elaborações ontológicas) e causais dentro da ciência, e como elas se relacionam reciprocamente. Uma abordagem plausível para as explicações constitutivas é que elas visam a capacidade causal de um sistema (YLIKOSKI, 2013, p. 228), ou seja, como aquele sistema poderia ser capaz de produzir determinados efeitos e ter capacidade para certos tipos de comportamento (YLIKOSKI, 2013, p. 230). Sob essa visão, o *explanandum* de explicações constitutivas são as propriedades causais possuídas pela entidade e que são derivadas pelas coisas das quais o objeto é feito, enquanto o *explanandum* de explicações causais são comportamentos ou eventos cujo efeito é mudar o estado da entidade. Os objetos a serem explicados são diferentes, mas o objeto das explicações constitutivas são propriedades causais, que decorrem do que uma entidade é ou do que ela é feita.

Portanto, se a Teoria Naturalizada do Direito pretende enfrentar as questões da teoria jurídica, ela não pode substituir as questões ontológicas sobre o Direito por questões causais sobre esse fenômeno, sob pena de estar falando de coisas diferentes. Contudo, ela pode se beneficiar das explicações causais mais bem-sucedidas sobre o Direito existentes nas ciências sociais para estabelecer com precisão que propriedades causais o Direito possui, os quais uma explicação constitutiva precisa explicar. Com isso, tendo os fatos empíricos adequados sobre as questões causais, poderá chegar a melhores elaborações teóricas das questões ontológicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de Brian Leiter, no que diz respeito à sua proposta de naturalização para a Teoria Descritiva do Direito, traz insights importantes sobre como a aceitação do naturalismo metodológico pode e deve impactar a teoria jurídica feita dentro da filosofia analítica contemporânea. Ao fazê-lo, assume um papel potencialmente proeminente dentro da tradição empírica da Teoria Descritiva, junto às duas outras vertentes contemporâneas dessa tradição revisadas no primeiro capítulo. Se aceitarmos a Teoria Geral e Descritiva como possível, temos

⁶⁸ É importante destacar que nem todos os filósofos que aceitam uma metafísica realista concordariam com esse pressuposto, uma vez que podem entender que questões ontológicas começam a ser respondidas sem a ciência. De todo modo, dada a premissa do presente trabalho ser o naturalismo metodológico, considero que é uma forma consistente com o naturalismo de explorar a ontologia do mundo.

fortes razões para aceitar as críticas empíricas feitas por essa tradição à teoria jurídica de tipo conceitual que predomina hoje.

A Teoria Naturalizada do Direito tal como proposta por Leiter possui duas frentes principais: uma preocupada com a teoria da adjudicação e uma preocupada com a teoria sobre a natureza do Direito. Na primeira frente existe uma proposta de aplicação e na segunda duas propostas de aplicações feitas por Leiter, existindo ainda uma aplicação de epistemologia do Direito Probatório que faz parte do naturalismo normativo na teoria jurídica, mas que não entra na formulação da própria Teoria Naturalizada do Direito.

Como a dimensão da Teoria Naturalizada do Direito relativa à teoria da adjudicação diz respeito a um tópico muito mais específico na teoria jurídica e que é atrelado à discussão de Leiter sobre a teoria filosófica subjacente ao velho realismo jurídico americano, a dimensão relativa à teoria sobre a natureza do Direito ou seu conceito (como Teoria Geral Descritiva do Direito) pode ser trabalhada de forma distinta, obtendo maior atenção no presente trabalho pelo modo como afeta a ontologia do fenômeno jurídico.

O principal insight proposto por Leiter em relação à investigação sobre a natureza ou o conceito do Direito é metodológico. A metodologia da teoria jurídica de tipo conceitual concentra-se na análise conceitual e no recurso às intuições, sem examinar qual seria a confiabilidade desse método. As intuições dos filósofos podem não ser generalizáveis e a análise conceitual pode ter função limitada para obter os tipos de verdade que muitos dos teóricos analíticos estão pretendendo obter.

O motivo desse equívoco encontra-se em aceitar muito rapidamente que a distinção entre analítico-sintético, a qual Leiter rejeita seguindo a posição de Quine, garante que as posições filosóficas sobre a natureza do Direito não sejam revisáveis empiricamente, de tal modo que qualquer que seja a hipótese empírica que for corroborada sobre o Direito ou sobre as crenças das pessoas sobre o Direito nenhuma diferença fará em relação à teoria jurídica. Se as verdades com que a filosofia do Direito lida são verdades analíticas *a priori* decorrentes do conceito de Direito, não haveria motivo para se preocupar com o resultado de investigações empíricas.

Contudo, uma vez que se aceite que as verdades da teoria jurídica são sintéticas *a posteriori*, a possibilidade de que elas possam ser afetadas por resultados empíricos das ciências sociais torna-se eminente. A teoria jurídica passa a ser o braço mais reflexivo e abstrato das ciências sociais que estudam o fenômeno do Direito, devendo ajustar-se aos fatos empíricos

relevantes descobertos por elas. Uma teoria que pretende descrever o Direito como tal não pode desconsiderar as investigações empíricas sobre seu objeto.

A partir disso, dois caminhos metodológicos se abrem para a discussão conceitual sobre o Direito.

O primeiro deles é associar uma análise conceitual modesta com a filosofia experimental (o que Burazin chama de naturalismo metodológico modesto): ao invés de usarmos as intuições que os filósofos pensam que as pessoas comuns possuem, usaremos aquelas intuições que elas efetivamente possuem, coletadas empiricamente. Leiter considera que temos fortes razões para supor que essas intuições variarão entre as culturas, de tal modo que essa filosofia experimental nos permitirá uma etnografia das intuições jurídicas que refletirá as variedades da experiência jurídica.

