

Revista
BRASILEIRA DE
FILOSOFIA

Ano 58 • n. 233 • jul.-dez./2009

Revista

**BRASILEIRA DE
FILOSOFIA**

Ano 58 • n. 233 • jul.-dez./2009

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Filosofia

Presidente

CELSO LAFER

Diretor Responsável

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

Editor Responsável

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

EDITORIAL NACIONAL

ANTONIO PAIM

ARY MARCELO SÓLON

CELSO LAFER

CLÁUDIO MICHELON

CLÁUDIO DE CICCO

EDÉLCIO GONÇALVES DE SOUZA

ELZA BOITEAUX

ÍTALA D'OTTAVIANO

JEAN-YVES BEZIAU

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

LUIS FERNANDO BARZOTTO

LUÍS FERNANDO SCHUARTZ (IN MEMORIAN)

MARCELO CONIGLIO

MARCELO FINGER

MIGUEL REALE JUNIOR

MARCIO GRANDCHAMP

MILTON VARGAS

NEWTON CARNEIRO AFONSO DA COSTA

PABLO E. NAVARRO

RONALDO PORTO MACEDO

RENATA WASSERMANN

RUY MARTINS ALTENFELDER SILVA

SAMUEL RODRIGUES BARBOSA

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

WALTER CARNIELLI

ISSN 0034-7205

Revista
BRASILEIRA DE
FILOSOFIA

Ano 58 • n. 233 • jul.-dez./ 2009

Publicação oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE FILOSOFIA

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 0034-7205

Revista
BRASILEIRA DE
FILOSOFIA

Ano 58 • n. 233 • jul.-dez./ 2009

Publicação oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE FILOSOFIA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo — Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNJP 60.501.293/0001-12
Impressão e acabamento: Prol Editora Gráfica Ltda., CNPJ 52.007.010/004-03



Impresso no Brasil

SUMÁRIO

I. FISOLOGIA SOCIAL E TEORIA DO DIREITO

1. Lógica e ontologia das normas
JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO 7
2. *Jus Cogens* como aporia: o crepúsculo do direito internacional clássico
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA 39
3. O ceticismo dos realistas norte-americanos: a indeterminação no direito
CARLA OSMO 93
4. Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta
JOSÉ MARIA ARRUDA DE ANDRADE 138

II. LÓGICA E FILOSOFIA DA CIÊNCIA

1. Relative charity
FABIEN SCHANG 159
2. Logics of deontic inconsistency
MARCELO E. CONIGLIO 173
3. Biconditional drive to paradox
JEAN-YVES BÉZIAU 196
4. Condicionalidade e a lógica de implicação normativa de Von Wright
JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO 202

III. ONTOLOGIA E FILOSOFIA DOS VALORES

1. Dualidade e a estrutura do mundo
ALEXANDRE COSTA-LEITE 233
2. Entre as veredas da cultura e da civilização
JOSÉ LUIZ BORGES HORTA E MARCELO MACIEL RAMOS 248

IV. TRADUÇÕES

1. A grande tradição
HANNAH ARENDT 281
2. Razão prática e traços de caráter: um comentário à teoria sentimentalista de Maccormick sobre a percepção moral
CLAUDIO MICHELON 296

V. RESENHAS DE OBRAS, TEMAS E AUTORES

1. John Rawls e o utilitarismo
GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA 313
2. *Law and the Media: a theoretical and methodological critique*. Gies, Lieve. 2008. *Law and the media – The future of an uneasy relationship*. Routledge-Cavendish/Glass House, 166 p.
MARIA FRANCISCA CARNEIRO 328
3. La governanza de internet
ANTONIO A. MARTINO 334

MEMBROS DA DIRETORIA 351

MEMBROS EFETIVOS 353

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES 357

I FISOLOFIA SOCIAL E TEORIA DO DIREITO

1

Lógica e ontologia das normas

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Professor Doutor da USP.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

RESUMO: O presente artigo explora a relação entre lógica e ontologia das normas jurídicas, a partir do postulado hermenêutico de não-contradição em um sistema normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Lógica jurídica – Interpretação – Legislador racional.

ABSTRACT: The present paper investigates the relation between logic and the ontology of legal norms, departing from the postulate of non-contradiction in a normative system assumed by legal hermeneutics.

KEYWORDS: Legal logic – Interpretation – Rational legislator.

SUMÁRIO: 1. Dialetheismo normativo – 2. Como opera o postulado de não contradição na linguagem da dogmática jurídica?: 2.1 Um exemplo de argumentação hermenêutica envolvendo contradições normativas – 3. Em busca de uma ontologia para as normas e o papel da lógica: 3.1 O dilema; 3.2 A angústia de Von Wright: 3.2.1 Duas soluções, duas ontologias; 3.2.2 Primeira solução; 3.2.3 A solução final; 3.2.4 O que criei? – 4. Wittgenstein e a noção de inferência lógica – 5. O papel das contradições normativas – 6. Compreendendo as inferências que superam as “aparentes” contradições – Bibliografia.

1. DIALETHEISMO NORMATIVO

Um tema interessante para pensar a relação entre a linguagem e nossa concepção de mundo é o da possibilidade de existência de contradições verdadeiras (tese chamada de *dialetheismo*). É um impulso

forte do senso comum a ideia de que alguma coisa não pode *ser* e *não ser* ao mesmo tempo, como se fosse algo determinado pela estrutura da realidade, que se refletiria na linguagem. Pelo menos, é difícil conceber como estariam as coisas de forma contraditória ou mesmo qual a função da linguagem ao ser usada por regras contraditórias. Aqui não falamos somente de um conceito, mas de um conceito que se aplica aos próprios conceitos ou categorias do pensamento ou da linguagem .

A ideia de impossibilidade de contradições é uma noção fundamental na organização de nossa interação com o mundo por meio da linguagem. Quando fazemos afirmações qualificamos o mundo de alguma forma e não de outra. Cada afirmação exclui possibilidades e é natural termos como falar das possibilidades excluídas por meio da linguagem. Se a ilusão de acesso à realidade para a constatação de contradições pode ser uma armadilha da linguagem, podemos refletir sobre o *dialetheismo* a partir de nossos conceitos ou categorias fundamentais. Kant, por exemplo, chegava a admitir que categorias fundamentais do pensamento poderiam levar a contradições, ainda que por meio do emprego de um raciocínio correto. Nesse caso, porém, a aplicação da categoria seria ilegítima, pois efetuada fora de nosso campo de experiência sensível. Essa possibilidade de contradição entre conceitos fundamentais, por sua vez, para Hegel apontava para a possibilidade de existência de contradições efetivamente verdadeiras (para uma discussão do *dialetheismo* por meio do exame de paradoxos lógicos, ver Priest, 2006).

Não é objetivo deste artigo enfrentar o *dialetheismo* nesse nível de profundidade e complexidade. O que pretendo fazer é apenas tentar entender um pouco melhor as implicações de um postulado ontológico da hermenêutica jurídica que sempre me intrigou: o *ordenamento é necessariamente consistente*. Em outras palavras, não existem contradições normativas em um ordenamento. O postulado liga-se diretamente à possibilidade de conceber o direito como um sistema de normas e, embora seja explicitado nas construções dogmáticas, também está implícito em formulações de sistemas éticos ou morais. A investigação desse postulado consiste em interessante exercício de ontologia normativa, o que procuraremos explorar aqui.

O ponto curioso é que, de certa forma, o postulado é autorreferente. A afirmação não se refere a um “ordenamento” ou a um “legislador” lá fora, mas a determinadas assunções do próprio intérprete na atribuição de sentido às formulações de normas, bem como na reconstrução do sistema jurídico, em nome de um fictício “legislador racional”. Assim, é a interpretação que deve apresentar o direito de forma consistente ainda que encontre ou pressuponha que encontrará algo possivelmente inconsistente. Mas se descrevo como consistente algo inconsistente, eu, como intérprete, se pretendo descrever o que é direito em uma comunidade, posso ser acusado de inconsistente.

O próprio postulado tem um sentido normativo para o intérprete. É uma diretriz para a interpretação e não a descrição de uma característica necessária de ordens jurídicas. Se não um comando, pelo menos uma regra técnica sobre uma condição mínima necessária para a boa interpretação. Sendo assim, deve valer independentemente dos fatos. Mas a dogmática hermenêutica interfere no seu objeto ao identificar o que é direito por meio de atribuições de sentido às formulações normativas, a partir de determinadas escolhas. Mas se essas escolhas respeitam a diretriz de evitar contradições, então uma contradição, como resultado do processo interpretativo, nunca seria direito, isto é, não poderia existir e a diretriz, então, tomada a rigor, deixaria de fazer sentido.

O efeito retórico do postulado consiste em preservar intacta a cognição dos juristas com relação às escolhas tomadas no processo interpretativo. A impressão que se pretende gerar é, na verdade, que os juristas não superariam contradições, apenas revelariam que as contradições seriam aparentes, mostrando que suas interpretações consistentes já estavam lá (ocultando-se, assim, o seu aspecto volitivo). Dentro desse objetivo, o postulado tem uma função importante, mas, do ponto de vista da fundamentação do conhecimento do direito, cria perplexidade.

O próprio Kelsen se embrenhou de forma um tanto nebulosa nessa questão. Chegou a assumir na primeira edição da *Teoria pura do direito* o postulado de não contradição como conteúdo da norma fundamental (portanto, uma categoria *a priori* da ciência jurídica). Na *Teoria Pura de 1960*, a não contradição já aparece como decorrência da noção de mínimo de eficácia: uma norma impondo uma sanção e

outra não impondo uma sanção para o mesmo comportamento não podem ser, ao mesmo tempo, minimamente eficazes. De qualquer forma, se, para Kelsen, a ciência do direito descreve *normativamente* (com suas ambíguas proposições normativas) seu objeto e, ao fazê-lo, constitui seu objeto, as condições de verificação de suas proposições não podem admitir como verdadeiras duas descrições que constatem duas normas contraditórias.

Aqui o paradoxo. O postulado hermenêutico de não contradição parece pressupor a possibilidade de existência de um conflito normativo, que deve então, por aplicação do postulado, ser eliminado, de forma que se alcance o ideal sistemático de consistência. Porém, se a ciência do direito identifica e constitui o que é direito com suas proposições, as contradições entre normas não podem existir, dado o postulado. Então, afinal, as contradições normativas existem ou não existem?

2. COMO OPERA O POSTULADO DE NÃO CONTRADIÇÃO NA LINGUAGEM DA DOGMÁTICA JURÍDICA?

Podemos enfrentar a pergunta em dois planos: (a) o de normas gerais e (b) o de direitos ou obrigações individuais.

No plano da formulação de normas gerais, somos impelidos a responder afirmativamente, pois parece óbvio que, sendo o direito proveniente de diferentes fontes autoritativas, espera-se que normas distintas, que admitem diferentes atribuições de sentido, possam gerar conflito em alguma atribuição de sentido para algum caso possível de aplicação, uma apontando para uma permissão, outra para uma proibição da ação em questão.

Já no caso de direitos e obrigações individuais, resistimos à ideia de que algum indivíduo particular possa ter em dada situação, juridicamente, a obrigação e ao mesmo tempo o direito de não fazer algo. A resposta de um jurista com esse conteúdo levantaria suspeita sobre sua capacidade de interpretação do direito, por mais inevitável que possa parecer a contradição pelos termos das normas aplicáveis e por mais insuficientes que possam parecer as regras de solução de conflitos. O jurista pode até incluir em seu argumento a afirmação de que duas normas têm sentidos conflitantes, mas sua conclusão, no sentido

de orientação da conduta, a partir do direito, não admite a afirmação de que algo é e não é devido.

Em outro ensaio (Maranhão, 2009a) sugeri que esse efeito se dá pelo fato de o discurso do jurista não se identificar com uma descrição da existência de normas com determinado conteúdo no ordenamento. O jurista não descreve o direito nem dita regras, apenas responde perguntas práticas sobre o que é necessário fazer (regras técnicas no sentido de Von Wright, NA, 1963) por alguém em uma situação para que cumpra a ordem legal. Aqui o discurso tem um sentido descritivo, mas também uma dimensão normativa de recomendação com base na descrição e interpretação do conteúdo das normas. Se o enunciado do que precisa ser feito for contraditório, o grande responsável pela contradição será o jurista e aqui o peso do postulado hermenêutico de não contradição se revela.

Priest desafia aqueles que desejam contestar o *dialetheismo* no direito, ao afirmar que “she who rejects dialetheism must do more than claim that apparent contradictions can sometimes be resolved in this way; she must claim that this can always be done”. Ocorre que o ônus da prova que tenta jogar sobre seus adversários é trivial. O seu adversário não precisa afirmar que sempre é possível superar a contradição; isso já é dado como condição de interpretação da lei. No discurso de regras técnicas sobre o que é preciso fazer para se cumprir o direito, o conflito entre essas regras está excluído.

Que as regras possam ter interpretações inconsistentes não há dúvida. Até mesmo posso aceitar que a inconsistência seria em boa medida decorrente de uma formulação bastante precisa das normas (inconsistentes). O ponto é que uma interpretação desse tipo não é encarada como uma boa interpretação. Posso sugerir então que as contradições existem de fato e são resolvidas pela interpretação. Todavia, o outro ponto importante é que não é trivial distinguir o que as regras dizem “na realidade” daquilo que é a sua interpretação ou de quais são as suas (boas) interpretações. E cada interpretação tem como condição a não contradição para que seja bem sucedida.

Mas e quando for impossível resolver a contradição?— pergunta Priest. O problema é que essa pergunta já pressupõe que a contradição existe independentemente da interpretação, ou que as normas

existem independentemente de sua interpretação, ou ainda, que existe uma interpretação correta na qual há a contradição.

Note-se que não nego a possibilidade de duas normas terem sentidos perfeitamente claros e incompatíveis e que ambas possam ser obviamente aplicáveis a um mesmo sujeito em dada situação. No discurso descritivo faz absoluto sentido falar em contradição entre regras. O problema surge quando tenho a *missão* de dizer o que alguém deve ou precisa fazer para obedecer o ordenamento. Aqui é uma obrigação do missionário a de dar uma resposta consistente. O curioso é que essa resposta tem de se apresentar como uma descrição das soluções do ordenamento, caso contrário, a missão também seria descumprida (o fundamento talvez nesse caso seja ideológico, quando pensamos nos juízes como intérpretes da lei e a separação de poderes). Portanto, ainda que o intérprete faça escolhas para construir uma resposta consistente, essas escolhas devem também estar justificadas na ordem jurídica.

Assim, o segundo plano, da afirmação de direitos e obrigações individuais em um caso concreto, desde que se exija uma justificação para essa afirmação, como normalmente é o caso, identifica-se com a conclusão de um argumento interpretativo a partir de regras gerais. Se isso for verdade, uma saída para evitar a difícil discussão acerca da existência independente de normas (refiro-me aqui ao debate entre positivismo e interpretivismo jurídicos) e, portanto, da existência ou não de contradições verdadeiras pode ser adotar o pragmatismo flusseriano ou wittgensteiniano e transformar nossa questão “ontológica” na tarefa de entender como opera o postulado hermenêutico de não contradição dentro do processo interpretativo, ou, em outras palavras, dentro do jogo de linguagem da interpretação dogmática. É essa a realidade, ou o “dado bruto” com o qual pode lidar a filosofia do direito.

2.1 Um exemplo de argumentação hermenêutica envolvendo contradições normativas

É interessante ilustrar duas situações distintas nas quais a contradição está presente na argumentação dogmática: uma na qual uma contradição é identificada dentro do argumento para a derivação de uma solução, outra na qual ela não é identificada, mas mesmo assim superada por uma inferência que contém premissas implícitas.

Em primeiro lugar, um argumento que parece “criar” uma contradição, com o único propósito de, em seguida, resolvê-la. Considere a legislação penal brasileira (Código Penal) que trata do aborto:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante.

A questão que se coloca é se se provocar a interrupção da gravidez de *feto anencefálico* está sujeita à pena imputada ao aborto. Pela *leitura imediata*, apenas seria permitido o aborto naquelas hipóteses previstas no art. 128 do CP, de forma que seria proibido o aborto de *feto anencefálico*, como foi de fato a interpretação de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (ADPF 54/DF). O argumento (Argumento 1) desses ministros pode ser assim reconstruído:

a) O aborto é permitido nas hipóteses expressamente indicadas no art. 128.

b) Nos casos não excetuados aplica-se a solução dada pela regra geral –*exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*.

c) A gestação de *feto anencefálico* não é hipótese expressamente indicada no art. 128.

d) Aplica-se a solução dada pela regra geral, isto é, art. 124.

e) Logo é proibido o aborto de *feto anencefálico*

Pelo Argumento 1, a proibição do aborto de *feto anencefálico* não está expressa, mas é uma regra derivada das premissas a-d, que contém um princípio interpretativo “b” como premissa implícita (explicitada no argumento).

Outro ministro, porém, identificou no ordenamento uma contradição, valendo-se do princípio enunciado no art. 1.º da CF/1988, que prevê, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a *dignidade da pessoa humana* (inc. III). Seu argumento pode ser reconstruído como segue:

a) Argumento 1: É proibido interromper a gravidez de *feto anencefálico*.

b) Conforme o art. 1.º, III, da CF/1988, nenhuma pessoa pode ser submetida a uma condição indigna.

c) É permitido realizar ações que evitem uma condição indigna para o ser humano.

d) Suportar a gravidez de feto cuja morte é certa imediatamente após o parto significa submeter a mulher a uma condição indigna.

e) O diagnóstico de anencefalia torna certa a morte da criança após o parto.

f) Logo a gravidez de feto anencefálico submete a mulher a uma condição indigna (por “d” e “e”).

g) Logo, é permitido interromper a gravidez de feto anencefálico (por “c” e “f”).

h) Regra de escalão superior revoga a regra de escalão inferior.

i) A proibição de aborto de feto anencefálico decorre de regras do Código Penal que tem escalão inferior ao art. 1.º da CF/1988.

j) Logo, fica revogada a proibição de feto anencefálico.

l) É permitido o aborto de feto anencefálico.

O Argumento 2 assume a contradição entre as normas, dada a interpretação de dignidade humana proposta, mas não propõe a existência simultânea de abortar e não abortar. Conclui que há, para uma gestante grávida de feto anencefálico, a faculdade de abortar sem descumprimento do ordenamento jurídico.

O mais surpreendente é dado pela situação que passo a expor. Nenhum dos oponentes acerca do aborto de feto anencefálico no STF pareceu dar-se conta de que os arts. 124 e 128 do CP são contraditórios! O art. 124 proíbe o aborto em geral, portanto, em qualquer hipótese, art. 128 permite o aborto nas hipóteses expressas de estupro ou risco de vida da gestante. A questão interessante é: por que nem sequer concebemos aqui a existência de uma contradição?

O argumento a seguir mostra como a contradição é resolvida:

a) Caso haja uma antinomia, textos devem ser interpretados como referentes a hipóteses distintas.

b) Regra com hipótese específica derroga regra com hipótese geral para os casos especiais.

c) O art. 128 traz soluções opostas para hipóteses abrangidas pelo art. 124, então são antinômicos.

d) Se o art. 124 e o art. 128 são antinômicos, devem ser interpretados como referentes a hipóteses distintas, por *a*.

e) O art. 128 tem hipótese mais específica do que o art. 124, logo o art. 128 derroga o art. 124 naquelas hipóteses específicas, por *b*.

Vemos aqui que há várias premissas implícitas para a superação da contradição, muito embora os juristas não vejam os arts. 124 e 128 do CP como conflitantes. Isso é nítido pois não há o menor esforço, por exemplo, nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em expressar o argumento que leva à superação da contradição. Ela parece inexistir. A relação de norma geral e excepcional é tomada como evidente e nem sequer é percebido que aqui haveria um ônus argumentativo. Por que isso acontece?

Os exemplos revelam três pontos interessantes sobre o que os juristas parecem dispostos a aceitar com relação à existência de regras no *ordenamento*:

1) regras derivadas ou inferidas pelo intérprete, mesmo que com o uso de premissas interpretativas, são tomadas como existentes, tanto que o jurista vê-se no ônus de argumentar sobre sua revogação, por outra regra;

2) os juristas descrevem a existência de conflitos entre normas, como parte de sua argumentação que conclui por uma solução única, consistente, assumindo-se o ônus de justificar a escolha da regra conflitante que deve prevalecer;

3) há situações em que uma contradição entre duas regras nem ao menos é reconhecida e, dado que não se levanta ônus argumentativo para superação, é de supor que consideram a contradição inexistente.

Na tentativa de explicar essas evidências acerca da argumentação da chamada hermenêutica jurídica, único dado disponível para se falar da existência ou não de contradições, vamos explorar, inicialmente, um filósofo que se debateu sobre essas questões. Foi o criador da lógica deontica, Georg Henrik Von Wright. Será examinada, no item 3, a evolução de suas convicções sobre a existência de normas derivadas e de contradições, que culminam com uma concepção cética da

lógica deôntica, afirmando que derivações de normas e contradições só podem ser admitidas como ideais de racionalidade.

Em cima dessas conclusões de Von Wright será possível identificar raízes no segundo Wittgenstein, no item 4, em particular, sobre sua concepção de inferência e necessidade lógica. No item 5, examinamos o papel da contradição no discurso jurídico, imbuídos na concepção de regras de Wittgenstein. Essa concepção e os conceitos desenvolvidos por Von Wright permitirão uma compreensão, ao final, dos esquemas de argumentação hermenêuticos como formas de inferência “logicamente válidas”.

3. EM BUSCA DE UMA ONTOLOGIA PARA AS NORMAS E O PAPEL DA LÓGICA

3.1 O dilema

O problema filosófico fundamental que assola a lógica deôntica foi formulado com precisão pelo filósofo dinamarquês Jørgen Jørgensen (Jørgensen, 1937/1938) como uma crítica ao *Grundgesetze des Sollens* de Mally (Mally, 1926), mais de uma década antes do renascimento do tema pelas mãos de Von Wright, no artigo *Deontic Logic*, de 1951. O problema, explicitado a seguir, é conhecido como o dilema de Jørgensen.

No discurso ordinário, parece razoável admitir que a obrigação de João pagar impostos “decorra” da norma geral que obriga todos ao pagamento de impostos. É intuitivo aceitar que se alguém for obrigado a fechar a janela e a porta, então será obrigado a fechar a porta, ou, ainda, que esta última norma “contradiz” uma outra que lhe exija deixar a porta aberta. Portanto, em algum sentido falamos de relações de implicação e contradição entre normas.

Todavia, de um lado, há um consenso entre filósofos, com raras exceções (Kalinowski, 1975), de acordo com o qual normas (discurso prescritivo) não possuem valores de verdade. Um comando como “*Feche a porta!*” não fornece qualquer informação sobre o comportamento do sujeito comandado, antes exige uma ação ou comportamento futuro. Uma reação ao comando como “*Isso é falso*” seria vista como inadequada se não como um contrassenso. De outro lado, conceitos tais como consequência lógica e contradição e até mesmo as operações de negação, conjunção e disjunção são definidos semanticamente

em termos de valores de verdade. Por exemplo, segundo a definição semântica usual, uma proposição é consequência lógica de um conjunto de proposições se for verdadeira em todas as atribuições de valores de verdade em que as proposições desse conjunto forem verdadeiras.

Assim, se normas são entidades que não possuem valores de verdade, não podem figurar em relações de consequência e contradição (ao menos no sentido usual) e não é sequer claro o sentido de compostos moleculares de normas por meio de conectivos como “não”, “e”, “ou” e “implica”. Portanto, segue o argumento, não pode haver uma lógica de normas.

Mais de sessenta anos após o desafiante artigo de Jørgensen, David Makinson (Makinson, 1999) chamou a atenção para o fato de que, em nível formal, a maioria dos lógicos deonticos continua a fazer seu trabalho como se a distinção entre discurso descritivo e prescritivo jamais tivesse sido ouvida (Von Wright, Alchourrón e Bulygin e Stenius são exceções, dentre outros). No nível sintático, conectivos booleanos são rotineiramente aplicados a itens representando normas. Em apresentações semânticas, valores de verdade são atribuídos a normas em mundos possíveis e validade é definida em termos de verdade em todos os mundos possíveis, muito embora raramente consideremos um comando ou norma válida nesses termos. A despeito do avanço técnico dos diversos sistemas de lógica deontica propostos, tais dificuldades filosóficas são silenciosamente varridas para debaixo do tapete (Makinson, 1999).

As discussões travam-se no plano de normas gerais, em que, como dissemos, não se descarta a possibilidade de identificação de duas formulações normativas cujos sentidos podem ser contraditórios.

Uma tentativa de saída do dilema seria desconsiderar a lógica deontica como uma lógica de normas e tomá-la como uma lógica de proposições normativas, isto é, interpretar as fórmulas (deonticas) como descrições (verdadeiras ou falsas) de que tais e tais normas existem, ou de que, segundo o ordenamento, existem estados de coisas obrigatórios, permitidos ou proibidos (esse foi o caminho tomado principalmente por Carlos Alchourrón (Alchourrón, 1969), Erik Stenius (Stenius, 1963) e Von Wright (Von Wright, NA, 1963). Todavia, se a lógica deontica é uma lógica acerca da existência de objetos que

representariam normas, ou obrigações/permisões/proibições, então não diferiria de maneira interessante da lógica de predicados clássica e as características peculiares do discurso prescritivo seriam perdidas, a não ser que introduzidas por postulados adicionais, que, por sua vez, seriam questionáveis do ponto de vista de uma descrição de normas gerais de sistemas normativos. Nesse caso, ter-se-ia que:

a) não há necessariamente contradição em se afirmar que existe uma norma exigindo um estado de coisas oposto àquele exigido por outra norma, cuja existência também é afirmada;

b) a existência de uma obrigação para fazer algo não necessariamente implica existência de uma permissão para fazê-lo;

c) a existência de uma obrigação não necessariamente implica existência de uma obrigação de realizar as consequências lógicas do conteúdo daquela obrigação.

Agora, se tais relações fossem postuladas como axiomas adicionais para uma lógica que descreva relações entre normas ou que fale sobre normas, isto implicaria assumir relações lógicas no reino das próprias normas,¹ isto é, postular que “a existência de uma obrigação necessariamente implica existência de uma permissão” pressupõe que “o que obrigatório é permitido”, e assim por diante.

Enquanto as propriedades (a)-(c) parecem razoáveis para descrições de ordens normativas (não necessariamente completas e podendo conter conflitos), as respectivas contrapartes no discurso prescritivo contrariam postulados geralmente aceitos na lógica deôntica tradicional (tomada como uma lógica de normas). Como observou Alchourrón (Alchourrón, 1969), normas e proposições normativas possuem propriedades e estão sujeitas a relações lógicas distintas, que somente coincidem quando se descreve um ordenamento “perfeito”, isto é, sem contradições ou lacunas.

Isto nos conduz ao problema ontológico das normas, isto é, o que significa (definição) ou quando está alguém justificado em acreditar (justificação) que uma norma existe ou é válida ou que determinado comportamento é obrigatório de acordo com uma ordem normativa. Se normas são a expressão de atos de vontade concretos, i.e. se a existência de uma norma está intrinsecamente ligada à sua promulgação pela autoridade normativa, como postula o último Kelsen, seria razoável admitir a existência ou inexistência de uma

norma com base em relações lógicas, portanto, cognitivas. A última resposta de Kelsen é um claro *não* (Kelsen, 1965 e 1979).

Kelsen chega a conceder que uma autoridade que exija o conteúdo derivado de uma outra norma esteja racionalmente “justificada”, mas a existência da norma “derivada” calca-se na sua promulgação pela autoridade normativa, não na sua dedutibilidade a partir do conteúdo de uma norma preexistente (Kelsen, 1965).

3.2 A angústia de Von Wright

Von Wright certamente foi o mais angustiado dos lógicos deônticos. Nunca esteve plenamente satisfeito com sua criação e propôs diversas versões de lógicas deônticas, culminando com a conclusão estarecedora de que não haveria relações lógicas genuínas entre normas. Percebia que havia algo de errado na analogia que transfere as propriedades lógicas do discurso descritivo-modal alético ao discurso prescritivo-modal deôntico, uma analogia que surgiu

1. Essa assunção da existência de relações lógicas entre normas foi feita por Von Wright (Von Wright, NA, 1963) e Kelsen (Kelsen, 1960). Ambos defenderam nesses trabalhos a possibilidade de uma lógica de proposições normativas que refletiria relações entre as próprias normas. Posteriormente ambos abandonaram essa concepção e mergulharam no ceticismo quanto à possibilidade de uma lógica de normas genuínas (Von Wright, 1983, e Kelsen, 1965 e 1979). Uma estratégia interessante foi proposta por Alchourrón em *Logic of norms and logic of normative propositions* (Alchourrón, 1969), em que o princípio de não contradição entre o conteúdo de normas não é postulado na lógica de proposições normativas, mas compõe a definição de inconsistência normativa. O mesmo é feito com a interdefinibilidade de operadores de obrigação e permissão. Ao invés de postulados, apenas caracterizam, por definição, sistemas normativos completos. Alchourrón demonstrou então que se o sistema normativo satisfaz ambas as propriedades de consistência e completude, conforme definidas, então o sistema de proposições normativas é isomórfico à lógica de normas. Heuristicamente, isso significa que, nesse caso (e não em todos), as proposições normativas descrevem um sistema com 'propriedades de perfeição', consistente e completo. Todavia, falta explicar por que as conseqüências lógicas do conteúdo de normas existentes geram normas derivadas *existentes* ou *válidas*. Isso não é problema para Alchourrón, uma vez que não se incomoda em afirmar a existência de relações lógicas entre normas genuínas.

despretensiosamente em um passeio às margens do rio Cam). Mais grave do que isso, surgia uma crença entre lógicos deônticos em que as relações lógicas obtidas a partir de tal analogia descreveriam propriedades intrínsecas do discurso prescritivo.

Esse parece ser o caso, como acusa Makinson, dos lógicos deônticos que insistem em preservar a analogia enganosa colocada à mostra pelo dilema de Jørgensen:

(...) a maioria dos lógicos deônticos reconhecem que existe uma distinção fundamental a ser feita, e se encontram na posição desconfortável – aliás infundada e próxima à inconsistência – de conceder que normas não possuem valores de verdade, mas esperam que para os fins da lógica elas possam, por alguma razão misteriosa, ser tratadas como se os possuíssem (Makinson, 1999, item 1).

Um exemplo claro nesse sentido é a noção de contradição normativa. A aplicação por analogia da relação de contradição clássica para a lógica de normas e mesmo para a lógica de proposições normativas faz com que nos sintamos surpresos quando nos defrontamos com comandos conflitantes em um ordenamento. Imbuídos do postulado de não contradição contido no ideal de um legislador racional, tentamos conceber o ordenamento como um conjunto isento de conflitos normativos, com base no postulado hermenêutico do legislador racional. “Não é assim! – dizemos, mas é necessário que seja assim! (Wittgenstein, PI: 112).

Analogias enganosas são ainda mais ameaçadoras quando se leva em conta a tentação de se interpretar teoremas e deduções com base em determinado sistema de lógica deôntica como se eles “refletissem” relações necessárias entre prescrições ou o “sentido” de conceitos fundamentais do discurso prescritivo. Mesmo tentativas de superá-las, como o clássico *Norm and action* (NA), de von Wright, sucumbiram ainda à tentação de ver o ideal na realidade, como se demonstrará a seguir.

3.2.1 *Duas soluções, duas ontologias*

No final da década de 80, em resposta à tentativa de Jan Berg em classificar suas diferentes abordagens à lógica deôntica, Von Wright destacou NA como singular, no sentido de que emprega técnicas de análise que se afastam da axiomatização de sistemas deônticos. Von

Wright considera tal abordagem como “filosoficamente’ mais correta para se desenvolver uma lógica de normas”, enquanto axiomatizações seriam mais apropriadas a uma lógica de proposições normativas (Von Wright, 1989a: 865). No prefácio do volume *Practical reason* (Von Wright, 1983), Von Wright trata sua nova abordagem como uma continuação do trabalho iniciado em *NA*.

À primeira vista, a afirmação causa surpresa, uma vez que a conclusão otimista de *NA* a respeito de uma lógica das normas parece contrastar de forma inconciliável com o ceticismo de *NLT*.

Todavia, o fio condutor que os liga, e que nos permite identificar onde reside exatamente a ruptura de Von Wright com a crença em relações lógicas entre normas genuínas, é dado por um conjunto de definições comuns a *NA* e *NLT* dos conceitos de *norma*, *vontade racional*, *norma-negação*, *consistência* e *implicação normativa*:

(1) Normas: normas (prescrições) são expressões da vontade de uma autoridade normativa (legislador) exigindo ou permitindo algum comportamento do sujeito normativo (Von Wright, *NA*: 7; Von Wright, *NLT*: 137).

(2) Vontade racional: a vontade do legislador é racional se, e somente se, o conjunto de normas prescritas é normativamente consistente (Von Wright, *NA*: 151; Von Wright, *NLT*: 139-40).

(3) Consistência normativa: um conjunto de normas *A* é consistente se a conjunção dos conteúdos de todas as obrigações em *A* ou a conjunção do conteúdo de todas as obrigações conjuntamente com cada permissão em *A* não representa uma contradição proposicional. Caso contrário, *A* é inconsistente (Von Wright, *NA*: 144; Von Wright, *NLT*: 140).

(4) Norma-negação: a norma-negação de uma permissão é uma obrigação com conteúdo oposto (negação do estado permitido); e, vice-versa, a norma negação de uma obrigação é uma permissão com conteúdo oposto (Von Wright, *NA*: 140; Von Wright, *NLT*: 134).

(5) Implicação normativa: uma norma é derivada de um conjunto de normas se sua norma-negação adicionada a esse conjunto gera um conjunto normativamente inconsistente (Von Wright, *NA*: 155; Von Wright, *NLT*: 142).

De acordo com as definições acima, por exemplo, a norma “é obrigatório *a* e *b*” implica normativamente a norma “é obrigatório *a*”,

dado que a norma negação da última, “é permitido não *a*” – contradiz normativamente a primeira, isto é, ambas formariam um conjunto normativamente inconsistente.

3.2.2 Primeira solução

A ideia de Von Wright para superar o dilema de Jørgensen em NA consistiu em caracterizar relações “lógicas” entre normas genuínas (discurso prescritivo) por meio de tais definições de inconsistência e implicação normativa. Consistência e implicação normativa seriam então refletidas por uma lógica de proposições normativas (verdadeiras ou falsas). Dessa forma, a analogia enganosa seria evitada ou ao menos sua aplicação estaria justificada. Portanto, NA pode ser visto como o início de uma terapia ao que chamamos de síndrome de Jørgensen. Entretanto, NA, na opinião posterior do próprio Von Wright, falhou em ver (ou estipular) as conexões corretas entre as definições de inconsistência e implicação, que determinam o conceito de vontade racional e as condições de existência de uma norma. A ligação proposta em NA entre tais conceitos, de acordo com Von Wright, teria sido por demasiado estreita.

Eu estava ciente do fato de que tais noções [consistência e implicação] não eram ‘puramente lógicas’ mas relacionadas com ideias sobre racionalidade (vontade racional). Esta, eu acredito, era uma impressão basicamente correta. Eu não derivei na ocasião o que agora me parecem ser as conclusões apropriadas (Von Wright, NA: 131).

A tentação de Von Wright, na qual foi acompanhado pelo Kelsen da segunda edição da Teoria Pura do Direito, consistiu em interpretar consistência e fecho sob a relação de implicação normativa como a base de uma lógica de proposições normativas (em NA, Von Wright defendeu que a lógica de proposições normativas reflete relações lógicas presentes no reino das próprias normas). Proposições normativas governadas por tais princípios descreveriam um conjunto de normas necessariamente fechado e consistente. Isto é, em tal lógica, é uma contradição afirmar a existência de normas contraditórias em um ordenamento, e a afirmação verdadeira da existência de um conjunto de normas implica verdade da afirmação da existência de todas as (infinitas) normas implicadas.

O pressuposto de “propriedades perfeitas” de um sistema normativo foi então justificado por uma ontologia normativa idealista,² em que a vontade racional foi tomada como uma condição para a existência das normas em um ordenamento (em outra oportunidade, Von Wright afirmou que NA foi, sobretudo, um ensaio sobre a ontologia das normas – (Von Wright, 1989b). Isto é, de acordo com a ontologia normativa de NA, não contradizer qualquer obrigação ou permissão no *conjunto de normas prescrito pelo mesmo legislador* (que Von Wright chama de *corpus*) é uma condição de existência de uma norma nesse *corpus*.

O conceito de *corpus* tem uma conotação abstrata ou mesmo ficícia. Não significa necessariamente que o conjunto de normas seja concretamente prescrito por uma única e mesma autoridade normativa (Von Wright, 1989a: 877). Apenas denota a idéia de unidade e coerência da vontade (Von Wright, NA: 151) justamente o conteúdo do postulado hermenêutico na base da noção de legislador racional. A concepção de Von Wright é que somente podemos atribuir um conjunto de normas a um mesmo centro de decisão se sua vontade for racional.³ Nesse momento há uma confusão entre a identificação de regras gerais e sua interpretação, o que, de fato, não é fácil distinguir.

2. Caminho semelhante foi tomado por Hans Kelsen em sua *Teoria pura do direito* (fase clássica). Embora a consistência não fosse uma condição de existência de normas para Kelsen, consistia em pressuposto para o seu conhecimento pela ciência jurídica. É interessante notar, ainda, uma distinção fundamental entre a primeira e a segunda edição da *Teoria pura de Kelsen*, que mostra mais um ponto de convergência com Von Wright. Na primeira edição, a contradição é excluída por definição, ao ser tomada como uma categoria que organiza o discurso científico (Kelsen, 1930). Na segunda edição (Kelsen, 1960), a ausência de contradição entre normas decorre da condição de eficácia das normas, o que já o aproxima da noção de executabilidade posteriormente defendida por Von Wright.
3. Assim, a crítica dirigida por Alchourrón e Bulygin ao conceito de *corpus* não procede. Não é a unicidade da autoridade normativa que torna possível a consistência, como pensaram os argentinos. Pelo contrário, é a consistência do conjunto de normas (que concretamente poderia ser prescrito por diferentes autoridades normativas) que nos permite chamá-lo *corpus* ou atribuir-lhe unidade de vontade.

Mas Von Wright tenta justificar ontologicamente essa ligação estreita entre consistência e existência de normas. Segundo seu argumento, a existência de uma norma depende do relacionamento normativo entre a autoridade e o sujeito normativo, que somente poderá ter lugar se a norma prescrita puder ser recebida pelo último. Uma norma somente pode ser recebida se for possível obedecer ao que foi exigido. Tal condição segue da pressuposição do princípio *dever implica poder* usualmente associado ao nome de Kant (Von Wright, NA: 111).

Porém, considerando o fato de que ordens jurídicas podem conter tanto lacunas como normas gerais conflitantes, ou pelo menos falar em sua existência não consiste em um contrassenso tal como a afirmação de que há um dia chuvoso sem chuva, assumir ou excluir a existência de uma norma apenas com base na lógica tornou-se cada vez mais insatisfatório para Von Wright. Já em NA, Von Wright viu-se forçado a incorporar metáforas tais como *contradições excluem-se mutuamente de um corpus* ou mesmo *consequências lógicas de normas são tão 'exigidas' quanto as normas mesmas*.

3.2.3 A solução final

Posteriormente, em NTL, Von Wright rejeitou a ontologia de NA como *irrealista* e passou a adotar a promulgação “crua” como única condição de existência de normas. Entretanto, seguindo o último Kelsen (Kelsen, 1965 e 1979), se normas são simples expressões de atos de vontade concretos, não necessariamente racionais, então a lógica não desempenha qualquer papel decisivo no discurso normativo ou na definição de sistemas normativos.

Se não há algo como uma lógica das normas, ou, como Von Wright diz em NTL, citando Alf Ross, se o discurso normativo é “alógico”, então ainda resta explicar por que no discurso ordinário nos sentimos compelidos a admitir relações de implicação, tais como *se algo é obrigatório então é permitido*, ou de contradição normativa, que, se não parece impossível, ao menos indica que algo está “errado” na regulação. Negar esse fato linguístico, diz o próprio Von Wright, seria pura teimosia (Von Wright, 1991b: 45).

