

CINCO DESAFIOS PARA TEORIAS DO DIREITO

Flávio Lima

Mestre em Filosofia e
Teoria Geral do Direito pela
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo
(2013). flaviomplima@
gmail.com

Recebido: agosto 21, 2018

Aceito: março 13, 2019

Five Challenges for Theories of Law

RESUMO

Neste artigo, enuncio cinco desafios intuitivos a serem enfrentados por uma teoria do direito. Na sequência, argumento que a ideia tipicamente positivista de que as atribuições jurídicas possam estar assentadas exclusivamente em fatos descritivos parece conflitar com três deles. Concluo, assim, que a despeito de tanto o interpretativismo quanto o descritivismo serem nalguma medida teorias contraintuitivas, é sobre o segundo que recai um maior ônus argumentativo.

Palavras-chave: Grounding; Superveniência; Direito como fato.

Abstract

In this paper, I introduce five intuitive challenges that should be dealt with by theories of law. Then, I argue that the typically positivist idea that the legal ascriptions of a given legal system may be grounded exclusively on descriptive facts seems to conflict with three of those challenges. I conclude that in spite of the fact that both interpretivism and descriptivism are counterintuitive theories about law, it is the latter that has a greater argumentative burden.

Keywords: Grounding; Supervenience; Law as fact.

I. CINCO INTUIÇÕES SOBRE O DIREITO

1. Imagine um sujeito s_1 num sistema jurídico L avaliando juridicamente um fato qualquer f . Existem diversas coisas que s_1 pode dizer sobre f , exceto isto: “ f é direito, ponto final”. Para toda atribuição jurídica qualquer do tipo “Isto é direito”, tem necessariamente de haver outra, do tipo “Isto é p ” (onde p é uma propriedade não jurídica) e que sirva de fundamento / base para a primeira atribuição. Noutros termos, (P1)= Para todo sistema jurídico qualquer L e um fato f qualquer em L : Se é um *legal fact* de L que f é direito em L , então necessariamente existe outro fato de natureza não jurídica em L e que explica a atribuição da propriedade *ser direito* a f em L .

“(P1)” realça aquilo que se costuma chamar de *grounding* e nos diz duas coisas: a) que necessariamente as atribuições jurídicas em L , do tipo “Isto é direito”, são dependentes de outras, do tipo “Isto é p ” em L ; e b) que a atribuição / fato do tipo “Isto é p ”, que fundamenta uma atribuição jurídica qualquer em L , não pode ser, também ela, um *legal fact* de L .

O fato que serve de fundamento para um *legal fact* em L pode, ou não, ser unitário. Por exemplo, a proposição jurídica de que a execução provisória do acórdão penal condenatório de segundo grau é direito pode ser verdadeira no sistema jurídico brasileiro, L_{bra} , em virtude de que é um fato de L_{bra} que a execução provisória do acórdão condenatório de segundo grau acarreta uma diminuição na taxa de prescrição criminal, ou pode estar assentada nisto e, também, no fato de que em L_{bra} apenas 1,5% dos recursos em sede extraordinária de jurisdição resultam na reversão da condenação de segundo grau etc.¹ Além disto, os fatos que servem de fundamento de um *legal fact* qualquer de L podem estar unidos por uma conjunção ou por uma disjunção inclusiva. No primeiro caso, se qualquer deles está ausente, então o *legal fact* que está assentado sobre eles também estará. No segundo caso, a atribuição poderia, a princípio, estar assentada num dos fatos do conjunto e, caso ele não ocorresse, a

¹ “(...) No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. (...) A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade (...)” Habeas Corpus 126.292, Ministro Luís Roberto Barroso.

atribuição continuaria ocorrendo, só que assentada num outro fato do mesmo conjunto; noutros termos, neste último caso, a atribuição jurídica somente não ocorrerá se nenhum dos fatos que sirvam de fundamento para a atribuição forem fatos de L.

A única exigência posta em “(P1)” a respeito da natureza dos fatos que sirvam de fundamento para as atribuições jurídicas em L é que não sejam, também eles, *legal facts*. *Legal facts* nada mais são do que as atribuições jurídicas instanciadas por L, ou, o que dá na mesma, as proposições jurídicas do tipo “Isto é direito” que são verdadeiras em L.

Dito isto, poder-se-ia argumentar que não raro *legal facts* estão assentados, ainda que parcialmente, em outros *legal facts*. Por exemplo, ainda que parcialmente, a proposição jurídica de que “É direito que um sujeito s, que deliberadamente matou s’, permaneça 10 anos na prisão” é verdade em L_{bra} porque é uma norma jurídica válida de L_{bra} que se alguém tirar a vida de outrem, então deve lhe ser aplicada uma pena privativa de liberdade de seis a vinte anos². *Ser uma norma jurídica válida* é, também ela, uma propriedade jurídica e a proposição de que “n é uma norma jurídica válida de L” pode ser enunciada da seguinte forma “Em L é direito que n”, ou mesmo “n é direito em L”. Logo, “(P1)” seria falsa.

Contudo, na medida em que n *ser uma norma jurídica válida* em L é um *legal fact* de L, também ele deve ser reconduzido a fatos não jurídicos de L³. A razão pela qual um *legal fact* não pode, ele mesmo, estar assentado noutro *legal fact* é uma imposição da própria natureza da relação de dependência em questão, afinal, se f depende de f’, f’ é mais fundamental do que f e nada pode ser mais fundamental que si mesmo e não existem dois fatos que possam ser simultaneamente um mais fundamental do que outro. Noutros termos, a relação de *grounding* é irreflexiva e assimétrica⁴.

² Artigo 121, do Código penal.

³ Este é um problema clássico em teoria do direito e que foi enfrentado pelos três grandes (Kelsen, Hart e Dworkin), que assentaram o fundamento último de validade de um ordenamento jurídico qualquer naquilo que os agentes institucionais pensam, falam ou fazem (fato descritivo – Kelsen e Hart), ou no mérito do sistema jurídico que tenha n como uma sua norma jurídica válida (fato moral – Dworkin). Uma observação: apesar de Kelsen ter utilizado a “norma fundamental”, puramente racional, como fundamento último de um sistema normativo, ele acabou condicionando a validade a um mínimo de eficácia, interligando referidos conceitos; não me parecendo de todo errado, portanto, dizer que Kelsen, ainda que inconfessadamente, também assentou o fundamento último da validade numa questão de fato.

⁴ Diz Bennett, 2017, p. 33: “For all building relations B, and all x, $\sim Bxx$, and For all building relations B, and all x and y such that $x \neq y$, if xBy , then $\sim(yBx)$ ”. Consulte, ainda, Rosen, 2010, p. 115-6.

Por fim, “(P1)” afirma existir uma dependência entre um *legal fact* de L e os fatos não jurídicos que funcionam como seu fundamento. Sendo que o sentido mais comumente empregado para retratar esta relação de dependência é que a ocorrência da base f' garante a ocorrência da atribuição jurídica: ($f' \rightarrow f$ é direito)⁵.