O segundo é recorrer ao conceito de Direito que seja pressuposto pela hipótese científica mais bem-sucedida sobre o fenômeno jurídico. Se uma teoria bem explica o comportamento social relativo ao Direito, é por que ela é a teoria melhor corroborada até o momento e, portanto, o conceito que ela pressupõe será o melhor corroborado também, possuindo maior confiabilidade para ser utilizado na teoria jurídica. Leiter considera que esse modelo é o *Attitudinal Model* sobre a decisão judicial em casos que chegam às instâncias recursais, modelo este que pressupõe critérios para demarcação do jurídico que são afins ao positivismo exclusivo e, portanto, fornecendo razão para aceitá-lo em detrimento do positivismo inclusivo.

As propostas de Leiter geraram muita discussão ao longo dos quase 20 anos desde que ele avançou suas primeiras propostas, e especialmente nos quase 10 anos desde que publicou o livro compilando seus principais ensaios. Aqui compilei as objeções e críticas recebidas por ele em relação à sua defesa do naturalismo metodológico, sua crítica à análise conceitual e ao recurso às intuições, e suas propostas específicas para naturalizar a teoria sobre a natureza do Direito.

O exame dessas diferentes objeções feitas a Leiter nos permitem tirar algumas conclusões importantes sobre a Teoria Naturalizada do Direito que ele propôs.

A primeira é que a Teoria Naturalizada do Direito pode ser robustecida em sua defesa se premissas menos controversas forem adotadas. Um problema importante na abordagem de Leiter é que ele não só aceita uma visão naturalista mais radical, comprometida com negar a própria possibilidade de formular a distinção analítico-sintético ou noções modais, como

também nunca tenta mostrar como sua visão teria ainda de ser aceita mesmo se fosse possível formular essas noções. Então, ele faz argumentos que são convincentes para uma base menor de filósofos e teóricos do que poderia fazer se tentasse argumentar a partir de premissas menos controversas que pudessem chegar ao mesmo resultado pretendido.

Em relação à distinção analítico-sintético, entendo que o melhor a se fazer dentro da Teoria Naturalizada do Direito é aceitar que seja possível formular a analiticidade, mas negar que as verdades relevantes para a teoria jurídica sejam analíticas. Argumentos como os de Papineau para a filosofia de um modo geral e de Tamanaha para a Teoria Geral do Direito permitem estabelecer a plausibilidade da reivindicação de que as verdades da teoria jurídica são sintéticas.

Em relação às noções modais, entendo que Leiter equivoca-se ao assumir a mesma posição de Quine acerca da impossibilidade de formular distinções modais. Um dos problemas da posição de Quine e de Leiter é que eles relacionam proximamente demais as noções de analiticidade, aprioricidade e necessidade, quando essas noções podem ser distinguidas. A reabilitação das noções modais na filosofia analítica, principalmente por intermédio de Kripke, lançou luz sobre a possibilidade de verdades sintéticas necessárias. Uma investigação sobre a natureza do Direito pode envolver verdades necessárias, tal como os teóricos contemporâneos na tradição conceitual em geral pensam, mas elas não precisam ser verdades analíticas, e sim sintéticas.

Assumidas as premissas menos controversas de que podemos sim formular analiticidade em uma maneira significativa e que noções modais podem ser empregadas na teorização filosófica, conseguimos o mesmo resultado de introduzir o naturalismo dentro da teoria jurídica, mesmo que de um modo diferente, uma vez que Leiter espera não encontrar quaisquer verdades necessárias sobre a natureza do Direito, enquanto em minha proposta para desenvolvimento da Teoria Naturalizada do Direito isso seja possível.

Uma segunda conclusão que podemos alcançar é a de que a ênfase de uma Teoria Naturalizada do Direito deveria ser a estratégia voltada para os conceitos pressupostos pelas teorias empíricas mais bem-sucedidas, para além da aplicação de análise conceitual modesta aos resultados empíricos de uma futura filosofia experimental ou etnografia das intuições jurídicas.

Se a filosofia experimental puder demonstrar que as intuições sobre o Direito variam entre as culturas, isso será uma relevante descoberta. Mostrei que a justificativa de Leiter para

considerar que isso seria possível, baseada em estudos de filosofia experimental sobre intuições a respeito da análise do conhecimento, não se sustenta à luz da atual evidência disponível, mas que duas outras justificativas podem ser trazidas, uma proposta por mim e outra proposta por Tamanaha.

Como argumentei, as evidências disponíveis sobre o quão desviantes (em psicologia e comportamento) são as populações *WEIRD* em relação ao padrão psicológico da humanidade favorecem que essas intuições de fato sejam diferentes e que as intuições disponíveis aos filósofos analíticos do Direito não sejam representativas de intuições gerais ou universais sobre o fenômeno jurídico, dado que emanam de uma forma muito específica que essa experiência pode assumir. Além disso, as ponderações do positivismo jurídico-social de Tamanaha, relativa à diversidade das formas que o Direito assume conforme a sociologia jurídica demonstra, também vem agregar evidência indireta para essa reivindicação. Esses pontos favorecem a dúvida que Leiter lança sobre o modo como se recorre às intuições dentro da Teoria Geral do Direito, pois temos sérias razões para considera-las menos universalizáveis do que seria necessário para justificar real verdade ou aplicabilidade universal para teorias jurídicas.