Em NTL Von Wright propõe-se, então, a “resgatar” a lógica deôntica em face da natureza aparentemente alógica das normas

(Bulygin, 1992: 387-88). Para tanto, seria necessário abandonar a tentação de interpretar teoremas deônticos como sentenças que mostrariam relações normativas necessárias e os vermos apenas como fornecendo padrões de racionalidade (Von Wright, NTL: 143), ou, para usar as palavras de Wittgenstein, como *critérios de julgamento*, não como *pré-julgamentos* aplicados ao discurso normativo (Wittgenstein, PI: 131).

A ideia consiste em ligar as definições de consistência normativa, negação e implicação a expectativas usuais relativas à prática de legislação (de comandar), *não a condições de existência das normas*.

Von Wright circunscreve então o critério de racionalidade para o discurso normativo com atenção ao propósito central da promulgação de normas. Assume-se que um legislador que promulgue normas como um meio para guiar os súditos para um estado ideal vislumbrado queira que tais normas sejam cumpridas. Condição mínima necessária para tanto é que o conjunto de normas promulgadas seja executável, isto é todos os estados de coisas obrigatórios devem ser realizáveis simultaneamente sem se prevenir o aproveitamento de qualquer permissão. Se executabilidade é considerada apenas como um requisito lógico, isso significa que o conjunto de normas *precisaser* normativamente consistente.

Que o conjunto *precise* (ou *tenha que*) ser normativamente consistente não significa que o contrário seja uma impossibilidade; tão somente aponta para uma *necessidade prática*. Na nova abordagem, uma contradição normativa não é impossível, apenas inexecutável e sua presença em uma ordem normativa simplesmente indica a irracionalidade do legislador.

Que uma norma seja “consequência” de um conjunto de normas apenas significa que promulgar sua norma-negação geraria impossibilidade de obediência e isso seria irracional para quem quer ver suas normas obedecidas (o que se pressupõe, em se tratando do legislador). Dessa forma, implicação normativa não nos leva da existência (ou validade) de um conjunto de normas à existência (ou validade) da norma por ele implicada, apenas expressa uma relação entre o que foi exigido (permitido) e o que seria irracional exigir (permitir) além disso. Por “tautologia normativa”, que dá sentido aos teoremas da lógica deôntica, não se entende uma verdade necessária, mas simplesmente

que demandar o contrário seria irracional. Os princípios (teoremas) de uma lógica de normas são, portanto, apenas padrões para julgar ordens normativas, meros *objetos de comparação linguística*.

3.2.4 O que criei?

Após lançar a interpretação ontologicamente adequada para o sistema *standard* de lógica deôntica (SDL) por meio de sua “lógica de implicação normativa”, Von Wright começou a se incomodar com o caráter do que havia criado, ou destruído.

Em elaborações posteriores de sua lógica de implicação normativa, Von Wright excluiu o uso de conectivos booleanos para formar compostos de formulações de norma. Tal uso “não tem lugar em uma lógica de normas genuína” (Von Wright, 1991, p. 43), pois em tal caso os operadores falhariam no teste de se produzirem entidades do mesmo caráter lógico de seus elementos componentes. Assim, a disjunção entre formulações de norma parece não poder receber um significado plausível distinto de “uma das duas normas foi promulgada”, e no discurso ordinário isto é certamente diferente de se obrigar ou permitir um estado de coisas disjuntivo. Isto é, uma disjunção da promulgação de duas normas é um estado de coisas, não uma norma. Von Wright chama de um “acidente semântico” que a norma $O(p \wedge q)$ também possa ser enunciada como Op e Oq , mas os símbolos ‘ \wedge ’ e “e” devem ser interpretados com significados distintos, um dentro da linguagem prescritiva e o outro dentro do discurso descritivo.

Assim, a relação implicação normativa opera exclusivamente sobre formulações normativas (*O-P*-fórmulas). A partir de um conjunto de formulações normativas derivam-se somente formulações normativas, e a norma-negação de uma formulação normativa é outra formulação normativa.⁴ Os conectivos booleanos podem estar sob o escopo dos operadores modais, mas não operam sobre fórmulas modalizadas.

Portanto, a lógica deôntica *standard*, para Von Wright, não pode mais servir como uma lógica de normas genuína. A única “lógica” disponível seria aquela dada pela definição semântica de implicação normativa, que determina uma relação de dedutibilidade entre conjuntos

4. É claro que a implicação normativa tem um sentido distinto de implicação material em lógica proposicional clássica.

de normas e normas. Mas podemos atribuir a essa relação o título de lógica?

Von Wright, depois de alguma oscilação entre prefixar (Von Wright 1991) ou não prefixar (Von Wright, 1983a) o adjetivo “lógico” às noções de consistência e implicação normativa, vê a resposta a essa questão como algo sem importância.

As definições de consistência normativa e implicação apoiam-se nas noções de executabilidade de conteúdos normativos e racionalidade da atividade legislativa. Tais noções não têm lugar na lógica pura, tradicional. Por essa razão, alguém poderia dizer que normas, enfim, não têm lógica, que a lógica deontica é uma impossibilidade. Mas tendo em vista que as definições dadas fazem com que as noções de consistência e implicação sejam aplicáveis a normas genuínas de uma forma que parece bastante *natural e convincente*, pode-se dizer também que isso mostra que a lógica, na verdade, tem um alcance mais amplo do que a verdade (Von Wright, 1999a, p. 24-25)

Com esse epílogo, Von Wright considera sua passagem através da *selvageria da lógica deontic*” como encerrada (Von Wright, 1983b, p. IX).

4. WITTGENSTEIN E A NOÇÃO DE INFERÊNCIA LÓGICA

Como procurei defender em Maranhão, 2009b, ao abandonar o construtivismo lógico e contentar-se em expor o conflito daqueles que tentam ver os teoremas da lógica deontica em estruturas necessárias da linguagem normativa, Von Wright desenvolveu, na verdade, uma terapia filosófica, nos moldes de Wittgenstein.

A primeira aplicação dessa terapia, foi feita pelo próprio Wittgenstein das Investigações Filosóficas (Wittgenstein, PI), contra os sintomas que ele havia manifestado no próprio *Tractatus* (Wittgenstein, TLP).

Em ambas as obras, Wittgenstein preocupa-se com o problema de explicar a “essência” da linguagem: como a linguagem é possível e como interagimos com o mundo através dela (Von Wright, 1993).

No *Tractatus*, a linguagem é possível porque existe um isomorfismo entre suas combinações possíveis de símbolos e as combinações possíveis de objetos e relações entre estados de coisas no mundo (que

Wittgenstein chama de *forma lógica* da linguagem e do mundo). A forma lógica reflete-se na estrutura da proposição numa linguagem com *notação perspicua* (Wittgenstein, TLP: 5.45 e 5.46). Toda proposição com significado, incluindo as proposições da linguagem ordinária, satisfaz a forma lógica. Satisfazê-la é uma condição de sentido para qualquer linguagem.

O significado de uma proposição é dado pela possibilidade de entrelaçamento das coisas no mundo, isto é, pela figuração possível que faz deste, e isso é tudo o que uma proposição pode dizer.⁵ A proposição é verdadeira se as coisas realmente estão como diz que estão e falsa em caso contrário. Entretanto, proposições não podem dizer o que as coisas ou objetos são, nem como estão relacionadas com símbolos linguísticos (incluindo a proposição), nem qual é sua forma lógica. Isso apenas pode ser mostrado em uma notação perspicua. Qualquer tentativa de dizê-las seria uma transgressão dos limites de sentido.⁶ Assim, a forma lógica e, portanto, as relações de consequência lógica são estruturas necessárias da linguagem, que podem ser expressas em uma notação adequada (algo próximo à teoria dos tipos de Russel, que Wittgenstein busca aperfeiçoar em várias passagens do *Tractatus*), capaz de revelar essa estrutura.

Já o segundo Wittgenstein conclama-nos para uma completa rotação no *eixo de referência* de nossa investigação filosófica para alcançar *clareza completa* (Wittgenstein, PI: 108).

O ideal de uma estrutura essencial da linguagem, que revelaria a ordem *a priori* do mundo (chamada por Wittgenstein de imagem

5. Wittgenstein completa o ponto com a afirmação de que a linguagem é a totalidade de proposições (Wittgenstein, TLP: 4.001). Em uma primeira leitura, parece que Wittgenstein reduz a linguagem a seu uso assertivo. Todavia, a autocrítica de Wittgenstein nas Investigações (PI:24) indica que o estado de coisas figurado pode ser empregado em diferentes formas de discurso, isto é, tanto para fazer asserções, como questões, para comandar etc. (cf. Harlett, 1986, e Hintikka, 1986).
6. Paradoxalmente, as restrições que Wittgenstein impõe às sentenças como condição de sentido acabam por qualificar todas as proposições do *Tractatus* como contrassenso. Wittgenstein está absolutamente consciente disso e afirma que suas proposições são como escadas que devem ser jogadas fora depois de escaladas (Wittgenstein, TLP: 6.54).

augustiniana), é severamente atacado e rejeitado como uma ilusão filosófica (Wittgenstein, PI: 97-98). Em vez de tentar ver como a linguagem possivelmente se conecta à realidade, somos convidados a compreender as diferentes maneiras possíveis pelas quais a linguagem está entrelaçada às nossas ações e interações com o mundo (Hintikka, 1977).

As complicadas convenções implícitas da linguagem ordinária que, por esconder a estrutura lógica das proposições, foram apontadas no *Tractatus* como a fonte de ambiguidades e confusões filosóficas são agora tomadas como a verdadeira pedra de toque do fenômeno linguístico.

Compreender o significado de uma palavra implica dominar a habilidade de usá-la nas situações apropriadas e tal domínio somente pode ser alcançado a partir do comportamento, governado por regras, daqueles que usam a língua. O significado de uma palavra é dado, assim, pelas condições que legitimam seu uso em uma comunidade linguística. Wittgenstein chama de *jogos de linguagem* tais atividades de se descrever, questionar, exigir, expressar sentimentos etc (Wittgenstein, PI: 29). Os diferentes jogos delineiam as diferentes formas de representação pelas quais interagimos uns com os outros e com o mundo. A linguagem não é determinada por uma estrutura última, mas por uma série de jogos de linguagem mais ou menos semelhantes, que compõem o que Wittgenstein chama de *gramática*.

Confusões e ilusões filosóficas têm sua origem na falha em enxergar ou aceitar tais distinções, em perceber o jogo de linguagem no qual a palavra está inserida ou na má compreensão do funcionamento daquele jogo (Wittgenstein, PI: 109). Wittgenstein identifica duas principais fontes de dificuldades filosóficas, as quais ele compara com os sintomas de uma doença.

Uma de suas manifestações é a tendência ao dogmatismo, ou seja, assumir que uma determinada forma de representação é a forma “essencial” (Wittgenstein, PI: 100). Aqui o alvo principal é seu postulado anterior de que qualquer proposição com significado deve ter a forma proposicional geral: “as coisas estão assim” (Wittgenstein, PI: 114-5).

Outra manifestação relacionada à primeira é a tendência em se ver a realidade por meio das lentes de um modelo ideal de

representação (Wittgenstein, PI: 101,103). As proposições da lógica, por exemplo, como o princípio de não contradição ou terceiro excluído, fixam referências, forçando-nos a pensar em uma direção predefinida e logo acreditamos ser impossível pensar de outra forma. A mente enfeitiçada por tais “imagens” acaba por ver o ideal na realidade (Wittgenstein, PI: 102). Wittgenstein confessa ter sido vítima dessa tentação quando, no *Tractatus*, defendeu que a teoria dos tipos, ou algo próximo a ela, mostraria a essência da linguagem e do mundo.

Isto não significa, é claro, que as proposições da lógica devam ser rejeitadas, mas precisamos modificar a forma pela qual olhamos para elas e observar qual papel desempenham em nossos distintos jogos de linguagem. Tudo o que Wittgenstein pede é uma mudança de olhar; o que rejeita é a ideia de que o entendimento da linguagem poderia ser imposto “de fora” por um modelo artificial, apenas porque desejamos ver uma “pureza cristalina”. É um equívoco pensar que linguagens ideais e a análise por meio de tais linguagens forneceriam o real sentido das palavras, tornando possível realmente entendê-las pela primeira vez (Wittgenstein, PG: 115 apud Kenny, 1982). Os modelos ideais – admite Wittgenstein – podem ser úteis, mas apenas como “objetos de comparação”, não como espelhos (Wittgenstein, PI: 131). Tais modelos não “mostram”; na verdade, “estipulam” regras ideais de uso que podem ou não ser úteis quando comparadas a determinado domínio. Mas não há sentido independente daquele atribuído pela prática de um usuário comum da linguagem.

Nos seus últimos escritos, Wittgenstein afirma que a noção de “necessidade lógica” decorre de regras de uso convencionadas e isso vale para as tautologias. Que $a \vee \sim a$ seja uma tautologia da lógica clássica não nos é imposto por qualquer estrutura necessária da linguagem (ou do mundo), mas se trata sobretudo de uma regra determinando que devemos considerar tautológica tal combinação de símbolos. Wittgenstein chega a sugerir que anotemos tautologias em forma de regras, como $\sim \sim a \leftrightarrow a = \text{Taut}$. A “necessidade” do princípio de dupla negação não segue do significado de “ \sim ”; pelo contrário, a regra acima é que define o significado do símbolo.⁷

7. Wittgenstein, RFM: 106; ver também Baker & Hacker, 1985, para uma discussão do conceito de necessidade lógica e tautologia no segundo Wittgenstein.

Wittgenstein afirma que toda conversa sobre “necessidades” seria uma simples conversa sobre convenções e o único correlato na linguagem para uma “necessidade” seria uma regra arbitrária (Wittgenstein, PI: 372; Wittgenstein, RFM: I-74). Tais observações parecem implicar, como acreditou Dummet, um convencionalismo cru, em que proposições necessárias não passariam de escolhas arbitrárias ou seriam o resultado de determinado consenso de uso (Dummet, 1956).

Todavia, por acordo ou consenso, Wittgenstein refere-se sobretudo a uma prática arraigada na comunidade linguística, que é refletida em nossa gramática. Proposições necessárias são regras que estruturam nossa forma de representação do mundo. Sendo assim, são o produto da atividade humana através de sua história. São moldadas pela natureza do mundo a nossa volta, condicionadas pela natureza humana, enfocadas e dirigidas por interesses e preocupações humanas, historicamente determinadas (Baker & Hacker, 1985: 318). Nosso uso da linguagem, se não nos é imposto “de fora”, também não é arbitrário ou acidental, mas se ajusta ao que Wittgenstein chama de nossa forma de vida (*Lebensform*).

Assim, necessidades não podem ser vistas como *consensos de opinião* dentro de nossas práticas mas sim como acordos sobre tais práticas e estabelecidos por tais práticas (Wittgenstein, PI: 241). Wittgenstein chama-os de *consensos de ação* (Wittgenstein, LFM: 183-84). Contar, inferir, descrever, comandar pressupõe um acordo sobre regras a respeito do que constitui contar, inferir, descrever, comandar etc. Se alguém conta dez objetos da forma “um, dois, três, muitos” ou infere de qualquer jeito a partir de premissas dadas, simplesmente não chamamos isso de contar ou inferir (Wittgenstein, RFM: I-155). Por tais convenções arraigadas, nossas impressões são organizadas e nossos conceitos construídos. Eles determinam a forma pela qual vemos o mundo (e isso causa a impressão enganosa e tentadora de que tais regras nos são impostas pela estrutura do mundo). Para Wittgenstein, a matemática e a lógica não podem ser comparadas à mineralogia mas sim à antropologia, pois não passam de um estudo da história natural do homem (Wittgenstein, RFM: I-141;V-26).

Tal conceptualização do mundo é alcançada pela exclusão de determinadas combinações de sinais de nossa gramática (Wittgenstein,

PI: 499-500). A compulsão que sentimos ao tomar tais convenções como necessidades deriva do fato *linguístico* de que não conseguimos conceber que tipo de experiência corresponderia ao contrário: “ou de novo: não temos qualquer conceito claro do que seria se fosse de outra forma. E isso é muito importante” (Wittgenstein, RFM, III: 29). Assim, é essa espécie de treinamento ou vivência de uma prática determinada que transforma essa prática em uma necessidade. Uma inferência é tomada como válida se, após uma vivência adequada na satisfação de regras de uso, adquire-se uma disposição natural a continuar a seguir a regra dessa forma e não de outra, que passa a ser inconcebível. São as disposições humanas desenvolvidas em determinada prática da comunidade que fundamentam uma inferência válida.

5. O PAPEL DAS CONTRADIÇÕES NORMATIVAS

O elemento chave da solução de Von Wright está em contextualizar o papel da contradição no discurso prescritivo ordinário. É a partir do conceito de inconsistência normativa que se define a noção de inferência normativa. Derivamos uma norma de outras quando a norma oposta da norma em questão é incompatível com aquelas. Mas a “impossibilidade da contradição” não é assumida nem imposta de fora da linguagem.

Para Wittgenstein, se existe uma razão para evitar a contradição, então é porque ela normalmente não tem lugar ou é inútil em nossos jogos de linguagem (Wittgenstein, LFM, XXI: 207-209). Se esse é o caso da maioria dos jogos, nenhuma crença mística em uma lei *a priori* da não contradição pode ter lugar:

(...) olharemos para ela de modo diferente, se tentarmos meramente descrever como a contradição influencia jogos de linguagem e se olharmos para ela do ponto de vista do legislador matemático (Wittgenstein, RFM, II: 88).

Contra a necessidade do princípio de não contradição, Wittgenstein brinca com hipóteses nas quais a contradição seria útil. Por exemplo, exigir uma ação e sua omissão quando o propósito do legislador é criar perplexidade ou garantir punição (Wittgenstein, RFM, III: 57). Exigir o impossível não parece irracional nesse caso; pelo contrário, seria extremamente eficaz.

Mas para Von Wright essa seria a descrição de um outro jogo de linguagem envolvendo prescrições, não o jogo de *guiar a conduta humana* através delas. Na atividade legislativa “normal” – argumenta Von Wright – esperamos que o legislador queira ver suas normas obedecidas e, portanto, exigir ações conflitantes tem um ar de contrassenso.

É exatamente esse argumento pragmático que está por trás do postulado do legislador racional, que aparece como uma diretiva para o intérprete. Se é papel do intérprete orientar a conduta daquele que quer pautar-se pelas normas, então o jogo é o de guiar a conduta e não de se curvar a contradições. Pelo postulado, o intérprete deve esforçar-se em apresentar o ordenamento como um *corpus* consistente e, mais do que isso, coerente em seus propósitos.

Neste ponto, podemos recolocar a questão do próprio Von Wright. Embora fique claro que na sua lógica de implicação normativa a noção de executabilidade estabelece o fundamento do jogo de linguagem de “guiar a conduta humana por normas”, poderíamos atribuir-lhe *status* de “proposição necessária”?

Ao que parece, o que nossa gramática exclui é a ideia de que alguém possa omitir e executar uma ação ao mesmo tempo ou fazer com que um estado de coisas contraditório seja o caso. Mas seria exagero afirmar que comandos exigindo tais ações sejam *inconcebíveis*. Embora um conjunto de normas inexecutável possa ser excluído daquilo que é concebido como “*guiar*” a conduta humana, não pode ser excluído do que é concebido como *comandar ou legislar*.

O ar de contrassenso que comandos conflitantes carregam é uma consequência do fato de que a legislação é instituída como um instrumento para guiar a conduta dos indivíduos dentro da comunidade, e não para algum outro fim. Assim conjuntos inexecutáveis são apenas aparentemente excluídos da ação de comandar, tão somente porque vemos comandos dirigidos a outros fins como estranhos ou até como moralmente repreensíveis.⁸

Todavia, é possível admitir a noção de executabilidade como fundamento “necessário” do jogo consistente em orientar a conduta humana.⁹ Em uma comunidade linguística fechada, como a dogmática jurídica, esse pode ser o único jogo praticado. Nesse caso, é possível tomar executabilidade como proposição necessária. Em certo sentido, executabilidade organiza a forma com a qual a dogmática jurídica

sistematiza e conceptualiza ordens normativas, sendo que a interpretação jurídica é levada a cabo com um alto grau de idealização, em que alguns padrões racionais e morais são postulados na figura fictícia do “legislador racional”.¹⁰

6. COMPREENDENDO AS INFERÊNCIAS QUE SUPERAM AS “APARENTES” CONTRADIÇÕES

Voltando sobre o debate travado no STF sobre aborto de fetos anencefálicos, tanto o Argumento 1, quanto o Argumento 2 firmam-se na afirmação da existência de normas derivadas.

O Argumento 2 foi acusado por alguns dos ministros que acompanharam o Argumento 1 de tentar *alterar* a legislação penal, ou seja, alterar a proibição *existente* para o aborto de feto anencefálico. Proibição essa que deriva do art. 128 do CP. Isso significa que aqueles ministros reconheceram a existência da norma derivada. E a norma fomi derivada por meio de uma operação intelectual do intérprete.

Mas também os Ministros que seguiram o Argumento 2 apontaram para a *existência* de uma faculdade de abortar determinada pela Constituição, também decorrente de uma inferência interpretativa.

Em ambos os casos, não vemos a regra alegada expressa no texto, já que nenhuma das normas fala sobre anencefalia.

Talvez o Argumento 1 arrogue sua preponderância por contar com um processo de implicação “estritamente lógico”, como afirmou um dos ministros. Conta apenas com postulados interpretativos (como a interpretação estrita das exceções: o que não foi explicitamente mencionado na norma permissiva excepcional é proibido). O caso é

8. Ziembinski (1978, p. 182). Talvez seja interessante trazer para essa discussão outro poderoso oponente da primazia do princípio de não contradição, o lógico polonês Jan Lukasiwicz. Em Lukasiwicz (1910), após interpretar e discutir o princípio aristotélico de não contradição em seu sentido lógico, ontológico, psicológico e prático-ético, conclui que somente a última formulação poderia ser defendida. O sentido prático ético do princípio diz que “ninguém em sã consciência pediria A e não-A ao mesmo tempo”.
9. Cf. João Marcos, 1999, Cap. 1, para uma tentativa de reconstrução da filosofia da contradição no segundo Wittgenstein.
10. Ziembinski, 1978; Nowak, 1969.

que, em uma base mais ampla de premissas, o Argumento 1 é derrotado por usar uma regra de hierarquia inferior à do Argumento 2.

Já o Argumento 2 traz a sensação de que a contradição foi *forjada*. Talvez a sensação decorra do fato de que o argumento deixa de enfrentar uma série de contra-argumentos possíveis ou mesmo necessários para que fossem suficientemente firmadas as suas premissas. Por que devo acreditar que a gestação de feto anencefálico cria um sofrimento indigno? O que é sofrimento indigno? A Constituição também elege como direito fundamental a vida e, se o feto tem direito à vida, por qual razão deve esse direito sucumbir perante o direito à dignidade da mulher?

Tais possíveis contra-argumentos ou questões decorrem da mesma base na qual se baseia o Argumento 2 e permitem admitir que estariam igualmente justificados ou que seriam, no mínimo, defensáveis.

O interessante a notar é que o conflito é apontado como uma descrição de sentido para as normas em questão, mas não como uma recomendação conflitante do intérprete sobre como agir para cumpri-las. A recomendação que serve como guia para a conduta ocorre com a superação do conflito identificado, mas identificado de forma tal que sua resolução é imediata, a ponto de se afirmar que o conflito é apenas aparente, ou que não há conflito, existindo apenas uma ação capaz de obedecer à norma prevalecente (já o discurso de necessidades práticas para se cumprir o ordenamento).

Quero dizer que, se no Argumento 1 em combate com o Argumento 2 existe uma disputa sobre a existência ou não do conflito, há, por outro lado, uma concordância sobre o que deve ser derivado da presença ou da ausência do conflito. Essa derivação decorre de premissas interpretativas arraigadas, como o postulado de *lex superior* (para a conclusão do Argumento 2) e de interpretação estrita das exceções (Argumento 1).

Nesse processo identificam-se proibições ou permissões “existentes”, ao menos no sentido pragmático em definir nossas disposições para agir, pressupondo-se que queremos cumprir o ordenamento, ou pelo menos que queremos “conhecer” a que o ordenamento nos obriga.

Tais esquemas de argumentação têm, assim, um papel decisivo na prática interpretativa e formam inferências com a feição de necessidade lógica para aqueles que são treinados nessa prática. A evidência mais forte nesse sentido é a incapacidade de ver uma contradição com base no Argumento 3. Percebe-se, aqui, a força da linguagem e da prática da comunidade jurídica calcada no postulado do legislador racional consistente. Os juristas não “enxergam” a contradição e sim outra “realidade” criada pelas regras de uso ou cânones presentes na atividade de interpretação.

Algumas vezes esses “cânones” geram desconfiança e nossas disposições para agir com base naquilo que deles derivamos são menos sólidas, como se não houvesse propriamente um solo para caminhar-mos com segurança. Outras vezes esse cânones são tão claros que suas conclusões não são questionadas e tão seguros que o intérprete nem percebe o ônus em se justificar.

Flusser aponta como uma característica geral da linguagem científica, pela sua imaturidade, essa sensação de irrealidade quanto a suas proposições (Flusser, 1963). E é essa sensação, mormente quando tratamos de uma “ciência” ainda em sua infância, como a dogmática jurídica, que nos deixa perplexos quando falamos, por exemplo, em superar contradições que não existem.

BIBLIOGRAFIA

- ALCHOURRÓN, Carlos. *Logic of norms and logic of normative propositions. Logique et Analyse*, 12, n. 47, 1969.
- ALMEIDA, João Marcos. *Semânticas de traduções possíveis*. Tese de Mestrado defendida na Universidade Estadual de Campinas. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 1999.
- BAKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: rules grammar and necessity. An analytical commentary on the philosophical investigations*. Oxford: Blackwell. 1985. vol. 2.
- HACKER, P. M. S. *Wittgenstein on uman nature*. New York: Routledge, 1999.
- HINTIKKA, Jaakko. *Language games. Dialectica*, n. 3-4, 1977. vol. 31, p. 226-45.
- JØRGENSEN, Jørgen. *Imperatives and logic. Erkenntnis*, 7: 288-296, 1937/1938.
- KALINOWSKI, G. *Lógica del discurso normativo*. Madrid: Tecnos, 1975.
- KAY, P.; MCDANIEL, C. *The linguistic significance of the meaning of basic color terms. Language*, 54, n. 3, 1978, p. 610-646.
- KELSEN, Hans. *Reine rechtlehre*. 2. ed. Deuticke: Wien, 1960.

- ____. *Recht und logik*. Viena: Forum, 1965.
- ____. *Allgemeine theorie der normen*. Manz: Wien: 1979.
- KENNY, Anthony. Wittgenstein on the nature of philosophy. In: B. McGUINNESS (ed.). *Wittgenstein and his times*. University of Chicago Press, 1982.
- LUKASIWICZ, Jan. (1910). On the principle of contradiction in Aristotle. *Review of Metaphysics*, 1971. vol. 24, p. 485-509.
- MAKINSON, David. On a fundamental problem of deontic logic. In: P. McNAMARA; PRAKKEN (eds.). *Norms, logics and information systems*. Amsterdam: IOS, 1999.
- MALLY, Ernst. *Grundgesetze des Sollens*. Graz: Leuschner und Lubensky, 1926.
- MARANHÃO, J. S. A. *O discurso da dogmática jurídica*. [a aparecer em volume editado pela FGV em 2009]
- ____. Von Wright's Therapy to Jorgensen's Syndrome. In *Law and Philosophy*, 28:163-61. Springer, 2009b.
- MARGOLIS, E.; LAURENCE, S. *Concepts: core readings*. MIT Press, 1999.
- NOWAK, L. De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique. *Logique et Analyse*, 45, p. 65 es. 1969. PRIEST, G. *In contradiction: a study of the transconsistent*. Oxford: Clarendon Press, 2006.
- STENIUS, Erik. *The principles of a logic of normative systems*. *Acta Philosophica Fennica*, 16, 1963, p. 247-260.
- VON WRIGHT, NA; VON WRIGHT, G. H. *Norm and action: a logical enquiry*. London: Routledge & Keagan Paul, 1963.
- VON WRIGHT, 1989a; VON WRIGHT, G. H. A reply to my critics. In: *The Philosophy of Georg Henrik Von Wright* (eds.) P. SCHILPP AND L. HAHN. *Library of Living Philosophers*, v. XIX, 1989, p. 731-888.
- VON WRIGHT, NTL; VON WRIGHT, G. H. Norms, truth and logic. In: *Practical Reason. Philosophical Papers*. Oxford,: Basil Blackwell, n. 1, 1983, p. 130-209.
- WITTGENSTEIN, PI.; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. G. E. M. Anscombe and R. Rhees. Trad. J. C. Bruni. Nova Cultural, 1991. Col. Os pensadores.
- WITTGENSTEIN; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical grammar*. R.Rhees. (ed.) University of California Press, 1978.
- WITTGENSTEIN, LFM; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Wittgenstein's lectures on the foundations of mathematics*. Cambridge, 1939. C. Diamond (org.). University of Chicago Press, 1976.
- WITTGENSTEIN, RFM e Wittgenstein. Remarks on the foundations of mathematics. G. H. VON WRIGHT (ed.). R. Rhees and G. E. M Anscombe, trans. By G. E. M. Anscombe, Blackwell, Oxford, 1964.

ZIEMBINSKI, Zygmunt. La notion de rationalité du législateur. In: *Archives de philosophie du droit: formes de rationalité en droit*. Sirey, 1978.

2

Jus Cogens como aporia: o crepúsculo do direito internacional clássico

SAMUEL RODRIGUES BARBOSA

Doutor em Direito pela USP. Professor da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Filosofia do Direito

RESUMO: O artigo cuida dos discursos acerca do *jus cogens*. A defesa de normas internacionais cogentes exige uma nova compreensão da estrutura e fundamento do direito internacional que aponta para uma substituição do *jus publicum europaeum*.

PALAVRAS-CHAVE: *Jus cogens* – Kelsen – História das idéias.

ABSTRACT: The paper focuses on discourses about *jus cogens*. The defense of international peremptory norms demands a new comprehension of the international law structure and groundwork, which points to a replacement for the *jus publicum europaeum*.

KEYWORDS: *Jus cogens* – Kelsen – History of ideas.

SUMÁRIO: Introdução – 1. *Jus Cogens* como problema: o conceito e a disputa – 2. *Jus Cogens* como dilema: o fim da metafísica do direito na *Rechtslehre* de Kelsen – 3. *Jus Cogens* como aporia: à procura da “lógica de evolução do direito” – Bibliografia.

“Que o Príncipe, embora não esteja limitado pelas amarras da Lei, é, contudo servo da Lei, bem como da Eqüidade.”
(*John of Salisbury, Policraticus*)

INTRODUÇÃO

Em 1953, Hans Kelsen, em seu último curso em Haia, anuncia sem maior alarde a novidade:

“Le pouvoir de l’État de conclure des traités est en principe illimité dans le cadre du droit international général. L’État a donc la

compétence de conclure des traités sur n'importe quel objet, à la condition que le traité ne soit pas en conflit avec une norme du droit international général ayant le caractère d'un *jus cogens* et non celui d'un *jus dispositivum*" (Kelsen, 1953-doravante citado como TDIP).

Não fosse a condição firmada – consistência com o *jus cogens* –, esta caracterização sobre o poder de tratar dos Estados em nada acrescentaria aos seus dois cursos anteriores na Academia de Direito Internacional. E Kelsen estaria apenas reafirmando uma conclusão secular – o poder de firmar tratados é ilimitado, pode revogar, para as partes, quaisquer regras anteriores, costumeiras ou convencionadas.

Mas, nesta preleção, o jurista austríaco de Praga entra na disputa sobre a existência, no direito internacional, das mencionadas regras cogentes.¹ Afinal, não se poderia ser indiferente ante os sinais dos tempos. Neste mesmo ano, vem a lume o primeiro relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU² – incumbida de codificar a prática costumeira sobre os tratados. O *special rapporteur*, H. Lauterpacht, menciona pela primeira vez, em um projeto de codificação, a existências de regras internacionais com as características que lhe valerão a denominação de *jus cogens*.³ Em 1969, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados⁴ é aprovada com três regras acerca do *jus cogens*.⁵

Durante os trabalhos da Comissão e intensificado após a aprovação da Convenção, é produzida uma massa de escritos ora

1. Vale marcar a sinonímia, pacífica na literatura, de *jus cogens* com regras cogentes ou regras imperativas. Em alguns textos de língua inglesa, pode-se ler também "mandatory law".
2. Doravante denominada "Comissão".
3. No comentário ao art. 3.º, (Lauterpacht, 1953: 106) expõe: "but, as was perceived in the discussions of the Commission in connexion with the Code of Arbitral Procedure, there are certain rules and principles which are above and outside the scope of the *jus dispositivum* of the parties". Igualmente no comentário ao art. 15, o jurista britânico menciona a possibilidade de conflito entre um tratado com "overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy" (Lauterpacht, 1953: 155).
4. Doravante denominada "Convenção".
5. Arts. 53, 64, 66 alínea a. Para um sumário do modo de funcionamento da Comissão, ver (Ago, 1971: III, 298-331).

defendendo ora malsinando a recepção do *jus cogens* no direito internacional. Houve especialmente quem apontasse as controvérsias sobre as normas cogentes como uma das causas da demora da ratificação desta Convenção.⁶ Afinal, não se pacificam facilmente controvérsias quando elas dependem de razões fundamentais, o que foi o caso do *jus cogens*. O que vem a ser estas razões fundamentais, a manifestação do delegado da Itália nos debates na ONU sobre Convenção é uma boa aproximação: “a noção de *jus cogens* existia bem antes da fórmula da Comissão de Direito Internacional; ela tem profundas raízes no direito internacional e na idéia do direito natural que é sua fonte” (De Visscher, 1971: 5-11). Não será outra a razão do entusiasmo provocado em autores jusnaturalistas e a conseqüente reprovação dos positivistas. Robledo, entre os primeiros, pôde ver no *jus cogens* a realização da profecia do escolástico tardio, Francisco Vitoria.⁷ Por outro lado, o jurista Schwarzenberger atento ao modo de criação atomizado do direito internacional, recusa aceitar a inovação. Em outros termos, no debate sobre o *jus cogens*, os jusnaturalistas mostram entusiasmo com as regras cogentes, enquanto os positivistas duvidam de sua possibilidade. De resto, os positivistas continuam a glosar a matriz de início do século XX, quando von Liszt negou a tese de regras cogentes: “O direito internacional é um direito dispositivo. Ela não obriga o Estado de uma maneira absoluta” (Virally, 1966).

6. Esta opinião de (Gaja, 1981: III-279). Vale lembrar que a aprovação da Convenção em 1969, não significa sua ratificação, o que só ocorreu em 27.01.1980. O Brasil não ratificou a convenção, sendo que o parecer contrário de Haroldo Valadão, contribuiu para a recusa. Somente em 1992, a Convenção foi enviada pelo Executivo para o Legislativo para apreciação. Veja, a propósito (Rezek, 1998: 13).
7. “A vrai dire, le *jus cogens* est configuré ou préfiguré, pour ce qui est de ses traits essentiels, dans le texte prophétique de Francisco de Vitoria” (Robledo, 1981: 189). Robledo cita o que seria profecia de Vitoria: “Le droit des gens ne tire pas seulement sa force de la convention passée entre les hommes, mais il a force de loi. Le monde entier, en effet, qui, en quelque sorte, est une république, a le pouvoir de porter des lois équitables et adaptées au besoin de tous, telles que celles du droit des gens” (Robledo, 1981: 189). Robledo dedicou um curso em Haia especialmente sobre o tema do *jus cogens* (Robledo, 1981).

Mas, como Kelsen, positivista insuspeito, poderia ter se corrigido no terceiro curso em Haia, admitindo o *jus cogens*?

Nossa questão, pois, vem a ser: qual a relação entre o esforço de recepcionar o *jus cogens* e a aceitação de posições jusfilosóficas fundamentais: jusnaturalismo ou positivismo. Este modo de enquadramento do problema do *jus cogens* – em relação às posições de filosofia do direito – tem o antecedente no artigo notável de (De Visscher, 1971: 5-11). Em suas palavras finais: “Par l’introduction d’un *jus cogens*, la Conférence de Vienne a posé, en des termes de clarté nouvelle, le grand débat qui, depuis près d’un siècle, a dominé les positions doctrinales fondamentales. Au-delà des objections d’ordre technique, le *jus cogens* tend à placer au-dessus du pouvoir certaines valeurs supérieures, particulièrement celles qui tendent à l’instauration d’un ordre international respectueux des fins humaines” (De Visscher, 1971: 11).

Nossa hipótese é que o discurso sobre o *jus cogens* pode ser apresentado como um discurso aporético. Nosso objetivo é dar esta formulação e tirar suas devidas conseqüências após dois estágios preparatórios: *jus cogens* como problema e *jus cogens* como dilema.⁸ Neste itinerário, a teoria do direito de Kelsen tem posição de centralidade. Entre outros motivos, lembramos que seu programa não pode ser reduzido ao jusnaturalismo (o que é um truísmo), nem ao positivismo mais corrente (o que não é óbvio). Kelsen servirá, portanto, como um *pars pris* privilegiado em nosso questionamento. Vale dizer que a tônica da bibliografia específica sobre o *jus cogens* é doutrinária, mas a se supor pela hipótese acima, este ensaio ambiciona uma colocação disciplinar na filosofia do direito.

É preciso reconhecer que a categoria do *jus cogens* é totalmente periférica na teoria do direito internacional de Kelsen, o que não nos parece um óbice. Além de nos desembaraçar da discussão da literatura secundária sobre Kelsen, o *jus cogens* nos dará uma linha para a reconstrução dos princípios de sua teoria do direito internacional, praticamente inexistente entre nós.⁹ Ademais, bem formulada, a pergunta pelo conceito do *jus cogens* é o perene questionamento pelo fundamento do direito, que sem uma boa delimitação é impossível de ser colocado. O *jus cogens* permite isolar esta pergunta quer na doutrina

8. O que entendemos por problema, dilema e aporia estará estipulado no curso na exposição.

quer na teoria de Kelsen. Por fim, durante nosso percurso, a mudança de ênfase se fará sentir, pois seremos obrigados a reconstruir da discussão sobre as regras cogentes em domínios disciplinares diferentes.

1. *JUS COGENS* COMO PROBLEMA: O CONCEITO E A DISPUTA

Se nos ocupasse a dogmática, o ponto de partida necessário para uma exposição doutrinária seria a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.¹⁰ Vamos igualmente iniciar com o texto do art. 53, ainda que nosso horizonte, nesta investigação, seja outro. Esta regra servirá de índice para uma primeira aproximação à categoria do *jus cogens*.¹¹ Procederemos, na seqüência, à reconstrução da posição sistemática desta categoria nos relatórios da Comissão de Direito Internacional¹² para chegarmos ao conceito do *jus cogens*; na segunda seção desta parte, trataremos das disputas doutrinárias. Vejamos o que a Convenção prescreve:

“Art. 53: Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de Direito Internacional geral (*jus cogens*): É nulo todo o tratado que, no

9. Entre os poucos autores nacionais que lidam com a teoria kelseniana do direito internacional, citamos (Câmara Filho, 1948: 70-91) e (Solon, 1997). Como exemplo de discussão internacional mais recente sobre a parte do *corpus* kelseniano que exploraremos, citamos o artigo de (Zollo, 1998).
10. Como exemplo de trabalhos dogmáticos, vale deixar assinalado os dois trabalhos escritos no Brasil, especificamente sobre o *jus cogens*, de que temos conhecimento: o de João Grandino Rodas e o de Vera Lúcia Viagas. Como exemplo de um trabalho doutrinário exemplar sobre a Convenção, (Capotorti, 1971, III: 417-587). Sobre a necessidade de vinculação da dogmática com o direito positivo, uma referência clássica encontramos em (Kant, 1993: 27): “O *jurista* erudito não busca as leis que garantem o *meu* e o *teu* (se, como deve, proceder como funcionário do governo) na sua razão, mas no código oficialmente promulgado e sancionado pela autoridade suprema”.
11. Ao escolhermos este modo de apresentação, também propomos uma delimitação. Para formularmos nosso questionamento, *jus cogens* como aporia, não vamos discutir a configuração completa que esta categoria adquiriu com a Convenção de Viena. Discutir, por exemplo, em pormenor, o que foi conhecido como *jus cogens* superveniente não é oportuno, faremos uma menção a este complicador quando o argumento o exigir.

momento da sua conclusão, é incompatível com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é a que for aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto como norma à qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por um nova norma de Direito Internacional geral com a mesma natureza.”