2. Imagine um sujeito s_1 num sistema jurídico L avaliando juridicamente dois fatos quaisquer (abrangendo fatos e atos), f_1 e f_2 , sendo que estes fatos são exatamente iguais em suas propriedades puramente descritivas, inclusive em suas relações com os demais fatos de L. Existem várias coisas que s_1 pode dizer sobre referidos fatos, exceto isto: “ f_1 é direito e f_2 não é direito”. Noutros termos, (P2)= Para todo sistema jurídico qualquer L e dois fatos, f_1 e f_2 , em L: se f_1 e f_2 são descritivamente iguais, então ou ambos são *legal facts* de L ou nenhum deles o é.

“(P2)” nos diz que as atribuições jurídicas dentro de um sistema jurídico qualquer L supervêm (localmente) às distribuições das propriedades puramente descritivas de L.

Existe atualmente muita discussão sobre se as propriedades jurídicas supervêm às propriedades puramente descritivas e, em caso positivo, qual seria o tipo de superveniência existente⁶. Da minha parte entendo que, pelo menos como formulada em “(P2)”, apenas a custo da própria racionalidade jurídica, que está fortemente assentada na exigência de igual tratamento jurídico a situações semelhantes, poderíamos negar a superveniência do jurídico no descritivo.

Dito isto, denominemos de “conformação jurídica de L” o conjunto da totalidade de atribuições jurídicas de L^7 e de “conformação descritiva de L” o conjunto da totalidade de fatos descritivos (não jurídicos e não morais) de L. Se em cada sistema jurídico L, cada uma das atribuições jurídicas dentro de L supervêm (localmente) às distribuições das propriedades puramente descritivas de L, ou, noutros

⁵ f' sendo o caso é suficiente para explicar f sendo direito em L. Estou intencionalmente omitindo o debate acerca do “necessitarianismo”, que grosseiramente é a tese segundo a qual a relação de *grounding* gera uma relação de implicação –no caso, entre a base e a atribuição jurídica que ela garante– válida para todo e qualquer mundo possível. Consulte Trogdon, 2013, p. 109-112.

⁶ Consulte por todos Brozek; Rotolo; Stelmach eds., 2017.

⁷ O que dá na mesma: o conjunto de proposições jurídicas do tipo “isto é direito” que L instancia, ou, ainda, que são verdadeiras em L. Noutros termos, a totalidade dos *legal facts* de L.

termos, à conformação descritiva de L, então, não é possível dois sistemas jurídicos com a mesma conformação descritiva e conformações jurídicas distintas. Portanto: (P2') = Para dois sistemas jurídicos quaisquer L1 e L2, não é possível uma diferença em suas conformações jurídicas sem que haja uma diferença em suas conformações puramente descritivas. "(P2')" parece ser implicado por "(P2)" e nos diz que as propriedades jurídicas supervêm (globalmente) nas propriedades puramente descritivas.

3. Imagine dois sujeitos, s1 e s2, e um fato f1 num sistema jurídico qualquer L, onde s1 e s2 estão de acordo sobre a conformação puramente descritiva de f1 e L. Existem diversas coisas que s1 e s2 podem dizer sobre f1, inclusive um deles afirmar que "f1 é direito" e o outro que "f1 não é direito". Noutros termos, (P3)= Para todo e qualquer sistema jurídico L e dois sujeitos, s1 e s2, em L é possível que s1 e s2 concordem sobre a conformação puramente descritiva de L e, ainda sim, discordem sobre a sua conformação jurídica.

"(P3)" parece ser uma verdade facilmente observável por qualquer operador do direito, afinal, diuturnamente dois tribunais, ou dois juízes de um mesmo tribunal, concordam sobre a conformação puramente descritiva de um fato submetido à avaliação jurídica, bem como sobre a conformação puramente descritiva do sistema jurídico no qual estão inseridos e, ainda assim, discordam sobre se referido fato é ou não um *legal fact* deste sistema.

Dois juízes do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário no sistema jurídico brasileiro, podem concordar que no texto constitucional está escrito que "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", bem como que no Decreto-Lei n. 4.657/1942 está escrito que "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso", concordando, ainda, que menos de 10% dos recursos em sede extraordinária de jurisdição são providos no mérito em favor do condenado em segundo grau; que a execução provisória do acórdão de segundo grau diminui a taxa de prescrição criminal; que a discussão fático-probatória encerra-se com o exaurimento das instâncias ordinárias de jurisdição (1º e 2º graus) etc.; e, ainda assim, discordarem sobre se a execução provisória do acórdão penal condenatório de segundo grau é um *legal fact* do sistema jurídico brasileiro.

No Brasil é direito que você dirija do lado direito; na Austrália, do lado esquerdo. E isto demonstra que as atribuições jurídicas são contingentes. Por outro lado, penso que não encontraremos nenhum operador do direito que defenderá poder dizer se um fato qualquer *f* é direito num sistema *L*, sem antes analisar a concreta conformação de *L*.

4. (P4) = Para todo e qualquer sistema jurídico *L* e um fato *f* de *L*, se é um *legal fact* de *L* que *f* é direito, então necessariamente *f* deve ser.

O termo “dever ser” vai empregado em “(P4)” num sentido normativo puro, isto é, sem nos dizer nada a respeito do mérito de um *legal fact* qualquer de *L*. Noutros termos, “(P4)” nos diz tão somente que as atribuições jurídicas possuem uma dimensão normativa por essência, sendo “(P4)” inerte relativamente aos fundamentos desta normatividade. Em resumo e dito de forma mais direta, “(P4)” afirma que o direito prescreve ou orienta comportamentos.

5. (P5) = Para todo e qualquer conjunto de propriedades não jurídicas *p* e um par de sistemas jurídicos qualquer, *L1* e *L2*, é possível que $[(p \rightarrow f \text{ é direito em } L1) \text{ e } (p \wedge f \text{ não é direito em } L2)]^8$.

Não parece problemático dizer que para todo sistema jurídico qualquer *L* e uma atribuição jurídica qualquer de *L*, é *a posteriori* e *contingente* que *f* é direito em *L*. No Brasil é direito que você dirija do lado direito; na Austrália, do lado esquerdo. E isto demonstra que as atribuições jurídicas são contingentes. Por outro lado, penso que não encontraremos nenhum operador do direito que defenderá poder dizer se um fato qualquer *f* é direito num sistema *L*, sem antes analisar a concreta conformação de *L*. E isto nos diz que as atribuições jurídicas são *a posteriori*. Contudo, “(P5)” nos diz algo diverso, mais forte, qual seja, que sistemas jurídicos diferentes podem ter diferentes fundamentos do direito, o que também parece ser uma verdade inapelável. É perfeitamente possível que em *L1* a prisão em segunda instância seja direito porque *L1* está fundado num modelo de combate à impunidade e em *L2* a prisão em segunda instância não seja direito porque *L2* está fundado num modelo de mitigação do erro judicial⁹.

“(P1)”, “(P2)”, “(P3)”, “(P4)” e “(P5)” se nos apresentam como aspectos (intuitivamente) fundamentais da juridicidade. De forma que parece ser uma verdade *a priori* não ser possível que *L* seja um sistema jurídico e não instancie “(P1)”, “(P2)”, “(P3)”, “(P4)” e “(P5)”, sendo conceitualmente necessário que (a) necessariamente as propriedades jurídicas são dependentes de propriedades não

⁸ Talvez (P5) pudesse ser mais bem enunciado como $(P5') = \diamond [p \wedge (f \text{ não é direito})]$, para todo e qualquer conjunto de propriedades não jurídicas *p*. Porém, não estou certo a este respeito.