Entretanto, existem limitações importantes na proposta de utilização da filosofia experimental. Até a presente data, ainda não temos um corpus de filosofia experimental voltado especificamente para o levantamento empírico de intuições jurídicas, o que impede a aplicação de análise conceitual modesta nos moldes pensados por Leiter. Não temos esse conhecimento empírico desses diversos conceitos de Direito locais aos quais pudéssemos examinar como eles poderiam potencialmente responder as questões da teoria jurídica. Além disso, mesmo se o tivéssemos, é duvidosa a significância que eles teriam para descobrir a real natureza do Direito, uma vez que estaríamos lidando apenas com os conceitos de senso comum sobre o Direito, aquilo que as pessoas comuns pensam sobre o mesmo, e não com o que é verdade sobre o Direito independente se as pessoas sabem disso ou não.

Note que isso não parece um problema para Leiter, que está disposto a abandonar a busca pelo conceito de Direito que poderia unificar diversos conceitos locais ou que tornasse todos esses conceitos locais sobre o objeto “Direito”, bem como rejeita pensar em termos da própria natureza do Direito, dado seu modo de entendê-lo como um artefato social e sua rejeição à metafísica. Mas, se pudermos ser naturalistas metodológicos sem sermos deflacionários em relação à metafísica, a qual já é em grande medida naturalista em sua atual versão dentro da filosofia analítica, essa rejeição de Leiter a uma investigação sobre a real natureza do Direito que subjaz a todas as suas instâncias é injustificada. Nós podemos fazer uma investigação desse

tipo, e de fato não é a análise conceitual, seja usando as intuições dos filósofos ou usando as das pessoas comuns, que nos permitirá entender melhor essa questão, mas sim os critérios teóricos da ciência em termos de construção de teoria.

Uma ressalva deve ser feita: Não estou com isso pretendendo que as intuições dos filósofos ou das pessoas comuns não sejam de nenhuma valia nessas investigações. Em alguns momentos é o que Leiter parece pensar, e nisso penso que ele se equivoca. Primeiro, porque intuições e juízos sobre casos hipotéticos também fazem parte do processo de construção da hipótese científica e, portanto, podem possuir certo valor heurístico. Segundo, porque o recurso às intuições pode servir como um bom método para investigar questões em dado domínio do conhecimento se atestarmos que intuições podem ser usadas confiavelmente para abordar questões dentro desse domínio, a partir de uma investigação de 2ª ordem sobre quais os melhores métodos a serem usados em cada domínio (e que não pressuponha a correção do método das intuições). Enquanto tenhamos razões para desconfiar das intuições, não temos razões para descartá-las por completo, e as provocações feitas por Leiter devem induzir-nos a examinar até que ponto podemos confiar nas intuições. Então, podemos encontrar ainda espaço para as intuições dentro da modelagem ontológica e da construção de teoria metafísica necessária dentro da Teoria Naturalizada do Direito.

Por outro lado, a proposta de naturalização relativa aos pressupostos das hipóteses bem-sucedidas sobre o fenômeno jurídico é muito mais frutífera nesses quesitos. Se nós tivermos razões para considerar que há hipóteses que constituem as melhores explicações para o Direito dada a evidência empírica disponível para nós, nós temos razões para considerar que essas hipóteses lançam luz sobre o que o Direito realmente é. Ao invés de ser apenas o que algumas pessoas pensam sobre o Direito, é aquilo de que podemos falar com mais alto grau de segurança empírica sobre o Direito. Partir daí para o que seria a real natureza do Direito parece um caminho promissor. Uma analogia com o caso da água é relevante. Partir da química para falar sobre qual a natureza da água, ou em que consiste esse tipo natural, parece mais relevante do que partir sobre as diferenças crenças que as pessoas têm ou já tiveram sobre o que a água era. Da mesma forma, partir da ciência social para falar sobre qual a natureza do Direito, ou em que consiste esse tipo social, parece fazer muito mais sentido do que levar em conta como diferentes populações humanas pensam ou pensaram que o Direito era.

Assim, a proposta sobre a naturalização via filosofia experimental sofre de algumas limitações que a proposta sobre a naturalização via análise do corpus já estabelecido de ciência social não sofre. Isso torna esta última proposta o insight mais central para a Teoria Naturalizada

do Direito em termos de descobrir o que o Direito realmente é, enquanto a primeira proposta seja relevante para entendermos melhor como as pessoas pensam o Direito e o quão confiáveis ou representativas são as intuições geralmente utilizadas dentro da teoria jurídica.

Uma terceira conclusão é que a análise de Leiter sobre como podemos usar conceitos pressupostos pela ciência social para resolver questões da teoria jurídica pode ser aprimorada.

Leiter poderia ser mais explícito em termos da delimitação do tipo de ciência a qual ele pode recorrer. Qualquer hipótese bem-sucedida sobre o comportamento social humano pode interferir no processo de entender o que o Direito é, porque, estando o Direito imerso em toda uma realidade socialmente construída, mesmo questões de ciência social fora de um escopo diretamente jurídico são relevantes. O foco de Leiter em discutir um único modelo sobre previsão da decisão judicial é limitador. Seria necessário que Leiter dialogasse com outras críticas empíricas feitas à tradição de tipo conceitual, tal como revisadas no 1º capítulo, e em especial as questões sociológicas trabalhadas por Tamanaha, seja para recepcioná-las ou para criticá-las. O fato é que descansar apenas sobre o *Attitudinal Model* deixa a análise bastante incompleta, enquanto já seja um primeiro passo interessante na direção certa.