O problema da consistência ou compatibilidade entre normas (o tratado e o *jus cogens*) está explícito no título do artigo acima. De fato, é sob a rubrica da consistência que sempre se introduziu nos relatórios a categoria do *jus cogens*.¹³ O problema da consistência pode ser brevemente traduzido como: *entre normas conflitantes no tempo qual subsiste?* Por subsistir, entenda-se gozar de obrigatoriedade *hic et nunc*. O art. 53 responde para *um* caso: se uma das normas for imperativa, esta permanece válida (obrigatória)¹⁴ e a outra será declarada

12. A Comissão de Direito Internacional é órgão da ONU, criado pela Assembleia Geral para promover, *inter alia*, a codificação do direito internacional. Em sua primeira seção em abril de 1949, o tema do direito dos tratados encabeçava a lista de prioridades. A função de *special rapporteur* coube a uma sucessão de juristas britânicos. O primeiro, James Leslie Brierly, se demite em 1951 sem apresentar nenhum relatório. O professor Hersch Lauterpacht apresenta dois relatórios no período de 1951 a 1954, quando ocupa esta função. Após sua nomeação para a Corte Internacional de Justiça, seu lugar é ocupado por Sir Gerald Gray Fitzmaurice que dedica cinco relatórios à matéria no período de 1955 a 1960. Até então, os relatórios elaboravam uma codificação para servir de baliza à atividade das chancelarias. Com a saída de Fitzmaurice para ocupar uma vaga na Corte Internacional de Justiça, a Comissão escolhe Sir Humphrey Waldock para elaborar um projeto para servir de base a uma convenção, ampliando-se o escopo da codificação. De 1962 a 1964, são redigidos mais três relatórios que são apresentados pela Comissão aos governos. A partir das observações, consolida-se uma proposta que é aprovada pela Comissão em 1966. Encaminha-se à Assembleia Geral que convoca uma conferência diplomática para examinar o projeto e decidir por uma convenção. Após duas seções de plenipotenciários em Viena, em março/maio de 1968 e abril/maio de 1969, Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados está aprovada e aberta a assinaturas em 23.05.1969. Para maiores explicações sobre o trabalho da Comissão, cf. (Reuter, 1970), e, entre nós, (Nascimento e Silva, 1971).

nula¹⁵ por um processo específico previsto em outros dispositivos da Convenção. A norma imperativa, portanto, não admite derrogação (perder a validade) senão por outra norma imperativa futura (o *jus cogens* superveniente).

Quando a discussão é posta em termos de *validade*, o que está em jogo é, primeiramente, como se criam direitos e obrigações. A resposta unanimemente aceita em todos os relatórios foi que o acordo entre as declarações de vontades dos Estados cria direitos e obrigações, isto é, reconhece-se a base contratual do tratado, o que lhe vale a denominação de direito internacional convencional.¹⁶ Mas, e este é o segundo ponto, quais as condições de validade que devem também ser preenchidas para que as declarações de vontade sejam consideradas fontes de direito, isto é, geradoras de direitos e obrigações? Nulidade é um “defeito” que atinge a validade do tratado e o torna inapto para gerar obrigações. O *jus cogens* se refere a uma específica condição de validade dos tratados.

Para indicarmos as condições exigidas e uma conceituação do *jus cogens*, vamos procurar sua localização sistemática. Escolhemos os relatórios de Sir G.G. Fitzmaurice por apresentarem um conceito

13. Para não sobrecarregar a exposição, não será feita a comparação exaustiva de todos os relatórios. As referências têm a função de clarificação conceitual apenas. Não nos interessa mostrar a evolução de concepções entre os relatórios. (Robledo, 1981), é a principal referência para a pesquisa evolutiva.
14. A sinonímia entre validade e obrigatoriedade é feita sem mais neste ensaio. A razão é que os relatórios da Comissão, repetindo a compreensão dominante entre os autores da teoria do direito, entre eles Kelsen, apoia-se nesta equivalência. Para uma análise das dificuldades desta aproximação, vide (Ferraz Jr., 1997: cap. 3).
15. Ambas não podem permanecer válidas, pois poderia gerar uma antinomia. Se não são conflitantes não é o caso de inconsistência e não incide o art. 53.
16. Para ficarmos com um exemplo, Lauterpacht propõe a seguinte redação para o art. 1 da codificação: “Treaties are agreements between States, including organizations of States, intended to create legal rights and obligations of the parties”. Lauterpacht afirma a base contratual de qualquer tratado mesmo contra a controversa distinção entre tratados contratuais e tratados-lei (Lauterpacht, 1953: 99).

complexo de validade.¹⁷ Com efeito, desde os relatórios de Fitzmaurice, o problema das condições de validade do tratado é discutido como 1. validade formal; 2. validade essencial; 3. validade temporal. Como veremos, a categoria do *jus cogens* se referirá ao tema da validade essencial. Aqui merece apenas breve menção os problemas discutidos nos quesitos formal e temporal. A validade formal abrange as condições a serem preenchidas na conclusão de um tratado. A validade temporal define as condições para identificar se um tratado ainda tem duração, isto é, um tratado que não foi modificado ou extinto.

Quanto à validade essencial, o art. 6.º do projeto de Fitzmaurice enumera quais as questões que estão em jogo. Sobre o tipo de condição envolvida, podemos indicar (i) os requisitos acerca do status das partes, (ii) os requisitos acerca da origem e método da procuração do tratado e (iii) os requisitos acerca do objeto do tratado; sobre o tipo de defeito envolvido com a falta destes requisitos, podemos indicar respectivamente (i) defeitos de capacidade, (ii) defeitos de origem ou procuração e (iii) defeitos de conteúdo; e sobre o tipo de efeito produzido por estes defeitos, podemos indicar respectivamente (i) inexistência do tratado, (ii) vício do tratado e (iii) inefetividade do tratado.

Seja um tratado concluído regularmente (o que isto significa depende da análise das condições de validade formal) e que não foi extinto regularmente (o que isto significa depende da análise das condições de validade temporal), para que seja *hic et nunc* considerado válido e portanto obrigatório, é necessário que sejam cumpridos os requisitos de validade essencial. Quando se alega que o tratado é

17. Em nossa exposição nos interessará o terceiro relatório, de 1958, código oficial: A/CN.4/115. Doravante denominado *Relatório 1958*. É necessário, todavia, dizer que a maioria dos trabalhos doutrinários sobre o *jus cogens* partem dos relatórios de Waldock. Há várias razões que motivam esta preferência. Em primeiro lugar, é a partir dele que a Comissão travou suas discussões, que consolidou definitivamente a expressão *jus cogens* contra expressões favoritas, como “ordem pública”. E os relatórios de Waldock sistematizam a categoria do *jus cogens* diretamente a partir da noção de nulidade e não da noção de validade como faremos. Ocorre que estamos interessados, menos na reconstrução evolutiva das discussões, do que na clarificação conceitual do *jus cogens*, para depois organizarmos as disputas. Os relatórios de Fitzmaurice nos leva mais diretamente à compreensão do sistema das regras sobre tratados.

incompatível com uma norma imperativa (*jus cogens*), caso previsto pelo art. 53 da Convenção, o fundamento da denúncia é a falta de um requisito acerca do objeto do tratado (iii), o que por um defeito do conteúdo, gera a inefetividade do tratado. Esta será uma primeira conclusão sobre a posição sistemática da categoria: *jus cogens* é caso das regras sobre validade essencial, referente ao objeto/contéudo do tratado.¹⁸

Para uma segunda conquista sistemática, precisamos reconhecer quais as regras propostas sobre os requisitos referentes ao objeto. Quatro dos seis artigos que definem os requisitos sobre objeto cuidam do problema do conflito entre normas no tempo. Tecnicamente, no direito dos tratados, este é chamado de problema da “legalidade do objeto”, isto é, objeto legal é o conteúdo de uma regra que é consistente com regra anterior. Vejamos os casos previstos pelo relatório: (1) conflito entre tratado e norma de direito internacional (art. 17), (2) conflito entre tratado e tratado (art. 18), (3) conflito entre tratado e tratado multilateral (art. 19). Desta simples enumeração, uma suspeita de redundância poderia ser levantada. Se tratado é norma internacional, qual a diferença específica entre o caso 1 dos demais?

Fitzmaurice reservou o art. 17 para o conflito de tratado com norma anterior cogente, dando a solução que depois foi aceita pela Convenção: a nova obrigação do tratado não pode ser válida (obrigatória) se conflitante (inconsistente) com uma obrigação cogente. Vale dizer que uma norma cogente pode ser posta por diferentes modalidades: expressa em um tratado, como pode ser pelo direito costumeiro ou por um princípio geral do direito (positivado em decisões pretéritas). Se se tratar de conflito entre tratado e tratado anterior cogente, este não será o caso 2 ou 3, mas o caso 1. O caráter de “cogência”, portanto, vem a ser uma propriedade de uma norma internacional. Nossa segunda conquista sistemática vem a ser: *jus cogens* é a qualidade da norma internacional (convencional ou não) que derroga tratado inconsistente.

Quanto ao tópico da identificação destas regras – presumivelmente espinhoso como veremos logo abaixo – Fitzmaurice ensaia ainda um princípio: “a feature common to them, or to a great many of

18. Durante a exposição, não nos deteremos sobre os efeitos. Mas será digno de relevo que o *jus cogens* é problema de conteúdo.

them, evidently is that they involve not only legal rules but considerations of morals and of international good order” (Fitzmaurice, 1958: 41). O que isto significa, após exemplos, Fitzmaurice conclui, sem maiores razões, que as regras cogentes não raro são aquelas instituídas para proteção individual.

Deixemos sumariados alguns resultados e observações. O *jus cogens* é regra imperativa, o que lhe garante primazia no caso de inconsistência com tratado. Vale distinguir que imperatividade não é sinônimo de obrigatoriedade. Todas as normas internacionais são obrigatórias, a imperatividade é uma propriedade suplementar que, vale insistir, garante que uma norma internacional imperativa (*jus cogens*) não é derogada senão por outra norma imperativa posterior. O objeto do tratado pode possuir qualquer conteúdo desde que consistente com os conteúdos imperativos de outras normas internacionais. Uma última observação que pode ser obscurecida devido à ênfase da exposição anterior em conceituar o *jus cogens*: as regras internacionais cogentes são excepcionais, todos os relatórios da Comissão são concordantes em afirmar que, no plano internacional, em princípio, estamos diante de uma regras dispositivas (*jus dispositivum*).

Após a conceituação do *jus cogens*, nos parágrafos seguintes desta seção isolaremos alguns dos principais *topoi* sobre as regras imperativas, a partir das disputas doutrinárias. Avaliamos que este modo de apresentação é particularmente frutífero. Textos dogmáticos não podem ser medidos unicamente por uma leitura estrutural, sob pena de se perder o móbil do esforço construtivo dos juristas. A dogmática não está à serviço da verdade, mas é formulada para preparar uma decisão. A força da intervenção da dogmática depende muito dos lugares-comuns em que se apoia para argumentar e persuadir.¹⁹

Em manifestação tardia, de 1983, Prosper Weil escreve um artigo polêmico (Weil, 1983: 413-442), renovando a *querelle* sobre o *jus cogens*.

A teoria sobre *jus cogens* é uma das iniciativas dogmáticas ao lado de outras (v.g. a teoria sobre obrigação *erga omnes*) que “fragilizam

19. Esta “solução” metodológica de como lidar com textos doutrinários é tributária de uma específica teoria da argumentação (Theodor Viehweg) e de uma conceituação da dogmática (Tercio Sampaio Ferraz Jr.).

o direito internacional como sistema normativo no desempenho de suas funções”. Vejamos inicialmente as funções.

Weil identifica para o direito internacional moderno as funções de gerir a diferença e promover a coexistência dos Estados soberanos, os sujeitos *par excellence* do direito internacional, que não contam com a mediação superior (como a do Império universal ou a do papado, lembraríamos nós). A fonte possível de direitos e obrigações é o acordo entre os Estados: o sistema normativo só pode emergir dos acordos entre os Estados – formulação que ainda seria válida. Ao focar a “estrutura” da sociedade internacional como a relação entre os Estados soberanos que travam uma interação voluntária, Weil está expressando um dos principais *topoi* da disciplina, *o direito internacional moderno possui fontes voluntaristas*. No exemplo que o autor cita do célebre caso Lotus: “The rules of law binding upon States... emanate from their own free will.”, Weil retira o nexa que fundamental para seu argumento: “absent voluntarism, international law would no longer be performing its functions”.

Uma vez que Weil assume como necessária a estrutura exclusivamente voluntarista da ordem internacional, sua recusa do *jus cogens* fica clara. O *jus cogens* introduziria limitações a este exercício da vontade dos Estados soberanos, isto é, não seria qualquer acordo de vontades apto para gerar obrigações, mas somente aqueles cujo objeto não é inconsistente com uma norma cogente anterior. Parece assim que o *jus cogens* apontaria para um tipo de estrutura da ordem internacional diferente da sociedade de Estados soberanos, o que Weil não pode aceitar.²⁰

Weil ainda ataca diretamente o *jus cogens* sob outro flanco, a “estrutura” do sistema de normas internacionais. Postular a existência de regras com a misteriosa propriedade de “cogentes” é debilitar o sistema de normas, pois algumas normas possuiriam um reforço à

20. De fato, a base do pronunciamento favorável ao *jus cogens* por parte do governo da Holanda foi a necessidade de mudar a noção de fundamento de obrigatoriedade do tratado baseado simplesmente nas declarações de vontade do Estado, sem considerações ulteriores sobre a legalidade do conteúdo. Vide Egon Schwelb, (Schwelb, 1967). Logo, o receio de Weil, de que o *jus cogens* vai na contramão da estrutura da ordem internacional, tem algo de arrazoado.

obrigatoriedade, com um regime de solução diferenciado. Com efeito, “the international normative system has traditionally been characterized by its unity: whatever their formal origins (custom or conventions, for example), whatever their object or importance, all norms are placed on the same plane, their interrelations ungoverned by hierarchy, their breach giving rise to an international responsibility subject to one uniform regime” (p. 424). A estrutura do sistema jurídico não é hierárquica: as normas estão no mesmo plano. O alcance deste posicionamento deve ser medido com a concepção de Kelsen sobre o sistema jurídico (cf. seção abaixo).

Charles de Visscher, em seu artigo já citado, aponta uma das objeções freqüentemente trazida à baila: o conteúdo do *jus cogens* é indeterminado. É ainda sempre lembrado que a Comissão não pôde chegar a um consenso sobre quais os conteúdos típicos do *jus cogens*, a ponto de ter sido abandonada a proposta de colocar no projeto da Convenção qualquer catálogo de regras imperativas.

No plano doutrinário, Alfred Verdross publicou, em 1937 (Verdross, 1937), um artigo emblemático em defesa do *jus cogens*. É geralmente citado como o texto inaugural do debate contemporâneo sobre as regras imperativas.

Verdross, comentando uma proto-codificação²¹ sobre direito dos tratados, constata uma lacuna: falta uma regra regulando o conflito entre tratado e direito internacional geral (o problema da consistência das normas internacionais). Mas formular uma regra como esta, implica em assumir a limitação ao poder de tratar dos Estados. A questão de princípio, então, é se existem, no direito internacional geral, regras com o caráter de *jus cogens*. Se a resposta for afirmativa, tais regras são inderrogáveis por tratado posterior e, existindo conflito com tratado, é este que perde a validade. Se a resposta for negativa, o

21. Em 1935, Harvard Research in International Law publica uma proposta de codificação sobre direito dos tratados (Verdross, 1935). Vale lembrar que a codificação do direito dos tratados fora ensaiada pela Convenção de Havana de 20.02.1928, da qual o Brasil foi signatário junto com outros países latino-americanos.

tratado cria novas obrigações derogando, para as partes, qualquer direito anterior.

Verdross mobiliza argumentos para defender a existência da regra cogente. No texto percebe-se uma ambigüidade no uso da categoria: (1) *jus cogens* é o princípio geral que proíbe o Estado de concluir tratados *contra bonos mores*, (2) *jus cogens* é este mínimo ético (*bonos mores/bons costumes*) que não pode ser derogado por tratados. Se o princípio (1) é válido, decorre a necessidade de individualizar o seu conteúdo (2). O principal *topoi* deste artigo será que o objeto do tratado deve ser lícito. A licitude aqui expressa a consistência do tratado com a moralidade.

Mas qual o fundamento desta postulação? Verdross afirma encontrar o princípio que declara a nulidade dos tratados *contra bonos mores* na experiência quer do direito interno quer do direito internacional. Não poderia ser de outra maneira: a proibição de tratado (ou qualquer norma *contra bonos mores*) “is the consequence of the fact that every juridical order regulates the rational and moral coexistence of the members of a community. No juridical order can, therefore, admit treaties between juridical subjects, which are obviously in contradiction to the ethics of a certain community” (Verdross, 1937: 572). Verdross defende aqui o nexó entre a finalidade da regulação jurídica e a moralidade compartilhada em uma comunidade.

De posse deste nexó entre direito e moral, Verdross pôde deduzir a solução a o caso de conflito entre as normas de tratados e o fim (implícito) de todo o direito positivo: a nulidade desta norma. Em suas palavras, “The law of civilized states starts with the idea which demands the establishment of a judicial order guaranteeing the rational and moral coexistence of the members. It follows that all those norms of treaties which are incompatible with this goal of all positive law –a goal which is implicitly presupposed– must be regarded as void”. (Verdross, 1937: 574)

Com isso, foi firmado o que destacamos acima como princípio (1). Verdross guiado pela prudência (ou em suas palavras, *using the utmost prudence*) formula os princípios correspondentes à ética comum e universal da comunidade internacional (o princípio 2):

“Maintenance of law and order within the states, defense against external attacks, care for the bodily and spiritual welfare of citizens at home, protection of citizens abroad.” (Verdross, 1937: 574)

Vale observar que, em 1937, as faculdades intuitivas de Verdross não o guiaram a firmar os direitos dos homens (como o catálogo que conhecemos hoje) como direitos cogentes.

Podemos sumariar dizendo que qualquer tratado inconsistente com estes princípios é nulo. O mínimo ético descoberto é inderrogável pelo acordo de vontade dos Estados. Que haja este fundo comum ético, é a finalidade do direito que confere certeza. *Parece existir o jus cogens. Decorre da teleologia moral do direito positivo.*

Verdross, em 1966, volta ao círculo em defesa de seu artigo pioneiro, bem como dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional.

Um novo critério é proposto para definir as regras cogentes:

“They do not exist to satisfy the needs of the individual states but the higher interest of the whole international community.” (Verdross, 1966: 58)

Este princípio foi retirado de uma sentença da Corte Internacional de Justiça. Há, pois, uma diferença marcante neste artigo, Verdross já dispõe de um extenso material legislativo e decisões, sobre os quais pode exercer um esforço construtivo, o que não era possível em 1937. O principal resultado é agrupar formas típicas das regras cogentes, que obedecem ao critério proposto, como se segue: 1. tratados que preservam direitos de terceiros estados; 2. tratados e outras normas com propósito humanitário; 3. normas introduzidas pela Carta da ONU que regulam o uso da força, bem como definem os atos de crime do plano internacional.

Destaca-se com nitidez neste trabalho a extensão do catálogo das normas cogentes, que estão expressas no *corpus* do direito convencional. Se no primeiro trabalho, Verdross só pôde contar com o apoio frágil de princípios descobertos pela sua prudência. No pós-guerra, o publicista pode intuir inclusive linhas evolutivas de positividade, v.g. direitos humanos e direito penal internacional. *Parece existir o jus cogens, os próprios tratados positivados o revelam.*

Optamos em escolher os *topoi* segundo a hipótese de que os defensores das normas imperativas estão mais próximos de matizes

jusnaturalistas. A argumentação de Verdross é exemplar neste ponto. Já os detratores ou céticos são ciosos de premissas positivistas, especialmente em sua forma conhecida como a variante voluntarista do positivismo. Enquanto Verdross apela para argumentos teleológicos, os positivistas como Weil estão atentos à facticidade da prática internacional dos Estados Soberanos.

A aposta de colocar o debate em termos de ou jusnaturalismo ou positivismo tem apoio no artigo, já citado, de Charles de Visscher. Levando em conta copiosa documentação, De Visscher mostrou que o horizonte dos juristas na Comissão era o de discussão dos fundamentos, mais do que uma aquisição dogmática. Como opiniões representativas deste espírito, citamos duas posições. O delegado alemão afirmou que a adoção do *jus cogens* “impõe de um exame da doutrina positivista”. Charles Rousseau reconhece que o art. 53 da Convenção faz “um apelo à considerações de direito natural”.

Uma questão é problemática “quando uma comparação das alternativas nos permite delimitar o campo de soluções. Problema é, pois, uma questão cujo limite é dado pelas diferentes possibilidades, estruturadas como alternativas.”²² Diremos, então, que estamos diante de um *problema*, toda vez que para uma dada pergunta, a única resposta certa está entre uma das alternativas que se apresentam. Neste ensaio, a pergunta vem ser: “como é possível o *jus cogens* no direito internacional?” As alternativas possíveis, indicadas pelas disputas são: ou o jusnaturalismo (e a resposta é afirmativa, em defesa do mínimo ético do direito) ou o positivismo (e a resposta é negativa, em defesa da liberdade de tratar). Diante de um problema, precisamos aprofundar o estudo das alternativas para decidir por uma delas. Adiaremos esta tarefa em razão de uma pergunta em aberto: Kelsen afirma a possibilidade do *jus cogens*, a despeito de seu positivismo. Precisamos prosseguir no questionamento para compreendermos como o positivismo kelseniano franqueia a aceitação do *jus cogens*.

O ensaio na seqüência se apoia consideravelmente em Kelsen, na época que as preocupações com o direito internacional estavam em primeiro plano. Cuidaremos especialmente os cursos de 1926 e 1953 em Haia (vide nota *infra*), bem como a primeira edição da *Teoria Pura*

22. Estipulação proposta por (Ferraz Jr., 1997: 18).

do *Direito* de 1934 (as referências à 2. edição são subsidiárias). Mas vimos acima que utilizamos trabalhos de autores posteriores a 1953, e o artigo de Weil é de 1982. Estes argumentos serão discutidos a partir dos trabalhos de Kelsen que são anteriores. Nossa justificativa é que a discussão a seguir pôde prescindir a cronologia para se fixar na ordem lógica dos argumentos. Weil, em 1982, continuará um representante de argumentos positivistas do final do século XIX.

2. *JUS COGENS* COMO DILEMA: O FIM DA METAFÍSICA DO DIREITO NA *RECHTSLEHRE* DE KELSEN

Como se compreende a categoria do *jus cogens* a partir do positivismo kelseniano? Para chegarmos à resposta, nesta seção discutiremos qual a estrutura que Kelsen assinala para o sistema jurídico internacional, nos quadros da investigação da teoria do direito como ciência. A conclusão parcial é que Kelsen pôde aceitar o *jus cogens* em razão da estrutura do sistema jurídico, ainda que nenhum conteúdo possa ser fundado *a priori*. Esta resposta em nossa tradução significará que as disputas sobre o *jus cogens* parecem assumir os traços de um dilema, não de um problema.

Uma vez que nas disputas anteriores o direito internacional assumia os contornos de um sistema de regras (Weil, por exemplo, quer defender este sistema de uma rarefação promovida por graus de normatividade), antes de vermos como também para Kelsen direito é sistema, vejamos uma posição que duvida da sistematicidade do direito internacional. A posição de Hart, pedra no meio do caminho, afirma não haver sistema possível no debate sobre direito internacional. E que as disputas anteriores são escolásticas.

Uma reflexão mais detida sobre o direito internacional não está ausente nas obras de teoria geral do direito, Hart não é exceção. O campo do direito internacional é promissor para avaliar o sucesso das definições sobre o direito, formuladas, não raro, com o empréstimo das categorias direito interno. Aí reside o problema; Hart será céptico às tentativas de exagero das “analogias de estrutura” entre o direito internacional e o estadual.

Importa, de antemão, fazer uma precisão. O capítulo que encerra o influente *The Concept of Law* de 1961 (tradução portuguesa Hart, 1986) e que cuida do direito internacional, ataca uma espécie de

ceticismo. Hart identifica como cético o autor que nega o caráter de obrigatoriedade do direito internacional e lhe assinala como gênero próximo, a moral internacional²³. Dois entraves prático-conceituais, segundo Hart, tornam este tipo de indagação cética recorrente: (i) a inexistência de sanções centralmente organizadas; (ii) o tema de como um Estado *soberano* pode estar limitado por obrigações internacionais.²⁴ Não cabe discutir aqui como Hart pretendeu dissolver estes estraves. Interessa-nos discutir como ele se posiciona em face das tentativas de construção de modelos doutrinários para o direito internacional, à semelhança daqueles de onde extraímos os lugares argumentativos sobre o *jus cogens*. É, em razão, de seu posicionamento sobre tais tentativas que lhe imputaremos um ceticismo de outra espécie.

Vejamos uma passagem sobre o direito internacional:

“As regras aplicáveis aos Estados se assemelham àquela forma simples de estrutura social, composta apenas de regras primárias de obrigação, a qual, quando descobrimos nas sociedades de indivíduos, nos acostumamos a contrastar com um sistema jurídico desenvolvido. É na verdade sustentável, como iremos mostrar, que o direito internacional não só não dispõe de regras secundárias de alteração e de julgamento que criem um poder legislativo e tribunais, como ainda lhe falta uma regra de reconhecimento unificadora que especifique as ‘fontes’ do direito e que estabeleça critérios gerais de identificações das suas regras” (Hart, 1986: 230).

Regras primárias são regras para a conduta que estatuem obrigações e proibições. Regras secundárias são de três modalidades: (i) as que regulam o processo de criação das regras primárias e (ii) seu processo de aplicação, em ambos os casos designando os órgãos com competência jurídica, bem como (iii) a regra de reconhecimento, que indica quais as fontes produtoras de direito. O direito internacional não disporia de regras secundárias, notadamente lhe faltaria a regra de reconhecimento. Seria, pois, exagero comparar as ordens jurídicas interna e internacional se há uma diferença central de estrutura. Afinal,

23. Esta é, a exemplo, a posição do jurista Austin.

24. Estes problemas serão objeto da teoria do direito internacional de Kelsen.

“o direito internacional consiste simplesmente em um *conjunto* de regras primárias de obrigação separadas” (Hart, 1986: 249). Tais regras primárias continuam vinculativas, desde “que sejam aceites e funcionem como tal” (Hart, 1986: 252).

Porém, é curioso encontrar, no próprio Hart, as razões da obstinação em procurar regras secundárias no direito internacional. Regras primárias independentes não formam um sistema. A consequência que precisamos tirar daí é que a ausência de regras secundárias proporciona sérios inconvenientes à identificação das obrigações e proibições, especialmente em um contexto secularizado e plural.

Nada mais natural, portanto, supor que a dogmática se lançasse a cumprir suas responsabilidades práticas —a de fundamentar a pluralidade das regras primárias em um cosmos— do que suspender o juízo enquanto o fático desenvolvesse *in fieri* suas regras secundárias.²⁵

O título retumbante “O fim da metafísica do direito” faz justiça, porém, à empresa de grades proporções de Hans Kelsen (1881-1973). Quando, em 1934, no balanço de duas décadas de investigação, Kelsen pôde constatar que o programa de pesquisas havia recebido adesões, podendo-se falar em uma “Escola”, a Escola de Viena.²⁶ A alcunha do programa não é outro senão Teoria Pura do Direito. Em uma ordem, dar cabo da metafísica é fazer do direito uma ciência. Em primeiro plano há a metafísica do direito natural, mas também a teoria jurídica positivista do século XIX estava enredada em postulados metafísicos. Qual o sentido em se falar em metafísica do direito será respondido após a reconstrução do programa kelseniano.²⁷

25. O ceticismo desta espécie não se sustenta mais. Desde a publicação da análise de Hart, importantes câmbios estruturais já ocorreram no direito internacional, como a multiplicação do número de tribunais internacionais, a definição de processos para solução de litígios (inclusive com duplo grau de jurisdição, como na OMC). Estes são fatores de declínio da autotutela que informava a compreensão de Hart. Tais câmbios parecem indicar um “adensamento de jurisdição da arena internacional”. Nada mais oportuno, portanto, do que acompanhar a formulação dos modelos positivistas para o direito internacional. Vide, a propósito, o capítulo V de (Lafer, 1998).
26. Este balanço está no prefácio à primeira edição de (Kelsen, 1934).
27. O que chamamos de reconstrução é limitada aos pontos-chaves à medida que possamos ter uma compreensão de sua aceitação do *jus cogens*.

Uma vez que nosso interesse se dirige para o domínio do direito internacional nossa ênfase recai, principalmente, sobre o primeiro e o último dos três cursos de Kelsen proferidos na Academia de Direito Internacional em Haia.²⁸

De início, vejamos a posição reservada pela teoria do direito internacional no sistema kelseniano. A teoria do direito internacional público de Kelsen é desenvolvida dentro dos marcos de uma teoria geral do direito (a Teoria Pura). A teoria geral não é a compreensão de normas do direito internacional ou de um direito estatal determinado, antes fornece o quadro categorial e os princípios metodológicos para as teorias sobre as ordens jurídicas concretas. A teoria do direito internacional e a teoria do direito estatal são semelhantes neste ponto: não são gerais e com nexos em uma teoria geral.²⁹ A teoria geral define-se positivamente pela preocupação em definir a natureza do direito, suas formas típicas e sua estrutura.³⁰ A teoria do direito internacional, por sua vez, se dirige para a interpretação das particulares normas do direito internacional, a partir das noções e princípios da teoria geral.

28. O primeiro curso, intitula-se *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public* (Kelsen, 1926) doravante citado como *Rapport de Système*. O terceiro curso (Kelsen, 1953), que estamos citando o como TDIP. Não trabalharemos com o segundo curso, que ainda está na órbita de considerações do curso de 1926. Nem nos dedicaremos ao seu *Principles of International Law* de 1952. Preferimos, pois, a última formulação da teoria do direito internacional público de Kelsen que, tendo sido proferida na Academia de Haia, fez-se oportuno ter em linha de comparação seu primeiro curso nesta Academia. A propósito, o repertório bibliográfico compulsado e discutido neste ensaio paga o tributo aos cursos desta Academia, que é substancialmente representativo da autocompreensão dos publicistas acerca do direito internacional.
29. É o que se lê na introdução do curso de 1953: “une théorie du droit international a pour objet un ordre juridique concret. Elle est ainsi comparable à une théorie du droit français ou du droit suisse. Elle se rattache à la théorie pure du droit, qui est une théorie générale du droit, dans la mesure où elle applique ses principes et utilise ses notions fondamentales” (TDIP: 8).
30. Estes três temas foram destacados enfaticamente no artigo de 1941 (Kelsen, 1997).

Dito assim, não fazemos justiça às extensas partes dos cursos ministrados em Haia. É que eles excepcionalmente realizam a tarefa interpretativa de normas particulares. Vez ou outra Kelsen se refere a algum tratado específico; a bem da verdade, o que foi denominado acima de teoria da ordem juridicamente concreta Kelsen desenvolveu em comentários ao direito positivo.³¹ Os cursos, muito embora recebam a denominação de teoria do direito internacional, ainda se encontram, preponderantemente, no domínio da teoria geral do direito. Quando Kelsen assinala que as normas do direito internacional não estão no mesmo plano, mas em escalões, esta formulação é propriamente a repetição da teoria geral. A teoria do direito internacional dá um segundo passo, que não é ainda a particular interpretação de normas jurídicas, a saber, a indicação de como as normas costumeiras e convencionais se distribuem entre os escalões. Outro exemplo é a discussão da relação entre direito estatal e direito internacional, que ocupa boa parte dos cursos – não se trata de como uma Constituição determinada recepciona as normas internacionais, antes se trata da discussão da relação entre as ordens normativas como tal. De resto, esta discussão é reproduzida nas duas edições da *Teoria Pura*, o que vem indicar nossa hipótese: os cursos de direito internacional são complexos:³² há a interpretação de normas particulares do direito internacional, há proposições de teoria geral do direito, há proposições do que vamos denominar de teoria geral do direito internacional. O que chamaremos abaixo de teoria do direito internacional é a teoria geral do direito internacional. Quando o caso for de teoria de uma ordem concreta, falaremos em dogmática ou doutrina do direito internacional.³³

Kelsen chama a atenção, na introdução ao curso de 1953, para a vantagem de sua teoria do direito internacional ser dependente de

31. Como exemplo o monumental comentário à Carta da ONU de 1950. O objeto de direito positivo está, pois, delimitado, não se trata do direito positivo enquanto tal.
32. A obra *Teoria Pura do Direito* é igualmente complexa: além da teoria geral, há proposições de antropologia, teologia política e de outras disciplinas.
33. Dogmática jurídica é expressão usada por Kelsen para este propósito, Cf. comentários de Stanley Paulson a sua tradução para o inglês da 1. ed. da *Teoria Pura do Direito*.

uma teoria geral “conscientemente formulada” (*TDIP*, 7). É Kelsen, mais do que qualquer outro seu contemporâneo, quem formula uma teoria do direito e torna fecundo o seu uso ao domínio de uma ordem concreta. Mas o mérito maior parece estar na exigência colocada para o programa de investigação: adquirir o estatuto de *ciência*.³⁴ A elucidação do significado deste estatuto vem na seqüência, quando pontuarmos um princípio fundamental da Teoria Pura aplicado à investigação da teoria do direito internacional. Reservamos para o parágrafo seguinte as noções fundamentais que interessam à nossa investigação.

O “princípio metodológico fundamental” do programa kelseniano é o princípio da pureza.³⁵ Pura é a teoria que respeita os limites do objeto e do modo de conhecer. Para a aplicação deste princípio metodológico, porém, previamente deve estar garantida a autonomia da ciência do direito *vis à vis* as outras ciências, o que não era pacífico à época em que foi gestada a Teoria Pura. Nas várias ocasiões³⁶ em que Kelsen apresenta o contexto de formulação de seu programa, o estado da *Jurisprudencia* é o de confusão com a psicologia, a sociologia, a ética, entre outras disciplinas. Em uma palavra, havia o *sincretismo* entre áreas do conhecimento.³⁷ De modo, que nem se tem claro qual objeto e qual método particulares da ciência do direito. Relacionar a função da sanção com o receio dos destinatários, deve-se ao sincretismo com a psicologia; confundir validade e eficácia ou a norma e um fato sensorialmente perceptível deve-se ao sincretismo com a sociologia; desconhecer a especificidade dos atos de coerção é perder a diferença

34. Como referência, basta citar na *TDIP*, 5: “La technique spécifique du droit international ne peut être exposée qu’après avoir défini les notions fondamentales de ce droit, à savoir les notions à l’aide desquelles on peut *comprendre et décrire de façon scientifique* les faits qui se présentent sous le nom de droit international” (grifo meu). Estas noções fundamentais são recebidas da Teoria Pura, cuja primeira formulação é de 1911.

35. Utilizamos a *Teoria Pura do Direito*, 1. ed. Trad. inglesa Stanley Paulson. Doravante citado como *RR1*.

36. Cf. o início do primeiro capítulo das duas edições da *Teoria Pura do Direito* (Kelsen, 1960: 14 – doravante citado como *RR2*).

37. Kelsen encontra uma justificativa para o sincretismo: os objetos destas ciências possuem conexão com o direito.

específica entre o direito e a moral. Em questões de método, o princípio da causalidade era hegemônico até mesmo nas descrições jurídicas.

O modo de apresentação favorito de Kelsen para dar os passos da autonomização da ciência do direito é primeiramente distinguir o direito da natureza, em seguida o direito da moral.³⁸ Reconstruir em detalhe estes dois passos sai fora dos limites deste ensaio. Ficaremos com os resultados.³⁹

(1) Em todo fenômeno classificado como direito podem ser distinguidas duas parcelas: o sentido (norma) e o fato. O sentido existe como uma idealidade (*Geist*) separada do sistema da natureza, onde espaço-temporalmente todos os fatos estão encerrados. O objeto da ciência do direito é o sentido, não os fatos.

(2) Há a idealidade jurídica (uma norma jurídica existe) e há a idealidade moral (uma norma moral existe). Afirmar a conexão destes dois domínios implica em aceitar que a norma jurídica deve ser criada segundo o critério de um valor moral absoluto – o valor da justiça é este critério moral por excelência para o direito.⁴⁰ Kelsen denomina de metafísica o caráter transcendente do valor absoluto, a justiça além da experiência. Para a metafísica não há conhecimento, valores absolutos não são objetos de conhecimento. Mas a idealidade jurídica não é transcendente, e a Teoria Pura não é metafísica: a experiência é o direito positivo dado à cognição, mais precisamente, “dado à cognição como tarefa” (*dem Erkennen aufgegeben*; *RR1*, 18). A distinção entre direito e moral é, portanto, condição para se falar em ciência do direito. Desde 1911, o caminho perseguido por Kelsen para a aquisição da

38. É o caminho das duas edições da *Teoria Pura do Direito*.

39. As passagens que nos apoiamos é a *RR1*: cap. 3.

40. Em uma bela expressão síntese de Hart sobre a justiça, “trata-se da mais jurídica das virtudes e da mais pública delas” (p. 182). Haveria documentação abundante em Kelsen para fundamentar esta correlação. Lembramos uma menção: o opúsculo “O problema da justiça”, que enquanto importante problema para a *política jurídica*, não para a Teoria Pura, foi colocado como apêndice da *Teoria Pura* (2. ed.). Neste trabalho, Kelsen discute as várias fórmulas da justiça legadas pela tradição e, na segunda parte, sua relação com as doutrinas do direito natural.

autonomia de conhecimento do direito *qua* ciência é o caminho transcendental, de expressa formulação kantiana.⁴¹

A categoria transcendental de dever-ser (*Sollen*) assegura, a um tempo, a esfera de sentido irreduzível ao fato natural e, distinto do sentido absoluto do valor moral, o sentido “especificamente jurídico”. Longe de ser corrente os argumentos transcendentais na filosofia jurídica no primeiro quartel do XX, a orientação dominante valia-se da categoria transcendente⁴² de dever-ser. Nesta categoria, o nexos entre a idealidade do sentido jurídico e a idealidade do sentido moral está preservado: quando se representa uma obrigação jurídica, seu caráter de dever não está livre das representações de correção, bondade, justiça. A força vinculante da obrigação é representada com apoio a critérios metafisicamente fundados.⁴³

A compreensão dos *data* jurídico (material direito positivo) é possível *a priori* pela categoria transcendental do dever-ser (*Sollen*). O entendimento reconstrói a partir dos *data* uma *Rechssatz* que é uma juízo hipotético: Se H é, então S dever-ser (onde “H”, é um evento e “S”, uma sanção).⁴⁴ É o conjunto das *Rechtssatz* o objeto da ciência do direito. Os imperativos do legislador são o material primário dado à cognição como tarefa.⁴⁵ A categoria do dever-ser não tem por fonte a experiência, antes é a possibilidade de interpretar dados da

41. O conceito de norma legal que será o tema da passagem seguinte “is cognitively and theoretically transcendental in terms of the Kantian philosophy, not metaphysically transcendent” (*RR1*, 25). O conceito transcendente ultrapassa os limites da experiência possível, como a postulação de um valor absoluto que exige uma autoridade supra-humana.
42. A expressão é de Kelsen, que no cerne da primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, contrasta a filosofia transcendental – o programa da Teoria Pura de colocar as condições para se conhecer o direito como ciência – da filosofia transcendente – com raízes nas teorias jusnaturalistas e influenciadora da teoria positivista tradicional.
43. A obrigatoriedade do dever-ser jurídico não é imanente à experiência jurídica, mas vem da idealidade moral.
44. “The 'ought' designates a relative *a priori* category for comprehending empirical legal data. In this respect, the 'ought' is indispensable, lest the specific way in which the positive law connects material facts with one another not be comprehended or expressed at all.” (*RR1*, 25).

experiência com o sentido de dever-ser. A *Rechtssatz* como esquema de interpretação da conduta humana. Vale completar que por “descrição da norma”, Kelsen entende esta tarefa construtiva. Kelsen enfatiza o caráter formal desta categoria. Nenhuma experiência pode, pelo seu conteúdo, ser previamente excluída de receber uma interpretação jurídica.