⁹ Como diz Tamanaha, 2017, p. 5: “Law is neither mind-independent nor fixed by laws of nature, but rather is socially constructed through the meaningful actions of humans”.

Mark Greenberg afirma, a meu ver acertadamente, que praticamente nenhum teórico do direito discorda que as atribuições jurídicas estão assentadas em fatos naturais/descritivos, mas que a discordância impera entre os teóricos do direito quando questionamos se as atribuições jurídicas podem estar exclusivamente assentadas em referidos fatos ou se, ao contrário, elas dependem, também, de fatos morais (valorativos).

jurídicas; (b) as propriedades jurídicas supervêm localmente nas propriedades naturais; (c) é possível divergências jurídicas em situações de convergência descritiva; (d) se alguém possui uma razão jurídica para fazer algo, então este alguém deve fazê-lo; (e) sistemas jurídicos diferentes podem ter diferentes fundamentos para o direito.

II. Direito como fato?

Mark Greenberg afirma, a meu ver acertadamente, que praticamente nenhum teórico do direito discorda que as atribuições jurídicas estão assentadas em fatos naturais/descritivos, mas que a discordância impera entre os teóricos do direito quando questionamos se as atribuições jurídicas podem estar *exclusivamente* assentadas em referidos fatos ou se, ao contrário, elas dependem, também, de fatos morais (valorativos)¹⁰. Sendo que esta seria, segundo Greenberg, uma importante questão em teoria geral do direito e na qual estaria assentado o debate entre positivistas e interpretativistas.

Dito isto, voltemos a “(P1)”, “(P2)”, “(P3)”, “(P4)” e “(P5)”.

Apesar de “(P1)” exigir que os fatos constituintes dos determinantes das atribuições jurídicas em L não sejam, eles mesmos, *legal facts*, “(P1)” não traz em si nenhuma outra exigência sobre a natureza de referidos fatos, de forma que, a princípio, os fatos determinantes de uma atribuição jurídica qualquer em L podem ser puramente descritivos ou descritivos e morais. Noutros termos, a princípio “(P1)” seria teoricamente inerte com relação ao debate entre positivistas e antipositivistas.

Tomemos a título de exemplo a discussão sobre se a prisão a partir da condenação em segunda instância é, ou não, direito em L_{bra} . Tudo o que “(P1)” exige é que a atribuição jurídica em questão esteja assentada num conjunto de fatos não jurídicos de L_{bra} , sendo que positivistas e antipositivistas satisfazem esta condição. Mais do que isto, tanto positivistas quanto interpretativistas defendem que necessariamente tem de existir um conjunto de fatos puramente descritivos de L_{bra} que sirva de fundamento para referida atribuição. Imagine, um conjunto T contendo a totalidade da história descritiva de L_{bra} . Um conjunto que nos diga que em L_{bra} as pessoas, coisas e propriedades são tais e tais e estão em determinadas relações umas

¹⁰ GREENBERG, 2004, p. 157

com as outras, que um texto legal é interpretado de tal e tal maneira pelos tribunais, que se você bater num liquidificador 395g de leite condensado, 320ml de suco de maracujá e 300g de creme de leite sem o soro e levar para a geladeira durante 4 horas, então você terá um mousse de maracujá etc. Segundo o que estou dizendo aqui, positivistas e antipositivistas defendem (ou podem defender) que necessariamente tem de existir um subconjunto de T, uma história puramente descritiva parcial de L_{bra} , e que seja relevante para explicação do *legal fact* em questão, algo como $A = \{\text{no texto constitucional de } L_{bra} \text{ está escrito que "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" e/ou no Decreto-Lei n. 4.657/1942 está escrito que "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso" e/ou menos de 10% dos recursos em sede extraordinária de jurisdição são providos no mérito em favor do condenado em segundo grau e/ou a execução provisória do acórdão de segundo grau diminui a taxa de prescrição criminal e/ou a discussão fático-probatória encerra-se com o exaurimento das instâncias ordinárias de jurisdição etc.}\}$, sendo que dentro desta história puramente descritiva A estariam os determinantes da atribuição da propriedade ser direito à prisão a partir da condenação em segundo grau em L_{bra} .

Desta maneira, uma explicação completa da prisão em segunda instância como sendo direito em L_{bra} deve necessariamente passar por aquilo *em virtude de que* A é destacado de T, aquilo em virtude de que os fatos descritivos *relevantes* de T são separados daqueles que são absolutamente *irrelevantes* para a atribuição jurídica em questão. Mas não só isto. Tal explicação deverá passar, ainda, por aquilo em virtude de que A1 ou A2, o determinante do *legal fact*, é separado de A. Por exemplo, para a atribuição (ou não atribuição) da propriedade *ser direito* à prisão a partir da condenação em segunda instância em L_{bra} é determinante que $A1 = \{\text{o legislador constitucional tenha dito que "ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" e/ou o legislador infraconstitucional tenha dito que "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso" e/ou por vezes a condenação de segundo grau é revertida em favor do condenado etc.}\}$, ou é determinante que $A2 = \{\text{os casos de reversão em favor do condenado representam menos de 10% dos recursos em sede extraordinária de}$

jurisdição e/ou a execução provisória do acórdão de segundo grau diminui a taxa de prescrição criminal e/ou a discussão fático-probatória encerra-se com o exaurimento das instâncias ordinárias de jurisdição etc.}? Não é preciso muito esforço para perceber que este é um questionamento importante, afinal, se A1 é determinante, então a prisão em segundo grau de jurisdição não é direito; por outro lado, se A2 é determinante, então a prisão em segundo grau é direito. Resumindo: a explicação completa de um *legal fact* num determinado sistema jurídico deve necessariamente passar não apenas pela existência de uma base determinante da atribuição jurídica (no exemplo acima, A1 ou A2) como, ainda, pelos parâmetros que referida base determinante tem de satisfazer para ser parte determinante da especial conformação jurídica de L¹¹.

Sendo neste ponto que a discordância entre positivistas e interpretativistas acerca de “(P1)” se apresenta com toda a sua força. Afinal, a esta altura, o núcleo da divergência entre as duas correntes teóricas não é meramente se fatos morais podem fazer parte dos fatos determinantes das atribuições jurídicas de um sistema jurídico qualquer, mas, sim, se tais fatos podem fazer parte dos “determinantes últimos”¹² destas atribuições. Para colocar de outra maneira: aqui importa menos para o debate saber se apenas fatos descritivos compõem A1 ou A2, do que conhecer os parâmetros que A1 ou A2 tem de satisfazer para se consolidar como parte determinante da especial conformação jurídica de L_{bra}¹³, mais especificamente, se fatos morais necessariamente tem de tomar parte nesta consolidação de A1 ou A2 como determinante do *legal fact* em questão¹⁴.