A comparação da Teoria Naturalizada do Direito de Leiter e o positivismo jurídico-social de Tamanaha é relevante também, porque, como ambas as posições são compatíveis, o positivismo jurídico-social recorre à ciência social de uma outra maneira que também é interessante para a naturalização da teoria jurídica. Em Tamanaha encontramos a ciência social sendo usada para criticar premissas empíricas em argumentos filosóficos sobre o Direito. Então, o procedimento é parecido ao de Leiter, mas ligeiramente diferente: ao invés de olharmos que conceito de Direito é pressuposto por modelos empíricos para que o adotemos em nossa teoria filosófica, nós olhamos que premissas empíricas sobre o Direito são pressupostas por uma teoria filosófica e comparamos com as premissas empíricas pressupostas por modelos empíricos para, em caso de conflito, dar precedência às dos modelos empíricos.

Considerando que as hipóteses bem-sucedidas das ciências sociais realmente podem lançar luz sobre a real natureza do Direito, podemos usar os critérios usados na metafísica para construção de teorias metafísicas. Em geral nelas o critério da adequação empírica não é o prevalente, mas critérios teóricos que também são usados nas ciências, tais como simplicidade, poder explanatório, consiliência, e assim por diante, os quais Leiter denomina de “virtudes epistêmicas” das teorias.

Um problema, entretanto, é que Leiter parece pretender que tudo será resolvido por intermédio do critério da adequação empírica. Ele sugere que podemos decidir qual teoria sobre a natureza do Direito é melhor simplesmente por checar qual teoria empírica melhor ajusta-se aos fatos empíricos, de certa forma pressupondo que cada teoria empírica, se comprovada, apenas poderia dar apoio a uma única teoria jurídica. Contudo, isso parece implausível, como foi examinado no último capítulo, uma vez que teorias ontológicas ou metafísicas costumam ser equivalentes em sua adequação empírica.

Uma forma melhor de pensar o que Leiter faz ao discutir as melhores hipóteses da ciência social sobre o Direito é a de que ele visa esclarecer quais são os fatos empíricos sobre a questão em relação aos quais quaisquer teorias sobre a natureza do Direito precisam estar adequadas. As atuais teorias em voga precisam ser avaliadas em relação à sua adequação empírica nesses termos, e devemos destacar teorias ou versões delas que não sejam compatíveis com as melhores hipóteses científicas sobre o comportamento social humano. Após feito isso, é provável que mais de uma teoria ainda seja equivalentemente empiricamente adequada. Para discutir as teorias que passarem pelo filtro empírico, precisaremos usar critérios teóricos como simplicidade, poder explanatório, e assim por diante.

O exemplo que propus sobre o debate entre positivismo exclusivo e inclusivo com base no *Attitudinal Model*, desenvolvendo uma breve sugestão feita por Rappaport, mostra bem como isso é o caso. Ao contrário de Leiter, entendo que não é apenas o positivismo exclusivo que poderia ser apoiado pelo sucesso empírico do referido modelo sobre a decisão judicial. Sob o entendimento do resultado sugerido por Rappaport, mas modificado de modo a se tornar uma reivindicação mais robusta, seria possível que o positivismo inclusivo fosse uma opção. Descrevi ali uma forma de avaliar ambos os entendimentos sob o critério do poder explanatório, tanto relacionando-o diretamente ao modelo empírico como empregando uma forma mais geral de explorar o papel explanatório de atribuições morais, que concluí que o entendimento consistente ao positivismo exclusivo é uma melhor explicação do modelo. Ou seja, não o critério da adequação empírica, e sim o do poder explanatório, que permite concluir em favor do positivismo exclusivo, mesmo considerando o modelo empírico que Leiter entende como o mais bem-sucedido para fins de uma Teoria Naturalizada do Direito.

Uma questão também que não parece clara em como Leiter enfrenta o papel da ciência social é que ele nunca discute explicitamente o fato de que teorias científicas são causais, enquanto uma teoria sobre a natureza do Direito é ontológica. Questões de Teoria Geral do Direito são questões de ontologia social, sobre como o Direito é ontologicamente constituído

dentro de uma realidade social mais ampla e sobre o que o Direito depende ontologicamente para ser ou existir. Não há como substituir tais questões ontológicas por questões causais sem errar o objeto.

Então é necessário delimitar melhor os escopos de diferentes tipos de teoria: por meio de teorias causais sobre o Direito podemos lançar luz sobre o fenômeno jurídico também para fins de uma teoria ontológica sobre ele, mas a teoria ontológica é uma construção teórica distinta das teorias causais. O naturalismo não precisa assumir que tudo o que nos resta são questões causais a responder, como se as ontológicas perdessem significância, e aqui entendo que o naturalismo não deve ser deflacionário em relação à metafísica (o que é o contrário da posição aparente de Leiter).

A proposta feita aqui é que questões ontológicas sobre o Direito podem ser tratadas a partir de explicações constitutivas presentes nas ciências sociais, às quais são distintas das explicações causais, mas têm por objeto as propriedades causais das entidades estudadas. As explicações causais são importantes para estabelecermos os fatos empíricos adequados sobre essas propriedades causais, mas não podem substituir nem explicações constitutivas nem a construção de teoria metafísica. As questões de Teoria Geral do Direito são questões sobre constituição ontológica do Direito, e a Teoria Naturalizada do Direito deve integrar não apenas a teoria jurídica com as ciências sociais, como também com a ontologia social analítica contemporânea.