Se há uma ciência do direito com um objeto próprio e um método próprio, o princípio da pureza pode ser aplicado. A exigência de pureza é cumprida se se evita o sincretismo de métodos e se atém o “direito em seu sentido imanente”, sua “significação normativa específica”, a saber, o *Sollen*. Pode-se falar em sincretismo se a investigação se dirige a conhecer os condicionantes históricos, econômicos, morais e políticos que determinam o “conteúdo” do direito positivo. Que existam estes condicionantes, cada ciência especifica o afirma. Mas a teoria do direito enquanto Teoria Pura distingue o conhecimento dirigido às normas jurídicas do conhecimento das causas históricas, econômicas, morais e políticas de sua criação. Enquanto teoria científica não lhe cabe a tarefa de justificação de conteúdos em apoio a um valor moral, nem a função de decidir sobre a justiça ou injustiça do direito positivo. Pureza é atributo do método de conhecer, que distingue o *quid* do fenômeno jurídico distinto de suas causas e de suas finalidades (TPDI, 7-8).

Direito como ciência é a palavra de ordem contra a doutrina do direito natural e a teoria positivista que resvala para o normativismo desta doutrina. Fazer do direito uma ciência encontrava a resistência nestas posições doutrinárias. Em 1960, na segunda edição de sua *Teoria Pura do Direito*, inteiramente refundida, Kelsen relata sobre esta concorrência de ponto vista:

45. Compare com a passagem seguinte: “the Pure Theory does this not by understanding the legal norm, like the moral norm, as an imperative – the usual approach of traditional theory– but by understanding the legal norm as a hypothetical judgment (*hypothetisches Urteil*) that expresses the specific linking of a conditioning material fact with a conditioned consequence. The legal norm becomes the reconstructed legal norm (*Rechtssatz*) with exhibits the basic form of positive laws.” (RR1, 23).

“Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico”.

A metafísica do direito natural alberga a pretensão de definir, a partir de um valor, um conteúdo justo para o direito positivo, valor este que serve de medida para a avaliação do material positivado. O melhor candidato é o valor justiça que possui uma posição central para compreendermos o direito natural. O que a passagem afirma ainda é que está metafísica se favorece da confusão entre os fins da ciência (limitada a propósitos descritivos) e os fins da política (com alcance valorativos). Por outro lado, Kelsen não aceita diretamente os resultados do positivismo dos Oitocentos, como poderia sugerir a leitura isolada da seguinte caracterização, em 1934, do programa da Teoria Pura: “ela pode ser entendida como um desenvolvimento ou desimplificação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência positivista do século XIX”. O positivismo que antecede Kelsen incorre em três problemas: (1) não é claro que haja uma ciência do direito com método e objeto autônomos, mas várias disciplinas concorrem com a *Jurisprudencia* na compreensão do direito positivo; (2) não é clara a separação entre os propósitos descritivos da ciência e os propósitos prescritivos da política jurídica; (3) no plano conceitual, o esforço construtivo da teoria positivista é tributária de vários dualismos, que servem a propósitos políticos.⁴⁶

Até aqui, temos duas posições sistemáticas: ciência do direito em relação às demais ciências e a teoria do direito internacional em relação à ciência do direito. Podemos supor que o marco conceitual da Teoria Pura pode servir para demarcar com fio vermelho as

46. O exemplo inequívoco do uso político das duplicações dos conceitos é a discussão sobre o dualismo direito objetivo e direito subjetivo. A autonomia do direito subjetivo se presta a uma função de preservação do direito absoluto à propriedade. Outros dualismos importantes são: Estado e Direito (vide *infra*).

proposições metafísicas recepcionadas pela internacionalística. Como exemplo de uma afirmação trivial, podemos mencionar: “a obrigatoriedade última de uma norma internacional é o acordo de vontades entre os Estados”, sendo que o “costume é um acordo tácito de vontades”. Proposições como estas estão presentes em todos os relatórios sobre o direito dos tratados.

Uma noção central da Teoria Pura é o escalonamento da ordem jurídica, o que nos levará a discutir outra categoria transcendental, a norma fundamental (*Grundnorm*). De partida, vamos conceder que as normas positivas internacionais são ou costumeiras ou convencionadas (tratados). Perguntamos, então, qual o fundamento de obrigatoriedade destas normas, ou por que elas devem-ser? A resposta não pode fazer apelo a motivos estranhos ao direito, sob pena de não cumprirmos a exigência de pureza. Assim, por “fundamento de obrigatoriedade”, não podemos compreender motivos de ordem psicológica (temor com os efeitos do uso dos canhões ou carabinas de posse do Estado), nem ainda uma compreensão não-normativa elaborada em alguma teoria da sociedade. Vejamos, por outro lado, as respostas puras.

Responder esta pergunta para o tratado é mais fácil do que para o costume. O fundamento validade (obrigatoriedade) de uma norma é uma norma superior que regula seu processo de criação.⁴⁷ Ou mais precisamente, no caso dos tratados, responder sobre o fundamento é indicar qual norma superior que atribui a significação de obrigatoriedade ao consentimento dos Estados. Trata-se de uma norma costumeira, ordinariamente formulada como *pacta sunt servanda* (os pactos devem-ser). É, pois, o direito costumeiro o fundamento de validade dos tratados. Com esta resposta, Kelsen está se referindo, no curso de

47. Vale lembrar que este sentido para “fundamento” preserva a compreensão do fenômeno jurídico do sincretismo com outras formulações estranhas ao direito. Ela apenas sugere que as normas de um sistema não pertencem ao mesmo plano, mas guardam relações hierárquicas. Não entra em consideração quais os móveis possíveis que influenciam os órgãos criadores do direito, isto levaria a razão para fora dos limites de seu objeto.

1953, ao escalonamento: as normas do direito internacional costumeiro são superiores ao direito convencional. Formam dois escalões portanto.

A mola da dúvida não deve se dirigir para a aparente simplicidade desta resposta. Kelsen apenas está cumprindo a exigência de pureza. A dúvida pertinente vem a ser: esta interpretação apenas corresponderá a alguma plausibilidade se responder qual, então, o fundamento de validade do costume – se conseguir permanecer dentro dos limites do seu objeto. Vale adiantar que a solução não poderá ser da mesma natureza que a anterior, pois não há norma positiva superior a ser buscada.

“Quelle est alors la raison de validité du droit international coutumier? Pourquoi une norme de ce droit a-t-elle un caractère obligatoire? Une théorie positiviste, c'est-à-dire une théorie qui ne recourt pas à une autorité transcendante, n'a pas de réponse à cette question. Elle se borne à constater qu'en affirmant qu'un Etat est juridiquement obligé de se comporter de la manière dont les autres Etats se comportent habituellement, on suppose que la coutume internationale est un fait créateur de droit. Une telle affirmation est un hypothèse pour l'interprétation des relations internationales. Elle n'a pas le caractère d'une norme de droit positif; car elle n'a pas été créée par un acte de volonté. Elle est une norme supposée ou hypothétique. En tant que fondement du droit coutumier elle a le caractère d'une norme fondamentale.” (*TDIP*, 129)

Esta citação algo intrincada merece ser elucidada, segundo os passos que se seguem:

(1) A formulação pretende manter-se adstrita aos limites de uma teoria positiva, o que significa recusar o apelo a uma autoridade transcendente. Apenas o costume e o tratado são normas do direito internacional. Afirmar a existência de normas superiores a estas, de onde o direito positivo retira sua força obrigatória, é aceitar premissas do direito natural. As mais influentes respostas para o problema da obrigatoriedade do costume apelam para objetivações fora da experiência, do direito positivo, a exemplo do espírito do povo e a solidariedade social. Kelsen recusa estas soluções que retomam a indistinção entre norma e fato, favorecendo o sincretismo com a sociologia.

(2) O fundamento de validade do costume não pode ser respondido com o mesmo recurso da validade do tratado, pois se o direito costumeiro é o escalão mais elevado do sistema do direito internacional, não há outra norma positiva superior que regule o processo de criação do costume. Vimos, ainda, que as soluções metafísicas estão descartadas. Constata-se, todavia, que condutas habituais dos Estados geram obrigações. Ocorre que esta proposição pode sugerir uma derivação da validade do dever-ser (*Geltung/Sollen*) da norma a partir de uma facticidade (*Sein*) o que remete novamente à indistinção norma e fato. E a Razão no uso jurídico estaria ultrapassando os limites da cognição de seu objeto. Como lidar com esta situação? A passagem citada afirma que hipoteticamente, “se supõe” que o costume é fato criador de normas internacionais. O que isto significa depende do esclarecimento do que vem a ser a norma fundamental. A citação fornece algumas das propriedades da norma fundamental do direito internacional: não é posta por um ato de vontade, antes é suposta, pressuposta. Kelsen em seu curso de 1953 aplica a noção de norma fundamental ao domínio do direito internacional. Não encontramos aqui ulteriores esclarecimentos desta categoria. Para tanto, é necessário buscar as referências Teoria Pura.

Como a categoria do *Sollen*, a norma fundamental é de uso transcendental. Para que o sistema jurídico seja válido, é necessário pressupor uma norma que confira ao ato do primeiro legislador o sentido de devido (*Sollen*). A partir deste ato, inicia a cadeia de validade expressa na noção de escalonamento. Desde que não se queira recorrer ao fato (realidade natural) ou a uma autoridade supra-humana, só se pode interpretar em sentido jurídico específico os *data* empíricos se se pressupor a norma fundamental. Kelsen acredita estar esclarecendo os pressupostos transcendentais da teoria jurídica que não apela para referentes metafísicos. Ou nas palavras de Kelsen, “The Pure Theory of Law is not aiming to inaugurate a new method for jurisprudence. The Pure Theory of Law aims simply to raise to the level of consciousness what all jurists are doing (for the most part unwittingly) when, in conceptualizing their object of enquiry, they reject natural law as the basis of the validity of positive law, but nevertheless understand the positive law as a valid system, that is, as norm, and not merely as factual contingencies of motivation. With the doctrine of the basic norm,

the Pure Theory of Law analyses the actual process of the long-standing method of cognizing positive law, an attempt simply to reveal the transcendental logical conditions of that method” (RR1, 58).

A norma fundamental no direito internacional atribui obrigatoriedade (*Sollen*) ao costume que, por sua vez, atribui obrigatoriedade ao tratado. Quer o costume, quer o tratado são normas positivas. A diferença reside no fato que o costume é criado de modo não deliberado e descentralizado, ao passo que a norma convencional é conscientemente votada e decidida pelos sujeitos que funcionem como órgãos da comunidade jurídica. Além de fundamento de obrigatoriedade e fonte do direito *par excellence*, a norma fundamental é princípio de unidade das normas jurídicas, pode-se conhecer/reconstruir os *data* como sistema.

Kelsen sumaria nossa exposição na seguinte passagem:

“Le droit créé par des institutions internationales et notamment par des tribunaux internationaux tire sa validité des traités qui ont établi ces institutions et ces traités eux-mêmes tirent leur validité de la norme coutumière du droit international général *pacta sunt servanda*. Les normes coutumières du droit international général constituent le degré supérieur dans la structure hiérarchique de l’ordre juridique international. Leur raison de validité doit être cherchée, comme nous l’avons déjà indiqué, dans une supposition fondamentale, dans une hypothèse attribuant à la coutume établie par la pratique des Etats la qualité de fait créateur de droit. Une interprétation juridique des relations entre Etats suppose donc la norme que les Etats doivent se conformer à la coutume établie par la pratique des Etats.” (TDIP, 171)

Nesta citação, o escalão das normas internacionais foi completado com o conjunto das decisões dos tribunais e outras instituições internacionais. O cerne da passagem precisa ser suficientemente destacado: é condição de possibilidade de uma interpretação especificamente jurídica a pressuposição de uma norma fundamental que interpreta com costume como fato criador do direito. Esta pressuposição não é livre da experiência, mas se refere a uma “prática” já constituída. É condição para a interpretação desta prática. Outro ponto importante é que nesta descrição não está pressuposta a aceitação de algum valor informador da conduta dos Estados, pois não se postula nem se deduz um conteúdo obrigatório para o

costume. Com a norma fundamental, a Teoria Pura pode definir sistema normativo. A pluralidade das normas positivas forma uma unidade, na medida que a validade de todas as normas pode ser remontada à norma fundamental. Os tratados com fundamento no costume, e este com fundamento na norma fundamental formam uma unidade sistemática e hierárquica. A resposta esta completa, pois seria uma falsa questão saber porque os destinatários “se sentem” obrigados. Isto seria psicologia e ultrapassaríamos os limites do objeto jurídico e a razão cairia em uma metafísica.

Já dispomos dos elementos para compreender a concepção de Kelsen sobre o poder de tratar. Tratado é definido como “un accord de volonté qui doit se manifester par des signes ou des mots du langage oral ou écrit. Il est une manifestation de volonté émanant de deux ou plusieurs États, la volonté de l'État étant exprimée par un individu qui agit en sa qualité d'organe de l'État” (TDIP, 132-133). Os tratados, pois, têm base contratual, dependendo da quantidade das declarações serem bilaterais ou multilaterais. A questão decisiva, já decidida nas passagens citadas acima, será indicar o pertencimento do tratado ao sistema jurídico. Que o acordo de vontade seja condição para a obrigatoriedade do tratado, Kelsen não nega. A positividade do tratado assenta-se nas declarações de vontades. Mas o entabulamento do acordo, apto a gerar direitos e obrigações para os Estados, não é condição suficiente para a validade dos tratados. Mas é uma norma superior que atribui vinculatividade ao acordo de vontades.⁴⁸ O acordo de vontades é *condictio sine qua non* para se falar em tratado, mas a norma costumeira *pacta sunt servanda* é a *condictio per quam*.⁴⁹ Este posicionamento de Kelsen em relação à vontade nos franqueia a

48. Com efeito, “Les Etats on le pouvoir de conclure des traités, car le droit international général les autorise à en conclure. Ils ont le pouvoir de s'imposer par des traités des obligations réciproques et de se conférer des droits, parce que et dans la mesure où le droit international général oblige les Etats à observer les traités qu'ils ont conclus et à exécuter les obligations qui y sont stipulées. En concluant un traités les Etats contractants appliquent une norme du droit international coutumier, à savoir la norme *pacta sunt servanda*” (TDIP, 133).

49. Esta linguagem das condições só fica claramente demarcado na exposição sobre a norma fundamental na RR2.

possibilidade de compreender as razões de sua aceitação do *jus cogens*, o que faremos no parágrafo seguinte.

Em duas passagens do curso de 1953, Kelsen discute a possibilidade do *jus cogens*.

(1) “Le pouvoir de l’État de conclure des traités est en principe illimité dans le cadre du droit international général. L’État a donc la compétence de conclure des traités sur n’importe quel objet, à la condition que le traité ne soit pas en conflit avec une norme du droit international général ayant le caractère d’un *jus cogens* et non celui d’un *jus dispositivum*. Le droit international particulier peut limiter la compétence de conclure des traités. Ainsi les membres d’une organisation internationale peuvent être tenus de ne pas conclure des traités incompatibles avec le traité constituant l’organisation (art. 20, alinéa 1 du Pacte de la Société des Nations.” (TDIP, 137)

Nesta primeira discussão, o poder de tratar dos Estados, em princípio ilimitado, é discutido para dois casos: (i) sua limitação em razão de direito internacional geral e (ii) sua limitação em razão de direito internacional particular. A norma do direito internacional geral que limita o poder de tratar é denominada *jus cogens*, em oposição do *jus dispositivum* (as normas do direito internacional sem a competência para limitar a competência dos Estados). O que vem a ser direito internacional geral e direito internacional particular, a passagem seguinte fornece alguns elementos.

(2) “Une autre question concernant le domaine de la validité matérielle des traités est celle de savoir si un traité peut exclure l’application de normes du droit international général, ou, pour reprendre la terminologie habituelle, si un traité en opposition avec des normes du droit international général peut être considéré comme valable. Cela revient à se demander si les normes coutumières du droit international général ont le caractère d’un *jus cogens* ou celui d’un *jus dispositivum*. La théorie traditionnelle du droit international ne donne pas un réponse claire à cette question. Des auteurs affirment que les États ont à cet égard une liberté complète ou quasi-complète. D’autres sont d’avis qu’un traité en opposition avec des principes universellement reconnus du droit international est nul et non-avenue, mais il ne précisent pas et ne peuvent pas préciser les normes du droit international général qui auraient le caractère d’un *jus cogens* et dont

l'application ne pourrait pas être exclue par un traité. Il est probable qu'un traité par lequel deux ou plusieurs Etats se libéreraient mutuellement de l'obligation de ne pas occuper une partie de la haute mer serait tenu pour nul et non-avenue par un tribunal international compétent pour se prononcer sur un tel point." (TDIP, 150)

Kelsen inicia com o problema da consistência entre direito costumeiro e tratados. Como vimos na primeira parte deste ensaio, a temática do *jus cogens* igualmente se refere ao problema da compatibilidade entre normas. Com efeito, para responder ao problema da consistência, o que está em jogo é se normas costumeiras podem possuir a característica de *jus cogens*. Kelsen não encontra uma resposta clara entre os doutrinadores (o que já constatamos): há os que defendem a liberdade de tratar (notadamente positivistas, diríamos nós) e há os sustentam a nulidade de tratado em conflito com o direito costumeiro (jusnaturalistas, diríamos nós).

Nas duas passagens Kelsen aceita o *jus cogens*, seu exemplo na segunda é inequívoco. A chave para entendermos recepção está na noção de escalonamento: o direito internacional costumeiro está em escalão superior em relação a um tratado qualquer, bem como o tratado constitutivo da Sociedade das Nações. Como a vontade não é a fonte última da obrigatoriedade do direito dos tratados, mas é reportada a uma norma superior, é possível aceitar que haja uma limitação ao poder de tratar por parte do direito internacional geral (escalão superior). Kelsen pode, a um tempo, admitir a importância do acordo de vontade para a criação do tratado e aventar a limitação à liberdade de tratar.

Porém, Kelsen continua positivista: a descrição da ordem escalonada com fundamento em uma norma fundamental (condição transcendental para a interpretação do direito como sistema) é a descrição positivista *qua* ciência. Mas para nos precavermos de colocar Kelsen junto dos jusnaturalistas defensores do *jus cogens*, gostaríamos de chamar a atenção para a ênfase da segunda passagem em afirmar a impossibilidade dos defensores do *jus cogens* de indicar quais as normas que possuem este caráter. Após o percurso que fizemos pelo programa kelseniano, podemos sustentar que indicar o conteúdo não pode ser uma tarefa do conhecimento, mas é tarefa de criação do direito. Não é por outra razão que, no exemplo dado, é o tribunal internacional que

decide sobre a existência do costume, e a teoria do direito internacional quando dá o exemplo está indicando apenas a probabilidade da decisão. Reconhecer o *jus cogens* não é apanágio da metafísica do direito natural, a não ser que se exija a intuição do conteúdo privilegiado destas regras cogentes, o que Kelsen, evidentemente, não faz. Kelsen não pode ser colocado entre aqueles interessados em teorizar sobre a “legalidade do objeto”, falar em legalidade do objeto é fazer política e está fora da tarefa exclusivamente cognoscitiva da teoria.

Uma precisão deve ser feita. Kelsen, sem dúvida, faz a sinonímia entre direito internacional geral é direito costumeiro.⁵⁰ Ocorre que não seria fazer justiça ao alcance do argumento kelseniano sobrevalorizar a redução do *juscogens* ao direito costumeiro. Em primeiro lugar, uma vez que Kelsen pôde recepcionar esta categoria com base em um argumento de estrutura, a solução é extensiva para responder o problema da consistência entre tratados, desembaraçando-nos do ceticismo do positivismo tradicional que preserva a liberdade de tratar ilimitada, a exemplo do artigo citado do tratado da Sociedade das Nações. Ademais, quando Kelsen, em seu curso de 1953, definiu o direito internacional geral como exclusivamente costumeiro, a razão dada era que “car aucun traité ne lie tous les Etats du monde (à moins de considérer la Charte des Nations Unies comme un tel traité)”. Em princípio, portanto, é possível conceber um tratado como integrante do direito internacional geral, o que hoje já é reconhecido devido ao crescimento do número de tratados multilaterais.

“Um dilema é uma questão que ultrapassa o limite das alternativas, isto é, uma questão onde a comparação das alternativas nos obriga a abandonar o campo de possibilidades” (Ferraz Jr., 1997b: 18). Diremos que estamos diante de um *dilema*, toda vez que para uma dada pergunta, as duas alternativas que se apresentam ou ambas dão a resposta ou ambas não dão a resposta. Neste ensaio, a pergunta vem ser: “como é possível o *jus cogens* no direito internacional?” As alternativas possíveis, indicadas pelas disputas são: ou o jusnaturalismo (e a resposta é afirmativa, em defesa do mínimo ético do direito) ou o positivismo (e a resposta é negativa, em defesa da liberdade de tratar).

50. Isso é afirmado igualmente em outras passagens, onde se esclarece, por outro lado, que o direito internacional particular pode ser costumeiro ou convencional (TDIP, 121).

Kelsen, porém, mostrou que as alternativas que se apresentam são imprestáveis para uma descrição do direito como ciência e portanto devem ser descartadas. Porém, a categoria das regras cogentes é possível do ponto de vista da ciência. Não precisamos mais aprofundar as duas alternativas (exigência colocada com a formulação *jus cogens* como problema) é que elas não se revelarão como alternativas, pois estamos diante de um dilema. A exigência agora é outra: diante de um dilema precisamos de ampliar o repertório das respostas, isto é, seria o caso de se perguntar por outra vertentes positivistas e jusnaturalistas. Adiaremos esta pergunta porque a aceitação de Kelsen do *jus cogens* não deixa de provocar um incômodo.

Afinal, ao não nos dizer qual o conteúdo do *jus cogens*, não se perdeu por completo a compreensão desta regra? Nos exemplos citados, não há justificção de conteúdo, sugerindo que um tipo de *jus cogens* contingente, por assim dizer. Longe da ousadia de buscar um princípio para deduzir as regras imperativas, como estava presente em Verdross, Kelsen parece esvaziar a fecundidade desta categoria, ainda que a estrutura do sistema do direito internacional o leve a aceitar a possibilidade de sua existência, contra Weil. O modo como o *jus cogens* pode ser pensado nos marcos de uma teoria positivista como a de Kelsen parece, pois, frustrante. Curiosa esta razão que entrevê uma estrutura da comunidade internacional não limitada, ainda que baseada, pelo acordo de vontades, mas que não pode explorar a fecundidade prática da razão anunciada pelos jusnaturalistas. Em Kelsen, não há dúvida, este anúncio é apenas uma quimera. A razão conhece a forma, não prescreve qualquer conteúdo. Talvez com esta leitura ganha nova luz a assertiva de Robledo, que em seu curso em Haia dedicado ao *jus cogens*, colocou Kelsen entre os defensores das normas imperativas, mas, sem dizer o porquê, o caracterizou como um defensor “não muito entusiasmado” (Robledo, 1981: 72). Para enfrentarmos o incômodo, devemos continuar a reconstrução da teoria de Kelsen.

3. *JUS COGENS* COMO APORIA: À PROCURA DA “LÓGICA DE EVOLUÇÃO DO DIREITO”

Uma passagem, reproduzida literalmente em vários escritos de Kelsen, distribuirá os temas desta parte do ensaio.

“Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e a ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda se não pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo do Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas –justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular.” (RR1: 111; RR2: 437)

Veremos na seqüência a que tipo de centralização Kelsen está mencionando como traço de toda evolução técnico-jurídica. Reservaremos um parágrafo para a discussão do que vem a ser a presente “unidade cognoscitiva de todo o Direito” e outro para o significado da “formação de um Estado mundial”.

Kelsen chega ao conceito de centralização a partir da comparação de dois estágios: de um lado, o direito de sociedades primitivas e o direito internacional e, do outro, o direito estatal. No primeiro, não encontramos a autonomização de órgãos para criar e para aplicar normas gerais. Nos termos de Kelsen, não existe uma “divisão do trabalho”, antes a criação das normas se dá por via consuetudinária e sua aplicação fica a cargo dos próprios súditos (autodefesa), ao passo que, no direito estatal, um órgão legislativo central e tribunais competentes respondem por estas tarefas. Dependendo do grau de definição dos órgãos autônomos, podemos falar em maior centralização. Nos termos de Kelsen:

“Le seul trait qui la distingue de la sanction propre du droit étatique est que le droit international n’institue pas une procédure destinée à établir objectivement que les conditions d’application de la sanction sont bien réunies, et, en particulier, une instance objective, une juridiction devant laquelle cette procédure serait poursuivie. C’est l’État lésé qui, en tant qu’organe de la communauté internationale dont il en reçoit le pouvoir, doit appliquer lui-même la sanction prévue contre l’État coupable. En cela, le droit international souffre

incontestablement d'une imperfection technique, qui toutefois ne fait pas qu'il ne soit un véritable droit. Il est encore dans l'état où foute à ses origines le droit étatique. Chez le peuple primitifs, où subsiste l'institution de la 'vendetta', c'est encore celui dont les intérêts ont été lésés qui est autorisé contre le délinquant. Il agit bien alors comme organe de la communauté, dont il ne fait qu'exécuter la volonté. Ce n'est qu'à un stade relativement avancé que l'application de la sanction est enlevée à l'intéressé pour devenir la fonction exclusive d'une catégorie déterminée d'individus, les juges." (*Rapport de Système*, 317-8)

A diferença entre o direito internacional e o direito estatal não reside na ausência de sanções no plano internacional. A guerra e a represália são as sanções típicas do direito internacional. A diferença reside no estado da técnica. Na ordem internacional, o sujeito que sofre o ilícito deve ele próprio perseguir a reparação ou punição. Não existe uma "divisão de trabalho", isto é, um órgão que cria o direito (sistema de normas), órgão que verifica o caso captado pela norma como ilícito, órgão que executa a sanção prescrita pela norma. Neste sentido, as sanções internacionais estão próximas da vendetta. A "imperfeição técnica" do direito internacional é análoga à situação do direito primitivo. Apontando para uma idéia de evolução, Kelsen afirma que o direito estatal possuía tais propriedades em sua "origem". Em outra citação do curso, Kelsen se expressa, sem deixar dúvidas, à respeito do que seria uma "lógica de evolução" (*Rapport de Système*, 245) da ordem jurídica. Trata-se de uma lógica centralização.⁵¹

A noção de centralização serve para distinguir o direito estatal dos outros direitos descentralizados. Em Kelsen há uma sinonímia, do ponto de vista da Teoria Pura, entre Direito e Estado. O Estado não é concebido como um poder anterior e criador do direito. A razão só conhece normas. Kelsen redefine Estado como a própria ordem jurídica: seu território é o domínio de validade espacial das normas jurídicas, sua população é o domínio de validade pessoal das normas e seu poder é a eficácia de suas normas. Se todo Estado é uma ordem jurídica, nem toda ordem é Estado. A noção de centralização vem marcar justamente a especificidade da ordem-jurídica-Estado.

51. Deixamos em aberto o quanto a afirmação de uma "lógica de evolução" implica na aceitação de argumentos teleológicos.

A exigência de descrição unitária do fenômeno jurídico tem suas raízes na teoria da ciência de que lança mão Kelsen.⁵² Só há um objeto (todas as normas do direito positivo), falar em duas esferas jurídicas autônomas implicaria em duplicidade do objeto, levando a dificuldades incontornáveis. O princípio da unidade do conhecimento, junto do princípio da pureza, estão no cerne do programa de investigação kelseniano. O critério para guiar a reconstrução unitária é a dissolução dos conflitos aparentes.⁵³ Bem cedo, Kelsen se encontrou com um problema favorito para a publicística européia que lhe serviria de campo para ensaiar uma reconstrução unitária. Este problema era o da relação entre direito internacional e direito estatal. O curso de 1926, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, investiga as possíveis relações entre os sistemas de normas do direito interno e do direito internacional, para advogar uma construção unitária (teoria monista): esta descrição deveria mostrar que os conflitos usualmente são aparentes.

Ao propor uma hipótese monista, Kelsen está polemizando com a representação dominante entre os publicistas que separa dois sistemas normativos. Segundo a construção dualista, o Estado é soberano para a ordem estatal, prescrevendo regras para os indivíduos subordinados ao seu domínio. No plano internacional, o Estado é o destinatário das regras, sendo um sujeito não subordinado a nenhuma outra ordem soberana, portanto independente – as regras são contratuais, o que preserva a coordenação. Kelsen assevera que, caso os sequazes do dualismo levassem às últimas conseqüências o que está implicado em suas premissas, esta teoria se mostraria enredada em várias dificuldades. Um exemplo eloqüente é que não é possível afirmar, ao mesmo tempo, que dois Estados são soberanos, como não é possível afirmar, ao mesmo tempo, que existem dois deuses *supremos*.⁵⁴

52. Vide o prefácio de Hans Kelsen, (s.d.), *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*. Trad. italiana de Agostino Carrino. Milano: Giuffrè.

53. Como no caso da relação entre Direito e Moral o conflito é irresolúvel, ao mesmo tempo não se representar a validade de uma norma moral e de uma norma jurídica.

54. Para análise das várias contradições do dualismo, cf. *Rapports de Système*, terceiro capítulo.

Preservando-se a unidade, há duas formulações possíveis, dependendo do referencial adotado. Ou o monismo como primazia da ordem estatal ou o monismo com primazia da ordem internacional. Na hipótese com primazia da ordem estatal, um Estado- é o referencial: sua constituição é a base para o reconhecimento da existência dos outros Estados, bem como para recepcionar as normas internacionais. O fundamento de validade da ordem internacional é a ordem estatal. Na hipótese com primazia da ordem internacional, é a norma fundamental internacional o referencial: é com base do direito internacional que se reconhece a existência de um Estado e que se coordena os vários Estados. O fundamento de validade da constituição está em uma norma internacional. O Estado é uma ordem parcial do direito internacional.

Ambas as hipóteses são verdadeiras e preservam a unidade do conhecimento.⁵⁵ Ambas são descrições possíveis que adotam pontos de vistas diferentes: ou a norma fundamental da ordem estatal ou a norma fundamental da ordem internacional. Não é possível decidir cientificamente por uma das duas hipóteses. É necessário suspender o juízo sobre qual destas hipóteses privilegiar.⁵⁶

Kelsen indica, por outro lado, que cada hipótese tem um uso ético-político. A primazia da ordem estatal é correlata de uma concepção imperialista, afinal a existência jurídica do outro, funda-se em uma norma do Estado-referência que nunca perde, por definição, a posição de supremacia. A primazia da ordem internacional é correlata do pacifismo, no sentido de que o direito internacional coordena a extensão do domínio de validade dos Estados.

É possível, outrossim, preferir uma das hipóteses, dependendo qual valor ético-político a ser defendido. O *cidadão* Kelsen, outrora defensor, quase isolado, da democracia em Weimar, assume o pacifismo no segundo pós-guerra.

Antes de prosseguirmos com a argumentação, é imprescindível salientar que a hipótese da primazia da ordem internacional prescinde

55. Este já é o resultado. Não mostramos a dissolução dos conflitos aparentes. Para tanto, vide *Rapports de Systéme*, capítulos 4 e 5.

56. A *epoké* kelseniana se justifica porque a eleição de uma descrição depende de valores assumidos pelo observador. Vide infra.

da idéia de soberania estatal. Em outras palavras, é perfeitamente possível uma compreensão do fenômeno jurídico sem a categoria da soberania estatal. Kelsen gostava de se referir a esta categoria como o “dogma da soberania”, para indicar as diversas pretensões normativas que se depositaram sob esta doutrina. Um dos usos do dogma aparece na construção monista com primazia da ordem estatal: o Estado-referência é único soberano (a norma fundamental se refere à constituição positiva deste Estado que é fundamento de qualquer outra norma interna, internacional ou interna de outro Estado). Na representação com primazia da ordem internacional, soberana é esta ordem internacional, pois é sua norma fundamental o fundamento jurídico último da validade das normas jurídicas.

Qual a lição da formulação monista?

“En disant que l’Etat est un organe du droit international nous employons une expression imagée pour définir les liens qui unissent l’ordre juridique national à l’ordre juridique international et par l’intermédiaire de lui-ci aux autres ordres juridiques nationaux. Ces liens constituent en un sens tout à fait positif l’unité du système juridique universel. Rappelons cependant, pour éviter tout malentendu, que cette unité a un caractère purement théorique. Elle ne constitue pas un Etat mondial car l’Etat est un ordre juridique centralisé, tandis que la communauté formée par le droit international positif est tout à fait décentralisée.” (TDIP, 199)

A construção monista preserva uma unidade universal do sistema jurídico sem que isto queira significar *já* o Estado mundial, o que pressuporia uma centralização. Trata-se, por sua vez, de uma unidade teórica, obtida com o programa de se conhecer o fenômeno jurídico como unidade sistemática.

Porém, a teoria de Kelsen desempenha também uma função positiva. Ao mostrar que o dogma da soberania não é constitutivo da compreensão da relação sistemática entre os ordenamentos mas encapsula um projeto político, a Teoria Pura remove o principal entrave ao desenvolvimento da lógica de centralização indicada acima. Ou nas palavras de Kelsen que encerram o curso de 1953:

“De même les sciences de la nature permettent seules à la technique de progresser, sans que ce soit là leur but et par le fait même qu’elles visent uniquement à la connaissance pure. En ce sens il est

permis d'affirmer qu'en relativisant la notion de l'Etat et en fondant l'unité théorique de tout ce qui est juridique, notre théorie du droit international crée une condition essentielle pour parvenir à une unité politique du monde, dotée d'une organisation juridique centralisée" (TDIP, 200).

O dogma da soberania bloqueia a lógica de desenvolvimento do direito internacional, deixando-o no estado de imperfeição técnica. A remoção deste dogma – e, em Kelsen, não foi voluntarista, antes é consequência de uma exigência epistemológica, a compreensão unitária do fenômeno jurídico – permite, pois, se pensar a política. E o que é uma unidade teórica pode ser transformar em uma unidade política. Centralização, em primeiro lugar, é termo jurídico: aplicação da divisão de trabalho entre órgãos diferenciados no direito internacional. Mas Kelsen menciona aqui também centralização entendida em termos políticos, “unidade política do mundo”, ou seja, o Estado-mundial.

Acreditamos ser possível dizer que Kelsen pôde entrever qual a consequência política porque tem nas mãos o fio da lógica do desenvolvimento do direito internacional (sociedade primitiva) e porque a razão eliminou o entrave metafísico caro ao positivismo dos Oitocentos: o dogma da soberania como condição *sine qua non* para se conhecer o direito. Vejamos na seção seguinte o alcance da conquista kelseniana.

“Olha, ponho-te neste dia sobre as nações, sobre os reinos, para arrancares, e para derribares, para destruíres, e para arruinares; e também para edificares e plantares.” (*Jeremias*, i, 10)

Podemos encontrar, em Kelsen, uma referência histórica próxima à conclusão de seu último curso em Haia. Em 1920, na monografia consagrada ao problema da soberania, Kelsen escreve:

“Storicamente quest'idea era viva ancor prima che vi fosse una teoria del diritto internazionale: nell'idea dell'*imperium Romanum*, idea che attraversa tutto il Medioevo e gli inizi dell'età moderna. Solo com l'emergere del dogma della sovranità lo Stato universale – e com esso il diritto internazionale – diventa un problema. Ora, però, c'è una

scienza del diritto internazionale che un po' alla volta comincia a ricostruire l'idea, distrutta dal dogma della sovranità, di un ordine giuridico o statale universale, comprensivo dei singoli Stati" (Kelsen, s.d: 402).

Já encontramos aqui a referência à função construtiva da ciência do direito internacional dirigida a uma compreensão universalista da ordem jurídica, uma vez removida a pregnância do dogma da soberania. O novo é a menção ao fundo histórico da idéia da *civitas maxima*, o ponto culminante da evolução da ordem internacional. O que esta passagem não deixa claro, mas pode ser documentado em citações acima de anos posteriores, é que a teoria do direito internacional apenas pode garantir a unidade do conhecimento, sem garantir a unidade política. Isto fica especialmente claro com o seguinte comentário do tradutor italiano da monografia de 1920, Agostino Carrino:

“Si tutto il progetto della modernità (e quindi anche la formazione –e trasformazione a partire da concetti originariamente teologici– di un diritto internazionale laico, di categorie quali ‘Stato’, ‘sovranità’ ecc.) può essere interpretato come un tentativo di riposta ai problemi creati dalla dissoluzione della *Repubblica Christiana*, dalla progressiva perdita di punti di riferimento stabili, di una autorità legittima, la soluzione di Kelsen ne rappresenta al tempo stesso l’espressione massima e il punto di arrivo finale. Con Kelsen la ragione formale, astratta, si compie e il progetto moderno entra nella sua fase finale di crise, nella quale ancora ci troviamo. Il dogma della sovranità era stato la risposta al pericolo della guerra civile senza fine; il suo tramonto svela le contraddizioni di quella risposta, la sua impossibilità di tenere insieme realmente gli atomi della società moderna: l’unità dell’ordine giuridico universale – proposta di Kelsen– appare solo il palido rovesciamento speculare dell’unità dell’*Imperium* medioevale” (p. X).

O alcance desta passagem, no entanto, é bem maior do que reafirmar que a unidade do ordenamento jurídico universal em Kelsen não é política. Carrino sustenta que o direito internacional público clássico (dos modernos) foi a resposta à dissolução da unidade medieval.⁵⁷ Mais ainda, que este projeto moderno – ancorado na prática dos Estados soberanos individuais, mas com pretensões universalistas– chegou ao fim e a proposta de Kelsen é o renascimento esvaziado da unidade uma vez crível com o *Imperium* medieval.

Evidentemente que a pergunta sobre a dissolução da *Republica Christiana* mereceria uma investigação histórica independente o que sai dos limites deste trabalho. Precisamos, porém, fazer incursões a estes problemas, sem o que ficará com lacunas a compreensão do alcance do monismo com primado da ordem internacional de Kelsen e, porque não dizer, o horizonte de sua teoria do direito internacional, de onde formulamos nosso questionamento sobre o jus cogens, estará encoberta.⁵⁸ A estratégia de apresentação será usar como referência a autocompreensão dos próprios internacionalistas da história do desenvolvimento da teoria do direito internacional. Na Academia de Direito Internacional de Haia foram ditados cursos específicos que refletiam sobre a compreensão histórica da disciplina. Dois deles nos interessam especialmente neste ensaio: o curso de 1933 de Michel Zimmermann intitulado “La crise de l’organisation internationale a la fin du Moyen Age”⁵⁹ e o curso de 1929 de Alfred Verdross, “Le fondement du droit international”.⁶⁰

Zimmermann, apoiado em farta documentação, pretende defender, junto de autores da primeira metade do século XIX, a existência de uma “ordem jurídica internacional suficientemente diferenciada” já na Idade Média (*Crise*, 5). A opinião contrária vinha de autores da metade seguinte que escolhia a “paz de Westfália”, em 1648, como o ano marco. Em uma fórmula síntese de um autor da primeira metade do XIX, o mundo cristão medieval reunia todos os reinos e o Império em “uma república universal submetida à supremacia *mesurée* do

57. Com isso, seria um abuso buscar a certidão de nascimento do direito das gentes onde quer que se encontre tratados, o que nos levaria a muito antes até da época medieval. Como sugeriu Le Fur no primeiro curso proferido em Haia.

58. Por ora não poderemos desenvolver o nexó entre o direito internacional clássico e a dissolução da *Republica Christiana*, o que reservaremos para a tese de doutorado, com o estudo de Aegidius Romanus. Estamos certos que este nexó pode iluminar a teoria do direito internacional de Kelsen. Vale lembrar que desde seu doutorado, dedicado ao *Monarchia* de Dante, a representação da *civitas maxima* é um motivo sempre recuperado em sua teoria. Com efeito, a defesa da Paz por Kelsen não seria outro motivo com raízes na especulação medieval?