¹¹ Assim, uma representação completa da determinação de f como sendo direito em L, ao invés de ter uma estrutura simples do tipo “f é direito somente quando f’ em L”, exigiria uma estrutura mais complexa, algo do tipo “f é direito em L somente quando f’ que em L desempenha o papel posto por p”, onde f’ configura a base determinante e p os parâmetros que f’ tem de satisfazer para ser parte determinante da conformação jurídica de L. Sendo importante perceber que tanto f’, quanto p, tomam parte naquilo que se costuma denominar de “fundamentos do direito” ou determinantes da especial conformação jurídica de L.

¹² A expressão pode ser encontrada em Shapiro, 2011, p. 25 e seguintes. Consulte, ainda, Plunket, 2012, p. 146: “(...) the crucial thing for positivists is that although some positivists believe that moral facts might be among the determinants of law, moral facts are never among the *ultimate* determinants of law. Thus, as I explain shortly, the core of the debate between positivists and antipositivists in fact concerns what sorts of facts are necessarily among the *ultimate* determinants of law in addition to social facts: antipositivists claim that moral facts are, while positivists claim that moral facts are not.”

¹³ “se consolidou como parte determinante da conformação jurídica de L” = “se consolidou como determinante de um *legal fact* de L”.

¹⁴ Tanto isto é verdade que um braço do positivismo jurídico, o “inclusivismo”, costuma ser caracterizado justamente por admitir a possibilidade de que fatos morais façam parte dos fatos

Dito isto, tome a seguinte afirmação “A água é a substância mais abundante aqui”. O que você precisaria para saber se referida proposição é verdadeira ou falsa? Pelo menos: o que significa água, *substância* e *ser mais abundante do que*; bem como saber, ainda, como é – naquilo que importa – o contexto *c* ao qual o indexical “aqui” se refere. Ocorre que são os primeiros, os conceitos ou significado das coisas no mundo, que nos permite fazer um recorte na história descritiva de *c*, separando aquilo que é relevante, daquilo que é irrelevante, para a verdade da proposição mencionada. Sendo que o mesmo vale para a questão acima colocada. São os conceitos, inclusive o conceito de direito, que nos permite fazer um recorte na “história descritiva” de L_{bra} , extraindo *A* de *T*. São os conceitos, inclusive o conceito de direito, que torna irrelevante para a consolidação de *A1* ou *A2* como determinante do *legal fact* relativo à prisão em segunda instância que se você bater num liquidificador 395g de leite condensado, 320ml de suco de maracujá e 300g de creme de leite sem o soro e levar para a geladeira durante 4 horas, então você terá um mousse de maracujá. São os conceitos que explicam o fato de que dificilmente, exceto aqui, encontraremos receitas culinárias em livros ou artigos jurídicos.

Ocorre que, neste ponto, surge uma profunda cisma entre positivistas e interpretativistas. Os antipositivistas defendem que ao colocar toda a esperança nos conceitos para resolverem o problema de consolidação dos determinantes dos *legal facts* de uma jurisdição qualquer como parte determinante da sua conformação jurídica, o positivista estaria colocando sobre os ombros dos conceitos, sobretudo do conceito de direito, um fardo pesado demais para carregarem. Afinal, para continuar no exemplo dado, apesar de ser difícil discordar de que os conceitos envolvidos na atribuição jurídica, o conceito de direito incluso, possam tomar parte na consolidação da base determinante do *legal fact* relativamente à prisão em segunda instância em L_{bra} , também é difícil aceitar que referidos conceitos

determinantes, desde que não tenha necessariamente de ser assim e que eles em nenhum caso façam parte dos fatos determinantes últimos. Neste sentido, por exemplo, Plunket, 2012, p. 148: “As I understand it, the inclusive positivist idea (...) is that the obtaining of certain social facts can make it that certain moral facts are among the determinants of legal facts. However, what is crucial is that these moral facts (1) are not *necessarily* among the determinants of legal content in all legal systems, and (2) are not among the *ultimate* determinants of legal facts in the following sense: the moral facts owe all of their relevance to the legal facts to the obtaining of the other, nonmoral social facts.”

possam, sozinhos, desempenhar um papel definitivo na consolidação em questão, sobretudo no que toca, por exemplo, à extração de A1 ou A2 de A. Por que é difícil de aceitar? Os argumentos aqui são múltiplos e podem ser colocados das mais diversas maneiras. Sendo que, a meu ver, eles estariam em estreita ligação com pelo menos três das intuições postas na primeira parte deste artigo. Começemos por “(P3)”.

Como vimos, segundo (P3) = Para todo e qualquer sistema jurídico L e dois sujeitos, s1 e s2, em L é possível que s1 e s2 concordem sobre a conformação puramente descritiva de L e, ainda sim, discordem sobre a sua conformação jurídica.

“(P3)” diz respeito aos desacordos jurídicos. Para que haja um desacordo jurídico entre s1 e s2 basta que um fato f seja direito para s1 e não seja direito para s2, ou vice-versa. Por exemplo, tome a seguinte proposição (i) “Andar com farol acesso nas rodovias mesmo durante o dia é direito”. Se num dado sistema jurídico L “(i)” é verdade para s1 e falsa para s2, então eles estão discordando juridicamente, ou, noutros termos, estão atribuindo diferentes conformações jurídicas a L. Por vezes estes desacordos jurídicos ocorrem em virtude de que s1 e s2 possuem diferentes crenças fáticas sobre f ou sobre o contexto L no qual eles estão inseridos. Por exemplo, “(i)” pode ser verdade para s1 e falsa para s2 porque s1 acredita que ascender os faróis dos veículos nas rodovias durante o dia diminui o índice de acidentes nas rodovias, enquanto s2 pensa o contrário. Obviamente estes casos são absolutamente irrelevantes para “(P3)”. Outras vezes, contudo, os desacordos acontecem a despeito da concordância dos sujeitos acerca da conformação descritiva do contexto no qual estão inseridos, f incluso. Estes casos de discordância jurídica em situações de concordância descritiva, abarcados por “(P3)”, costumam ser bastante relevantes para o debate entre positivistas e antipositivistas, sobretudo após Ronald Dworkin¹⁵ ter lançado uma famosa e controvertida crítica contra os primeiros, a saber, que os positivistas não possuem uma teoria plausível sobre os “desacordos teóricos”.

Existem diversas maneiras pelas quais os desacordos teóricos costumam ser caracterizados e a cada uma delas podemos associar um propósito específico de combater diferentes manifestações daquilo

¹⁵ DWORKIN, 1986.

O argumento dos desacordos teóricos refere-se a uma discordância sobre os primeiros, sobre os segundos, ou sobre ambos? Além de induzir a erros, a caracterização dos desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito faz com que o argumento plantado por Dworkin contra o positivismo simplesmente não funcione.

que Dworkin denomina de “plain-fact view”¹⁶ dos positivistas a respeito do direito. Sendo que uma das caracterizações dos desacordos teóricos, a que eu gostaria de fazer menção aqui, consiste em dizer que são discordâncias sobre os fundamentos do direito¹⁷. A meu ver tal caracterização induz a erros. A expressão “fundamentos do direito” pode fazer referência aos determinantes em virtude dos quais uma atribuição jurídica qualquer tem lugar em L, ou aos parâmetros que estes determinantes tem de satisfazer para se consolidarem como parte determinante da especial conformação jurídica de L. Dito isto, na caracterização dos desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito, questiona-se: o argumento dos desacordos teóricos refere-se a uma discordância sobre os primeiros, sobre os segundos, ou sobre ambos? Além de induzir a erros, a caracterização dos desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito faz com que o argumento plantado por Dworkin contra o positivismo simplesmente não funcione.