Uma limitação do presente trabalho deve ser observada: não foi possível estabelecer para todos os casos que as modificações e desenvolvimentos adicionais que proponho para a Teoria Naturalizada do Direito são uma melhor versão da mesma comparativamente à versão original de Leiter. Dada as limitações de tempo e espaço, me ative a demonstrar que referidas modificações e desenvolvimentos adicionais oferecem melhores fundamentos para responder às várias objeções levantadas contra Leiter, inclusive significando aceitar algumas dessas críticas como adequadas em relação à versão específica de Leiter para a naturalização da teoria jurídica. Fica em aberto a possibilidade de que se demonstre que o modo como Leiter pensa a Teoria Naturalizada do Direito possa acomodar tais críticas sem maiores modificações ou sofrendo modificações distintas das que propus. Contudo, resta claro que as modificações propostas tornam a teoria jurídica naturalizada menos suscetível às críticas levantadas.

Pode-se concluir, assim, que a abordagem aqui elaborada e defendida representa uma versão mais robusta para a perspectiva naturalista dentro da teoria jurídica, demonstrando que a Teoria Naturalizada do Direito é uma abordagem promissora para unir o que de melhor há na

Teoria Geral do Direito com o que de melhor há nas ciências sociais e comportamentais, para ganho mútuo dessas diferentes disciplinas, todas elas preocupadas em explicar o fenômeno jurídico, apenas que em diferentes níveis de abstração teórica.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Thomas. *Is there a Naturalistic Alternative? Realism, Replacement, and the Theory of Adjudication*. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 27, 2, 2014, p. 311-327.

ARMSTRONG, D. M. *A Materialist Theory of the Mind*, London: Routledge, 1968.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Direito e objetividade: a viabilidade do projeto de naturalização do direito por Brian Leiter**. (Tese de Doutorado) São Paulo, USP: 2015.

BARNES, Elizabeth. *Going Beyond the Fundamental: Feminism in Contemporary Metaphysics*. *Proceedings of the Aristotelian Society* 114, 2014, p. 335-351.

BARNETT, David. *Against a posteriori moral naturalism*. *Philosophical Studies*, 107, 3, 2002, p. 239-257.

BERTO, Francisco; PLEBANI, Matteo. *Ontology and Metaontology: A Contemporary Guide*. New York: Bloomsbury. 2015.

BURAZIN, Luka. *Is "Naturalised" Methodology in Legal Theory Helpful?* In: CSERNE, Péter; KÖNCZÖL, Miklós; SONIEWICKA, Marta. (eds.) *The rule of law and the challenges for jurisprudence*. Frankfurt: Peter Lang International Academic Publishers, 2014, p. 50-61 (1-17). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/236344535_Is_'Naturalised'_Methodology_in_Legal_Theory_Helpful Acesso em: 05/01/2017.

BURGE-HENDRIX, Brian. *A Wrong Turn in Legal Theory?* *Problema* 2, 2008, p. 187-241.

CHATEUBRIAND, Oswaldo. *Quine and Ontology*. *Principia* 7 (1-2), 2003, p. 41-74.

CROWE, John. *Natural Law Theories*. *Philosophy Compass* 11, 2, 2016, p. 91-101.

COLEMAN, Jules L. Methodology. In: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott J. (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 311-351.

COLYVAN, Mark. *Indispensability Arguments in the Philosophy of Mathematics*. (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*) 2015. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/mathphil-indis/>> Acesso em: 28/04/2016.

COSMIDES, Leda; TOOBY, John; BARKOW, Jerome H. *Introduction: Evolutionary Psychology and Conceptual Integration*. In: COSMIDES, Leda; TOOBY, John; BARKOW, Jerome H. (org.). *The Adapted Mind: evolutionary psychology and the generation of culture*. Oxford University Press, 1992, p. 3-18.

DICKSON, Julie. *Evaluation in Legal Theory*. Oxford-Portland (Oregon): Hart Publishing, 2001.

_____, Julie. *Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey*. *Legal Theory* 10, 2004, p. 117-156.

_____, Julie. *On Naturalizing Jurisprudence: Some Comments on Brian Leiter's View of What Jurisprudence Should Become*. *Law and Philosophy* 30 (4), 2011, p. 477-497.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1986.

EASWARAN, Kenny. *Bayesianism* (Oxford Bibliographies). 2015. Disponível em: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396577/obo-9780195396577-0204.xml> Acesso em 02/04/2016.

FARRELL, Ian P. *H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence*. (Book Review Essay) *Texas Law Review* 84, p. 983-1.011.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

_____, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Unisinos: São Leopoldo, 2007.

FISHER, Andrew. *Metaethics: An Introduction*. Durham, UK: Acumen, 2011.

FUMERTON, Richard. *Epistemologia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GARDNER, John. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*. *American Journal of Jurisprudence*, 46, 1, 12, 2001, p. 199-227.

_____, John. *Interview by Richard Marshall*. 3: AM Magazine, 2013.

GETTIER, Edmund. *Is Justified True Belief Knowledge?* *Analysis* 23, 1963, p. 121-123.

GILBERT, Margaret. *On Social Facts*. Routledge: London, 1989.

GIUDICE, Michael. *Ways of Understanding Diversity among Theories of Law*. *Law and Philosophy* 24, 2005, p. 509-545.

_____, Michael. *Conceptual Analysis and Its Critics*. *Problema* 6, 2012, p. 3-38.

_____, Michael. *Understanding the Nature of Law: A Case for Constructive Conceptual Explanation*. Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, 2015.

GLIMCHER, Paul W.; CAPLIN, Andrew. *Basic Methods from Neoclassical Economics*. In: GLIMCHER, Paul; FEHR, Ernst (ed.). *Neuroeconomics: Decision Making and the Brain*. (second edition) San Diego: Elsevier, 2014, p. 3-17.