59. Doravante citado como *Crise*.

60. Doravante citado como *FDI*.

poder espiritual supremo” (*Crise*, 6). O autor escreve a partir do momento chave, o século XIV, quando a Igreja afirma, pela última vez, por sua prática e pelos tratados de seus publicistas, os princípios do sistema hierocrático. Era este sistema doutrinário que tornava inteligível falar em *Republica Christiana*.⁶¹

A Republica é um monismo com primazia do Sumo Pontífice: o chefe da *Republica sub Deo*. Todas as ordens parciais estão organizadas segundo o princípio do “encadeamento mútuo do inferior no superior”, de inspiração neoplatônica, pelo qual unidades políticas inferiores estão organicamente reduzidas a unidades superiores: *civitas, regnum, comunitastotiusorbis*. A ordem jurídica é reconhecida como universal na medida em que engloba toda a cristandade. O Papa é suserano, é protetor dos Reinos. Sua função específica no direito internacional convencional é o de guardião dos tratados (*Crise*: 364-365). A força vinculante do tratado se dá após o registro feito por uma autoridade delegada do Papa (*apostolica auctoritate notarii*). O Papa também pode liberar as partes de obrigações contratuais, em decorrência do poder de *ligare e solvere*. A primazia do Papa é expressa na citação corrente entre os tratadistas do versículo de Jeremias, i, 10. As funções dos poderes laicos são compreensíveis a partir da ordenação comum. Neste sistema, a complexa relação entre moralidade, direito e política é expressa na noção inefável para nós, *ordo*. É este sistema

61. Como exemplo da escolha deste período chave para a compreensão da ruptura do direito internacional cristão e o moderno, Zimmermann escreve que “à l’époque où Boniface VIII se proclamait César et souverain du monde chrétien et où Gille de Rome et Jacques de Viterbe publiaient leurs traités, commence une crise profonde de l’organisation de la communauté chrétienne, une crise qui va durer plus d’un siècle. La captivité des papes à Avignon au XIVe siècle, ainsi que le grand schisme au début du XVe siècle, quand, à un moment donné, les trois papes se disputaient le pouvoir, ont ébranlé les fondements de l’organisation internationale médiévale. Pendant cette crise, il ne s’agit pas seulement de la lutte entre le pouvoir étatique cherchant à centraliser entre ses mains les fonctions législatives, juridictionnelles et exécutives, il ne s’agit pas du commencement de la désagrégation d’une organisation juridique universelle dans des ordres partiels et particuliers.” (*Crise*, 36-37).

hierocrático, firmado em seus princípios gerais desde a revolução gregoriana, sofre abalos fatais no século XIV, época em que os vínculos de vassalagem dos reis aos poucos se dissolvem.

Zimmermann encerra seu curso com os primeiros doutrinadores e os traços do direito internacional dos modernos:

“L'évolution politique de l'Europe conduit à l'établissement des grandes monarchies souveraines. Au procès historique répond une nouvelle conception du droit international qui s'établit sur les ruines des principes du Moyen Age. Les maîtres espagnols, le dominicain Vitoria et le jésuite Suarez ainsi que leurs successeurs, développent l'idée suivant laquelle l'Etat se forme et existe par soi-même, que le droit des gens a par excellence une forme contractuelle, qu'il possède surtout un caractère extérieur, qu'il dérive de la loi naturelle et de la volonté de l'Etat qui n'est conditionnée par aucun ordre juridique super-étatique. C'est une nouvelle conception du droit international libéré de sa nature hétéronome, droit qui considère les Etats non pas comme sujets, mais plutôt comme forces créatrices de des normes juridiques commune, où la totalité a perdu sa primauté nécessaire.” (*Crise*, 120)

O direito internacional dos modernos tem por sujeito as grandes monarquias. Cabe-lhes o caro epíteto de soberanas, porque não são sujeitos de regras heterônomas de uma ordem supra-estatal, mas são os criadores de uma ordem contratual. Verdross aceita esta apresentação e, orientado pela pergunta do fundamento do direito internacional, formula uma periodização em três fases: a jusnaturalista, a positivista dos Oitocentos e um monismo de valores (uma materialização do formalismo kelseniano, proposto por Verdross).

No primeiro período, Verdross destaca o esforço dos primeiros doutrinadores em manter a tradição universalista em fricção com a perda de unidade espiritual na Europa, as guerras religiosas e a diferenciação da unidade política soberana. Esta tradição universalista que permite falar em um direito “entre as gentes” (*ius gentium/inter gentes*) pressupõe um ethos comum partilhado entre os novos sujeitos, os Estados. O direito internacional veicula uma compreensão normativa universalista, tendo por destinatários (sujeitos de direito) a comunidade de Estados soberanos. Os novos atores são a um tempo autores de regras comuns (por tratados e costume) e destinatários

destas regras. O fundamento de obrigatoriedade destas regras é enunciado com base do princípio dogmático: *pacta sunt servanda* (os pactos são obrigatórios). Para os juristas, este princípio integra a moralidade comum, vale dizer, o direito natural (FDI, 251-261).

Tal compreensão jusnaturalista do direito internacional sobrevive com o antigo regime e permanece hegemônica até fins do século XVIII. A vocação positivista se insurge contra esta concepção naïve. Grócio não pudera trazer para o corpo da doutrina jusnaturalista senão uma pequena parte dos costumes dos Estados. A prática internacional transborda das fronteiras dos sistemas jusnaturalistas. Precisa ser teorizada esta novidade, algo contingente, que exprime uma autonomização crescente da criação do direito internacional daquela tradição universalista. Os impulsos teóricos-práticos nomeados comumente de *äusseres Staatsrechts*, *autolimitação do Estado*, *Vereinbarung* aparecem como substitutos ao jusnaturalismo. O traço comum a estas compreensões é dar o peso aos Estados. Enquanto no jusnaturalismo, a moralidade comum é fundamento para o consentimento dos Estados, o positivismo atribui força jurídica ao consentimento do Estado, por si só. Na representação hegemônica de então, a *vontade* do Estado é a fonte criadora do direito internacional, como o é no direito interno. As divergências entre as posições positivistas se dão em outra ordem. A escola do direito internacional como direito estadual externo (*äusseres Staatsrechts*) ou como autolimitação atribui obrigatoriedade à autonomia da vontade do Estado consigo mesmo; é o Estado soberano que se autolimita e assume obrigações internacionais. O direito internacional seria, por assim dizer, um resíduo do direito interno (estadual). A outra escola, por sua vez, reconhece a força positivadora do direito internacional na vontade do Estado, mas atribui força à regras comuns, mais propriamente, a um tipo acordo de vontades entre Estados (*Vereinbarung*). O direito internacional é criado pela comunidade de Estados soberanos, sem subordinação a uma moralidade superior (FDI, 262-285).

Verdross reconduz estes esforços positivistas ou à doutrina dualista ou à doutrina monista com primado da ordem estatal de Kelsen. Lembra ainda que o monismo com primado da ordem internacional apresentou atrativos aos jusnaturalistas.⁶² Verdross ensaiou uma compatibilização da representação monista com a discussão datada

apoiada na filosofia dos valores de N. Hartmann (*FDI*, 285). Não vamos nos deter na tentativa de Verdross. No parágrafo seguinte veremos como Kelsen não se deixa confundir com o jusnaturalismo.

Kelsen reconhece que a norma fundamental, devido ao fato de não ser uma norma positiva, mas uma norma pensada, assemelha-se ao jusnaturalismo. Afirma-se, a propósito, que “podemos considerar a distinção entre uma teoria jurídica positivista e uma teoria jusnaturalista como uma distinção simplesmente relativa e não absoluta” (*RR2*, 307). Mas há uma diferença suficientemente grande “para excluir a concepção que ignora tal diferença e segundo a qual a teoria positivista da norma fundamental apresentada pela Teoria Pura do Direito seria uma teoria jusnaturalista” (*RR2*, 307).

A diferença é que a norma fundamental positivista (pressuposta pela Razão) não prescreve nenhum conteúdo ao autor da primeira norma positiva. Não estão limitados a instituir prescrições nem o autor da primeira Constituição (se a descrição for monista com primado da ordem estatal), nem os sujeitos de direito internacional na prática costumeira (se a descrição for monista com primado da ordem internacional). Antes, a norma fundamental é a condição para se interpretar como válida a norma positiva do escalão mais elevado, que por sua vez fundamentará a validade do escalão seguinte, seguindo-se sucessivamente até o escalão das normas individuais. O que está em questão é a possibilidade de se conhecer específico sentido jurídico dos *data* da experiência.⁶³ Para Kelsen, este uso jurídico da Razão está limitado à função do conhecimento, não fornece “qualquer critério para apreciação da justiça” nem “qualquer justificação ético-política”. Em uma

62. Catherein, Mausbach entre outros, *FDI*, 282.

63. “Dizer que podemos pressupor a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva mas que não temos necessariamente de a pressupor significa que podemos pensar as relações inter-humanas em questão normativamente, isto é, como deveres, poderes, direitos, competências etc. constituídos através de normas jurídicas objetivamente válidas, mas não temos de as pensar necessariamente assim; que as podemos pensar sem pressupostos, quer dizer, sem pressupor a norma fundamental, como relações de força, como relações entre indivíduos que comandam e indivíduos que obedecem ou não obedecem, isto é, sociológica e não juridicamente.” (*RR2*, 305)

expressão síntese: “o conteúdo da ordem jurídica positiva é completamente independente de sua norma fundamental” (RR2, 304).

A norma fundamental jusnaturalista não é formal, mas a prescrição de conteúdo para a ordem positiva que, se adequada, é justificada. Aqui, a Razão é legisladora. Não se trata da mesma coisa dizer que Kelsen como um jusnaturalista venerando aceitaram o princípio *pacta sunt servanda* como norma costumeira fundadora da validade do direito dos tratados. É que, em Kelsen, a Razão pressupõe a norma fundamental que atribui validade a este princípio a partir dos *data* da experiência, não se trata de um livre descoberta, com o fito de justificar um programa normativo prévio. A norma fundamental do jusnaturalista chegou ao princípio do *pacta sunt servada* porque ele é justificável no interior de um projeto moral. Ganha sendo a crítica dos positivistas, lembrada por Verdross, de que os jusnaturalistas não puderam lidar senão com uma pequena parte dos costumes dos Estados. É a teoria jusnaturalista não é conhecimento da realidade normativa, mas para a realidade normativa. Já Kelsen indica quais as condições para se descrever o sistema do direito como ciência, exigência que os positivistas do século XIX não puderam cumprir.

Podemos ensaiar nossa última formulação sobre o *jus cogens*. Antes, vejamos um sumário dos resultados de nosso itinerário. Nas ordens internas, o *juscogens* desde pelo menos o século XIX, quando foi cunhada a terminologia, caracteriza aquelas regras que não podem ser derogadas por convenções. Um contrato de trabalho, ainda que sem vícios de vontade, não pode revogar a legislação cogente do direito do trabalho. É que esta legislação está em posição de primazia, em razão de algum valor político qualquer. Parece perceptível que a concepção das regras cogentes da ordem interna dependem da posição hierárquica do Estado-legislador, tanto na figura do garante da ordem como de promotor do bem-estar. Ocorre que a introdução desta categoria no direito internacional não está isenta de dificuldades. Como justificar que o tratado (de base contratual) esteja limitado por uma regra cogente? Afinal, inexiste um Estado-mundial e, principalmente, à medida que os tratados superam em quantidade e importância o direito costumeiro, as possíveis regras cogentes estariam positivadas em tratados. Como, vale insistir, um tratado (de base convencional) pode estar em primazia em relação a outro tratado (igualmente de base contratual)? Os jusnaturalistas, para uma resposta, recorrem à noção

de legalidade do objeto, isto é, o conteúdo dos tratados para destacar a importância de alguns princípios e valores, metafisicamente fundados. Os positivistas atentos ao modo de criação dos tratados na ordem internacional negam a possibilidade do *juscogens*. Colocado nestes termos, o *juscogens* é um problema: ou a resposta jusnaturalista ou a resposta positivista nos abre uma solução para a questão da aceitação da categoria no direito internacional.

Mas Kelsen aceita a categoria e recusa, ao mesmo tempo, a metafísica do direito natural. Este foi o impulso para continuarmos o questionamento e indagarmos pelo projeto kelseniano. Guiado pelos princípios metodológicos e noções principais da Teoria Pura, Kelsen reconstrói uma teoria do direito internacional, na qual a estrutura do sistema das regras do direito internacional é conceituada como ordem escalonada. Aqui, o poder de tratar recebe seu fundamento de obrigatoriedade (*Sollen*) no direito costumeiro que por sua vez é fundamentado em uma norma fundamental. Kelsen indica as condições transcendentais para se conhecer o sistema do direito internacional como obrigatório sem apelo à metafísica. Ademais, sua teoria dos valores e a separação entre esta tarefa cognoscitiva e a política impedem a fundamentação de conteúdos necessários para o direito. A fórmula da “legalidade do objeto” está descartada. Kelsen recusa a metafísica do direito natural, mas igualmente recusa a objeção em termos de estrutura do positivismo. A liberdade de tratar não se fundamenta a si mesma. O *juscogens* é possível logicamente, ainda que nada se diga sobre seu conteúdo. Nem a defesa oferecida jusnaturalista, nem a recusa positivista. Deste modo, o *juscogens* aparece como um dilema. Mas não justificar qualquer conteúdo parece esvaziar completamente a categoria, este incômodo nos levou a continuar a pesquisa sobre a teoria do direito internacional de Kelsen.

O ensaio continuou a reconstruir o sistema do direito internacional segundo Kelsen. Dois pontos de partida relativamente independentes nos interessaram: o primeiro, a caracterização do estado de miséria do direito internacional, uma descentralização análoga ao direito primitivo. O segundo início foi o problema da relação entre o sistema do direito internacional e o sistema do direito interno. Aqui o resultado foi a recusa da representação dualista, em razão de suas dificuldades insuperáveis, e a afirmação das duas possibilidades de

conceituação unitária do fenômeno jurídico: o monismo com primazia da ordem estatal ou o monismo com primazia da ordem internacional. A ligação destes dois inícios foi discussão do dogma da soberania, hegemônico quer no dualismo, quer principalmente no monismo com primazia da ordem interna. Mas a possibilidade da segunda representação, indica que, no plano do conhecimento, o princípio da soberania não é condição necessária para a descrição do direito. Kelsen mostrou ademais que a opção por uma das descrições monista encapsula uma projeção política e que a escolha da primazia da ordem estatal (ou do dogma da soberania em outras palavras) era um impedimento para o desenvolvimento da lógica de evolução que apontava para a centralização, para o Estado-mundial portanto. A bem da verdade, Kelsen acreditava estar prestando um serviço a este projeto político de centralização ao dizer que a defesa da soberania é um projeto político com vocações imperialistas. Todo o caminho de reconstrução da compreensão de Kelsen nos levou a resultados contra-intuitivos. A descrição monista com primazia da ordem internacional é contra-intuitiva, especialmente se se considerar que a unidade do fenômeno jurídico não tem um suporte político sincrônico, antes é a prova da possibilidade desta unidade que pode estimular o livre desenvolvimento político rumo à *civitas maxima*.

Este resultado contra-intuitivo provocou-nos a perseguir em um *detour* a sugestão histórica de Kelsen e de Carrino, seu comentador, de que o horizonte da pergunta sobre a *civitas maxima* está imbricado com a dissolução da *Republica Christiana*, que legou dificuldades a serem enfrentadas pelo direito internacional clássico. Na *Republica Christiana* estava articulado um nexos entre moralidade e direito, vazado por uma teologia política que progressivamente se laiciza. Desde as Investiduras, mas especialmente no século XIV, o monismo do sistema hierocrático sofre assaltos nas frentes do Império em relação ao papado e das monarquias territoriais em relação ao Império. Bonifácio VIII precisa reafirmar os princípios do governo papal e a *Monarchia* requer um esforço epigonal de justificação. Não tarda o desfecho desintegrador para o Império que nunca morre. Dentre as dificuldades herdadas, avulta em importância a questão da compatibilização daquela moralidade comum com a diferenciação das soberanias. O direito internacional clássico fornecerá o quadro de referências para esta empreitada.

Para colocarmos sobre o tabuleiro as respostas do direito internacional, nos valem da periodização de Verdross, onde nos interessava os dois primeiros períodos que culminam em Kelsen. O programa kelseniano é uma resposta ao positivismo, que dissimula um projeto normativo (o dogma da soberania e suas conseqüências), mas é uma resposta ao jusnaturalismo que, em sua intuição de conteúdos, permanece dependente de faculdades que já não temos, dependente de uma metafísica pré-crítica. A *Reine Rechtslehre* recusa a ambas metafísicas. ?

Com efeito, a pergunta pelo *jus cogens* é usualmente colocada levando-se em conta o horizonte de questões doutrinárias que têm, por pano de fundo, posições jusnaturalistas e positivistas. A pergunta, por assim dizer, não é ilimitadamente aberta, mas refere-se ao horizonte da tradição doutrinária. Para a pergunta espera-se uma resposta dentre as alternativas (problema) ou buscando-se uma solução externa às alternativas inicialmente conhecidas (dilema). Este modo de colocar a pergunta pelo *jus cogens* organizou boa parte de nossa discussão.

Mas, levando-se em devida conta os resultados do questionamento de Kelsen, talvez possamos dizer que a autocompreensão do direito internacional clássico perdeu muito de sua gravidade e força. As duas respostas típicas do direito internacional clássico, o jusnaturalismo e o positivismo do séc. XIX (teoria dualista) revelaram-se impensáveis.

A pergunta pelo *jus cogens* atrelada às duas respostas típicas é uma possibilidade dentre outras. A pergunta pelo *jus cogens* pode ser colocada a partir de outro horizonte de respostas, e, portanto, a pergunta já é outra. Kelsen facilita ultrapassar o horizonte antigo, ou como afirmou Carrino, ele é o ponto de chegada final do direito internacional. Neste sentido, a nova pergunta pelo *jus cogens* assume contornos de uma aporia. “A aporia, finalmente, é uma questão em cujo campo de possibilidades a própria questão é, permanentemente, uma alternativa” (Ferraz Jr., 1997b: 18).

Se levarmos a sério a sugestão de Carrino, a pergunta do *jus cogens* não é feita de dentro do horizonte do direito internacional clássico, mas após Kelsen.

A epígrafe deste ensaio não é fortuita, ela recorda-nos a articulação complexa entre direito e moral na *Republica Christiana*. A

sentença de Salisbury, vazada em termos do direito romano recém descoberto para o estudo, articula a posição do Príncipe entre a liberdade de legislar (*legibus solutus*) e sua vinculação à moralidade (*legibus aligatus*). De modo estilizado, podemos dizer que a dissolução do sistema hierocrático legou o problema de manter o vínculo moral (*legibus aligatus*) com a autonomização crescente da liberdade de legislar (*legibus solutus*),⁶⁴ ancorada na prática de Estados Soberanos. A pergunta pelo *jus cogens* não pode ser o resgate daquela articulação: não há como situar o Estado na posição do Príncipe. Dizer, sem dificuldades, que ele é livre para tratar e vinculado à equidade do *jus cogens* não é mais possível. Perguntar pelo *jus cogens* como um esforço para recepcionar um criptonormativismo com a função de limitar materialmente o poder de tratar dos Estados parece ilusório. Perguntar pelo *jus cogens* como o esforço para desmentir a justificação das opções normativas dos Estados por meio do dogma da soberania parece, mais e mais, implausível.

A pergunta pelo *jus cogens* é um índice ao lado de outras categorias do direito internacional que apontam para uma inflexão na compreensão desta disciplina.⁶⁵ Nas duas últimas décadas, a categoria do *jus cogens* ganha uma dignidade para além das disputas relatadas nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional. Dignidade possível porque parece ter se modificado a compreensão do direito internacional. Para um exemplo de como novas pretensões estão sendo depositadas sobre o *jus cogens*, vejamos o horizonte de J. J. Gomes Canotilho:

“Com efeito, as relações internacionais devem ser cada vez mais relações reguladas em termos de *direito e de justiça*, convertendo-se o *direito internacional* numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro –o *jus cogens* internacional – vertebrador quer da política e relações internacionais quer da própria construção constitucional interna. Para além deste *jus cogens*, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos *direitos humanos* – na parte

64. O lugar-comum *legibus solutus*, ao lado de outros *topoi*, fizeram fortuna na descrição do soberano absoluto dos modernos.

65. A defesa de Weil do direito internacional clássico é o canto tardio, quando já não resta dúvidas que a inflexão está cumprida.

em que não integrem já o *jus cogens*— padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas —o *jus cogens* e os *direitos humanos* —, articuladas com o papel da *organização internacional*, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global.”

Falar destas aspirações está fora dos objetivos deste ensaio. Estamos um passo atrás, procurando mostrar o caráter aporético da pergunta sobre o *jus cogens*. Nesta empresa, Kelsen foi a charneira para problematizar as representações jusnaturalistas e positivistas, e para indicar a abertura para o esforço construtivo renovado da dogmática. Aporias não se solucionam, são decididas.

O questionamento sobre o *jus cogens* talvez venha indicar que o direito internacional público dos modernos não exista mais. Se isto for razoável, chegamos com Kelsen ao que seu mais brilhante opositor desde os ricos anos de Weimar, Carl Schmitt, concluiu por razões diversas: que o *ius publicum europeum* (era assim que ele se referia ao direito internacional) chegara ao fim.

BIBLIOGRAFIA

- AGO, Roberto. *Droit des traités a la lumière de la Convention de Vienne. Introduction*. Académie de droit international, Recueil des cours, III: 298-331, 1971.
- CÂMARA FILHO, José Sette. Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito Internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* 8, ano 4, 1948.
- CAPOTORTI, Francesco. *L'extinction et la suspension des traités*. Académie de droit international, Recueil des cours, III: 417-587, 1971.
- DE VISSCHER, Charles. *Positivisme et Jus cogens*. *Revue Générale de Droit International Public*, 1971.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997b.
- FITZMAURICE, G. G. *A/CN.4/115 Relatório de 1958*, 1958.
- GAJA, Giorgio. *Jus cogens beyond the Vienna Convention*. Académie de droit international, Recueil des cours, III, 1981.
- KANT, Immanuel. *O conflito das faculdades*. Lisboa: Edições 70, 1993.
- HART, H. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

- KELSEN, Hans. *Théorie du droit international public*. Académie de droit international, Recueil des cours, III, 1953. p. 137. TDIP.
- _____. *Teoria pura do direito*, 1934.
- _____. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. 1926 (publicado no ano seguinte pela Académie de droit international, Recueil des cours, 14, IV: 231-331) –*Rapport de Système*.
- _____. *Théorie du droit international public*. Académie de droit international, Recueil des cours, III: 1-203, 1953 – TDIP.
- _____. 1941, A Teoria Pura do Direito e a Jurisprudência Analítica, publicado em *Que é a justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado – citado como RR2, 1960.
- _____. *Teoria pura do direito*. Trad. inglesa Stanley Paulson – citado como RR1.
- _____. (s.d), *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*. Trad. italiana de Agostino Carrino. Milano: Giuffrè.
- LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livro do Advogado, 1998.
- LAUTERPACHT. publicado no *Annuaire de la Commission du droit international*. Publications des Nations Unies: A/CN.4/SER. A, 1953. vol. 2, A/CN.4/63. Citado como *Relatório 1953*.
- SILVA, Nascimento e. *Conferência de Viena sobre direito dos tratados*. Rio de Janeiro, 1971.
- REUTER. *La Convention de Vienne sur le droit des traités*. Paris, 1970.
- REZEK, J. F. *Direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROBLEDO, Antonio Gómez. *Le Ius Cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*. Académie de droit international, Recueil des cours, 1981.
- SCHWELB, Egon. Some aspects of international *Jus cogens* as formulated by the International Law Commission. *The American Journal of International Law* 61-4/946-975, 1967.
- SOLON, Ary Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1977.
- VERDROSS, Alfred. Forbidden treaties in international law. *The American Journal of International Law* 31/571-577, 1937.
- _____. *American Journal of International Law* 29/655-1226, supp., 1935.
- _____. *Jus dispositivum and jus cogens in international law*. *The American Journal of International Law* 60-1/55-63, 1966.
- VIRALLY, Michael. *Réflexions sur le Jus cogens*. *Annuaire Français de Droit International*, 1966.

WEIL, Prosper. Towards relative normativity in international law? *The American Journal of International Law* 77/413-442, 1983.

ZOLO, Danilo. *European Journal of International Law* 9-2, 1998.

3

O ceticismo dos realistas norte-americanos: a indeterminação no direito

CARLA OSMO

Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Filosofia do Direito

RESUMO: O presente ensaio tem o propósito de investigar se o argumento apresentado pelo realismo jurídico norte-americano sobre a indeterminação no direito é capaz de sustentar a versão mais radical de ceticismo descrita por Hart.

PALAVRAS-CHAVE: Realismo jurídico norte-americano – Indeterminação – Ceticismo.

ABSTRACT: This essay investigates whether the argument presented by American Legal Realism about indeterminacy in law is capable of supporting the most radical version of skepticism described by Hart.

KEYWORDS: American Legal Realism – Indeterminacy – Skepticism.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Incerteza quanto ao conteúdo do direito positivo: 1.1 A complexidade do sistema normativo; 1.2 Indeterminação na linguagem normativa; 1.3 Multiplicidade de métodos interpretativos; 1.4 A atribuição de relevância aos fatos; 1.5 A flexibilidade no raciocínio jurídico – 2. A relevância de fatores extra-normativos no processo decisório: 2.1 A opção do julgador; 2.2 Os aspectos subjetivos; 2.3 As considerações de ordem social; 2.4 Devida atenção aos fatos do caso – 3. Indeterminação no direito e ceticismo sobre a validade das normas – Agradecimentos – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, distingue duas formas básicas de ceticismo em relação às normas.¹ Pela primeira delas, “falar sobre regras é um mito que esconde a verdade que afirma consistir o direito simplesmente em decisões dos tribunais e na sua predição” (Hart, 2001: 149-150). Essa afirmação, da maneira como é

colocada, leva a entender que, para os partidários do ceticismo, as normas gerais não são parte do direito ou, ainda, que essas normas não vinculam ou oferecem quaisquer guias para a atividade judicial. Ceticismo, aqui, é a dúvida quanto à obrigatoriedade das normas escritas e pode ser qualificado como ceticismo sobre a validade.

A segunda versão do ceticismo, discutida por Hart, consiste em uma “teoria da função das regras na decisão judicial” (Hart, 2001: 151). De acordo com esta vertente, leis e precedentes são partes constituintes do direito, mas não vinculam completamente o resultado de decisões judiciais nem funcionam como instrumentos seguros para que se possa antever esse resultado (Green, 2005: 1918). Ceticismo, aqui, não é dúvida quanto à obrigatoriedade das normas jurídicas, mas sim questionamento quanto à relevância que essas normas apresentam no processo decisório judicial, ou dúvida quanto ao fato de exercerem, nessa seara, o papel que tradicionalmente lhes é atribuído (Rumble, 1968: 48). Trata-se de um ceticismo sobre o conteúdo, ou um ceticismo relativo à interpretação e à aplicação do direito.

O ceticismo opõe-se diretamente à pretensão de fundamentação epistemológica do direito e, portanto, à possibilidade de construção do direito como uma ciência autônoma. Tal postura foi enfrentada em particular pelos positivistas dentro de seu objetivo de fundar o saber jurídico como um corpo de proposições descritivas de um sistema de normas. O problema a enfrentar em termos de indeterminação tem duas vertentes: (i) se o direito é uma ciência descritiva de normas jurídicas, essa descrição não pode ter sucesso, pois o conteúdo das normas é profundamente indeterminado; e (ii) existem fatores extranormativos que atuam na determinação do sentido das normas. Esse segundo passo coloca ainda uma terceira ameaça: se esses fatores extra-legais podem ser decisivos, as normas perdem sua relevância prática na solução de casos concretos. Logo, o saber jurídico não pode ser descritivo de normas. Mais ainda, não pode haver conhecimento jurídico, se tomado como um conhecimento objetivo e avaliativo de uma prática social.

1. Hart rejeita ambas as versões do ceticismo, mas, enquanto descarta a primeira com breves argumentos, trata a segunda com seriedade, para ao fim afastá-la não por seus fundamentos, mas por seu exagero (Hart, 2001: 149-151).

Uma das correntes de pensamento mais radicais em defesa do ceticismo é sem dúvida o realismo jurídico, um alvo particular de Hart em seu clássico *O Conceito de Direito*. O realismo jurídico norte-americano foi um movimento intelectual² que, especialmente durante as décadas de 1920 e 1930, causou um profundo impacto na forma como se concebia, se estudava e se praticava o direito nos Estados Unidos (cf. Hunt, 1978: 59), ao criticar concepções então estabelecidas, especialmente a idéia de que as normas gerais determinam a forma como são solucionados casos levados a juízo.

O principal fundamento de seu posicionamento a respeito do papel das normas positivadas no processo decisório é a noção de que o direito é indeterminado, ao menos até certo grau. Em função dessa qualidade, o direito não instituiria balizas suficientes para circunscrever a atividade judicial; pelo mesmo motivo, olhar para as normas postas não bastaria para que se pudessem prever os resultados dos litígios levados a juízo.

Trata-se de asserção que demanda análise mais detida: o que significa dizer que o direito é indeterminado? – Podemos dizer que o direito positivo é indeterminado, tanto para aqueles incumbidos de aplicá-lo (agentes do Estado) quanto para os indivíduos que a ele se submetem, quando não se pode identificar ao certo como ele regula uma situação de fato específica. Quanto ao processo decisório judicial, em particular, podemos convencionar, seguindo Leiter (2007: 09), que o direito será indeterminado quando for indeterminado o grupo de razões jurídicas que podem ser utilizadas por um tribunal para justificar as suas decisões.

A abordagem desse tema aparece no realismo jurídico norte-americano na discussão de dois pontos diversos. O primeiro deles é a incerteza quanto ao conteúdo do direito positivo e o segundo é a

2. Afirma-se que o realismo jurídico não constituiu uma escola, mas somente um movimento (Fuller, 1934: 430; Hunt, 1978: 37), o que é reconhecido pelos autores realistas Llewellyn (1962: 53-54) e Frank (1970: ix). Não houve um grupo coeso de estudiosos, mas somente certa tendência ou orientação, que se define por algumas características mínimas fundamentais. Duxbury (2001: 69) afirma que até mesmo o termo movimento seria forte nesse contexto, defendendo que o realismo teria sido apenas uma tendência intelectual sem fronteiras precisas.

incerteza causada pela interferência de fatores extra-normativos no processo decisório judicial. Analisaremos como esse movimento intelectual trata de cada um desses pontos, para ao final concluir se o seu argumento motiva um ceticismo sobre a validade das normas.

Na verdade, trata-se de ensaio preliminar a um questionamento sobre o próprio ceticismo forte dos realistas norte-americanos quanto à validade das normas. É nossa pretensão colocar em questão se de fato os realistas chegam a defender essa versão forte de ceticismo que descarta a própria autoridade das normas como parâmetros relevantes para a tomada de decisões jurídicas. Mas antes, no presente ensaio, olharemos para os fundamentos que levariam a essa posição. Nossa tentativa é argumentar que as premissas dos realistas sobre a indeterminação no direito não seriam capazes de sustentar o ceticismo em sua versão mais radical.³

1. INCERTEZA QUANTO AO CONTEÚDO DO DIREITO POSITIVO

Segundo os autores realistas, o direito positivo não é capaz de gerar segurança aos indivíduos no que se refere à forma como conflitos concretos são solucionados, tendo em vista que o conjunto de normas vigentes admite diferentes interpretações e aplicações. Isto ocorre em virtude (i) de características do próprio sistema jurídico (e.g. casos de antinomias no conjunto de normas positivadas); (ii) de incertezas semânticas geradas pelo texto de uma norma possivelmente aplicável; (iii) da forma como se utilizam os métodos interpretativos; (iv) da forma como se interpretam os fatos de um caso, atribuindo-lhes relevância jurídica e (v) da flexibilidade no raciocínio jurídico.

1.1 *A complexidade do sistema normativo*

O realismo jurídico atenta para a complexidade do sistema normativo,⁴ apontando que a existência de múltiplas normas contraditórias se opõe à idéia teórica de um sistema normativo coerente e ordenado, capaz de oferecer respostas determinadas para todos os casos levados a juízo. Na realidade, sustentam os realistas, diversas situações de fato criam a possibilidade de aplicação de duas ou mais

3. A investigação sobre a defesa, pelo o realismo jurídico norte-americano, da tese específica de que o direito positivo não é obrigatório (ceticismo sobre a validade) ficará para outra oportunidade.

regras (*rules*) ou princípios (*principles*), cada qual apontando para uma direção diferente (cf. Fisher III, Horwitz & Reed, 1993: 165).

Este aspecto se mostrava particularmente problemático no sistema de precedentes dos Estados Unidos quando do surgimento do realismo jurídico. O *case-law*, na entrada do século XX, tornava-se excessivamente complexo, com a publicação de um imenso volume de decisões, proferidas nas diversas esferas da federação. Isto ameaçava diretamente a base do sistema de *case-law*, o qual depende da existência de certo número de precedentes, mas fica arruinado quando este número é tão grande que fica impossibilitado o seu manejo pelos operadores do direito.⁵

A necessidade de lidar com normas contraditórias integrava a atividade dos juízes e advogados com muito mais freqüência do que usualmente se imaginava: “(...) nós tateamos no escuro em busca de

4. “(...) com exceção das leis, o nosso direito encontra-se em casos: portanto é difícil de localizar, difícil de extrair, difícil de expressar, de manejo complexo e sacrificado. Tampouco existe uma única casa legislativa ou uma única suprema corte, mas cinqüenta e uma, cada qual dando a sua última palavra e adicionando os seus pronunciamentos à massa” (Llewellyn, 1996: 106).

“(...) save for the statutes, our law is found in cases: hard therefore to find, hard to dig out, difficult to phrase, unwieldy, cumbersome. Nor is there one legislature, one supreme court, but fifty-one, each speaking its own last word and adding its pronouncements to the mass”).

5. “(...) quando o estoque de matéria-prima se torna demasiadamente grande, demasiadamente variado, demasiadamente confuso, o processo de construção de pontes se converte em uma operação aleatória. Quando se torna possível citar para um tribunal não apenas dois ou três casos anteriores que possuem uma relação razoável com este caso, mas dúzias de casos, muitos deles quase tão idênticos a ponto de se tornarem indistinguíveis, cada qual decidido de uma maneira diferente – então o que o tribunal deve fazer?” (Gilmore, 1961: 1041).

“(...) when the store of raw materials becomes too great, too varied, too confused, the bridge-building process turns into a random operation. When it becomes possible to cite to a court not merely two or three prior cases which bear a reasonable relationship to this case, but dozens of cases, many of them so nearly identical on their facts as to be indistinguishable, decided every which way – then what is the court to do?”).

um princípio ordenador que concilie as partículas dissonantes, ou que ao menos nos permita esquecer-las e ignorar as suas oposições”⁶ (Carodozo, *apud* Rumble, 1968: 55). Os diversos tribunais estaduais frequentemente adotavam soluções inconsistentes em casos idênticos (Glennon, 1985: 41). Como aponta Llewellyn, “[c]om cinquenta cortes supremas mais os tribunais federais em trabalho, é inevitável que de tempos em tempos decisões conflitantes apareçam.”⁷ (1996: 51)

A constatação desse fato levou muitos realistas a concluir que é possível encontrar um precedente para fundamentar qualquer solução que o magistrado queira dar para um conflito levado à sua apreciação. Entre as múltiplas normas contraditórias, certamente há alguma que se coadune com a decisão que se queira tomar (cf. Rumble, 1968: 55-56). É normalmente possível encontrar precedentes justificando uma determinada conclusão (Frank, 1970: 163). Nas palavras de Felix S. Cohen,

“Nenhum juiz conseguiria proferir uma decisão em qualquer caso para o qual um comentador não pudesse encontrar algum precedente, ainda que o juiz pessoalmente não tivesse conseguido encontrá-lo. Afirmar que uma decisão não tem precedente é dizer (1) que nós não concordamos com o uso que faz dos precedentes, ou (2) que nós não conhecemos os precedentes que podem ser citados em seu favor.”⁸ (Cohen: 1960: 129)

Desse modo, “(...) os precedentes são demasiadamente contraditórios para impor qualquer decisão específica em um caso levado a juízo.”⁹ (Rumble, 1968: 56) O tribunal, frente a um novo caso, pode sempre construir uma argumentação destinada a, de alguma maneira,

6. “(...) we grope for a principle of order that will compose the jarring atoms, or at least permit us to forget them and ignore their oppositions”.
7. “[w]ith fifty supreme courts plus the federal courts at work, it is inevitable that from time to time conflicting rules emerge.”
8. “No judge could possibly hand down a decision in any case for which a commentator could not find a precedent, even if the judge himself failed to find one. To say that a decision is unprecedented is to say either (1) that we do not agree with the use it makes of the precedents, or (2) that we do not know the precedents that might be cited in its support.”
9. “(...) precedents are too conflicting to compel any specific decision in a litigated case.”

conciliá-los. Por exemplo, pode destacar uma característica (fática ou processual) que os diferencie, característica essa não observada por nenhuma daquelas decisões. Uma construção como essa dá aparência de coerência ao sistema normativo, mas não proporciona segurança quanto a como os futuros casos serão solucionados, porque fazer ou não uma leitura que compatibilize casos anteriores é uma opção (um ato de vontade) do tribunal (Llewellyn, 1996: 67). O campo de opções disponíveis ao juiz leva a duvidar sobre a capacidade de o precedente determinar (controlar) a decisão judicial (Llewellyn, 1960: 76).

O direito legislado tampouco foi capaz de dar coerência ao sistema normativo norte-americano. Relata Gilmore que, no período anterior ao *New Deal*, as leis eram elaboradas sem grandes preocupações técnicas: “Os legisladores aparentemente estavam pouco preocupados com um uso preciso dos termos: ambigüidades, inconsistências e evidentes contradições encontravam-se em abundância”¹⁰ (Gilmore, 1961: 1045). Assim, também as leis, ao apontarem para sentidos diversos, ofereciam opções para os juízes que buscavam um fundamento jurídico para as suas decisões.

Como destaca Jerome Frank, “[o]s tribunais estão constantemente determinando qual norma aplicar, entre as diversas concorrentes”¹¹ (1970: 287-288). Ao se motivarem as decisões com raciocínios lógico-dedutivos a partir de normas pré-existentes, confere-se a essas decisões uma aparência de rigor técnico e correção, mas oculta-se o problema ora apontado, qual seja, a seleção da premissa: “(...) em nosso sistema jurídico temos um grande número de premissas maiores mutuamente inconsistentes, disponíveis para escolha: regras (*rules*) ‘concorrentes’, princípios (*principles*) ‘concorrentes’, analogias ‘concorrentes’.”¹² (Llewellyn, 1960: 12) Trata-se de um problema constante na atividade judicial:

10. “The draftsmen seem to have been little concerned with a precise use of terms: ambiguities, inconsistencies and downright contradictions abound.”
11. “[c]ourts are constantly determining which of several rival rules to apply.”
12. “(...) in our legal system we have large numbers of mutually inconsistent major premises available for choice: ‘competing’ rules, ‘competing’ principles; ‘competing’ analogies”.

“A categoria na qual se deve inserir a situação que a eles [juízes] se apresenta para julgamento não surge em suas mentes imediatamente. Ao contrário, diversas categorias lutam em suas mentes pelo privilégio de enquadrar a situação que têm diante de si. E, uma vez que existe essa luta, o que podem fazer senão escolher aquela que, para eles, aparenta levar a um resultado desejável.”¹³ (Radin, 1925: 359)

1.2 Indeterminação na linguagem normativa

Aponta-se, em segundo lugar, a indeterminação que deriva da própria linguagem, a qual, posteriormente, veio receber grande destaque na obra de Hart (2001: 139). Trata-se da dificuldade gerada por preceitos normativos expressos em palavras que permitem uma elasticidade quanto ao que pode e ao que não pode ser incluído em seu significado (hipóteses de vagueza semântica). A dificuldade consiste em uma ausência de certeza sobre uma determinada situação de fato incluir-se na regulação imposta por preceitos de linguagem imprecisa (Dickinson, 1931: 852). A incerteza, aqui, relaciona-se à tarefa “(...) de inserir os fatos individuais ou grupos de fatos naquelas categorias jurídicas abstratas que são os termos das normas jurídicas”¹⁴ (Llewellyn, 1996: 80) e se amplia conforme a generalidade e abstração da linguagem utilizada no texto normativo:

“A forma das palavras em que comumente uma norma é moldada tem uma grande tendência, graças à imprecisão da linguagem, de estar sujeita a uma série de leituras que não apenas variam em alcance desde a perversa aderência ao sentido literal até o semi-figurativo, mas também oscilam entre vários pontos limite, conforme as múltiplas definições ou sabores dos termos constituintes.”¹⁵ (Llewellyn, 1960: 180)

13. “The category into which to place the situation presented to them [judges] for judgment, does not leap into their minds at once. On the contrary, several categories struggle in their minds for the privilege of framing the situation before them. And since there is that struggle, how can they do otherwise than select the one that seems to them to lead to a desirable result.”
14. “(...) of putting the individual facts or groups of facts into those legal abstract categories which are the terms of legal rules.”