Por vezes a manifestação da “plain-fact view” combatida por esta caracterização é a hipótese positivista de existência de um consenso efetivo entre os operadores acerca dos fundamentos do direito. Sendo que se a prática adjudicatória mostraria que eles não raro discordam sobre os fundamentos do direito, então o positivismo seria uma má descrição da prática jurídica. O argumento é fraco, por diversas razões. A hipótese positivista tomada como premissa no argumento não é, de fato, uma premissa, mas, sim, a conclusão de Dworkin para explicar a postura dos positivistas diante de referidos desacordos. Além disto, existe uma ideia, de que a prática adjudicatória está a demonstrar a existência de desacordos efetivos sobre os fundamentos do direito, que é pressuposta na segunda premissa e que somente se justificaria com uma série de qualificações prévias. Por exemplo: garantindo-se que os agentes institucionais envolvidos na prática não estejam errando e, portanto, demonstrando-se a possibilidade da persistência da situação de desacordo no caso dos agentes institucionais terem toda informação descritiva do sistema jurídico e não cometerem ne-

¹⁶ Shapiro (2007, 30) diz o seguinte: “The plain-fact view, according to Dworkin, consists of two basic tenets. First, it maintains that the grounds of law in any community are fixed by consensus among legal officials. If officials agree that facts of type f are grounds of law in their system, then facts of type f are grounds of law in their system. Second, it holds that the only types of facts that may be grounds of law are those of plain historical fact.”

¹⁷ O próprio Dworkin (1986, p. 5) adota a caracterização.

nhum vício de raciocínio. De forma que o argumento seria aceitável somente no caso de persistência da divergência jurídica entre agentes racionais ideais, plenamente informados da conformação puramente descritiva do contexto no qual estão inseridos, f incluso.

Outra manifestação da “plain-fact view” que não raro é posta como alvo ao se caracterizar os desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito seria a hipótese de que existe um critério que possa ser puramente descritivo e que seja determinante (implique) da atribuição jurídica em L. Sendo que os desacordos teóricos, enquanto desacordos sobre os fundamentos do direito (i.e. sobre o critério de determinação), seria uma espécie de *knock down argument* contra referida hipótese. O argumento também não funciona. Admita, por exemplo, a seguinte hipótese reducionista “ser direito em L = satisfazer o f’ que em L desempenha o papel posto por p”. s1 e s2 poderiam discordar sobre se f é um *legal fact* de L por discordarem sobre o conteúdo de f’. Neste caso, num certo sentido, eles estariam discordando sobre o direito por discordarem sobre o critério (i.e. sobre o fundamento do direito), não obstante isto, eles continuariam de acordo sobre aquilo que o direito é¹⁸.

Por fim, a caracterização dos desacordos teóricos como desacordos sobre os fundamentos do direito por vezes busca sustentar o argumento dos desacordos como prova do distintivo caráter dos conceitos interpretativos. Como vimos anteriormente, apesar de positivistas e interpretativistas concordarem que para cada atribuição jurídica do tipo “f é direito em L” tem necessariamente de existir uma história descritiva de L que seja relevante para a atribuição em questão, eles diferem se esta história puramente descritiva é parte, ou toda a história sobre L_{bra} a ser contada e que seja apta a explicar a atribuição da propriedade *ser direito* a f em L. Os antipositivistas pensam que um fato moral necessariamente terá participação na determinação do *legal fact*, já os positivistas pensam o contrário. Vimos também que a cisma entre positivistas e antipositivistas expõe toda a sua força, não tanto naquilo que diretamente determina o *legal fact*, mas, sim, naquilo que está diretamente relacionado com a consolidação do deter-

¹⁸ Este tipo de contra-argumento tem um pé, ou os dois, fincados na distinção entre aquilo que Frank Jackson denomina de “the role property”, de um lado, e “the realiser property”, de outro. Consulte Jackson (2017).

A ideia central aqui é que o conceito de direito, necessariamente envolvido nas atribuições jurídicas, é interpretativo, sendo que os desacordos teóricos demonstrariam que: a) não existe um critério *a priori* (necessário para todo e qualquer sistema jurídico racionalmente possível), associado a referido conceito, a ser obtido por meio da análise conceitual; b) por vezes e/ou sempre a discussão é sobre qual o *melhor* conceito do direito apto a explicar a nossa prática jurídica.

minante¹⁹ como parte determinante da especial conformação jurídica de L. Vimos, ainda, que os positivistas imaginam que os conceitos, o conceito de direito incluso, seriam aptos a darem conta do problema, já os antipositivistas pensam o contrário. A ideia central aqui é que o conceito de direito, necessariamente envolvido nas atribuições jurídicas, é interpretativo, sendo que os desacordos teóricos demonstrariam que: a) não existe um critério *a priori* (necessário para todo e qualquer sistema jurídico racionalmente possível), associado a referido conceito, a ser obtido por meio da análise conceitual; b) por vezes e/ou sempre a discussão é sobre qual o *melhor* conceito do direito apto a explicar a nossa prática jurídica. Nos dois casos, o argumento erra o alvo. Imagine a hipótese de que um conjunto de propriedades puramente descritivas (p1...pn) acompanhe a propriedade *ser direito* em todo sistema jurídico racionalmente possível, de forma que para toda jurisdição racionalmente possível se algo é direito então é (p1...pn) e se algo é (p1...pn) então é direito. De que dois sujeitos conceitualmente competentes efetivamente discordem sobre o conteúdo de (p1...pn) simplesmente não decorre a falsidade da hipótese de que necessariamente, por tudo o que podemos saber a priori, f é direito se e somente se f é (p1...pn). Motivo? A hipótese ser a priori não implica que ela seja analítica, ou se entendi bem os ensinamentos de Jackson²⁰, a hipótese em questão ser verdadeira em todo sistema jurídico racionalmente possível não quer dizer que não teremos algum trabalho para acessá-la. Portanto, não deveria nos surpreender o fato de que por vezes discordemos sobre a hipótese, inclusive debatendo sobre qual a *melhor* hipótese explicaria a nossa prática adjudicatória, desde que o “melhor” aqui vá empregado não num sentido moral, mas, sim, puramente racional. Costuma-se imaginar, por vezes, que a constatação da existência de discordâncias sobre qual o *melhor conceito de direito* implicaria uma discordância moral substantiva, logo, o positivismo seria falso. Isto é um erro. Um conceito pode ser *melhor* do que outro, por exemplo, por ser mais facilmente apreendido pelos sujeitos participantes ou, ainda, por respeitar princípios puramente racionais, tais como da não contradição, da identidade, da economicidade etc. Sendo que nada disto implicaria a natureza moral substantiva da empreitada.

¹⁹ E que por isso certamente também está a participar da determinação do *legal fact*.

²⁰ JACKSON, 1998.