GOLDMAN, Alvin J. *Naturalizing Metaphysics with the Help of Cognitive Science*. In: BENNETT, K.; ZIMMERMAN, D. W. (eds.) *Oxford Studies in Metaphysics*, vol. 9, 2014, p. 171-216.

_____, Alvin J. *Philosophical Naturalism and Intuitional Methodology*. In: CASULLO, Albert; THUROW, Joshua C. (eds.) *The A Priori in Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 11-44.

GOODMAN, Nelson. *Fact, Fiction, & Forecast*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1955.

GREENBERG, Mark. *Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law*. *Law and Philosophy* 30 (4), 2011a, p. 419-451.

_____, Mark. *Implications of Indeterminacy: Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law II*. *Law and Philosophy* 30 (4), 2011b, p. 453-476.

GREEN, Leon. *The Judicial Process in Tort Cases*. St. Paul: West Publishing Co., 1931

HAACK, S. *Philosophy of Logics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

HALPIN, Andrew. *The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years off the Point*. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 19, 2006, p. 67-105.

_____, Andrew. *Methodology and the Articulation of Insight: Some Lessons from MacCormick's 'Institutions of Law'*. In: DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon. (eds.) *Law as Institutional Normative Order*. Burlington, USA: Ashgate, 2009, p. 145-159.

HARMAN, G. *The Nature of Morality*. New York: Oxford University Press, 1977

HART, Herbert H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____, Herbert. *The Concept of Law (second edition)*. New York, Oxford: Oxford University Press, 1994.

HENRICH, Joseph; HEINE, Steven J.; NOREZAYAN, Ara. *The weirdest people in the world?* *Behavioral and Brain Sciences*, 2010, vol. 33, p. 61–83.

HIMMA, Kenneth H. *Conceptual Jurisprudence: An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory*. *Revus*, 26, 2015, p. 65-92.

_____, Kenneth H. *Legal Positivism*. *Internet Encyclopedia of Internet*, 2001. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/>> Acesso em 12/12/2016.

_____, Kenneth H. Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy. In: FREEMAN, Michael; HARRISON, Ross. *Law and Philosophy*. (Current Legal Issues Volume 10) Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 3-35.

HORST, Steven. *Naturalisms in Philosophy of Mind*. *Philosophy Compass*, 4/1, 2009, p. 219–254.

IWANGEN, Peter Van. *Meta-Ontology*. *Erkenntnis*, 48, 1998, p. 233-250.

_____, Peter Van. *Ontology, Identity, and Modality: Essays in Metaphysics*. New York: Cambridge University Press, 2001.

_____; Peter Van; SULLIVAN, Meghan. *Metaphysics*. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/metaphysics/>> Acesso em: 24/10/2016.

KHALIDI, Muhammad Ali. *Natural Categories and Human Kinds: classification in natural and social sciences*. New York: Cambridge University Press, 2013.

KITCHER, Philip. *The Naturalists Return*. *The Philosophical Review* 101, 1, 1992, p. 53-114.

KIM, Minsun; YUAN, Yuan. *No Cross-cultural Differences in the Gettier Car Case Intuition: A replication study of Weinberg et al. 2001*. *Episteme*, 12(3), 2015, p. 355-361.

KINCAID, Harold. *Introduction: Pursuing a Naturalist Metaphysics*. In: ROSS, Don Ross; LADYMAN, James; KINCAID, Harold Kincaid. (eds.) *Scientific Metaphysics*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1-26.

KNOBE; Joshua. NICHOLS, Shaun. *An Experimental Philosophy Manifesto*. In: JOSHUA KNOBE, SHAUN NICHOLS (eds.) *Experimental Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 3-16.

KRIPKE, Saul. *Naming and Necessity*. Oxford: Basil Blackwell, 1980.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LACEY, Nichola. *Out of the “Witches’ Cauldron”? Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate*. In: CANE, Peter (ed). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 1-42.

LEITER, Brian. *Legal Indeterminacy*. *Legal Theory*, 1, 481, 1995.

_____, Brian; COLEMAN, Jules L. *Legal Positivism*. In: PATTERSON, D. M. (Ed.) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Second edition*. Oxford: Blackwell Publishing, 2010.

_____, Brian; ALLEN, Ronald J. *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence*. *Virginia Law Review* 87, 1491, 2001.

_____, Brian; _____, Ronald J. *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence: Reply to Redmayne*, *Michigan State University Law Review* 885, 2003.

_____, Brian. *American Legal Realism*. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005, p. 50-66.

_____, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford University Press: New York, 2007.

_____, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches*. In: KURTZ, P.; SHOOK J. *The Future of Naturalism*. Prometheus Books: New York, 2009a. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/pl246.pdf>> Acesso em 05/12/2015.

_____, Brian. *The Epistemic Authority of the Human Sciences: Critical Reflections on Foucault*. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* No. 279, 2009b.

_____, Brian; WEISBERG, Michael. *Why Evolutionary Biology Is (So Far) Irrelevant to Legal Regulation*. *Law and Philosophy*, 29, 31, 2010.