As normas jurídicas podem determinar a decisão judicial quando “(...) os fatos do caso se inserem tão claramente no núcleo da norma que juízes sensatos não têm a necessidade de refletir”¹⁶ (Llewellyn, 1960: 189), mas nunca oferecem respostas prontas quanto às situações que não se incluem nessa esfera. Nos tribunais superiores, objeto de estudo de Llewellyn, o mais comum são os casos controversos, para cuja solução não basta o direito positivo; pode-se afirmar que, nesse âmbito, a praxe é trabalhar com a zona de penumbra (Llewellyn, 1960: 190).

Cabe, aqui, distinguir a indeterminação dos precedentes e das leis (principais fontes do direito nos Estados Unidos). A idéia básica do sistema de precedentes é a mesma que do *civil law*: todos os casos devem ser decididos conforme normas gerais (Llewellyn, 1996: 72). Mas, no sistema de precedentes, a norma geral deve ser obtida por indução, a partir de casos passados. Em outras palavras, há o problema da elaboração da norma geral; esta não vem expressa em qualquer texto, mas deve ser definida pelo intérprete/operador, a partir de uma série de julgados anteriores. O juiz analisa como já se decidiu sobre o mesmo assunto; averigua os fundamentos determinantes desses julgados e, comparando diversos casos, extrai uma norma geral (a qual, presumidamente, é um direito que sempre existiu). Ao final, utiliza essa norma geral como base para estabelecer uma solução específica para o caso levado à sua apreciação. Trata-se de processo que não se dá sem uma série de problemas e dificuldades: “(...) o *case law* é flexível em suas fronteiras; as normas comumente mostram-se um tanto incertas em sua linguagem e não são facilmente definíveis”¹⁷ (Llewellyn, 1996: 87).¹⁸

Mas, se os precedentes não geram segurança na aplicação do direito em virtude da indeterminação em sua linguagem, o mesmo

15. “The form of words in which a rule is normally cast is very likely, thanks to the looseness of language, to be subject to a range of readings which not only rove in scope from the perverse literalistic all the way to the semifigurative, but also swing through various compass points according to diverse definitions or flavors of the constituent terms.”
16. “(...) the facts of the case fall so obviously inside the core of the rule that reasonable judges do not have to ponder.”
17. “(...) case law is flexible around the edges; the rules are commonly somewhat uncertain in their wording, and not easy to make definite.”

acontece com as leis (Llewellyn, 1996: 88). É certo que, no *common law*, as normas gerais são formuladas pelos próprios juizes a partir de decisões pretéritas. Porém, uma vez formuladas textualmente, essas normas gerais do *common law* levam a problema equivalente ao que se enfrenta na aplicação de leis: a necessidade de se atribuir um sentido à linguagem legal, que inclua ou não o caso concreto em análise. No que se refere às leis, Llewellyn observa:

“(...) a própria base dessa lei é a sua generalidade. Elaborada sem ter em vista nenhum caso particular – ou em algumas situações, com um único caso particular excessivamente em vista, e sem o cuidado adquirido pelos juizes com a sua experiência – a linguagem enfrenta agora uma sucessão de casos particulares. E, tal como ocorre com o problema da dedução acima suscitado, a questão é classificar esses novos fatos concretos ambíguos: eles se encaixam ou não nos compartimentos da lei?”¹⁹ (Llewellyn, 1996: 87).

A respeito desse problema, Holmes já advertia que “(...) nenhum caso pode ser decidido por proposições gerais, (...) eu aceitarei qualquer proposição geral que você queira e decidirei o caso de uma ou de outra forma”²⁰ (apud Rumble, 1968: 39-40). As normas são constituídas por conceitos e abstrações, cujo conteúdo deve ser definido antes

18. Notadamente, há a dificuldade de se estabelecer uma norma geral que fundamente os diversos casos passados. Na realidade, as múltiplas decisões específicas podem não levar a qualquer norma geral determinada, ou podem levar a várias normas gerais diferentes (cf. Rumble, 1968: 60-61): “(...) as possíveis induções a partir de um caso ou de uma série de casos – ainda que esses casos realmente tivessem cada qual um único significado fixo – são contudo não uma só, mas várias” (Llewellyn, 1962: 70-71).

“(...) the possible inductions from one case or a series of cases – even if those cases really had each a single fixed meaning – are nonetheless not single, but many”.

19. “(...) the very basis of this statute is its generality. Made without any particular case in mind – or in some instances, with a single particular case too much in mind, and without the caution drilled by experience into the judges – the language is faced now with a succession of particular cases. And as with the problem of deduction raised above, the question is that of classifying these new ambiguous concrete facts: do they or do they not fit into the statutory boxes?.”

da aplicação. Define-se esse conteúdo verificando-se se ele inclui ou não o caso em questão. E a classificação de fatos concretos em categorias abstratas admite certa manipulação, sendo possível argumentar-se em favor da subsunção ou em seu desfavor, conforme o resultado que se queira alcançar (cf. Llewellyn, 1996: 80).

“(…) uma lei é uma proposição geral. Ela descreve uma situação geral. Ela é uma imagem cujo contorno não é sólido, mas elástico, ou... uma corôa de fumaça. Ela pode ser estendida de forma consideravelmente ampla e contraída de forma consideravelmente reduzida. E se você é um pouco esperto, ela alcançará ou não a situação que você está decidindo.”²¹ (Radin, 1925: 360)

Desta feita, o texto normativo composto por termos semanticamente vagos não funciona por si só como base para que se possa antever a solução judicial de um caso específico ao qual possivelmente se aplique. Nessa esfera, da mesma maneira que ocorre com situações reguladas por precedentes, torna-se relevante para a aplicação da lei o conhecimento de decisões judiciais passadas e a predição de decisões futuras: “Devemos nos voltar à predição, então, do que os tribunais farão, se formos ler a lei. Nos voltamos, se possível, ao que os juízes já fizeram, para fazer uma predição segura.”²² (Llewellyn, 1996: 88)

Diversos autores que criticam o realismo jurídico admitem que, ao lidarem com a zona indeterminada de um texto normativo semanticamente vago, os juízes exercem escolhas. Nesse sentido, sustenta Dickinson que “Ao ‘aplicar’ uma norma dessa natureza, composta de termos tão amplos (...) a decisão do órgão julgador é substancialmente um ato discricionário, determinado, dentro dos limites do sentido mais amplo possível da norma, pela interação de um conjunto de

20. “(...) no case can be settled by general propositions, (...) I will admit any general proposition you like and decide the case either way.”
21. “(...) a statute is a general statement. It describes a general situation. It is a picture of which the outline is not solid steel, but rubber, or... a wreath of smoke. It can be extended pretty widely and contracted pretty narrowly. And if you are a little clever, it will catch or let out the situation you are deciding.”
22. “We must turn to prediction, then, of what the courts will do, if we would read the statute. We turn, if we can, to what the judges have already done, to make our prediction sound.”

influências subjetivas, preconceitos, pré-concepções, os quais não se pode esperar que o julgador explique completa ou adequadamente, e sobre os quais em regra ele provavelmente nem se dá conta.”²³ (Dickinson, 1931: 852)

Hart também admite a possibilidade de as normas gerais acarretarem incertezas quanto ao comportamento que exigem, tendo em vista que “(...) todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas” (Hart, 2001: 17). Conforme a sua teoria, os enunciados normativos utilizam termos que geram dúvidas em sua “zona de fronteira”. Há casos nos quais o interprete claramente sabe se o comando normativo se aplica ou não; em outros, a aplicabilidade é incerta. Na primeira hipótese, a solução se dá pela simples aplicação da norma, em seu sentido auto-evidente (processo meramente cognitivo). Na segunda hipótese, a solução depende da realização de uma escolha pelo sujeito incumbido de decidir. Desse modo, Hart concorda com os autores realistas quanto à existência de vasto campo para o exercício de uma atividade discricionária pelos juízes, repudiando apenas o *exagero* desses autores (Hart, 2001: 149).²⁴ Disto se pode concluir que o seu ataque a este argumento cético não tem caráter qualitativo, antes se refere ao ponto extremo em que ele foi capaz de chegar. Ou, como nota Brian Leiter, embora Hart e os realistas concordem que as normas não determinam as decisões em uma série de casos, eles discordam quanto à quantidade de casos em que isso é verdadeiro: “[e]m resumo, o seu desacordo é quanto ao *grau*”²⁵ (Leiter, 2002: 32).²⁶

23. “In ‘applying’ a rule of this character composed of terms so broad (...) the decision of the adjudicating agency is substantially a discretionary act, determined, inside the limits of the broadest possible meaning of the rule, by the interplay of a mass of subjective influences, prejudices, pre-conceptions, of which the adjudicating officer himself can be expected to give no complete or adequate account, and of which he is probably in the normal case not even aware.”
24. “Quando se atinge a área de textura aberta, muito freqüentemente tudo o que podemos com proveito oferecer em resposta à questão ‘Qual é o direito neste assunto?’ é uma predição cautelosa sobre o que os tribunais farão” (HART, 2001: 160).
25. “[t]heirs, in short, is a disagreement as to degree.”

1.3 Multiplicidade de métodos interpretativos

Além de fundamentar o seu argumento de que o direito é indeterminado em características do sistema normativo, os realistas apontam uma incerteza quanto à forma como ele pode ser manejado pelos juízes. Neste ponto, constata-se que existem diferentes métodos interpretativos –“(…) as formas que possuímos para revelar quais normas as leis e os precedentes contêm”²⁷ (Leiter, 2007: 20) – igualmente legítimos, mas conflitantes. Note-se que se trata de questão diferente da discutida no item anterior: aqui, não se está a lidar, necessariamente, com termos de significado impreciso. “O problema na realidade não reside nos materiais jurídicos primários, mas nas regras que regulam a escolha apropriada de um cânone para a interpretação dos materiais primários”²⁸ (Green, 2005: 1978). Ainda que um texto legal tenha um conteúdo semântico preciso e à primeira vista se aplique ao caso em questão, podem existir cânones hermenêuticos oferecendo alternativas à observância do seu sentido literal (Llewellyn, 1960: 447).

A ênfase a este aspecto é característica marcante na obra de Llewellyn: “(…) as técnicas para o uso dos materiais jurídicos, conhecidas e consideradas corretas, compreendem grandes margens para a ação levando a resultados variados, e quase não apresentam uma orientação explícita sobre como trabalhar com ou dentro dessas margens”²⁹ (Llewellyn, 1960: 22).³⁰

26. É importante notar, porém, que Hart não oferece critérios para que se possam apartar os casos fáceis daqueles em que a atuação judicial será meramente volitiva (cf. Dimoulis, 2006: 216; Tavares & Osmo, 2008). A qualidade de determinado ou indeterminado também pode decorrer de uma atribuição (atividade não-cognitiva, portanto) por parte do intérprete. É viável argumentar-se estrategicamente que para um caso existe um comando normativo claramente aplicável, e se pode igualmente sustentar que esse caso cai na zona de discricionariedade judicial (cf. Kennedy, 2005: 375; Tavares & Osmo, 2008).
27. “(…) the ways we have of characterizing what rules statutes and precedents contain.”
28. “The problem is not really in the primary legal materials, but in the law governing the appropriate choice of a canon for interpreting the primary materials.”

No que toca à interpretação de precedentes, constata Llewellyn (1949-1950: 395) que existem diferentes maneiras de lidar com os casos anteriores, contraditórias, mas igualmente corretas. Há doutrina estabelecendo que, no julgado anterior, tem apenas autoridade perante casos futuros aquilo que o tribunal afirma ser absolutamente necessário para a sua conclusão, e que diferenças entre os fatos da decisão prévia e do caso novo são suficientes para que se descarte a aplicação do precedente. E há doutrina determinando que tem autoridade a norma que o tribunal escolha para fundar o seu julgamento, e que essa norma pode ser abstraída de precedentes de forma a alcançar casos envolvendo fatos claramente distintos.³¹

A primeira técnica, denominada por Llewellyn (1996: 72-76) de interpretação restritiva (*strict view*), permite que o magistrado, desejando dar ao litígio *sub judice* uma solução diferente daquela dada em um caso anterior, descarte a aplicação do precedente, sem que, para tanto, mostre-se necessário afirmar que a decisão anterior esteja equivocada. A segunda, designada interpretação ampliativa (*loose view*), permite que o magistrado, desejando dar ao litígio *sub judice* uma solução equivalente àquela dada em casos anteriores, tire proveito dos precedentes, desenvolvendo-os e expandindo-os para fundamentar a sua conclusão. Essas duas doutrinas, se aplicadas ao mesmo

29. "(...) the known and felt correct techniques for use of the authoritative materials contain huge correct leeways to produce variant results, and contain almost no explicit guidance for work with or within the leeways."

30. John Dewey tampouco deixa de observá-lo: "(...) os princípios interpretativos não consistem em normas tão rígidas que possam ser expostas de forma definitiva, sendo a partir de então adotadas literal e mecanicamente. Isto porque as situações às quais devem se aplicar não se repetem literalmente em todos os detalhes, e questões de grau sobre um ou outro fator têm um peso essencial na determinação de qual norma geral será empregada no julgamento da situação em questão" (1925: 25).

("(...) principles of interpretation do not signify rules so rigid that they can be stated once for all and then be literally and mechanically adhered to. For the situations to which they are to be applied do not literally repeat one another in all details, and questions of degree of this factor or that have the chief weight in determining which general rule will be employed to judge the situation in question").

precedente, levam à possibilidade de soluções contraditórias: “(...) existe uma doutrina para se livrar de precedentes tidos como incômodos e uma doutrina para fazer uso de precedentes que pareçam úteis”³² (Llewellyn, 1996: 74). Ou seja, “(...) a margem de ação disponível na *interpretação de precedentes* é (em relação àquilo que a tradição mais antiga conscientemente concebeu) nada menos do que imensa”³³ (Llewellyn, 1962: 71).

Não é diferente com as leis: “(...) também no campo da interpretação de leis existem regras ‘corretas’, inatacáveis, sobre ‘como interpretar’, que levam de forma acertada a direções variadas”³⁴ (Llewellyn, 1949-1950: 399). Aliás, “(...) o *leque* de técnicas corretas disponíveis para se lidar com leis é, grosso modo, equivalente ao leque disponível para se lidar corretamente com materiais do *case law*”³⁵ (Llewellyn,

31. “No trabalho de um único dia de julgamento, eu observei 26 formas descritíveis diferentes pelas quais um de nossos melhores tribunais estaduais manuseava os seus próprios casos anteriores, utilizando repetidamente três a seis formas diferentes dentro de um único voto.”

“O que é relevante é que *todas* as 26 formas (mais uma dúzia de outras que por acaso não foram utilizadas naquele dia) são corretas. Elas representam não um ‘afastamento’, mas uma razoável continuação do nosso sistema de precedentes, na maneira como ele chegou a nós” (Llewellyn, 1949-1950: 396).

“In the work of a single opinion-day I have observed 26 different, describable ways in which one of our best state courts handled its own prior cases, repeatedly using three to six different ways within a single opinion.”

“What is important is that all 26 ways (plus a dozen others which happened not to be in use that day) are correct. They represent not ‘departure from’, but sound continuation of, our system of precedent as it has come to us”.

32. “(...) there is one doctrine for getting rid of precedents deemed troublesome and one doctrine for making use of precedents that seem helpful.”
33. “(...) the available leeway in interpretation of precedent is (relatively to what the older tradition has consciously conceived) nothing less than huge.”
34. “(...) in the field of statutory construction also, there are ‘correct,’ unchallengeable rules of ‘how to read’ which lead in happily variant directions.”

1960: 371). Um dos motivos da existência de diversas formas de se interpretarem as leis é a necessidade de que se atribua a estas um propósito. Para esse efeito, pode-se buscar em documentos a efetiva intenção do legislador, ou (e isto ocorre especialmente na medida em que a lei se torna antiga) pode-se, ao invés de se buscar o sentido original, atribuir à lei um sentido à luz das novas circunstâncias (Llewellyn, 1949-1950: 400-401). Conflitos podem verificar-se, ademais, entre uma leitura restritiva e uma leitura ampliativa do dispositivo legal (Llewellyn, 1996: 90).

Llewellyn (1949-1950: 401-404) chega a fazer uma lista de vinte e oito cânones hermenêuticos extraídos de pesquisa em decisões judiciais, confrontando-os com os seus opostos, utilizados em outras decisões judiciais. Desses, são exemplificativos: “Uma lei não pode se estender para além de seu texto”,³⁶ em confronto com “Para tornar efetivo o seu propósito, uma lei pode ser implementada para além de seu texto”,³⁷ “Os títulos não determinam o significado; os preâmbulos não expandem o escopo; os tópicos das seções não alteram a linguagem”,³⁸ em confronto com “O título pode ser consultado como guia quando exista dúvida ou obscuridade no corpo; os preâmbulos podem ser consultados para determinar a base lógica, e portanto a verdadeira interpretação dos termos; os tópicos das seções podem ser considerados como parte da própria lei”,³⁹ “As palavras devem ser interpretadas de acordo com o efeito gramatical apropriado de sua disposição no texto legal”,⁴⁰ em confronto com “Regras gramaticais serão desconsideradas quando a estrita fidelidade puder frustrar o propósito”,⁴¹ “As

35. “(...) the range of techniques correctly available in dealing with statutes is roughly equivalent to the range correctly available in dealing with case law materials.”

36. “A statute cannot go beyond its text.”

37. “To effect its purpose a statute may be implemented beyond its text.”

38. “Titles do not control meaning; preambles do not expand scope; section headings do not change language.”

39. “The title may be consulted as a guide when there is doubt or obscurity in the body; preambles may be consulted to determine rationale, and thus the true construction of terms; section headings may be looked upon as part of the statute itself.”

40. “Words are to be interpreted according to the proper grammatical effect of their arrangement within the statute.”

palavras devem ser lidas em seu sentido comum, a não ser que sejam termos técnicos ou vocabulários próprios da profissão”,⁴² em confronto com “Termos populares podem apresentar um sentido técnico e termos técnicos podem apresentar um significado popular, e devem ser interpretados de acordo com a intenção manifesta ou de forma a tornar a lei eficaz”;⁴³ e “Deve-se presumir que a linguagem foi escolhida com a devida atenção à correção gramatical e não é intercambiável em meras conjunturas”,⁴⁴ em confronto com “E’ e ‘ou’ podem ser lidos de forma intercambiável sempre que a alteração for necessária para dar sentido e eficácia à lei”.⁴⁵

Nos tribunais superiores, a grande variedade de técnicas interpretativas, cada qual levando a conclusões diferentes, não aparece apenas em casos extremos, mas em grande frequência e abundância (Llewellyn, 1960: 377). Constatando o uso pelos tribunais de cânones contraditórios, Llewellyn (1949-1950: 401) conclui que a preferência por um deles deve dar-se por motivos outros que não o próprio uso do cânone.

Veja-se que a possibilidade de manipulação de cânones interpretativos é problema que não se restringe à zona de penumbra da norma (ou aos casos marginais), ocorrendo também em sua área de certeza (cf. Green, 2005: 1976); dessa maneira, esse fator se soma à textura aberta de Hart, majorando a indeterminação do direito:

“Se os Realistas tinham razão, então as normas jurídicas não apenas sofrem da textura aberta descrita por Hart, mas as leis e precedentes freqüentemente permitirão ‘manipulação’- manipulação

41. “Rules of grammar will be disregarded where strict adherence would defeat purpose.”
42. “Words are to be taken in their ordinary meaning unless they are technical terms or words of art.”
43. “Popular word may bear a technical meaning and technical words may have a popular signification and should be construed as to agree with evident intention or to make the statute operative.”
44. “It must be assumed that language has been chosen with due regard to grammatical propriety and is not interchangeable on mere conjecture.”
45. “‘And’ and ‘or’ may be read interchangeably whenever the change is necessary to give the statute sense and effect.”

juridicamente correta, é claro – e portanto serão indeterminadas também nesse sentido adicional.”⁴⁶ (Leiter, 2007: 76)

1.4 A atribuição de relevância aos fatos

Os realistas, em sua maioria, não discutem a forma como os juízes interpretam os fatos e lhes conferem relevância jurídica. A sua atenção está deliberadamente voltada para os julgamentos em grau de recurso por tribunais superiores, os quais tomam os fatos como estes foram apurados pelos juízes de primeira instância (cf. Llewellyn, 1960: 28).⁴⁷ Porém, há entre esses autores quem discuta como se efetiva a determinação, pelos tribunais, dos fatos de cada caso (como se estabelece o que efetivamente ocorreu entre as partes). Notadamente, essa é uma preocupação de Jerome Frank (1970: x-xiv), o qual se autodenomina um “cético sobre fatos” (*fact skeptic*).⁴⁸

Nesse âmbito, Jerome Frank adota como enfoque os tribunais de primeira instância (*trial courts*) e os fatores que interferem na avaliação dos fatos realizada por estes (cf. Twining, 1985: 71). Afirma que as dúvidas do advogado sobre a forma como um juízo de primeira instância perceberá os fatos de um litígio são o principal obstáculo para que consiga antever como esse litígio será solucionado: “(...) a principal causa da incerteza jurídica é a incerteza sobre fatos – o

46. “If Realists are right, then not only do legal rules suffer from the open texture that Hart describes, but statutes and precedents will frequently admit 'manipulation' – legally proper manipulation, of course – and thus be indeterminate in this additional respect as well.”

47. Nas palavras de Frank, o tribunal superior normalmente usa “(...) a versão do tribunal de primeira instância a respeito dos fatos como algo 'dado'” (1970: xv) (“(...) the trial court's version of the facts as something 'given'”). Llewellyn, contudo, observa que a regra de que os tribunais de recurso recebem os fatos tais como fixados em primeira instância “(...) muda de coloração em sua aplicação, em virtude do dever de o tribunal recursal fazer justiça e por sua 'sensação' experiente sobre o que pode se encontrar, não dito, por baixo dos registros” (Llewellyn, 1960: 28) (“(...) is yet colored in operation by the appellate court's duty to do justice and by its experienced 'feel' for what may lie, unspoken, underneath the record”).

48. Ao longo de sua carreira, Jerome Frank voltou-se cada vez mais a um ceticismo sobre fatos (cf. Rumble, 1968: 107-108; Glennon, 1985: 60).

desconhecimento, antes da decisão, do que o tribunal de primeira instância irá 'identificar' como os fatos"⁴⁹ (Frank, 1970: xiv).

A idéia essencial do ceticismo sobre fatos é a de que o que prevalece como fatos do caso não é o que efetivamente ocorreu, mas a interpretação dos relatos e registros desses fatos apresentados em juízo (cf. Rumble, 1968: 110). Esse ato de interpretar, afirma Frank, envolve reações subjetivas dos juízes e jurados diante da apresentação de provas. Frank (1970: 118-119) sustenta que elementos da personalidade do juiz podem se mostrar determinantes para a forma como os dados (e.g. depoimentos pessoais) do caso serão avaliados. Tal como uma testemunha que não reproduz mecanicamente os fatos, mas relata as suas próprias avaliações sobre eles, o juiz avalia as provas que lhe são apresentadas; logo, elementos de sua subjetividade interferem também nos processos pelos quais ele se convence sobre quais são os fatos relevantes do caso.

A própria solução que o magistrado queira dar ao caso pode influenciar a forma como determina o que ocorreu no conflito levado à sua apreciação. Aponta Frank que (i) a determinação de quais são os fatos e (ii) a determinação das normas que devem aplicar-se a eles são duas partes do processo decisório que, em geral, não se dão separadamente, mas de forma interligada. O juiz, ao destacar os fatos relevantes, "(...) muitas vezes perceberá a prova de maneira tal que os 'fatos' relatados por ele, combinados com aquelas normas tradicionais, justificarão o resultado que ele decreta"⁵⁰ (Frank, 1970: 145). Na teoria, primeiramente se interpretam os fatos e, apenas depois, busca-se a norma jurídica aplicável; mas, na realidade, pode ocorrer o oposto: a norma tida como aplicável e a forma como se quer decidir podem determinar como se interpretam os fatos (cf. Llewellyn, 1996: 65). Ou seja, o tribunal pode perceber a situação fática *sub judice* e determinar o que efetivamente teria ocorrido de forma que se justifique ou não a aplicação de uma determinada norma.

49. "(...) the major cause of legal uncertainty is fact-uncertainty – the unknowability, before the decision, of what the trial court will 'find' as the facts."
50. "(...) will often view the evidence in such a way that the 'facts' reported by him, combined with those traditional rules, will justify the result which he announces."

Dickinson, embora critique o realismo jurídico – o qual, no seu entender, minimiza excessivamente a importância das normas jurídicas no processo decisório (1931: 835) – reconhece a existência de fatores que ampliam a discricionariedade judicial, entre eles o poder de o tribunal perquirir e fixar os fatos do caso ou, em suas palavras, o poder de “(...) chegar a uma conclusão sobre o que aconteceu entre as partes”⁵¹ (1931: 854):

“Esse poder de identificar os fatos proporciona ao órgão julgante uma ampla área de discricionariedade em muitas espécies de casos, para determinar se normas jurídicas de certo teor, ou se outras de teor oposto, devem se aplicar para a solução do caso. Não há dúvidas de que ocasionalmente os tribunais façam uso desse poder de identificar os fatos para evadir a necessidade de aplicar uma norma jurídica a um caso para o qual de outra forma seria aplicável e de que, nessa medida, a efetividade de qualquer norma em controlar a atuação dos tribunais e facilitar a predição de decisões possa ficar seriamente prejudicada.”⁵² (Dickinson, 1931: 855)

1.5 A flexibilidade no raciocínio jurídico

Autores realistas destacam que a lógica dedutiva e o raciocínio analógico são instrumentos adaptáveis a diferentes fins, mais flexíveis do que usualmente se advoga. Portanto, é ingênuo acreditar na possibilidade de se deduzirem regras específicas a partir de normas gerais, ou de se extrair a decisão para um caso de outro caso similar (Fisher III, Horwitz & Reed, 1993: 164-165).

Neste ponto, há que se fazer referência a um equívoco terminológico existente na obra de Holmes, o qual provocou confusões em

51. “(...) to reach a conclusion as to what happened between the parties.”

52. “This power of finding the facts confers on the adjudicating agency a wide area of discretion in many types of cases to determine whether legal rules of one tenor, or others of opposite tenor, shall apply to the determination of the case. There can be no doubt that occasionally courts employ this power of finding the facts to evade the necessity of applying a legal rule to a case to which it would otherwise be applicable, and to that extent the effectiveness of any rule in controlling the action of courts and in facilitating the prediction of decisions may be seriously impaired.”

diversos outros autores que vieram segui-lo. Trata-se de uma crítica ao uso da “lógica”, sem um esclarecimento sobre o que se está a designar com essa expressão. Logo nas primeiras linhas da obra *The Common Law*, Holmes afirma: “A vida do direito não tem sido a lógica: ela tem sido a experiência”⁵³ (Holmes, 1881). O argumento é recorrente em suas obras; Holmes critica repetidas vezes o pensamento jurídico baseado exclusivamente na lógica e chega a contrapor a lógica ao bom senso (cf. Dewey, 1925: 20; Grey, 2000: 133).

Em termos gerais, compreende-se que Holmes quis se referir ao raciocínio dedutivo (mecânico) derivado de um sistema conceitual⁵⁴ (cf. Dewey, 1925: 21; White, 1963: 15-16; Grey, 2000: 134), ou seja, a um processo de aplicação mecânica da lei (cf. Hart, 1983: 130-131). Sua crítica dirige-se à solução de conflitos por meio de derivações a partir de premissas fixas. É nesse sentido que, em voto vencido proferido no caso *Lochner v. New York*, Holmes afirma que “[p]roposições gerais não decidem casos concretos. A decisão dependerá de um julgamento ou intuição mais sutil do que qualquer premissa maior enunciada”⁵⁵ (1905). Nessa mesma linha, em *The Common Law*, Holmes afirma que diversos fatores, entre eles a teoria política e moral prevalecente, as necessidades sociais em um dado momento e até mesmo prejuízos pessoais dos juízes “(...) têm tido muito mais relevância do que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados”⁵⁶ (Holmes, 1881).

O oposto da lógica, para Holmes, seria uma análise contextual e instrumental, que buscasse alcançar determinadas conseqüências à luz das especificidades de cada situação concreta (Grey, 2000: 134). Holmes se contrapõe à pretensão de se utilizar o silogismo como se as premissas contivessem tudo o que é necessário à dedução da conclusão, “[p]orque a filosofia incorporada na teoria formal do silogismo

53. “The life of the law has not been logic: it has been experience.”

54. Existe quem defenda que Holmes foi incoerente nos diversos usos que fez da expressão “lógica” (v. Brewer, 2000: 94-132).

55. “[g]eneral propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise.”

56. “(...) have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.”

afirmava que o pensamento ou razão fixou suas próprias formas, anteriores a e independentes de questões concretas”⁵⁷ (Dewey, 1925: 21).

John Dewey, filósofo pragmático, cuja teoria veio exercer grande influência sobre o realismo jurídico norte-americano, concorda com a crítica de Holmes ao uso do silogismo – enquanto uma lógica de formas fixas, de demonstrações rígidas, e não de perquirições e descobertas – para justificar decisões. Mas destaca que o problema não é o silogismo em si, mas a circunstância de que ele apenas relata os resultados do raciocínio, não tendo nenhuma relação com a forma como esse raciocínio se opera.⁵⁸

No mesmo sentido, afirma Cook que o silogismo “(...) surge mais como uma forma de se relatarmos os resultados de nosso pensamento do que como o modo através do qual esses resultados são alcançados”⁵⁹ (1927: 306). Deve-se distinguir, portanto, o processo decisório da argumentação utilizada para embasá-lo (Hutcheson Jr., 1929: 279). O uso da lógica dedutiva gera a aparência de que a motivação do julgado revelaria a forma como este foi alcançado (a

57. “[f]or the philosophy embodied in the formal theory of syllogism asserted that thought or reason has fixed forms of its own, anterior to and independent of concrete subject-matters.”

58. “Na realidade, os homens não começam a pensar com premissas. Eles começam com algum caso complexo e confuso, que aparentemente admite formas alternativas de tratamento e solução. As premissas emergem apenas gradualmente da análise integral da situação. (...) Na realidade, geralmente começamos com alguma vaga antecipação de uma conclusão (ou, ao menos, de conclusões alternativas), e então buscamos princípios e dados que irão fundamentá-la, ou que nos habilitarão a escolher inteligentemente entre conclusões concorrentes” (Dewey, 1925: 23).

“As a matter of fact, men do not begin thinking with premises. They begin with some complicated and confused case, apparently admitting of alternative modes of treatment and solution. Premises only gradually emerge from analysis of the total situation. (...) As a matter of actual fact, we generally begin with some vague anticipation of a conclusion (or at least of alternative conclusions), and then we look around for principles and data which will substantiate it or which will enable us to choose intelligently between rival conclusions”.

59. “(...) appears rather as a way of stating the results of our thinking than as the mode by which those results are reached.”

justificação parece identificar-se com o processo decisório), mantendo a ilusão de que tudo o que os tribunais fazem é deduzir conclusões a partir de premissas fixas. Contudo, como aponta Dewey (1925: 24), o pensamento parte de uma situação mais ou menos complexa, que não apresenta uma solução precisa; a partir de então, combinam-se as premissas maior e menor de forma experimental ao longo da análise do caso e das normas preexistentes. Esta é a forma pela qual se alcançam as conclusões, o que difere da maneira como estas são explicitadas.⁶⁰ Em suma, a solução de problemas concretos a partir de conceitos gerais envolve um processo complexo, no qual se podem realizar múltiplas inferências e extrair um sem-número de conclusões. Ou, nas palavras de Jerome Frank, “[d]eliberações judiciais, tal como outras deliberações, na maioria dos casos, são realizadas, sem dúvida, de trás para diante, a partir de conclusões formuladas experimentalmente”⁶¹ (1970: 109).⁶² A forma dedutiva oculta “(...) a inevitável escolha moral ou política entre inferências possíveis”⁶³ (Horwitz, 1992: 202).

60. No mesmo sentido, Jerome Frank: “O silogismo não fornecerá a premissa maior ou a premissa menor. O 'truque' se encontra na seleção dessas premissas. Na grande maioria dos casos que se apresentam perante os tribunais, a seleção de princípios e a determinação sobre a exposição dos fatos em termos de uma ou de outra premissa menor são as principais tarefas a serem praticadas. Essas são tarefas complexas, cheias de riscos e incertezas, mas os riscos e incertezas são normalmente ocultados pelo uso superficial da lógica formal” (Frank, 1970: 72).

(“The syllogism will not supply either the major premise or the minor premise. The 'joker' is to be found in the selection of these premises. In the great run of cases which come before the courts, the selection of principles and the determination of whether the facts are to be stated in terms of one or another minor premise, are the chief tasks to be performed. These are difficult tasks, full of hazards and uncertainties, but the hazards and uncertainties are ordinarily concealed by the glib use of formal logic”).

61. “[j]udicial judgments, like other judgments, doubtless, in most cases, are worked out backward from conclusions tentatively formulated.”
62. Na mesma linha, posiciona-se Llewellyn: “A maioria das premissas maiores ainda são ditadas por uma conclusão necessitada e já estabelecida” (1996: 82).

(“Most major premises still are dictated by a conclusion needed and already fixed”).

O uso do modelo dedutivo na motivação de julgados não se dá sem um motivo específico: este modelo leva a crer que existe uma norma prévia, disponível para a solução de qualquer caso que seja levado a juízo. A decisão assume uma forma impessoal, racional e objetiva, gerando uma falsa aparência de segurança e certeza: “(...) a tentação é abandonar a lógica vital que realmente levou à conclusão e substituí-la por formas de discurso que são rigorosas em sua aparência e que produzem uma ilusão de certeza”⁶⁴ (Dewey, 1925: 24). A conclusão do tribunal parece inevitável. “O tribunal pode decidir de uma forma ou de outra e, em qualquer caso, pode fazer com que o seu raciocínio pareça igualmente impecável.”⁶⁵ (Frank, 1970: 72) Uma vez que a certeza derivada da lógica dedutiva é meramente ilusória (cf. Holmes, 1952: 126), utilizá-la equivale a fugir à obrigação de se encontrarem fórmulas que realmente assegurem aos sujeitos uma medida razoável de segurança no planejamento de sua conduta (Dewey, 1925: 25). Logo, “(...) afirmar que existem à mão fórmulas antigas cobrindo todos os casos, as quais podem ser aplicadas por meio de um silogismo formal, é aspirar a uma certeza e regularidade que não podem existir de fato. A conseqüência da aspiração é aumentar a incerteza prática e a instabilidade social”⁶⁶ (Dewey, 1925: 26).

As mesmas considerações valem para o raciocínio analógico. A avaliação da similaridade entre dois casos diversos, essencial em um sistema de *common law*, não consiste em um “processo de descoberta auto-executável”⁶⁷ (Horwitz, 1992: 202). Ao contrário, permite a realização de escolhas por parte do magistrado, podendo se apresentar

63. “(...) the inevitable moral or political choice among possible inferences.”

64. “(...) the temptation is to surrender the vital logic which has actually yielded the conclusion and to substitute for it forms of speech which are rigorous in appearance and which give an illusion of certitude.”

65. “The court can decide one way or the other and in either case can make its reasoning appear equally flawless.”

66. “(...) to claim that old forms are ready at hand that cover every case and that may be applied by formal syllogizing is to pretend to a certainty and regularity which cannot exist in fact. The effect of the pretension is to increase practical uncertainty and social instability.”

67. “self-executing process of discovery.”

como um processo eminentemente político, ou como “legislação judicial”⁶⁸ (Horwitz, 1992: 205).

Em resumo, de acordo com os autores estudados, os raciocínios dedutivo e analógico não são capazes de evitar opções por parte do magistrado. Geram a ilusão de que se alcançou determinada conclusão por meio de raciocínio puramente jurídico, quando na verdade, muitas vezes, ela é influenciada por considerações de política econômica ou social (Cook, 1927: 308).⁶⁹

2. A RELEVÂNCIA DE FATORES EXTRA-NORMATIVOS NO PROCESSO DECISÓRIO

2.1 A opção do julgador

O realismo jurídico é conhecido por enfatizar, no processo decisório, a escolha existente para o magistrado, escolha essa que se realiza tendo em vista os efeitos que o julgador considera apropriados para o caso em discussão.⁷⁰ Isso significa que, na solução de problemas judiciais, são relevantes não apenas o direito positivo e as formas de raciocínio juridicamente admitidas, mas também outras considerações de caráter extra-normativo. Isso muito embora, no mais das vezes, os julgados sejam motivados com argumentos exclusivamente jurídicos.

Na realidade, é comum que os conflitos levados a juízo sejam falsamente caracterizados como questões puramente jurídicas (Golding, 1980-1981: 1046), sob o argumento de que desse modo evita-se

68. “judicial legislation.”

69. Como destaca Rumble, a crítica realista ao silogismo fundava-se no argumento de que “(...) o uso do silogismo tende a ocultar a forma como os juízes alcançam as suas decisões – isto é, tende a ocultar o processo do pensamento” (1968: 173-174).

“(...) the use of the syllogism tends to obscure how judges reach decisions – tends to obscure, that is, the operation of thinking”.

70. A esse propósito, diz Reale: “(...) o ato de decidir não resulta de normas aplicáveis obrigatoriamente, em razão de sua exclusiva correspondência lógica à espécie examinada, mas é antes constituída pela *escolha* ou *opção* do julgador, entre várias alternativas. O juiz, em suma, no ato de escolher a diretriz normativa possível *in concreto*, só pode fazê-lo em função dos *resultados* ou dos *efeitos* que, enquanto homem, considerar convenientes em cada caso, em virtude da prévia qualificação por êle dada à hipótese *sub judice*” (REALE, 1992: 106).

a arbitrariedade. Mas esse argumento, segundo Frank, é em grande parte retórico: “[o] direito não é uma máquina e os juízes não são operadores de máquinas”⁷¹ (Frank, 1970: 129). A escolha por parte do juiz é inevitável e, portanto, não se pode eliminar completamente a influência de elementos extra-normativos (cf. Rumble, 1965: 166).

Considerar a atuação desses fatores no processo judicial como ilegítima, dizem os realistas, significa ocultá-los e dissimulá-los. “Isto é, os juízes são requeridos a executar no escuro o que é a verdadeira essência da função judicial”⁷² (Frank, 1970: 130). Conseqüentemente, tem-se pouca compreensão sobre como efetivamente se dá o processo decisório judicial. Ficam ocultas as considerações que, verdadeiramente, tenham motivado a decisão. Em virtude de uma excessiva restrição aos fatores admitidos como relevantes no processo judicial, leva-se o juiz a “torturar” o material normativo para que este confira embasamento a uma decisão tomada com base em fatores extra-normativos. Provoca-se uma conduta insincera por parte dos magistrados, gerando insegurança, visto que: (i) não se pode prever quando o juiz quebrará as balizas que lhe são impostas, de seguir exclusivamente argumentos jurídicos; e (ii) as considerações judiciais extra-normativas que realmente motivam as decisões ficam excluídas da análise crítica pela comunidade (cf. Fuller, 1934: 435-7). Em contrapartida, trazer esses elementos à luz possibilitaria que se notassem e se discutissem os seus efeitos, de forma a mitigar as conseqüências que se revelassem malélicas (Frank, 1970: 151-153).

Propugnam os realistas que a doutrina dê adequada atenção aos fatores extra-normativos atuantes sobre o processo decisório: impõe-se que se estude a verdadeira influência que exercem sobre o desenvolvimento e sobre a realização do direito, uma vez que “(...) a pretensão de que os juízes não possuem o poder de exercer uma imensa monta de discricionariedade e de individualizar controvérsias não nos livra daqueles males que resultam do abuso do poder judicial. Ao contrário, ela amplia os males”⁷³ (Frank, 1970: 148).