As críticas feitas acima a respeito da caracterização dos desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito já trazem em si as razões da minha predileção por “(P3)”. O inimigo em “(P3)” é, de imediato, a manifestação da “plain-fact view” dos positivistas no sentido de que existe uma história puramente descritiva de L apta a explicar por completo a sua conformação jurídica, ou como diz Dworkin, o inimigo aqui é a visão dos positivistas no sentido de que “(...) what the law is in no way depends on what it should be”²¹. Este o núcleo do que vem sendo discutido até aqui a partir de “(P1)”, sendo que não é difícil perceber o motivo pelo qual “(P3)” é relevante para a discussão: se a hipótese positivista sobre “(P1)” estiver correta e a conformação puramente descritiva de L for de fato suficiente para a sua conformação jurídica, então em algum ponto s1 e s2, sujeitos competentes no emprego do conceito de direito, terão tanta informação descritiva a respeito do contexto no qual estão inseridos que não mais poderão discordar sobre a sua conformação jurídica, exceto se errarem ou forem desonestos. Sendo que isto parece casar muito bem com a perspectiva dworkiniana acerca dos desacordos teóricos e da “plain-fact view” dos positivistas contra a qual os primeiros são postos como problema. Pelo menos no argumento dos desacordos, Dworkin se me parece muito menos atento ao fato de que por vezes os agentes envolvidos na prática adjudicatória supostamente discordam sobre os critérios de conformação jurídica numa dada jurisdição, do que com a postura dos sujeitos (teóricos inclusive) quando colocados diante de referidos desacordos. Sendo que o que de fato assombra Dworkin aqui é justamente a interpretação dada por alguns (estudiosos inclusive) a referidos desacordos, caracterizando-os ora como erro, ora como desobediência, ou ainda, nas palavras de Dworkin, como ilusões. Sendo que “(P3)” consegue lidar muito bem com este aspecto da abordagem dworkiniana.

“(P3)” tem pelo menos duas interpretações possíveis. Uma primeira é que se trata de uma afirmação fática a respeito da prática adjudicatória, no sentido de que eventualmente sujeitos competentes discordam sobre a conformação jurídica de L a despeito de concordarem sobre a sua conformação puramente descritiva. Uma segunda é que se trata de uma afirmação epistêmica, no sentido de ser

²¹ DWORKIN, 1986, p. 7.

racionalmente admissível dois sujeitos concordarem sobre a conformação descritiva de L e discordarem juridicamente. Enquanto na primeira interpretação é a ocorrência dos desacordos que está em evidência, na segunda o que está em primeiro plano é a nossa postura diante destas ocorrências. Sendo que, se a saída positivista à primeira interpretação parece ser relativamente simples, na segunda as coisas não são tão simples assim. É racionalmente possível que s1 e s2 concordem descritivamente sobre L e discordem juridicamente? Segundo a hipótese positivista de que tem de existir uma história puramente descritiva de L que explique completamente (determine) a sua conformação jurídica, a resposta deve ser negativa. Afinal, segundo referida hipótese, apesar de s1 e s2 *poderem* divergir, eles não *poderiam continuar divergindo* se tivessem suficiente informação descritiva de L e empregassem de maneira adequada a razão. Sendo que o primeiro “poderem” está muito mais relacionado com a primeira interpretação de “(P3)” do que com a segunda. Por quê? Pelo simples motivo de que aquilo que foi dito acima equivaleria a dizer que é racionalmente possível tal desacordo, desde que eles estejam errando sobre a conformação puramente descritiva de L e/ou empreguem de maneira inadequada a razão. Contudo, qualificada desta maneira seria pouco defensável tratar-se de uma “possibilidade racional” efetiva e, portanto, o positivista tem que negar a segunda interpretação de “(P3)”²².

Deve-se observar, contudo, que isto não configura um *knock down argument* contra a hipótese positivista acerca de “(P1)”. A razão é simples: o positivista poderá dizer “pior para nossa intuição (P3)”²³. Portanto, pelo menos como interpretado aqui, os desacordos teóricos de Dworkin possuem uma finalidade muito mais singela do que fornecer um argumento definitivo contra a hipótese positivista de que tem de existir uma conformação puramente descritiva apta a funcionar como determinante da sua conformação jurídica. Nesta interpretação, os exemplos de desacordos postos por Dworkin não buscam demonstrar que não existe um critério, um consenso etc., mas, sim, que ao olhar

²² Poder-se-ia argumentar, portanto, que “(P3)” deveria ter sido enunciada de outra maneira, qual seja, (P3’). Para todo e qualquer sistema jurídico L e dois sujeitos, s1 e s2, em L não importa quanta informação s1 e s2 possuam sobre a conformação puramente descritiva de L e/ou quanto de razão eles empreguem, ainda assim eles poderão discordar sobre a sua conformação jurídica. Gosto de “(P3’)”, contudo, além de entender que está abarcada por “(P3)”, penso que “(P3)” é mais intuitiva do que “(P3’)”.

²³ Em Lima (2018, 247-248) argumento que a intuição “(P3)” é, de fato, enganadora.

para tais desacordos os sujeitos competentes envolvidos na prática adjudicatória não os interpretam como situações erro, situações de-sobediência, situações desonestidade etc.; ao contrário, de regra, eles intuitivamente interpretam referidas situações como ocorrências nas quais se está a valorar de forma diferente as coisas. Sendo que neste aspecto o argumento é tão exitoso e poderoso, que o próprio leitor, colocado por Dworkin na condição de observador, acaba ele mesmo por experimentar a mesma intuição dos agentes envolvidos nos desacordos, intuição esta tão bem retratada por Dworkin. Em resumo, o que o argumento dos desacordos teóricos, na forma como retratado em “(P3)”, faz muito bem é aumentar o fardo de se carregar a hipótese positivista para “(P1)”, afinal, se existem duas saídas para o problema posto em “(P1)”, e as nossas intuições apontam para uma delas, qual seja, admitir que aquilo que o direito é depende daquilo que ele deve ser, então, por qual motivo deveríamos tentar seguir o caminho contrário? Noutros termos, por qual motivo deveríamos lutar contra a nossa intuição “(P3)” no sentido de ser racionalmente possível dois sujeitos concordarem sobre a conformação descritiva de L e discordarem sobre a sua conformação jurídica? Sendo este um questionamento que nos conduz a “(P2)”.

Segundo (P2) Para todo sistema jurídico qualquer L e dois fatos, f1 e f2, em L: se f1 e f2 são descritivamente iguais, então ou ambos são *legal facts* de L ou nenhum deles o é.