_____, Brian. *Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited*. *Law and Philosophy*, 30, 499, 2011a.

_____, Brian. *The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 31, 663, 2011b.

_____, Brian. *Naturalism in Legal Philosophy* (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*). 2012. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/>> Acesso em 29/12/2014

- _____, Brian. *Legal Realisms, Old and New*. *Valparaiso Law Review*, 47, 949, 2013a.
- _____, Brian. *The Boundaries of the Moral (and Legal) Community*, 64 *Alabama Law Review*, 64, 511, 2013b.
- _____, Brian. *Why Legal Positivism (Again)?* *University of Chicago, Public Law Working Paper* No. 442, 2013c. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2323013 Acesso em: 04/01/2017.
- _____, Brian. *Interview by Richard Marshall*. 3: *AM Magazine*, 2011c. Disponível em: <http://www.3ammagazine.com/3am/leiter-reports/> Acesso em: 10/01/2017.
- _____, Brian; LANGLINAIS, Alex. *The Methodology of Legal Philosophy*. In: CAPPELEN, H.; GENDLER, T.; HAWTHORNE, J. (eds.) *The Oxford Handbook of Philosophical Methodology*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 671-689.
- _____, Brian. *Interview by Clifford Sosis*. *What is Like to Be a Philosopher*, 2016. Disponível em: <http://www.whatisitliketobeaphilosopher.com/brian-leiter/> Acesso em: 10/01/2017.
- LIGGINS, David. *Quine, Putnam, and the “Quine-Putnam” Indispensability Argument*. *Erkenntnis* 68, 2008, p. 113–27.
- MACHERY, Edouard; O’NEILL, Elizabeth. *Introduction: Experimental Philosophy: What Is It Good For?* In: Machery, Edouard & O’Neill, Elizabeth (ed.). *Current Controversies in Experimental Philosophy*. New York: Routledge, 2014.
- _____, Edouard; STICH, Stephen; ROSE, David; CHATTERJEE, Amita; KARASAWA, Kaori; STRUCHINER, Noel; SURKER, Smita; USUI, Naoki; HASHIMOTO, Takaaki. *Gettier Across Cultures*. *Noûs*, 50(1), 2015.
- MAJORS, Brad. *Moral Explanation*. *Philosophy Compass*, 2, 1, 2007, p. 1–15.
- MARCUS, Russell. *The Indispensability Argument in the Philosophy of Mathematics*. (*Internet Encyclopedia of Philosophy*) 2010. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/indimath/> Acesso em: 28/04/2016.
- MASON, Rebecca. *The Metaphysics of Social Kinds*. *Philosophy Compass*, 2016, p. 841-850.
- MARMOR, Andrei. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton, 2011.
- MELNYK, Andrew. *Conceptual and Linguistic Analysis: A Two-Step Program*. *Noûs*, Vol. 42, 2, 267–291, 2008.

_____, Andrew. *Being a Physicalist: How and (More Importantly) Why*. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 74, 2, 1994, p. 221-241.

_____, Andrew. *A Physicalist Manifesto: Thoroughly Modern Materialism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

MIKOLLA, Mari. *Doing Ontology and Doing Justice: What Feminist Philosophy Can Teach Us About Meta-Metaphysics*. *Inquiry* 58, 2015, p. 1-26.

MOORE, Michael S. *Law as a Functional Kind*. In: GEORGE, R. (ed.). *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 188-244.

_____, Michael S. *Law as Justice*. In: PAUL, Ellen Frankel; MILLER Jr., Fred D.; PAUL, Jeffrey (ed.). *Natural Law and Modern Moral Philosophy*. New York: Cambridge Press, 2001, p. 115-145.

MORTARI, Cezar A. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

MURPHY, Liam. *Concepts of Law*. *Australian Journal of Legal Philosophy* 30, 2005, p. 1-19.

MURPHY, Mark C. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. Cambridge: Cambridge, 2009, p. 1-60.

_____, Mark C. *Natural law jurisprudence*. *Legal Theory* 9 (2003): 241-267.

_____, Mark C. *Natural law theory*. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden, MA: Blackwell, 2005, p. 15-28.

NAGEL, Jennifer; JUAN, Valerie San; MAR, Raymond A. *Lay Denial of Knowledge for Justified True Beliefs*. *Cognition*, 129, 2013, p. 652-661.

NASCIMENTO, Marcos Bulcão. *É Possível um Realismo Pragmatista? Quine e o Naturalismo*. *Cognitio-Estudos: São Paulo*, Volume 5, Número 2, 2008, p. 104-113.

NOLAN, Daniel. *The A Posteriori Armchair*. *Australasian Journal of Philosophy* 93 (2), 2015, p. 211-231.

OBERDIEK, John; PATTERSON, Dennis. *Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology*. IN: FREEMAN, Michael; HARRISON, Ross (eds.) *Law and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 60-75.

PAPINEAU, David. *Naturalism* (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*). 2015. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/naturalism/>> Acesso em 05/12/2015.

_____, David. *The Poverty of Conceptual Analysis*. In: Haug, Matthew (ed.): *Philosophical Methodology: The Armchair or the Laboratory?* London, New York: Routledge, 2013, p. 166-194.

PARKER-RYAN, Sally. *Ordinary Language Philosophy*. *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2012. Disponível em: <http://www.iep.utm.edu/ord-lang/> Acesso em: 04/01/2017.

PAUL, L. A. *Metaphysics as Modeling: The Handmaiden's Tale*. *Philosophical Studies* 160, 1, 2012, p. 1-29.

PETTERSEN, Bruno Batista. *A Naturalização da Epistemologia: empirismo, ciência e semântica em Quine*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

PERRY, Stephen. *Hart's Methodological Positivism*. *Legal Theory* 4, 4, 1998, p. 427-467.

_____, Stephen. *Hart's Methodological Positivism*. In: COLEMAN, J. (ed.) *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*. Oxford: Oxford Press, 2001, p. 311-354.