71. “[t]he law is not a machine and the judges not machine-tenders.”

72. “The judges, that is, are asked to perform in the dark what is the very essence of the judicial function.”

L. L. Fuller, um conhecido crítico de muitos aspectos do realismo, não deixa de reconhecer o mérito que existe na defesa do aumento da esfera do “juridicamente relevante”, e da atribuição de certa “respeitabilidade” às considerações extra-jurídicas (1934: 434): “[s]e essas coisas fossem abertamente discutidas, estaríamos aptos a submetê-las a uma avaliação racional e crítica. Dessa avaliação adviria maior certeza e mais justiça aos litigantes”⁷⁴ (Fuller, 1934: 437).

Quais seriam esses fatores que, para o realismo jurídico, levam o juiz a optar por uma solução e não por outra? – É importante notar que, ao indagar sobre as causas que levam a um ou outro resultado no processo judicial, os realistas negam a possibilidade de que exista um único fator causal. Sua orientação empírica impõe o reconhecimento de que, nesse processo, atua uma complexa interação de variáveis (Hunt, 1978: 43). Há, portanto, o reconhecimento de que o trabalho do Judiciário se dá em um ambiente complexo, no qual atuam diversas forças. Como reconheceu Pound, em análise de todo compatível com a teoria realista:

“Tradição, educação, ambientes naturais, raça, classe e comunidade profissional, e influências econômicas, políticas e sociais de todas as espécies e grau formam um ambiente complexo no qual homens se esforçam para alcançar determinados resultados por meio da maquinaria jurídica. Não servirá nenhuma discussão que se dê simplesmente em termos de homens ou da maquinaria jurídica e política, ou de ambos, que ignore esse ambiente complexo.”⁷⁵ (Pound, apud Haines, 1922: 106)

73. “(...) the pretense that judges are without the power to exercise an immense amount of discretion and to individualize controversies, does not relieve us from those evils which result from the abuse of judicial power. On the contrary, it increases the evils.”
74. “If these things were openly discussed we should be in a position to attempt a rational and critical evaluation of them. Out of this evaluation would come greater certainty and greater justice to litigants.”
75. “Tradition, education, physical surroundings, race, class and professional solidarity, and economical, political and social influences of all sorts and degrees make up a complex environment in which men endeavor to reach certain results by means of legal machinery. No discussion simply in terms of men or of legal and political machinery, or both, ignoring this complex environment, will serve.”

Toda essa variedade de fatores torna-se relevante no processo decisório por meio da atuação do juiz. É por esse motivo que o realismo jurídico, contrariando a concepção de que a atividade judicial é meramente mecânica, atribui tanta importância ao sujeito que decide (Haines, 1922: 102).⁷⁶ Tornam-se relevantes “a individualidade do juiz e o seu comportamento, e, mais ainda, o complexo de fatores psicológicos, éticos, econômicos, etc. que condicionam aquele comportamento” (Reale, 1992: 106). A conclusão a que se chega é assim sintetizada por Llewellyn: “[t]udo o que ficou claro é que o nosso governo não é um governo de normas (*laws*), mas um governo do direito (*law*) por meio de homens”⁷⁷ (Llewellyn, 1962: 62).

Os diversos realistas não concordam sobre a forma como os diversos fatores atuam sobre o magistrado ou sobre a relevância de cada um deles no processo decisório (cf. Fisher III; Horwitz & Reed, 1993: 165). Alguns enfatizam aspectos subjetivos do julgador (e.g. Frank); outros atribuem maior importância a considerações de interesse social (e.g. Llewellyn).

2.2 Os aspectos subjetivos

Há quem, entre os realistas, enfatize as influências de aspectos pessoais subconscientes sobre o processo decisório. As descobertas no campo da psicologia, no início do século XX, chamaram a atenção para uma dimensão até então ignorada da tomada de decisão:

“Tal como ocorre com os juízos de outros indivíduos, decisões judiciais necessariamente representam em alguma medida os impulsos pessoais do juiz em relação à situação analisada, e esses impulsos são determinados pela série de experiências pessoais prévias que o juiz teve em sua vida. Os psicólogos recentemente enfatizaram o fato

76. Nas palavras de Cavalcanti Filho, para o realismo jurídico o produto da atividade do juiz “(...) somente adquire significação quando posto em relação com o homem que o produz, ou melhor como expressão do homem que o torna possível. Para bem entender-se a posição dos realistas, é preciso ter sempre presente os dois termos, o produto e o produtor, de modo que o primeiro é explicado em função do segundo” (1964: 120).

77. “[a]ll that has become clear is that our government is not a government of laws, but one of law through men.”

de que todos nós temos predisposições que inconscientemente se vinculam à consideração consciente de qualquer questão. Toda conclusão é expressiva de um motivo pessoal dominante e é um resultado do estado evolutivo da mente do indivíduo. Embora evidentes, esses fatos têm recebido consideração escassa na discussão de problemas na administração da justiça.”⁷⁸ (Haines, 1922: 105)

Os aspectos inconscientes e idiossincráticos, de certa forma, explicariam as grandes divergências entre as soluções dadas em juízo a conflitos semelhantes. Tamanha disparidade, segundo Haines (1922: 105), pode apenas indicar que a justiça é algo pessoal e reflete aspectos específicos da personalidade do juiz.

Esta dimensão subjetiva, se excessivamente enfatizada, leva à conclusão de que as decisões judiciais são absolutamente imprevisíveis. Nesse sentido, Jerome Frank chega a afirmar que “[s]e a personalidade do juiz é o fator fundamental na operação do direito, então o direito pode variar conforme a personalidade do juiz que por acaso venha a apreciar um determinado caso”⁷⁹ (Frank, 1970: 120). Isto acarreta a “(...) percepção do direito como um conjunto de decisões desconexas”⁸⁰ (Golding, 1980-1981: 1050).⁸¹

Outro autor a destacar a relevância de aspectos pessoais do juiz no processo decisório é Joseph C. Hutcheson Jr. Trata-se de juiz que expressou concepções próprias do realismo jurídico na descrição da sua experiência particular na magistratura e ficou conhecido

78. “Just as is the case with other opinions of individuals, judicial opinions necessarily represent in a measure the personal impulses of the judge, in relation to the situation before him, and these impulses are determined by the judge's lifelong series of previous experiences. The psychologists recently have emphasized the fact that all of us have predispositions which unconsciously attach themselves to the conscious consideration of any question. Every conclusion is expressive of a dominant personal motive and is a resultant of the evolutionary status of the individual's mind. Apparent as these facts are, they have received scant consideration in the discussion of problems in the administration of justice.”
79. “[i]f the personality of the judge is the pivotal factor in law administration, then law may vary with the personality of the judge who happens to pass upon a given case.”
80. “(...) view of the law as a mass of unrelated decisions.”

porenfatizar que a intuição é elemento fundamental na tomada de decisão. Nas suas palavras, quando o caso é difícil (*complex*), “Eu, depois de examinar todo o material disponível sob o meu controle e de refletir devidamente sobre ele, dou rédeas à minha imaginação e, meditando sobre a causa, aguardo o sentimento, a intuição – aquele lampejo intuitivo de compreensão que em uma faíscação conecta questão e decisão e, no ponto onde o trajeto é mais obscuro para a marcha judicial, lança suas luzes ao longo do seu caminho.”⁸² (Hutcheson Jr., 1929: 278)

81. Mas, segundo Frank, o reconhecimento dessa dimensão subjetiva pode levar ao desenvolvimento de técnicas que minimizem os efeitos das idiossincrazias dos magistrados sobre as suas decisões. “O juiz cuidadoso irá, na medida do possível, adquirir conhecimento sobre suas predisposições dessa natureza, e, justamente com esse auto-conhecimento, irá nulificar o seu efeito. Muito dano é causado pelo mito de que, somente por vestir uma toga preta e por fazer um juramento ao tomar posse no cargo de juiz, um homem deixa de ser humano e se despe de todas as predileções, torna-se uma máquina impassível de pensamento. O encobrimento do elemento humano no processo judicial permite que esse elemento opere de forma exagerada; a luz da consciência tem um efeito anti-séptico sobre os prejuízos. Admitindo livremente que é um ser humano, o juiz pode e deve, através de uma auto-análise, evitar a atuação dessa espécie de predisposição” (FRANK, 1970: xxiii).

(“The conscientious judge will, as far as possible, make himself aware of his biases of this character, and, by that very self-knowledge, nullify their effect. Much harm is done by the myth that, merely by putting on a black robe and taking the oath of office as a judge, a man ceases to be human and strips himself of all predilections, becomes a passionless thinking machine. The concealment of the human element in the judicial process allows that element to operate in an exaggerated manner; the sunlight of awareness has an antiseptic effect on prejudices. Freely avowing that he is a human being, the judge can and should, through self scrutiny, prevent the operation of this class of biases”).

82. “I, after canvassing all the available material at my command, and duly cogitating upon it, give my imagination play, and brooding over the cause, wait for the feeling, the hunch – that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, shed its light along the way.”

Hutcheson Jr. quer demonstrar que o juiz, ao buscar a solução justa, segue o seu pressentimento e, após, busca categorias e conceitos jurídicos para justificá-la. Ou seja, “(...) o impulso vital, determinante para a decisão, é um senso intuitivo do que é certo ou errado para a causa”⁸³ (Hutcheson Jr., 1929: 285). E, no seu entender, isto não apenas é verdadeiro, mas também recomendável, por permitir um desenvolvimento criativo e humano do direito a partir dos fatos.

Não fica claro o que determinaria essa opção intuitiva. Pode-se supor, por exemplo, que esta escolha, que não decorre de um processo racional, é fruto de um “senso moral”, de uma habilidade humana de se definir o que é certo e o que é errado; pode-se igualmente imaginar que ela deriva de práticas comuns (costumes) em uma determinada comunidade; e se pode entender, ainda, que é consequência de técnicas desenvolvidas com a prática da profissão (cf. Grey, 1983-1984: 23).

Hart, com muita propriedade, critica o destaque dado por alguns realistas à intuição no processo decisório, distinguindo a situação em que uma pessoa age intuitivamente conforme padrões já conhecidos, da outra em que o comportamento apenas por acaso se conforma às normas pré-existentes. No primeiro caso, o sujeito já aceita uma norma como vinculativa, mas não precisa refletir sobre ela para agir em conformidade; a norma já foi incorporada pelo sujeito, de forma a influenciar o que este percebe como certo e como errado. Assim, ainda que o juiz aja intuitivamente e depois se esforce para justificar a sua ação com base em normas jurídicas, as suas decisões, em grande parte, “são justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seja reconhecida de forma geral” (Hart, 2001: 154). Já no segundo caso, o sujeito age de forma aleatória e a conformação da sua conduta ao que determina a norma pré-existente é uma mera coincidência.⁸⁴

Ou seja, ainda que o julgado decorra de um pressentimento, pelo juiz, sobre a resposta mais adequada, este pressentimento tem como base o conhecimento judicial do direito pré-existente. Mas a crítica de Hart deixa em aberto o que ocorre (i) quando o direito positivo não

83. “(...) the vital, motivating impulse for the decision is an intuitive sense of what is right or wrong for that cause.”

oferece resposta certa ao caso; ou (ii) quando a resposta oferecida pelo direito contraria o que o juiz percebe como justo ou correto. Nessas hipóteses, a intuição pode derivar de uma obediência impensada não de normas jurídicas aceitas pelo juiz, mas de outros valores, como princípios morais. Portanto, a preocupação dos realistas com a importância da intuição, ou de palpites sobre a solução correta, não parece de todo infundada, principalmente quando se atenta à ênfase dada à necessidade de que a decisão, embora intuitivamente atingida, possa justificar-se racional e juridicamente.

2.3 As considerações de ordem social

Outros realistas dão menos importância aos fatores de ordem psicológica, destacando que, no processo decisório judicial, são inevitáveis considerações de ordem política, econômica e social. No entender desses juristas, trata-se de fatores intrínsecos à atividade judicante (Cohen, 1960: 145):⁸⁵ cabe aos juízes e tribunais revisar o direito e adaptá-lo às condições sociais, industriais e políticas cambiantes (Frank, 1970: 07). Esta preocupação já estava presente em Holmes, para quem “[t]odo princípio relevante desenvolvido por litígios

84. Serve para bem ilustrar essa situação o exemplo, oferecido pelo próprio autor, de um jogador de xadrez que movimenta uma peça em conformidade com as regras do jogo, em resposta direta à situação que se coloca, sem antes fazer uma reflexão em termos de normas. Seu ato se distingue do que realiza um bebê, quando, acidentalmente, empurra uma peça para o lugar certo no tabuleiro. Enquanto o jogador não precisa refletir sobre as regras básicas do jogo, porque, conhecendo-as bem, age de acordo quase que automaticamente, o movimento do bebê em conformidade com elas é apenas uma coincidência (Hart, 2001: 153-154).

85. “(...) na realidade, a questão entre direito e política pública é eminentemente retórica. Toda norma jurídica, toda interpretação de uma lei, todo padrão sobre o que um 'homem sensato' faria ou falaria ou acreditaria ou aprovaria, toda linha de precedentes, toda percepção sobre o que qualquer caso decidido 'representa', sempre pressupõe uma ou outra percepção sobre 'política pública'.” (COHEN, 1960: 145)

“(...) in reality the issue between law and public policy is chiefly rhetorical. Every rule of law, every interpretation of a statute, every standard of what a 'reasonable man' would do or say or believe or approve, every line of precedents, every view of what any decided case 'stands for', always presupposes one view or another as to 'public policy'”).

judiciais é, na realidade e no fundo, o resultado de propósitos mais ou menos conhecidos de política pública”⁸⁶ (Holmes, 1881). Compreendia Holmes que considerações dessa natureza não são apenas inevitáveis, mas também fundamentais:

“Eu acredito que os próprios juizes não reconheceram de forma adequada o seu dever de sopesar considerações de vantagem social. O dever é inevitável, e o resultado da muitas vezes declarada aversão a lidar com considerações dessa natureza é simplesmente deixar o verdadeiro fundamento e base de julgamentos inarticulados e muitas vezes inconscientes.”⁸⁷ (Holmes, 1897: 467)

Llewellyn continuamente se refere à análise pelos juizes de questões de política pública (*public policy*).⁸⁸ Trata-se da perquirição sobre aquilo que é mais adequado à população, de considerações de vantagem social. Há, aqui, a defesa de que se adote uma decisão capaz de produzir benefícios sociais. O julgamento deve ser um meio para que se produza determinado resultado (cf. Reale, 1992: 106), qual seja, aquele capaz de trazer mais vantagens à sociedade.

“Existe [entre os realistas] uma concordância muito geral quanto à necessidade de os tribunais encararem honestamente as questões políticas nos casos que apreciam, e de utilizarem toda a liberdade que os precedentes proporcionam para trabalharem pelas conclusões que pareçam indicadas.”⁸⁹ (Llewellyn, 1962: 72)

86. “[e]very important principle which is developed by litigation is in fact and at bottom the result of more or less understood views of public policy.”
87. “I think that the judges themselves have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage. The duty is inevitable, and the result of the often proclaimed judicial aversion to deal with such considerations is simply to leave the very ground and foundation of judgments inarticulate and often unconscious.”
88. “(...) apenas considerações políticas podem justificar a 'interpretação' (elaboração, modelagem, extração de conclusões) do corpo pertinente de precedentes em um ou em outro sentido.” (Llewellyn, 1962: 71)
 (“(...) only policy considerations can justify 'interpreting' (making, shaping, drawing conclusions from) the relevant body of precedent in one way or in another”).

Isto implica que as discussões jurídicas não devam permanecer em termos puramente formais; ao contrário, deve-se sempre relacioná-las à estrutura social (abordagem contextual). Trata-se de um posicionamento oposto à idéia (formalista) de que o direito é um corpo de preceitos auto-justificáveis, reveláveis pela razão e aplicáveis por um procedimento mecânico embasado exclusivamente em sua linguagem. No entender dos realistas, o uso do direito demanda uma perquirição sobre os seus fins e efeitos. “(...) o direito não é constituído por preceitos que possam ser aplicados de modo formalista. Mais propriamente, o direito deve ser aplicado à luz de seus objetivos substantivos”⁹⁰ (Summers, 1980-1981: 882).⁹¹

Vimos que o realismo apresenta íntima conexão com conflitos políticos de sua época. Coerentemente, esse movimento intelectual tem como um de seus principais objetivos criticar a rígida distinção, presente no pensamento jurídico clássico, entre direito e política. Nos Estados Unidos, essa distinção foi associada a uma obsessão com o perigo da “tirania da maioria”, que acometeu os norte-americanos desde após a Revolução e, posteriormente, passou a representar o temor de atos normativos visando a uma redistribuição de renda e de poder (Horwitz, 1992: 193).

89. “There is [between the realists] very general agreement on the need for courts to face squarely the policy questions in their cases, and use the full freedom precedent affords in working toward conclusions that seem indicated.”
90. “(...) the law does not consist of precepts that may be applied formalistically. Rather, law must be applied in light of its substantive ends.”
91. Porém, se os autores estudados propugnam que os juízes e tribunais resolvam casos individuais tendo em vista políticas sociais, não oferecem critérios satisfatórios para que se identifiquem as políticas sociais que esses julgadores devem atender. Um dos problemas a prejudicar as suas propostas é uma ambivalência quanto a proposições morais: “(...) os autores parecem divididos entre uma convicção de que os valores são subjetivos e arbitrários e uma concepção residual (...) de que existem padrões objetivos de justiça e bem comum, os quais o direito deve se empenhar para promover” (Fisher III; Horwitz & Reed, 1993: 169).
 (“(...) the authors seem torn between a conviction that values are subjective and arbitrary and a residual belief (...) that there do exist objective standards of justice and the public good, which the law should strive to advance”).

As deliberações políticas caberiam aos Poderes Executivo e Legislativo, enquanto as questões jurídicas ficariam a cargo do Poder Judiciário (cf. Rumble, 1968: 103). Este foi um dos motivos pelos quais se atribuiu a este órgão o poder de controlar a constitucionalidade de leis: o pensamento jurídico distinguir-se-ia do discurso político e moral.⁹² “Se o raciocínio político era subjetivo, o raciocínio jurídico era objetivo; se um era discricionário e uma questão de opinião, o outro não era discricionário e tampouco se sujeitava aos caprichos do juiz.”⁹³ (Horwitz, 1992: 199) Julgar seria uma atribuição da razão, e não um ato de vontade, como os exercidos pelos órgãos políticos do Estado. Nessa linha, a metáfora da descoberta de um significado serviria para distinguir os tribunais da legislatura (Horwitz, 1992: 202). Atribui-se aos realistas o mérito de apontar a impossibilidade de se dar a questões jurídicas respostas neutras e apolíticas (Horwitz, 1992: 170).

2.4 Devida atenção aos fatos do caso

O realismo jurídico, contrariando a concepção de que o direito se realiza com a dedução de decisões a partir de normas abstratas, chama atenção para os fatos dos casos específicos (Singer, 1988: 500). Sustenta que os tribunais têm uma função prática. A sua atividade é, antes de tudo, “(...) um instrumento para a pacífica e ordenada resolução de conflitos”⁹⁴ (Grey, 1983-1984: 41). Os juízes não são

92. “As justificativas para o exercício de poder judicial comumente se baseavam no argumento de que os juízes 'declaram' o direito por referência a decisões passadas, comandos legislativos positivados, ou princípios de direito natural. Portanto, os juízes não realizam atos de vontade independentes ou escolhas políticas, mas, diferentemente, servem como canais para a aplicação de normas jurídicas.” (Glennon, 1985: 38)

(“Justifications for the exercise of judicial power usually rested on the argument that judges 'declare' the law by reference to past decisions, positive legislative commands, or principles of natural law. Thus judges do not exercise independent will or political choice, but instead serve as conduits for the application of rules of law”).

93. “If political reasoning was subjective, legal reasoning was objective; if one was discretionary and a matter of opinion, the other was non-discretionary and not subject to the whims of the judge.”

reveladores de verdades científicas, mas solucionadores de controvérsias. A idéia já estava presente na obra de John Chipman Gray: “(...) a função de um juiz não é essencialmente declarar o Direito, mas manter a paz por meio da solução de controvérsias”⁹⁵ (2005: 98). Aparece, também, em Llewellyn: “[e]ssa atitude no que diz respeito a litígios, uma atitude razoável, é a função do direito”⁹⁶ (1996: 03).

Se a tarefa dos tribunais é essencialmente prática, a decisão adequada é aquela capaz de preencher os anseios e ideais dos sujeitos que compõem a comunidade. E a avaliação desses anseios e ideais é uma questão empírica. Ou seja, os juízes, ao analisarem um problema, atentam para os interesses sociais envolvidos, que se transmutam em objetivos a serem alcançados com a sua resolução. Para tanto, os fatos específicos do problema devem ser identificados, bem como os meios jurídicos disponíveis para a sua resolução. Definir esses meios jurídicos consiste também em uma questão fática; a sua análise e seleção depende da eficácia de cada um deles, de suas conseqüências adicionais e de seus efeitos colaterais. Portanto, a perquirição e a escolha de uma solução jurídica têm em vista os meios com maior capacidade de servir os interesses em questão (Summers, 1980-1981: 880).

Uma grande preocupação do realismo jurídico consiste no desenvolvimento de mecanismos para disponibilizar aos tribunais todas as informações sobre os efeitos produzidos por uma norma e sobre as necessidades e condições a serem afetadas pela sua decisão (Llewellyn, 1962: 72-73).⁹⁷ Defende-se que a elaboração e a aplicação do direito extraia inspirações da experiência social e faça uso de pesquisas empíricas, com os métodos desenvolvidos pelas ciências sociais. As ciências sociais devem fornecer instrumentos para se apurarem os fatos relevantes à criação e à modificação do direito (Summers, 1980-1981: 890):

“(...) nós devemos ingressar em áreas que tradicionalmente foram concebidas (salvo pela escola histórica) como extra-jurídicas. (...) Existe toda a informação que os cientistas sociais reuniram para ser

94. “(...) an instrument for the peaceful and orderly resolution of disputes.”

95. “(...) the function of a judge is not mainly to declare the Law, but to maintain the peace by deciding controversies.”

96. “[t]his doing of something about disputes, this doing of it reasonably, is the business of law”.

explorada, em suas relações com o direito. Existe toda a informação que eles não se interessaram em reunir, para igualmente ser explorada – mas, antes, para ser reunida”⁹⁸ (Llewellyn, 1962: 67-68).

Não era comum, à época, que os tribunais indagassem sobre os fatos pressupostos por uma determinada lei (*legislative facts*) (Summers, 1980-1981: 881). Uma atitude realista, a contrariar essa tradição, foi o designado “*Brandeis Brief*”, memorial apresentado por Luis D. Brandeis à Suprema Corte no caso *Muller v. Oregon* (1908), em que se debatia a constitucionalidade de lei que estabelecia um limite máximo ao horário de trabalho das mulheres (cf. Horwitz, 1992: 188). O documento continha duas páginas de argumentação jurídica e noventa e cinco páginas de dados sociológicos e econômicos sobre as condições de trabalho das mulheres em fábricas e o impacto da sua longa duração sobre sua saúde (cf. Horwitz, 1992: 209). Trata-se de exemplo de mecanismo desenvolvido para, no bojo de processos judiciais, dar-se ao tribunal a oportunidade de analisar a conjuntura fática afetada pela discussão jurídica em questão (Llewellyn, 1962: 62).

97. “(...) merece ser estudado o possível emprego, através do campo do direito, daquele método de paciente investigação, por especialistas desinteressados, dos fatos e do pano de fundo de casos individuais (...). Hoje o conhecimento sobre os aspectos particulares do caso chega ao juiz de modo informal, por vezes impropriamente, por vezes acidentalmente, por vezes através de sua leitura nas entrelinhas das provas formalmente apresentadas. Nós precisamos desenvolver uma técnica mais clara para a individualização de casos” (Frank, 1970: 157).

“(...) there deserves to be studied the possible employment, through the field of law, of that method of patient investigation, by disinterested experts, of the facts and background of individual cases (...). Today the judge's knowledge of the individual aspects of cases comes to him off the record, sometimes improperly, sometimes accidentally, sometimes through his reading between the lines of the evidence formally presented. We need to develop a more explicit technique for individualizing cases”).

98. “(...) we must proceed into areas which have traditionally been conceived (save by the historical school) as not-law. (...) There is all the information social scientists have gathered to be explored, in its bearings on the law. There is all the information they have not been interested in gathering, likewise to be explored – but, first, to be gathered.”

3. INDETERMINAÇÃO NO DIREITO E CETICISMO SOBRE A VALIDADE DAS NORMAS

Conforme vimos, os realistas demonstram que, ainda que a decisão judicial queira aplicar exclusivamente direito pré-existente, isto é impossível, porque o direito é indeterminado. Apresentando esta característica, o direito não tem a capacidade de constranger completamente a decisão judicial; ao contrário, impõe-se que o magistrado realize escolhas quando de sua aplicação (Radin, 1925: 358).

Verificada a indeterminação no direito, a preocupação desses juristas é a seguinte: se o material reconhecido como jurídico (e.g. normas gerais e precedentes) não justifica uma única decisão judicial, então ele não é suficiente para que se possa prever a resposta que terá em juízo um caso concreto. Por que teria o juiz alcançado determinado resultado, se isto não lhe foi imposto pelo direito positivo? (Leiter, 2002: 04).⁹⁹

Nessa seara, adquirem relevância os fatores extra-normativos que atuam na tomada de decisão judicial. Como não é possível alcançar uma decisão a partir de um processo mecânico de subsunção dos fatos às normas escritas (cf. Leiter, 2007: 88), elementos estranhos ao direito positivo sempre atuarão, contribuindo para que se decida de uma ou de outra maneira.

Os argumentos dos autores realistas, demonstrando a incerteza quanto ao grupo de razões que podem ser utilizadas por um tribunal para justificar as suas decisões, são suficientes para afastar a idéia de que o direito positivo fornece uma resposta certa para qualquer caso

99. Criticando a idéia de que existe para cada caso uma única resposta correta, afirma Llewellyn “Na realidade, as respostas corretas disponíveis são duas, três, ou dez. A questão é: *Qual* das respostas corretas disponíveis o tribunal irá *selecionar*— e *por que*? Porque, uma vez que sempre existe mais de uma resposta correta disponível, o tribunal tem sempre que escolher” (Llewellyn, 1949-1950: 396).

(“The major defect in that system is (...) the idea that the cases themselves and in themselves, plus the correct rules on how to handle cases, provide one single correct answer to a disputed issue of law. In fact the available correct answers are two, three, or ten. The question is: Which of the available correct answers will the court select — and why? For since there is always more than one available correct answer, the court always has to select”).

que se apresente, mas não bastam para demonstrar que o direito positivo não obriga o julgador, restringindo a sua possibilidade de escolhas. Trata-se de dois problemas diversos: (i) se os tribunais aceitam a autoridade de normas jurídicas pré-existentes; e (ii) em que medida as normas, aceitas como vinculantes, têm a capacidade de vincular e realmente vinculam decisões particulares (Dickinson, 1931: 856-857).¹⁰⁰

O argumento da indeterminação apenas será suficiente para fundamentar a conclusão de que as normas não obrigam caso se compreenda que a indeterminação é absoluta, ou seja, que as palavras do direito escrito não têm qualquer capacidade de restringir a liberdade de escolha pelo juiz. Com efeito, se as normas não comunicarem nada, se não fornecerem respostas diferentes do que aquelas que o julgador alcançaria se não existissem, então não há que se falar em autoridade no direito positivo (cf. Schauer, 1988: 520-523).

Portanto, o partidário do realismo jurídico que com o argumento da indeterminação no direito queira fundamentar um ceticismo sobre a validade deve comprovar que o direito é completamente indeterminado e, sendo incapaz de comunicar ao julgador qualquer comando, não limita suas possibilidades de escolha. Mas não se encontra na obra dos partidários mais representativos do realismo jurídico uma

100. Pela avaliação de Dickinson, aqueles que confundem a incapacidade de as normas vincularem toda decisão específica com a inexistência de qualquer autoridade no direito positivo são, na realidade, “(...) absolutistas desapontados, que esperavam que a teoria tradicional do determinismo jurídico se desenvolvesse até o limite de sua lógica mecânica e, ao descobrir que ela os engana, reagem com um extremo oposto de ingênua resistência em reconhecer a forma menos absoluta, porém relativamente efetiva, em que as normas jurídicas cumprem a sua função; defendendo uma visão de certeza exagerada até termos impossíveis, eles insistem em tudo ou nada” (1931: 835-836).

“(…) disappointed absolutists, who expected the traditional theory of legal determinism to work out to the bitter limit of its clock-work logic, and on finding it play them false, react in an opposite extreme of naïve unwillingness to recognize the less absolute, but none the less relatively effective, way in which legal rules do their work, holding an impossibly exalted view of certainty, they insist on all or none”).

No mesmo sentido: Glennon, 1985: 51.

discussão sobre o texto normativo ser ou não compreensível (ter ou não um significado identificável). Apesar de enfatizarem a indeterminação no direito, esses autores não chegam ao ponto de dizer que o sistema normativo é incapaz de transmitir uma mensagem, um guia para o comportamento (cf. Green, 2005: 1922).¹⁰¹ Ao contrário, Llewellyn se refere à possibilidade de um juiz aplicar a lei em seu sentido literal (1949-1950: 400; 1960: 378), o que pressupõe que é possível identificar no ordenamento o enunciado normativo aplicável e é também possível revelar o sentido literal desse enunciado.

Outrossim, é importante notar que a discussão sobre a indeterminação no direito por grande parte dos realistas tem em mira apenas as questões levadas a juízos, em especial as que atingem o grau de recurso (Leiter, 2007: 20-21).¹⁰² Notadamente, Llewellyn adota essa perspectiva, orientando-se conscientemente para o processo decisório

101. “Embora eles acreditassem que uma indeterminação substancial infeta o direito (e não somente em suas margens, como Hart propugnou), eles admitiam que o direito pode significativamente instruir as pessoas a adotar determinadas ações ao invés de outras *em certa medida*, e por esse motivo pode guiar o comportamento daqueles que buscam obedecer os seus comandos” (Green, 2005: 1922).

(“Though they thought substantial indeterminacy infects the law (and not merely at the margins as Hart claimed), they admitted that the law can meaningfully instruct people to act in certain ways rather than others to some extent, and for this reason can guide the behavior of those who seek to obey its commands”).

102. Frank constata que “os céticos em relação às normas concentram-se quase que exclusivamente em julgamentos de tribunais superiores” (1970: xi) (*the rule skeptics concentrate almost exclusively on upper-court opinions*). É interessante notar que os céticos sobre as normas, como Llewellyn, afirmam ter em mira casos julgados em tribunais superiores, cuja dificuldade seria maior, em virtude da existência de um leque mais amplo de opções decisórias. Já os céticos sobre fatos (*fact skeptics*), classe na qual Frank se inclui, afirmam serem eles os realistas que lidam com um grau de incerteza mais profundo (Hunt, 1978: 44), porque incluem em sua análise não somente a interpretação de normas e a sua aplicação a conflitos concretos, mas também a apuração judicial dos fatos; a incerteza quanto a como os magistrados perceberão os fatos do caso e lhes atribuirão relevância jurídica tornaria, em muitos casos, impossível a predição de decisões futuras (Frank, 1970: xi).

em tribunais superiores (Llewellyn, 1962: 54 e 57); nesse âmbito, afirma

“(…) que, em qualquer caso *duvidoso o suficiente* para tornar o litígio respeitoso, as premissas oficiais disponíveis – i.e., premissas legítimas e irrepreensíveis sob as técnicas jurídicas tradicionais são ao menos duas, e que as duas se revelam mutuamente contraditórias quando aplicadas ao caso em questão”¹⁰³ (Llewellyn, 1962: 58, destaque inserido).

Vemos assim que a constatação de que há nesse âmbito específico uma indeterminação especialmente intensa não pode levar a uma conclusão genérica de que não há normatividade no direito positivo.

Tampouco Frank afirma que os enunciados normativos são incapazes de transmitir qualquer comando. Para esse realista as generalizações contidas nos textos legais contêm uma prescrição compreensível (ainda que imprecisa), o que se comprova com a afirmação de que, em virtude da autoridade dos tribunais, podem prevalecer decisões erradas (i.e. contrárias a normas pré-existentes) (1970: 134). Ora, somente será possível identificar se a decisão se conforma ao direito positivo ou o afronta se o direito positivo apresentar um conteúdo minimamente definível: “[u]ma decisão não pode ser ‘incompatível com’ uma norma, a não ser que a norma seja determinada”¹⁰⁴ (Green, 2005: 1967).

Em suma, grande parte da argumentação realista baseia-se na idéia de que o direito é indeterminado e que, por esse motivo, não existe uma única decisão correta a ser revelada pelo juiz, em uma atividade meramente cognitiva. O argumento da indeterminação no direito leva esses juristas a questionarem *quanto* as normas positivadas são capazes de determinar decisões judiciais e, assim, gerar certeza sobre a regulação contida no direito positivo para problemas concretos. Assim, afirma Llewellyn que os casos duvidosos (i.e. difíceis) têm disponíveis ao menos duas soluções jurídicas mutuamente

103. “(…) in any case doubtful enough to make litigation respectful the available authoritative premises – i.e., premises legitimate and impeccable under the traditional legal techniques are at least two, and that the two are mutually contradictory as applied to the case in hand.”

104. “[a] decision cannot be ‘discordant with’ a rule unless the rule is determinate.”

contraditórias, o que leva a se questionar sobre o que conduzirá o tribunal a optar por uma e não por outra. No seu entender, isso “(...) levanta a maior das dúvidas sobre *quão longe* realmente vai qualquer suposta certeza na decisão que possa decorrer apenas [ou ainda principalmente] da presença de normas aceitas”¹⁰⁵ (Llewellyn, 1962: 58).

Dessa maneira, a discussão realizada pelo realismo jurídico norte-americano sobre a indeterminação no direito, embora fundamente um ceticismo quanto à interpretação e aplicação de um conteúdo identificável no direito positivo, não parece suficiente para motivar o ceticismo sobre a validade das normas. Se os realistas de fato concluem pela ausência de autoridade nas normas jurídicas, isso deve dar-se por motivo outro que não a indeterminação no direito. A investigação sobre a existência ou não, nesse movimento intelectual, de uma efetiva negação de obrigatoriedade ao direito positivo será realizada em trabalho futuro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Juliano Souza de Albuquerque Maranhão pelo estímulo e orientação, fundamentais para a realização deste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAVALVANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Ed. RT, 1964.
- COHEN, Felix S. Field theory and judicial logic. In: COHEN, LUCY KRAMER (ed.). *The legal conscience: selected papers of Felix S. Cohen*. New Haven: Yale University Press, 1960.
- COOK, Walter W. Scientific method and the law. *American bar Association Journal*. 1927. vol. 13.
- DEWEY, John. *Logical method and the law*. *The cornell law quarterly*. 1925. vol. 10.
- DICKINSON, John. Legal rules: their function in the process of decision. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* 79-7/833-868, maio 1931.
105. “(...) raises the greatest of doubts as to how far any supposed certainty in decision which may derive merely [or even chiefly] from the presence of accepted rules really goes.”

- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. vol. 2. Coleção Professor Gilmar Mendes.
- DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 2001.
- UNIDOS, Estados. Suprema Corte. *Lochner v. People of State of New York*. 198 U.S. 45, 17 abr. 1905. Disponível em: [www.findlaw.com]. Acesso em: jul. 2007.
- FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED., Thomas A. (ed.). *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- FRANK, Jeromy. *Law and the modern mind*. Gloucester: Peter Smith, 1970.
- FULLER, L. L. American legal realism. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* 82-05/429-462, 1934.
- GILMORE, Grant. Legal realism: its cause and cure. *The Yale Law Journal* 70-07/1037-1048, 1961.
- GLENNON, Robert Jerome. *The iconoclast as reformer: Jerome Frank's impact on American law*. Itaca: Cornell University Press, 1985.
- GOLDING, Martin P. Realism and functionalism in the legal thought of felix cohen. *Cornell Law Review* 66/1032-1057, 1980-1981.
- GRAY, John Chipman. *The nature and sources of law*. New York: Columbia University Press, 2005.
- GREEN, Michael Steven. Legal realism as a theory of law. *William and Mary Law Review* 46-6/1915-1999, 2005.
- GREY, Thomas C. Langdell's orthodoxy. *University of Pittsburgh Law Review* 45/1-53, 1983-1984.
- _____. Holmes on the logic of the law. BURTON, STEVEN J. (ed.). *The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.* Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- HAINES, Charles Grove. General observations on the effects of personal, political, and economic influences in the decisions of judges. *Illinois Law Review* 17/96-116, 1922.
- HART, H. L. A. American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Clarendon Press, 1983.
- _____. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HOLMES, Oliver Wendell. The common law. Harvard Law School Library, 1881. Disponível em: [www.law.harvard.edu]. Acesso em: jan. 2008.
- _____. The path of the law. *Harvard Law Review* 10/457-478, 1897.

- _____. *Privilege, malice, and intent*. In: _____. New York: Peter Smith, 1952. Collected Legal Papers.
- HORWITZ, Morton J. *The transformation of American law: 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992.
- HUNT, Alan. *Sociological movement in law*. Philadelphia: Temple University Press, 1978.
- HUTCHENSON JR., Joseph. The judgment intuitive: The function of the 'hunch' in judicial decision. *Cornell Law Quarterly* 14-3/274-288, abr. 1929.
- KENNEDY, Duncan. A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation. In: CACERES, HENRIQUE; FLORES, SALDAÑA; VILLANUEVA, ENRIQUE (coord.). *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- LEITER, Brian. American legal realism. The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper, n. 42, out. 2002. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=339562>]. Acesso em: jan. 2006.
- _____. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LLEWELLYN, Karl. Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how to statutes are to be construed. *Vanderbilt Law Review* 3/395-406, 1949-1950.
- _____. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.
- _____. Some realism about realism. In: _____. *Jurisprudence: realism in theory and practice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.
- _____. *Bramble bush*. New York: Oceana Publications, 1996.
- RADIN, Max. The theory of judicial decision: or how judges think. *American Bar Association Journal* 11/357-362, 1925.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- RUMBLE JR, Wilfrid E. The paradox of american legal realism. *Ethics* 75-3/166-178, abr. 1965.
- _____. *American legal realism: skepticism, reform, and the judicial process*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1968.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal* 97/509-548, mar. 1988.
- SINGER, Joseph William. Review essay: legal realism now. reviewed work(s): legal realism at yale: 1927-1960, by Laura Kalman. *California Law Review* 76-2/465-544, mar. 1988.
- SUMMERS, Robert S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A synthesis and critique of our dominant general theory about law and its use. *Cornell Law Review* 66/861-948, 1980-1981.

- TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura anti-realista?. In: DIMOULIS, DIMITRI; DUARTE, ÉCIO OTO (org.). *Teoria do direito neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.
- TWINING, William. *Karl Llewellyn and the realist movement*. London: Weidenfeld and Nicholson, 1973.
- WHITE, Morton. *Social thought in America: the revolt against formalism*. Boston: Beacon Press, 1963.

4

Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta

JOSÉ MARIA ARRUDA DE ANDRADE

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Professor Doutor do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia do Direito

RESUMO: O presente artigo pretende trabalhar a utilização de certas expressões relativizantes no bojo de uma hermenêutica jurídica tradicional, que acaba por comprometer a própria base teórica adotada, já que não há uma proposta de sua superação. Nesse sentido, a referência a termos como (i) a presença de uma “carga subjetiva” na interpretação de textos normativos jurídicos e (ii) a ambigüidade e a vagueza dos conceitos jurídicos interpretados parecem atuar mais como meras flexibilizações de um ideal absolutista hermenêutico (representado pelas teorias tradicionais) do que como uma resposta para a crise daquelas teorias, advinda de diversas frentes de teorias relativistas.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica – Filosofia da linguagem – Ludwig Wittgenstein – Textura aberta.