Como disse anteriormente, parece ser difícil imaginar que um sistema jurídico possa contradizer “(P2)”, sendo que o leitor deve ter cuidado aqui para não tomar falsas exceções de “(P2)” como certas. Num sistema jurídico qualquer L é possível, por exemplo, que o legislador tenha escolhido tributar a menor o cultivo de certo produto devido a suas propriedades nutricionais, mas outro produto, com as mesmas propriedades, não goze do mesmo benefício. Neste caso, sob a perspectiva do aplicador do direito, a propriedade descritiva a ser considerada não é o potencial nutricional, mas, sim, a decisão do legislador, que pode ser apresentada como um fato de L²⁴. Obviamente o leitor mais exigente poderia prosseguir no exemplo questionando, sob a perspectiva da decisão legislativa ela mesma, se ela não seria uma exceção a “(P2)”. Neste caso eu tenderia a dizer

²⁴ Estou em débito com um Parecerista anônimo desta revista pelo exemplo.

que necessariamente, sob pena de ter sido irracional, a decisão do legislador de tributar menor o produto *a* e não tributar a menor o produto *b*, onde *a* e *b* possuem as mesmas propriedades nutricionais, tem de estar assentada apenas *parcialmente* nas propriedades nutritivas de *a* e *b*, havendo outra propriedade puramente descritiva de *L* explicando a decisão, talvez o fato de que o cultivo de *a* empregue mais mão de obra do que o cultivo de *b*, por exemplo. Outra saída seria dizer que a despeito da decisão legislativa ter sido tomada exclusivamente em virtude das propriedades nutricionais de *a* e que referidas propriedades nutricionais são as mesmas de *b*, alguma circunstância descritiva de *L* *bloqueou* o mesmo tratamento de *a* e *b*. Generalizando: o importante de se perceber aqui é que em “(P2)” deve-se levar em conta não apenas as propriedades constitutivas do fato *f* objeto da valoração jurídica, mas, também, as suas relações com os demais fatos do contexto no qual *f* está inserido.

Não raro a relação de superveniência é tomada como irrelevante para o debate entre positivistas e antipositivistas. Tal desprezo parece lançar suas raízes, de uma forma ou de outra, na observação de Kim no sentido de que “supervenience itself is not an explanatory relation. It is not a ‘deep’ metaphysical relation; rather, it is a ‘surface’ relation that reports a pattern of property covariation, suggesting the presence of an interesting dependency relation that might explain it”²⁵. Ainda que a afirmação de Kim eventualmente possa estar correta, penso que dela não segue a conclusão da irrelevância pretendida; ao contrário, a superveniência do jurídico no descritivo desempenha um importante papel no debate entre positivistas e interpretativistas.

Uma das razões é que, como vimos, “(P2)” *parece* implicar (P2’) Para dois sistemas jurídicos quaisquer *L1* e *L2*, não é possível uma diferença em suas conformações jurídicas sem que haja uma diferença em suas conformações puramente descritivas. Contudo, se “(P2’)” é verdade, então necessariamente tem de existir uma conformação puramente descritiva de *L* que explique integralmente a sua conformação jurídica, pois do contrário uma variação na conformação descritiva de *L1* ou *L2* não seria condição necessária para uma variação em suas conformações jurídicas. E isto contraria a hipótese de que fatos morais têm de fazer parte dos determinantes da con-

²⁵ KIM, 1993, p. 167.

formação jurídica de L. Noutros termos, “(P1)” mais “(P2’)” justificariam a hipótese positivista de que tem de existir uma conformação puramente descritiva de L e que seja suficiente para determinar a sua conformação jurídica. Não sem ônus, contudo.

É que se “(P1)” e “(P2’)” estiverem de fato corretos, então “(P1)” cuidaria de nos dizer que para cada conformação jurídica de L, então necessariamente uma conformação puramente descritiva de L que é base da primeira; e “(P2’)” cuidaria de nos dizer que a conformação puramente descritiva é suficiente como determinante daquela conformação jurídica²⁶. Sendo que isto parece implicar, para cada sistema jurídico L, alguma espécie de equivalência entre a totalidade das proposições jurídicas do tipo “Isto é direito” que são verdades em L e a totalidade das proposições puramente descritivas do tipo “Isto é p” que L instancia. O que é, contudo, bastante problemático do ponto de vista da própria tradição positivista.

Por um lado, porque, como diz Hart em seu famoso *The Concept of Law*, as proposições descritivas e as proposições jurídicas fornecem diferentes tipos de informação acerca de L, sendo estas espécies de informações irreduzíveis entre si:

If it were true that the statement that a person had an obligation meant that he was likely to suffer in the event of disobedience, it would be a contradiction to say that he had an obligation, e.g., to report for military service but that, owing to the fact that he had escaped from the jurisdiction, or had successfully bribed the police or the court, there was not the slightest chance of his being caught or made to suffer. In fact, there is no contradiction in saying this, and such statements are often made and understood²⁷.

Por outro lado, porque, se avaliar algo como direito em L é dizer que L é tal e tal descritivamente falando, então “(P4)” passa a ser um enorme problema para o positivista. Como vimos, segundo (P4) Para todo e qualquer sistema jurídico L e um fato f de L, se é um *legal fact* de L que f é direito, então necessariamente f deve ser. “(P4)” tem uma única pretensão: preservar o caráter normativo / diretivo por essência do fenômeno jurídico. Não é preciso muito esforço para

²⁶ Sobre como a relação de grounding mais a relação de superveniência podem funcionar, na ética, como um poderoso (apesar de não definitivo) argumento reducionista consulte, por todos, Jackson (2017).

²⁷ HART, 1994, p. 84

demonstrar que esta sempre foi uma pretensão muito cara à tradição positivista. Hart, por exemplo, tenta defender “(P4)” colocando a sua famosa *rule of recognition* assentada não apenas no fato sociológico de ela ser comumente seguida pelos operadores do direito, como no fato psicológico de ela ser comumente interpretada como sendo um parâmetro de conduta. Sendo que este fato psicológico, aquilo que Hart denomina de *internal point of view*, desempenha um papel fundamental justamente na preservação de “(P4)”, i.e., um papel fundamental na explicação do caráter normativo / diretivo do direito. Kelsen, por sua vez, não fica atrás e utiliza a sua famosa *norma fundamental* como instrumento de defesa de “(P4)”²⁸. Sendo que a pergunta fundamental aqui é esta: defesa contra quem? Se eu estiver certo: contra o próprio positivismo. O ponto aqui é a existência de uma tensão a ser resolvida entre a tradição positivista de preservar “(P4)” a todo custo e os comprometimentos – “(P1)” + “(P2’)” – que os positivistas em tese (se o caminho que percorremos até aqui estiver correto) teriam de assumir para justificar a sua “plain-fact view” relativamente a “(P3)” e a sua hipótese de que tem de existir uma conformação puramente descritiva de L e que seja suficiente para determinação da sua conformação jurídica. Sendo gratificante perceber que a tensão a que chegamos a esta altura é um clássico problema plantado contra o descritivismo analítico em geral. Jackson²⁹, por exemplo, ao defender a análise conceitual e o descritivismo na ética, sabe claramente ter de enfrentá-lo:

To judge that A is right is, according to cognitivism, to have a belief about how things are, including especially how A is. (...) The hard question we have left to the end is that of explaining how such a belief can have the essentially directed nature distinctive of the judgement that A is right.

É preciso perceber, ainda, que a tensão mencionada acima não é a única a colocar peso nos ombros dos positivistas. Temos, ainda, (P5) Para todo e qualquer conjunto de propriedades não jurídicas p e um par de sistemas jurídicos qualquer, L1 e L2, é possível que [(p → f é direito em L1) e (p ∧ f não é direito em L2)].

Importantes teóricos do direito sustentam que uma teoria do direito

²⁸ RAZ (1974, p. 94-95), por exemplo, diz que: “Kelsen postulates the existence of basic norms because he regards them as *necessary* for the explanation of the unity and *normativity* of legal systems” (destaquei).

²⁹ JACKSON, 1998, p. 153-54.