_____, Stephen R. *Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View*. *Fordham Law Review* 75, 2006, p. 1.171-1.209.

POSTEMA, Gerald. *Legal Philosophy in Twentieth Century: the Common Law World*. (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 11) New York: Springer, 2011.

PUST, Joel. *Intuition* (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*). 2012. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/intuition/>> Acesso em: 10/01/2017.

QUINE, William V. O. *Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism*. *The Philosophical Review* 60, 1951 p. 20-43.

_____, Willard Van Orman. *De um ponto de vista lógico: nove ensaios lógico-filosóficos*. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

_____, Willard Van Orman. *Palavra e Objeto*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

_____, Willard V. O. *World and Object*. Cambridge, MA.: M.I.T. Press, 1960.

_____, Willard V. O. *Pursuit of Truth*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

_____, W.; ULLIAN, J. S. *The Web of Belief*. New York: McGraw-Hill, 1970.

_____, Willard V. O. *On Simple Theories of a Complex World*. In: GIBSON JR., William. *Quintessence: Basic Readings from the Philosophy of W. V. Quine*. Harvard Press: London, 2004, p. 210-213.

_____, Willard V. O. *Epistemology Naturalized*. In: QUINE, Willard V. O. *Ontological Relativity and Other Essays*. New York: Columbia University Press, 1969a: 69–90.

_____, Willard V. O. *Propositional Objects*. In: QUINE, Willard V. O. *Ontological Relativity and Other Essays*. New York: Columbia University Press, 1969, p. 139-160.

_____, Willard V. O. *The Roots of Reference*. La Salle: Open Court, 1974.

_____, Willard V. O. *Empirical Content*. In: QUINE, Willard V. O. *Theories and Things*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981, p. 24-30.

_____, Willard V. O. *From Stimulus to Science*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

_____, Willard V. O. *The Scope and Language of Science*. In: GIBSON JR., William. *Quintessence: Basic Readings from the Philosophy of W. V. Quine*. Harvard Press: London, 2004, p. 210-213.

RAPPAPORT, Aaron J. *On the Conceptual Confusions of Jurisprudence*. *Washington University Jurisprudence Review*, 7, 2014, p. 77-106.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

_____, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. New York: Oxford University Press, 2009.

RITCHIE, Jack. *Naturalismo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Hart's Anti-Essentialism*. In: D'ALMEIDA, Luís; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea. (eds.) *Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'*. Portland: Hart Publishing, 2013

SCHWITZGEBEL, Eric. *What Experimental Philosophy Might Be*. 2012. Disponível em: <http://schwitzsplinters.blogspot.com.br/2012/09/what-experimental-philosophy-might-be.html>, Acesso em: 12/01/2015.

- SEARLE, John. *The Construction of Social Reality*. New York: Free Press, 1997.
- SEYEDSAYAMDOST, Hamid. *On Normativity and Epistemic Intuitions: Failure of Replication*. *Episteme*, 12 (1), 2015, p. 95-116.
- SHAPIRO, Scott. *Legality*. Harvard: Belknap Press, 2011.
- SIDER, Theodore. *Writing the Book of the World*. New York: Oxford University Press, 2011.
- SPAACK, Torben. *Naturalizing jurisprudence – by Brian Leiter*. *Theoria* 74 (4), 2008, p. 352-362.
- STEIN, Sofia. *Van Orman Quine: Epistemologia, Semântica e Ontologia*. College Publications: London, 2009.
- STRASSMANN, J. E.; QUELLER, D. C. *Evolution of cooperation and control of cheating in a social microbe*. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 108, 2011, p. 10855-10862.
- STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo. **Como os Juízes Decidem os Casos Difíceis do Direito?** In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental*. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014.
- STURGEON, N. *Moral Explanations*. In: COPP, D.; ZIMMERMAN, D. *Morality, Reason and Truth*. Totowa, NJ: Rowman and Allanheld, 1985, p. 49-78.
- TALBOTT, William. *Bayesian Epistemology* (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*). 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/epistemology-bayesian/>> Acesso em 02/04/2016.
- TAMANAH, Brian Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001a.
- _____, Brian Z. *Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 21, 1, 2001b, p.1-32.
- _____, Brian. *What is ‘General’ Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law*. *Transnational Legal Theory*, 2, 3, 2011, p. 287-308.
- THOMASSON, Amie. *Social Entities*. In: POIDEVIN, Robin Le; SIMONS, Peter; MCGONIGAL, Andrew; CAMERON, Ross P. (eds.) *The Routledge Companion to Metaphysics*. New York, Routledge, 2009, p. 545-554.

TUOMELA, Raimo. *The Importance of Us: A Philosophical Study of Basic Social Notions*. Stanford University Press: Stanford, 1995.

TWINING, William. *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____, William. *Globalization & Legal Theory*. London: Butterworths, 2000.

VAQUERO, Álvaro Núñez. *Five Models of Legal Science*. *Revus*, 19, 2013, p. 53-81.

VON NEUMANN, J.V.; MORGENSTERN, O. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1944.

WALTON, Kevin. *Legal Philosophy and the Social Sciences: The Potential for Complementarity*. *Jurisprudence*, 6:2, 2015, p. 231-251.

WEINBERG, J.; NICHOLS, S.; STICH, S. *Normativity and epistemic intuitions*. *Philosophical Topics*, 29(1&2), 2001, p. 429–60.

WRENN, Chase B. *Naturalistic Epistemology* (*Internet Encyclopedia of Philosophy*). 2003. Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/nat-epis/>> Acesso em: 01/04/2016.