é composta por proposições sobre o direito que sejam necessariamente verdadeiras³⁰, pois somente enunciados verdadeiros para todos os sistemas jurídicos que existem, já existiram ou possam existir são aptos a explicar a natureza do direito³¹. Assim, em algum sentido (metafísico ou conceitual), o papel de uma teoria do direito seria encontrar a essência do fenômeno jurídico, ou o conjunto de condições necessárias e suficientes da juridicidade, é dizer, um conjunto de condições C que satisfaça a seguinte proposição “(ii) necessariamente [x é direito se e somente se x é C]”. Sendo que, se é verdade que a subscrição da existência de algo como “(ii)” não implica que para um par qualquer de sistemas jurídicos, L1 e L2, eles necessariamente terão a mesma conformação jurídica, i.e., é possível subscrever “(ii)” e, ainda assim, defender que as atribuições jurídicas são a posteriori e contingentes³²; não é menos verdade que “(ii)” sugere que existem condições de juridicidade válidas para todo e qualquer sistema jurídico possível. O que parece contradizer “(P5)”.

Uma das formas de interpretar “(P5)” é no sentido de que o direito e o próprio conceito de direito ele mesmo são *artifacts* e que enquanto *artifacts* não apenas o direito, mas a própria ideia de direito, podem ser objeto de mudança. Como diz Schauer:

recognizing that the idea of law itself is an artifact entails the conclusion that what humans have created humans could have created differently, and what humans could have created differently is what humans, subject to all of the constraints of path dependence, can still, to some extent, change³³.

Sendo que este caráter artfactual do direito e do conceito de direito estaria em tensão com qualquer pretensão de universalidade dos enunciados de uma teoria do direito relativamente à existência de um conjunto de condições da juridicidade válidas para todo e qualquer sistema jurídico possível.

Provavelmente existem diversas maneiras pelas quais o positivista pode lidar com a suposta tensão aqui apontada entre a pretensão de universalidade da tradição analítica e o caráter artfactual do direito e da

³⁰ DICKSON, 2001, p. 18.

³¹ RAZ, 2009, p. 91-92

³² Consulte LIMA, 2018, p. 233-234.

³³ SCHAUER, 2018, p. 30

ideia de direito, contudo, não vou entrar no debate. Também não vou aprofundar no debate sobre se essa tensão simplesmente não existe (ou não pode existir), afinal, o reconhecimento e a defesa do caráter artificial do direito foi desde sempre um dos carros-chefes do positivismo contra a escola do direito natural. Tudo o que eu gostaria de realçar aqui é que a intuição “(P5)” está em estreita ligação com “(P1)”. Se você se lembra do nosso exemplo, uma explicação completa da prisão em segunda instância como sendo direito em L_{bra} deve necessariamente passar, não apenas por A1 ou A2, mas, também, por aquilo *em virtude de que* A é destacado de T e aquilo *em virtude de que* A1 ou A2 é separado de A. Noutros termos, a explicação completa de um *legal fact* num determinado sistema jurídico deve necessariamente passar não apenas pela existência de uma base determinante da atribuição jurídica (A1 ou A2) como, ainda, por aquilo em virtude de que o determinante se consolidou como parte determinante da especial conformação jurídica de L_{bra} . Sendo que enquanto os interpretativistas pensam que um fato moral tem de fazer parte do processo, os positivistas defendem que o conceito de direito daria conta da tarefa. O ponto a ser observado pelo leitor é que aqui surge um novo problema a ser superado pelos positivistas, afinal, “(P1)” exige não apenas a existência de parâmetros de consolidação de A1 ou A2, mas, também, que tais parâmetros sejam *independentes*. A razão é simples: se a prisão em segunda instância é (ou não é) direito em L em virtude de A1 ou A2, então o fato de que A1 ou A2 é parte determinante da conformação jurídica de L não pode também ele estar assentado na conformação jurídica de L sob pena de afrontar o caráter irreflexivo e assimétrico da relação de *grounding*. Portanto, se o positivista quer atribuir exclusivamente aos conceitos, o conceito de direito incluso, a consolidação de A1 ou A2 como parte determinante da conformação jurídica de L_{bra} , então ele tem o ônus de subscrever e demonstrar a tese de que o conceito de direito independe da prática jurídica³⁴. Sendo que referida tese *parece* conflitar com nossa intuição “(P5)”³⁵.

³⁴ Neste sentido, se entendi bem, Greenberg (2004).

³⁵ Talvez uma boa saída seja dizer que “x é direito em L = x satisfaz os fatos que em L desempenham o papel posto pelo conjunto de propriedades não jurídicas e não valorativas que acompanham a propriedade ser direito em todo contexto epistemicamente possível”. Tento isto em LIMA, 2018.

III. CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima, pode-se perceber que enquanto o interpretativismo (aparentemente) conflita apenas com “(P2)”, o descritivismo próprio à tradição positivista (aparentemente) conflita com “(P3)”, “(P4)” e “(P5)”. Assim, apesar de ambas correntes teóricas serem nalguma medida contraintuitivas, os obstáculos a serem superados pelos positivistas parecem maiores.

REFERÊNCIAS

- BENNETT, K. *Making Things Up*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- BROZEK, B.; ROTOLO, A.; STELMACH, J. (ed.). *Supervenience and Normativity*. Switzerland: Springer, 2017.
- DICKSON, J. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart, 2001.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- GREENBERG, M. How facts make law. *Legal Theory*, Cambridge, n. 10, 2004, p. 157–98.
- JACKSON, F. *From Metaphysics to Ethics: A Defense of Conceptual Analysis*. New York: Oxford University Press, 1998.
- JACKSON, F. 2017. In Defense of Reductionism in Ethics. In: SINGER, P. (ed.). *Does Anything Really Matter? Essays on Parfit on Objectivity*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 195–211.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- KIM, J. Postscripts on Supervenience. In *Supervenience and Mind: Selected Philosophical Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 161-171.
- LIMA, F. On the-Law Property Ascriptions to the Facts. *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, v. 31, n. 2, 2018, p. 231-50.
- PLUNKET, D. A Positive Route For Explaining How Facts Make Law. *Legal Theory*, n.18, 2012, p. 139-207.
- RAZ, J. Kelsen's Theory of the Basic Norm. *American Journal of Jurisprudence*, v.19, n. 1, 1974, p. 94-111.

RAZ, J. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ROSEN, G. Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction. In: HALE, B. HOFFMAN, A (ed.). *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*. New York: Oxford University Press, 2010, p.109-136.

SCHAUER, F. Law as a Malleable Artifact. In: BURAZIN, L. HIMMA. K. ROVERSI. C (ed.). *Law as an Artifact*. Oxford: Oxford university Press, 2018, p. 29-43.

SHAPIRO, S. J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *University of Michigan Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 77, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.968657> .

SHAPIRO, S. J. What Is Law (and Why Should We Care)? In: *Legality*. Cambridge, MA: The Belknap Press, 2011.

TAMANAH, B. Necessary and Universal Truths about Law? *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, v. 30, n. 1, 2017, p. 3-24.

TROGDON, K. An Introduction to Grounding. In: *Varieties of Dependence*. In: HOELTJE, M., SCHNIEDER, B. STEINBERG, A. (ed.). *Philosophia Verlag*, 2013, p. 97-122.