ABSTRACT: The present article intends to work the application of a certain expressions related to the basis of traditional hermeneutic that ends up compromising the own theoretical bases adopted since there is not a proposal to overcome it. In this manner the reference to terms such as (i) the presence of a “subjective load” in legal normative texts and (ii) the ambiguity and the vagueness of legal concepts interpreted seem to act more as simple flexibilities of an hermeneutic absolutistic idea (represented by traditional theories) than an answer to the crisis derived from those views theories originated from several relativistic theories.

KEYWORDS: Hermeneutic – Philosophy of language – Ludwig Wittgenstein – Open texture.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A carga subjetiva na interpretação – 2. Ambigüidades e vaguezas (textura aberta) do texto normativo – 3. Fugindo de uma hermenêutica tradicional – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O estudo da hermenêutica jurídica mais recente demonstra um certo afastamento de algumas características identificadas como tradicionais da hermenêutica jurídica, sobretudo o caráter absoluto da possibilidade de descoberta de um sentido e alcance preexistentes do dispositivo normativo interpretado.

Em outros termos, encontra-se com facilidade uma certa flexibilização da afirmação da capacidade de se achar a resposta correta e única ao significado de um texto objeto da análise.

Por outro lado, sobretudo diante da preocupação com a segurança jurídica, essa flexibilização não vem acompanhada de uma crítica ao modelo cognitivo inerente aos construtos hermenêuticos jurídicos tradicionais, baseados (i) na descoberta de sentido, (ii) na relação sujeito-objeto e (iii) na propriedade de o texto representar realidades/sentidos.

Abaixo analisaremos algumas flexibilizações comuns nos estudos hermenêuticos.

1. A CARGA SUBJETIVA NA INTERPRETAÇÃO

Comumente alega-se o elemento volitivo como flexibilizador da “exatidão” das respostas interpretativas. Note-se, aqui tem-se algo bem distinto do que *Hans Kelsen* afirmara: “(...) a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (Kelsen, 1984: 470).

Para *Kelsen*, a própria interpretação/aplicação do direito estaria fora do que ele denominara como *ciência do direito*. Comporia, isso sim, parte da designada *política do direito* (Kelsen, 1984: 469).

A afirmação desse jurista austríaco, tão incômoda para aqueles que o liam como um mero defensor da pureza do direito, e não como um pensador neokantiano que pretendia aplicar os pressupostos dessa corrente na ciência jurídica, propondo um corte epistemológico (opção científica) e não uma “limpeza da realidade”, representa um marco nos estudos jurídicos.¹

Porém, neste artigo, a referência será àquelas flexibilizações meramente apaziguadoras, que misturam “busca de sentido”, “conteúdo preexistente do texto da norma” com “elementos volitivos”.

Esse tipo de enfoque altera as características mais tradicionais da hermenêutica jurídica, mas acabam por nada resolver, já que o elemento volitivo parece apenas flexibilizar a exatidão de resultados pretendida pela teoria tradicionalista, sem, contudo, justificar a manutenção dos pressupostos herdados daquela visão tradicional.

Ainda em outros termos, critica-se aqui a tentativa de se evitar a adoção tradicional da definição do que é interpretação (ou seja, seu caráter absoluto de busca do sentido correto e justo), adotando-se, para isso, flexibilizações sem atentar ou assumir o fato de que elas destroem o próprio edifício da definição anterior.

A afirmação clássica, ainda que hipotética, dos autores é: “a interpretação é a busca do sentido e alcance da norma. Porém, muitas vezes, alguns problemas podem surgir, tendo em vista que não há como se eliminar a carga subjetiva do intérprete. Diante disso, torna-se necessário seguir os elementos da hermenêutica: gramática, história, sistemática e teleologia etc.”.

No direito, muitas vezes, os próprios autores que conceituam a interpretação como busca de um dado prévio (que é o sentido, o conteúdo e o alcance que serão definidos, posteriormente, de forma correta) reconhecem que a utilização desses métodos poderá resultar em mais de uma opção de resultado.

1. Interessante citar, nesse momento, *Eros Grau*: “Fui um crítico exacerbado de Kelsen, ousadamente, até o momento em que verifiquei que há dois Kelsen: o verdadeiro, crítico formal do direito, e aquele em que o transformam alguns dos seus leitores. Percebi, então, que minhas críticas a Kelsen deveriam ser não a ele destinadas, porém a alguns supostos kelsenianos, aqueles que fazem com que a teoria de Kelsen seja importante não pelo que estuda, mas sim pelo que deixa de estudar.

“(…) Daí porque os kelsenianos hão de se preocupar única e exclusivamente com a estrutura lógica das normas jurídicas, sem cogitar de sua interpretação/aplicação – tais cogitações estão para além da teoria pura. Para que tomem conhecimento do mundo no qual se vive o direito são obrigados a descer do seu alti-plano teórico, para se porem a braços com a Dogmática” (Grau: 2002b: 32-33).

Esse fator, às vezes, é justificado como *humanização do direito* ou mesmo como *obstáculos da aplicação* que, mediante outros elementos válidos, juridicamente, acabarão por determinar a solução correta.

Em último caso, como aparece nos construtos teóricos mais recentes, identifica-se a fragilidade da tarefa da determinação do sentido correto, mas não se questionam os pressupostos da teorização. No máximo, apresentam-se flexibilizações da capacidade dos métodos de interpretação, da idéia de completude do sistema etc., mas não a fragilidade da própria atividade “racional/mental” de determinação do sentido de um texto, seja ele normativo ou não.

Perceba-se, a censura aqui vai à mera citação da “carga subjetiva”, como um elemento existente, *porém marginal*. Ora, a tal “carga subjetiva”, ou a “humanização do direito”, é simplesmente a interpretação/aplicação/concreção do direito (texto normativo). Não é uma mera adaptação, não é uma mera atualização, *é a realização, é o funcionamento, é, em termos müllerianos, a própria metódica jurídica.*²

2. AMBIGÜIDADES E VAGUEZAS (TEXTURA ABERTA) DO TEXTO NORMATIVO

Outra comum relativização dos princípios tradicionais da hermenêutica jurídica é o apontamento de *ambigüidades* e de *vaguezas* dos termos jurídicos e da linguagem ordinária que os forma.

2. Friedrich Müller apresenta a seguinte noção de metódica jurídica: “Como designação de uma concepção global sistematicamente reflexionante dos modos de trabalho do direito (constitucional), a 'metódica' no sentido aqui usado é o conceito abrangente de 'hermenêutica', 'interpretação', 'métodos de interpretação [Auslegung]' e 'metodologia' ['Methodenlehre'].

(...) Assim a 'metódica' no sentido aqui apresentado abrange em princípio todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito, mesmo à medida que elas transcendem – como análise dos âmbitos das normas, como o papel dos argumentos de teoria do Estado, teoria do direito e teoria constitucional, como conteúdos dogmáticos, elementos de técnica de solução e elementos de política jurídica, bem como constitucional – os métodos de interpretação [Auslegung] ou interpretação [Interpretation] no sentido tradicionalmente restringido (2000: 22).”

Com relação à ambigüidade, tem-se a possibilidade de um texto expressar mais de um sentido, seja diante de uma homonomia acidental, seja diante de uma “ambigüidade de processo-produto”,³ seja, ainda, diante de divergência entre seu sentido técnico ou ordinário (Nino, 1999: 261).⁴

Pode ocorrer a ambigüidade também em razão de problemas com a conexão sintática dos termos (conectores como “e”, “ou”, por exemplo).

Outro fator relativizante da hermenêutica jurídica é a imprecisão ou a vagueza das palavras, seja diante de um dos termos do texto, seja diante da combinação deles, que, somados, acabam por tornar a sentença vaga.

Costuma-se relatar que, de um lado, há objetos cuja relação com uma palavra não parece apresentar maiores problemas, tendo em vista possuírem propriedades tais que afastariam dúvidas desconcertantes. De outro, há outros objetos que não oferecem dúvidas quanto à sua falta de relação com a mesma palavra. Por fim, haveria aquela classe cuja identidade com a determinada palavra aqui aludida restaria duvidosa.

Daí a consideração de Genaro Carrió:

“Respecto de todas ellas vale la siguiente metáfora esclarecedora. Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las

3. Assevera Santiago Nino: “Así ocurre con la llamada 'ambigüidad de proceso-producto', que se da cuando uno de los significados de la palabra se refiere a una actividad o proceso. Es lo que acaece con palabras como 'trabajo', 'ciencia', 'construcción', 'pintura'. Si alguien dice 'me encanta la pintura', puede dudarse de si lo que le gusta es pintar él o contemplar cuadros” (1999: 261).
4. Esse capítulo da obra de Santiago Nino é diretamente influenciado pelo livro de Genaro Carrió (Carrió, 1979). Sobre ambigüidade, ver (Carrió, 1979: 29-31).

palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión.

(...)

Esta característica de *vaguedad potencial* que los lenguajes naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por Waismann 'la textura abierta del lenguaje'. Carnap alude al mismo fenómeno cuando habla de 'vaguedad intensional'" (Carrió, 1979: 33-35).

E, mais adiante:

"Las palabras que aperecem en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas, y proporcionar pautas o criterios para guiar o juzgar estas últimas, tienen, pues, una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas." (Carrió, 1979: 55).

Conforme visto, alega-se, no capítulo referente à vagueza potencial dos textos normativos, a "textura aberta" das palavras objeto de interpretação.

Genaro Carrió, muitas vezes lembrado quando se trata de explorar o tema da vagueza da norma (das palavras que a compõem), utiliza uma seqüência de estudiosos para fundamentar seus apontamentos: Herbert Hart⁵ e Alfred Ross, na seara jusfilosófica, e Friedrich Waismann e Ludwig Wittgenstein, na filosofia da linguagem.

Como se trata de um tema freqüentemente abordado, no quesito de relativização das concepções de uma hermenêutica tradicional, vale apontar algumas de suas características.

Após a repercussão das obras de Gottlob Frege (1848-1925) e de Bertrand Russell (1872-1970), que buscavam o desenvolvimento da lógica formal e da filosofia da matemática, muitos estudiosos voltaram sua atenção à possibilidade de se estabelecer um novo rigor na elaboração da linguagem científica.

5. Sobre a influência direta de Waismann e indireta de Wittgenstein sobre a obra de Herbert Hart, sobretudo em seus primeiros escritos (como *The Ascription of Responsibility and Rights* de 1948-1949), ver (Bix, 1993: 7-35) e (Bix, 2000: 205-211).

Além disso, o ambiente intelectual austríaco, resistente ao idealismo de Kant e sensível a um realismo científico positivista, fomentou a reunião, em torno de Moritz Schlick (1882-1936), de um grupo de pensadores, entre eles Otto Neurath (1882-1945), Friedrich Waismann (1896-1959) e Rudolf Carnap (1891-1970), que se auto-denominavam Círculo de Viena (Wiener Kreiss). Muitos os designam, ainda, como neopositivistas ou positivistas lógicos.⁶

6. Cf. (Granger, s/d-a: 83-84) e (Granger, s/d-b: 87). Sobre os três princípios maiores do Círculo de Viena e da Sociedade para Uma Filosofia Empírica (Gesellschaft für empirische Philosophie), de Berlim, e com a qual o Círculo decidira colaborar, ver Granger (s/d-a: 84-85), cuja explicação desses princípios pode ser resumida nas seguintes proposições: (i) a ciência deve poder ser unificada na sua linguagem e nos fatos que a fundam; (ii) a filosofia reduz-se à elucidação das proposições científicas, por meio da verificação dessas proposições e do uso do simbolismo lógico de Frege e Russel, (iii) o sucesso de uma tal filosofia anuncia o fim da metafísica.

Sobre as concepções básicas de Wittgenstein assumidas pelos pensadores do Círculo de Viena (“sua interpretação da lógica e das proposições lógicas”; “sua teoria das proposições empíricas” e “sua definição de filosofia”), ver (Haller, 1990: 29-33).

Sobre o tema *verificação*, vale lembrar o trecho do *Tractatus* sempre lembrado pelos pensadores do Círculo de Viena: “4.024 Entender uma proposição é saber o que o caso é quando ela é verdadeira (Einen Satz verstehen, heisst, wissen was der Fall ist, wenn er wahr ist)...”.

O princípio verificacionista foi primeiramente adotado pelo Círculo, muito embora seus pensadores o atribuíam a Wittgenstein (TLP: 4.024). Ao que parece, a transição entre a afirmação acima citada e a técnica verificacionista teria sido passada por Wittgenstein a Waismann, em uma série de encontros para abordar o *Tractatus*. Essa visão, que podemos denominar como semântico-realista, posteriormente foi abandonada por Wittgenstein. Sobre o verificacionismo, ver, entre outros, (Glock, 1998: 367-370).

Sobre a filosofia austríaca e a sua tendência ao empirismo, em contraposição à tradição alemã, idealista, ver (Haller, 1990: 17-29).

Sobre a resistência dos membros do Círculo com o termo “positivismo”, devido à sua ligação histórica com Comte, ver (Haller, 1990: 47-48). Para um quadro geral das características dos construtos dos pensadores desse grupo, verificar (Haller, 1990: 47-54).

Pois bem, após uma aproximação de Moritz Schlick em 1927, e mesmo tendo Ludwig Wittgenstein (1889-1951) se negado a participar das reuniões do Círculo de Viena, no verão desse ano ele passa a ter reuniões com Schlick e com alguns membros por este selecionados do Círculo de Viena (Rudolf Carnap, Friedrich Waismann, por exemplo) (Monk, 1995: 224-225).

Muito embora tenha ficado provado para alguns desses participantes, sobretudo para Rudolf Carnap, que Wittgenstein não era o positivista que eles apreenderam do *Tractatus Logico-Philosophicus*, vários temas da lógica e da matemática foram tratados nessas reuniões (Monk, 1995: 226).⁷

Após essa primeira série de encontros e do retorno de Wittgenstein a Cambridge e à filosofia que ele abandonara, os membros do Círculo de Viena publicaram um manifesto com as posições antimetafísicas do grupo,⁸ no qual foi anunciada uma obra de Waismann, introdutória ao *Tractatus* de Wittgenstein (Monk, 1995: 259-260).

A obra acabou não sendo publicada, mas Waismann teve uma série de encontros com Wittgenstein, de início para compreender melhor o *Tractatus* e, depois, para entender as razões pelas quais o autor pretendia refutá-lo (Haller, 1990: 42-43).

No âmbito do Círculo de Viena, Schlick e, sobretudo Waismann, eram vistos como os expositores e, de certa forma, os defensores do ponto de vista de Wittgenstein, pontos esses que eram exaustivamente ali tratados (Haller, 1990: 43).

Daí que muitos escritos de Waismann apresentam várias características das idéias de Wittgenstein. Uma construção de Waismann bastante citada é a noção de “porosität der Begriffe”, que, por sugestão de Kneale, foi traduzida como “open texture”; logo, *textura aberta* da linguagem (Struchiner, 2002: 11).

Essa idéia está muito próxima de algumas observações de Wittgenstein, sobretudo sua idéia de *semelhanças de família* e de *hipótese*. Não é o caso de analisar esses construtos aqui. Neste momento, adiantamos tão-somente que o enfoque adotado por Wittgenstein na idéia de *semelhanças de família* é distinto daquele adotado por Waismann, ponto que abordaremos sucintamente no final deste artigo.

Do ponto de vista jurídico, Herbert Hart constata, a partir de suas já citadas premissas teóricas, que há situações de fato simples nas

quais as expressões gerais são facilmente empregadas, existindo, todavia, aquelas situações nas quais a facilidade não se faz presente. As situações fáticas não se apresentam ao aplicador previamente catalogadas, nem as regras aplicandas avançam, reclamando seus casos de utilização (Hart, 1986: 139).

7. Apesar de extensa, a citação que aqui segue consegue exprimir bem o intento dos positivistas lógicos e a inspiração que foi buscada em Wittgenstein: “Se a empresa enciclopedista dos neopositivistas assenta em definitivo numa unificação da linguagem [para Carnap e Neurath, esta linguagem é a da física], é porque a função lógica da expressão lingüística é para eles essencial.

É, antes de mais, do Wittgenstein do *Tractatus logico-philosophicus* (1921) que eles recebem a herança sobre este ponto. Para este filósofo, a linguagem é a imagem do mundo e a ciência não é mais do que o conjunto das proposições que a descrevem. Cada uma destas proposições é a imagem de um “facto”, que se analisa por ligações entre factos elementares, ou “estados de coisas”, a cada um dos quais corresponde uma proposição elementar que é a sua imagem e que consiste na associação de um predicado e dos nomes que se lhe referem. Deste modo, a lógica, ou seja o aspecto *a priori* do conhecimento científico, reduz-se ao conjunto dos constrangimentos que regulam o uso das ligações proposicionais e o uso dos predicados. A lógica não é mais do que uma “gramática” da língua que descreve o mundo.

Os neopositivistas reterão daí que a análise da linguagem é a única via de acesso à lógica e que o aparato da lógica simbólica é o instrumento que o filósofo deve aplicar à elucidação de todo o enunciado, qualquer que ele seja.

“A importância desta ‘nova lógica’ para os neopositivistas é tal, que a associação do formalismo lingüístico e do empirismo constitui uma das suas noções fundamentais” (Granger, s/d-b: 89-90).

Sobre a questão do uso da linguagem fisicalista, acima aludida por (Granger, 1990: 48-49) assinalará a reação de Wittgenstein a um artigo de Carnap (“A Linguagem Fisicalista como Linguagem Universal das Ciências” — *Die physikalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaften*). Wittgenstein escreveu duas cartas em 1932, uma a Carnap e outra a Schlick, acusando o primeiro de plágio, sobretudo pela referência ao *fisicalismo* e pela adoção de sua visão de *hipótese*.

Sobre esse último ponto, adiante se verá que uma das origens do termo “textura aberta”, atribuído a Waismann, vem da noção de *hypothesis* e *semelhanças de família* (Struchiner, 2002: 23-32).

Tampouco podem os cânones hermenêuticos eliminar essas incertezas (muito embora as diminua), tendo em vista serem, eles próprios, “regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação” (Hart, 1986: 139).⁹

A questão aqui gera um problema. Se há regras vagas (devido à textura aberta de seus termos), como procederá o intérprete dessas regras? Na terminologia de Hart, será o caso de uma decisão discricionária.

Daí surge uma polêmica abordada por Hart e outros juristas, como (Carrió, 1979: 62-72) e (Bobbio, 1995: 142-144), entre os formalistas/positivistas e os realistas.

Os primeiros negam qualquer incompletude do ordenamento, qualquer incapacidade de dedução de decisões por meio de recursos lógicos. Ou seja, tanto os casos de penumbra, quanto os claros seriam iguais e facilmente solucionáveis com os recursos lógicos disponíveis.¹⁰ No segundo caso, os realistas entenderiam que, em ambos os casos, o enfoque deveria recair sobre a aplicação dos textos, tendo em

8. *Die Wissenschaftliche Weltaussfassung: der Wiener Kreis* [A concepção científica do mundo: Círculo de Viena], de 1929.
9. Mais adiante, afirma o autor: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, *não* exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis (...)” (Hart, 1986: 148-149).”
10. Sobre uso de recursos lógicos na Jurisprudência dos conceitos [Begriffsjurisprudenz] ou Pandectística [Pandektenwissenschaft] e sua influência da formação de diversos setores dogmáticos do direito, como o direito tributário, ver (Andrade, 2006: 46-52).

vista que as características dele (potencialmente vagos, imprecisos) não justificariam a atenção do pesquisador.¹¹

Tem-se aqui a difícil tarefa daqueles autores que, constatando a ausência de possibilidade de univocidade de sentido das regras interpretandas (e, não só por isso, tendo que abandonar o formalismo/positivismo), têm que reformular a teoria jurídica sem, contudo, cair em outros extremos, seja no realismo jurídico, seja na livre criação do direito. Em outros termos, sem negar a importância das regras¹² e sem defender a idéia de que toda aplicação seja uma adjudicação (citando a nomenclatura de Carrió) ou uma discricionariedade (valendo-se da expressão de Hart).

Daí a necessidade deles (Carrió, por exemplo) em afirmar que nem sempre se está diante de regras imprecisas e vagas e que, portanto, a atitude criadora do intérprete deve ser limitada àqueles casos de penumbra.

Essa polêmica, não entre realismo ou formalismo, mas entre uma interpretação mecanicista, meramente dedutiva, e outra, baseada na concreção de textos normativos (formação da norma-decisão), está presente em vários debates contemporâneos.¹³

11. Nos dizeres de Hart, “Argumentar desse modo é ignorar o que as regras efectivamente são em qualquer esfera da vida real. Sugere que estamos confrontados com o dilema: “ou as regras são o que seriam no paraíso de um formalista e então vinculam tanto como grilhões; ou não há regras, mas só decisões ou padrões de comportamento susceptíveis de predição”. Contudo, isto é sem dúvida um falso dilema” (...) (Hart, 1986: 152).

Não por acaso, no mesmo sentido Wittgenstein já declarara: “Mas então o emprego da palavra não está regulamentado.” Ele [o emprego da palavra] não está [regulamentado] inteiramente por regras; mas também não há nenhuma regra no tênis que prescreva até que altura é permitido lançar a bola nem com quanta força; mas o tênis é um jogo e também tem regras” (*PhU*, 79: § 68) (“Aber dann ist ja die Anwendung des Wortes nicht geregelt; das 'Spiel', welches wir mit ihm spielen, ist nicht geregelt”– Es ist nicht überall von Regeln begrenzt; aber es gibt ja auch keine Regel dafür z.B., wie hoch man im Tennis den Ball werfen darf, oder wie stark, aber Tennis ist doch ein Spiel und es hat auch Regeln).

12. Cf. (Carrió, 1979: 72) e (Hart, 1986: 149-152).

Nesse ponto, vale tecer algumas considerações. A primeira é o enfoque dado à questão da *ambigüidade* e da *vagueza* (*textura aberta*) do texto normativo como elemento flexibilizador de uma hermenêutica aqui denominada de tradicional. A segunda diz respeito à forma como trabalhamos a *textura aberta* dos textos.

Até agora, esses tópicos (carga subjetiva e ambigüidade/vagueza) foram aqui apresentados no sentido de criticar uma atitude comum no trato da matéria hermenêutica, qual seja, a de citá-los a fim de fugir do absolutismo da posição formalista/positivista, *sem, contudo, desfiliar-se de seus pressupostos metodológicos*.

Correndo o risco de repetição desnecessária, vale lembrar: o presente artigo critica a atitude de definir a interpretação como a “descoberta” de um sentido preexistente, por meio das pautas hermenêuticas tradicionais, seguida da afirmação de que (i) há situações nas quais há influência da carga subjetiva do intérprete ou de que (ii) os textos são potencialmente vagos.

Essas duas afirmações devem ser minimamente trabalhadas para que possam conviver e apresentar resultados satisfatórios, sob pena de ecletismo estéril.

A flexibilização aparecerá, nesses casos, mais como apaziguadora de um rigor excessivo das escolas como a jurisprudência dos conceitos do que como uma tentativa de conciliação entre *relativismo cognitivo* (atuação criadora do intérprete, por exemplo) e segurança jurídica.

Por fim, já que a origem e as características básicas da *textura aberta* dos textos normativos foram tratadas, vale fazer uma última ressalva.

Trata-se da constatação de que, muito embora Waismann tenha buscado inspiração na obra de Wittgenstein para formar sua noção de *textura aberta* (*porosität der Begriffe*), o enfoque deste último será diverso, sobretudo com o amadurecimento de suas obras posteriores ao *Tractatus* e que muitos definem como caracterizadoras de um segundo Wittgenstein.

13. Uma tentativa nesse sentido aparece em nossa tese, quando fazemos uma análise da interpretação da norma tributária como um processo de concreção normativa e as conseqüências daí advindas (Andrade, 2006).

Apesar de não muito sucinta, essa discussão tem relevante interesse, já que trata da definição dos limites dos conceitos (conceito de conceito) e foi objeto, por exemplo, de uma discussão teórica, na seara jurídica, travada entre Eros Grau e Celso Antonio Bandeira de Mello (Bandeira de Mello, 2001) acerca da discricionariedade (Grau, 2002a: 191-224).

Esse tema, entretanto, não será tratado aqui, mas, ainda assim, convém assinalar a distinção entre nosso enfoque (wittgensteiniano) e outra forma de se tratar a questão da vagueza dos textos normativos (dos conceitos, enfim).

3. FUGINDO DE UMA HERMENÊUTICA TRADICIONAL¹⁴

Pois bem, a idéia de que os conceitos devem ter seu limite de aplicação bem definido já era exaustivamente defendida por Frege.¹⁵

Para Frege e Russel, a vagueza da linguagem natural/ordinária era vista como um defeito a ser evitado (daí a importância da lógica); para Wittgenstein (que concordava com a ambivalência das proposições – estas deveriam apontar ou não para o real¹⁶), entretanto, a vagueza era uma questão justificável e apenas superficial, afinal, a linguagem ordinária estava em boa ordem lógica (TLP: 5.5563), bastava a análise lógica, pois toda proposição apresenta uma determinabilidade de sentido, que é a pré-condição de sua possibilidade de representar o real e ter algum sentido (Glock, 1998: 126-127¹⁷).

14. Aqui abordaremos somente nossa crítica ao uso da noção de *textura aberta* sem o abandono dos pressupostos de uma hermenêutica tradicional (representacionalista). Sobre nossa visão hermenêutica, ver (Andrade, 2006), sobretudo (Andrade, 2006: 121-189).
15. Autor esse que propunha a ambivalência das sentenças, ou seja, elas deveriam ser verdadeiras ou falsas. Além disso, Frege tratava os conceitos como funções, nas quais os valores são estipulados inequivocamente para cada argumento. “Para evitar a vagueza, uma definição deve ser completa: deve determinar para cada objeto se cai ou não sob o conceito, quaisquer que sejam os fatos” (Glock, 1998: 126).
16. “A realidade deve ser fixada [fixiert sein], por meio da proposição, a um sim ou não.”
(...) (TLP: 4.023).

Com a transição do pensamento de Wittgenstein, mantida a noção de que a linguagem ordinária permanecia perfeita,¹⁸ sua obra começa a refletir a idéia de que a vagueza é uma característica essencial da linguagem (não necessariamente desejável), resistindo à exigência dogmática da determinabilidade de sentido, da necessidade de se eliminar dúvidas ou desacordos.

“Da mesma forma, o repercutente termo ‘textura aberta’, de Waismann, não corresponde a uma rejeição da exatidão, mas sim da exigência de que a inexatidão seja impossível (muito embora ele se baseie aqui em idéias verificacionistas que Wittgenstein repudiara por ocasião das *Investigações* (*PhU*). Nem todos os conceitos são realmente vagos, e, embora a maior parte dos conceitos empíricos admita casos fronteiros, nem por isso se tornam inúteis, uma idéia que Hart estendeu aos conceitos legais, com o objetivo de combater o formalismo legal e o ceticismo quanto a regras (Glock, 1998: 127).”

Em conclusão, pode-se afirmar que a constatação da vagueza das normas jurídicas (textos normativos) não representa, no âmbito de nosso estudo, a proclamação de um ideal verificacionista a atribuir ao intérprete a tarefa de precisar o sentido dos textos jurídicos, o *que seria, ao final, estabelecer tão-somente outra pauta hermenêutica nos moldes da tradicional*. Algo como: “o aplicador deve percorrer todos os métodos hermenêuticos e, após, precisar os termos vagos”, o que não é o caso.

A afirmação de que a linguagem funciona em seu uso cotidiano (as normas são interpretadas – produzem-se normas-decisão) tem muito mais a ver com a atuação humana (“uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida” (*PhU*:§23)¹⁹ do que com a possibilidade de se manter um modelo cognitivo/epistemológico baseado na relação sujeito-objeto e na possibilidade de acesso ao núcleo comunicativo

17. Os próximos parágrafos seguirão de perto a análise de Glock sobre o verbete “determinabilidade do sentido” (Glock, 1998: 126-128), bem como a obra de Wittgenstein.
18. “It is wrong to say that in philosophy we consider an ideal language as opposed to our ordinary one. For this makes it appear as though we thought we could improve on ordinary language. But ordinary language is all right (...) (*BIB*: 28 – original em ingles).

preexistente em cada texto normativo “muitas vezes encoberto por uma névoa de vagueza”).

No fundo, o que está em questão é a não aceitação da linguagem como representação de objetos, ou, indo mais longe, da linguagem como representação semântica.

A primeira (representação de objetos) já foi criticada, inclusive, pela semiótica e pela lingüística estrutural.

Já a segunda (representação semântica) aponta para uma tradição extremamente complexa e arraigada, qual seja, a de se considerar:

“(…) a mente enquanto um grande espelho, contendo variadas representações – algumas exatas, outras não – e capaz de ser estudado por meio de métodos puros, não empíricos. Sem a noção da mente como espelho, a noção de conhecimento como exatidão de representação não se teria sugerido. Sem esta última noção, a estratégia comum a Descartes e Kant – obter representações mais exatas ao inspecionar, reparar e polir o espelho, por assim dizer – não teria feito sentido. Sem essa estratégia em mente, afirmações recentes de que a filosofia poderia consistir em ‘análise conceitual’, ou ‘análise fenomenológica’, ou ‘explicação de significados’, ou exame da ‘lógica de nossa linguagem’ ou da ‘estrutura da atividade constitutiva da consciência’ não teriam feito sentido” (Rorty, 1995: 27).

Ou ainda:

“São as imagens mais que as proposições, as metáforas mais que as afirmações que determinam a maior parte de nossas convicções filosóficas” (Rorty, 1995: 27).

“(…) as palavras tomam seus sentidos antes de outras palavras do que em virtude de seu caráter representativo, (...) os vocabulários

19. (...), *Das Wort, Sprachspiel* soll hier hervorheben, dass das Sprechen der Sprache ein Teil ist einer Tätigkeit, oder einer Lebensform (*PhU*: § 23).

Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são *hábitos* [Gepflogenheiten] (costumes, instituições).

Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica (*PhU*: § 199). A linguagem é um instrumento. Seus conceitos são instrumentos (*PhU*: § 69, Pitkin 1984: 63).

adquirem seus privilégios antes dos homens que os usam que de sua transparência para o real” (Rorty, 1994: 362).

Do ponto de vista epistemológico, fundamentar o acesso do intérprete ao sentido preexistente do texto e às operações mentais inerentes à sua atividade de definição do que o espírito do texto normativo contém, com a finalidade de justificar a extensão do sentido primitivo ao sentido que se pretende como resultado, é justamente o tipo de enfoque que buscamos evitar.

O século XX parece ter sido a época marcada pelo abandono de alguns sonhos científicos. Além do desgaste dos positivismo e dos formalismos, um desses sonhos abalados em seus alicerces foi o da determinabilidade do sentido pela lógica.

Na seara jurídica, a doutrina passou a conviver com a idéia de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, sendo quase um lugar comum relatá-los didaticamente, sobretudo após a obra de (Engisch, 2001).

No âmbito da lógica, todavia, a idéia de que um conceito não possuísse um limite bem definido, que um objeto não fosse eficazmente classificado de acordo com um correspondente conceito, era assustadora.

A própria idéia de fundamentar a lógica a partir da matemática, de forma a construir uma linguagem científica cujos conceitos fossem definíveis (falar uma língua é realizar um cálculo), era o projeto da lógica do início do século XX e, posteriormente, do positivismo do Círculo de Viena (de Frege e Russel até Popper).²⁰

20. Bento Prado Jr. (Prado Jr., 1994: 71-72), ao analisar a questão do relativismo (e o combate a ele) na história da filosofia, lembrará de dois pontos máximos desse combate, a saber, o século IV a.C. (com a formação da filosofia grega clássica) e na viragem do século XIX ao XX (com diversas tentativas de devolver à filosofia seu fundamento absoluto). Nesse último caso, o autor comenta que filósofos como E. Husserl, H. Bergson e B. Russel, cada um à sua maneira, buscaram formas de combater o relativismo “(contra o *psicologismo*, cego para as exigências da fundamentação da lógica, e contra uma epistemologia meio kantiana, meio positivista, que proíbe nosso acesso às coisas em si ou ao absoluto)”.

Os resultados dessa empresa não foram, do ponto de vista da determinabilidade (exata) do sentido, tão frutíferos, mas aqui se tem, também, um problema sobre qual deve ser o objetivo da exatidão dos conceitos e de sua determinabilidade.

Um ideal menos pretensioso e exigente de determinabilidade pode ser alcançado em contextos específicos de concreção normativa. O enfoque, obviamente, terá que ser deslocado do plano do acesso ao conteúdo preexistente dos termos jurídicos empregados no texto normativo para o de resultados práticos (análise de resultados obtidos – normas-decisão).

Explica-se: Não há que se ter um único ideal de exatidão (os conceitos determinados em detrimento dos indeterminados), já que os conceitos (ao nosso entender, sempre indetermináveis a partir de premissas essencialistas) atuam em contextos específicos de forma satisfatória.

Não há como se estabelecer, de antemão, as regras de como cada conceito jurídico deva ser interpretado/aplicado. Para que um conceito seja útil, basta que ele seja definido em determinados contextos práticos, pois o emprego das palavras não está totalmente regulamentado por regras (*PhU*: § 68). Muitas vezes um conceito de contornos imprecisos é o que foi possível e é o que basta a uma determinada situação (*PhU*: § 71).

Deslocando, portanto, a idéia da interpretação do texto normativo e de seus resultados (declarativo, restritivo e extensivo) da *determinabilidade do sentido* para a de *análise da norma-decisão* formada, tem-se:²¹

(i) um texto normativo que emprega conceitos cujos significados estão sendo construídos local e temporalmente;

21. Para uma abordagem mais detida da formação da norma-decisão [Entscheidungsnorm] e a comparação com o vocabulário mais tradicional da hermenêutica (interpretação X integração, interpretação extensiva, restritiva, literal e analógica), ver (Andrade, 2006), sobretudo (Andrade, 2006: 149-161).

(ii) essas construções formam um arcabouço conceitual, um sistema de referências mediado por adestramentos (formação universitária, formação de jurisprudência sobre determinados aspectos de cada conceito);²²

22. A segurança nas relações cognitivas não deriva de fundamentos metódicos, mas, antes, da consistência proporcionada pela forma biológica da espécie e a prática social. É a confluência desses fatores que constitui um sistema de posições fundacionais.

O ponto mais importante de *Sobre a Certeza* é desenvolver subsídios para uma epistemologia socializada (idéia que a sociologia alegar ter retomado). O conhecimento de uma determinada cultura ou de qualquer um de seus membros não pode ser apreendida da experiência de um indivíduo. “O conhecimento acumulado de uma cultura é uma conquista coletiva – uma idéia compartilhada por hegelianos, marxistas e pragmatistas”. A totalidade desse conhecimento é inacessível, sendo o aprendizado sobre os padrões referenciais uma aceitação da autoridade de uma comunidade. Isso não impede o pensamento crítico, fazer parte de uma comunidade (e de seu sistema referencial) é tomar parte em atividades epistêmicas “que nos permitem retificar algumas de nossas crenças, e, ocasionalmente, até mesmo partes de nossa visão de mundo. Distinguindo-se da epistemologia naturalizada de Quine, a epistemologia socializada de Wittgenstein salienta esse ponto sem reduzir o processo de formação de crenças, bahavioristicamente, a uma questão de estímulos e respostas” (Glock, 1998: 78).

É aqui que pensamos que uma teoria socio-biológica (não confunda-se com a teoria de E. O. Wilson) pode trazer subsídios para um pensamento jurídico baseado não mais nas relações cognitivas clássicas (relação entre sujeito e objeto).

Sobre arcabouço conceitual e sistema de referências em Wittgenstein e sua aplicação no direito, ver (Andrade, 2006: 125-141). Ver Wittgenstein (ÜG, 1998). Sobre a utilização de teorias biológicas como teorias do conhecimento, ver (Andrade, 2006: 141-149) – *O intérprete como Sistema Autopoiético, e não o direito*.

“As palavras, como sabemos, são ações, e não coisas que passam de lá para cá. É nossa história de interações recorrentes que nos permite um acoplamento estrutural interpessoal efetivo. Descobrimos que compartilhamos um mundo que especificamos em conjunto por meio de nossas ações. Isso é tão evidente a ponto de nos ser literalmente invisível.” (...) (Maturana & Varela, 1995: 251-252).

(iii) novas normas-decisão podem ser comparadas com as decisões outrora formuladas (ou com as opiniões doutrinárias sobre o tema), o que permitirá relações de proximidade e comparação.

Esses limites sociobiológicos²³ é que permitirão a crítica a decisões que pareçam ir contra o nosso sistema referencial (Bezugssystem), ir contra aquele jogo de linguagem até então aplicado.

Certos resultados (normas-decisão) frequentemente frustram o que determinada comunidade entendia como correto, mas, chamar a atenção ao caráter decisório desse processo é permitir a chance de discussão entre as partes (em sentido amplo) envolvidas no litígio.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

BIX, Brian. *Law, language and legal determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

_____. *Questões na Interpretação Jurídica. Direito e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2000.

23. Esses limites não devem ser confundidos como limites de significação, como novas pautas para se elaborar uma nova teoria da interpretação baseada no acesso a significados preexistentes. A luta contra o essencialismo e o representacionalismo é uma eterna vigilância, pois, devido ao nosso adestramento, facilmente podemos cair em tentações de enfoques semânticos ou mentalistas.

Não à toa, Richard Rorty, ao comentar essa tática anti-representacionista, assinala a facilidade em voltar ao mesmo enfoque:

“(...) Portanto, nem mesmo dizendo que o homem é tanto sujeito como objeto, *pour-soi* tanto como *en-soi*, estamos apreendendo nossa essência. Não escapamos ao platonismo dizendo que 'nossa essência é não ter essência', se então tentamos usar essa percepção como base para uma tentativa construtiva e sistemática de descobrir verdades ulteriores sobre os seres humanos” (Rorty, 1994: 371).

No mesmo sentido, Wittgenstein declara: “Eu queria dizer que é notável que aqueles que apenas atribuem realidade às coisas e não às nossas representações mentais se movimentam tão naturalmente no mundo das representações e nunca sintam a falta de sair dele” (*TBT*: 30).

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 2001.
- GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- GRANGER, Gilles-Gaston. Círculo de Viena. (vv. aa.) *Filosofia analítica*. Lisboa: Gradiva, (s/d-a).
- _____. Neopositivismo. (vv. aa.) *Filosofia analítica*. Lisboa: Gradiva, (s/d-b).
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002 – (2002b).
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002 – (2002c).
- HALLER, Rudolf. *Wittgenstein e a filosofia austriaca: questões*. São Paulo: Edusp, 1990.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento*. Campinas: Editorial Psy, 1995.
- MONK, Ray. *Wittgenstein – o dever do gênio*. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia – sobre el significado de Ludwig Wittgenstein para el pensamiento social y político*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- PRADO JR., Bento. O relativismo como contraponto. In: CÍCERO, ANTONIO; SALOMÃO, WALY (orgs.). *O relativismo enquanto visão do mundo*. São Paulo: Francisco Alves, 1994.
- RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.
- _____. *Contingência, ironia e solidariedade*. Lisboa: Edorial Presença, 1994.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Editorial, 1999.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- WITTGENSTEIN, Ludwig. *The blue book*. New York: Harper & Row, 1965 (BLB).
- _____. *Philosophische untersuchungen. Werkausgabe*. Trad. bilíngüe espanhola *Investigaciones Filosóficas*— Alfonso García a Suárez e Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 1988; vol. 1. Trad. port., *Investigações Filosóficas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995; Trad. bras. José Carlos Bruni, *Os Pensadores*. 2. ed. São Paulo: Abril, 1979. (PhU)
- _____. The big typescript (MS213). *Revue Internationale de Philosophie* 43-169/175-203, trad. port. Filosofia, António Zilhão, *Manuscrito – Revista Internacional de Filosofia* 18, n. c.
- _____. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. bras. bil. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Edusp, 1994. (TLP)
- _____. *Über Gewissheit*. Trad. port. bil. Da Certeza, Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998. (ÜG)

II LÓGICA E FILOSOFIA DA CIÊNCIA

1

Relative charity

FABIEN SCHANG

Post-doctorant Technische Universität Institut für Philosophie

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

RESUMO: Nosso objetivo é propor uma semântica não referencial para o princípio de caridade lógica: nem universalismo lógico (uma lógica, uma forma de pensar), nem relativismo lógico (várias lógicas, várias formas de pensar) proporcionam um arcabouço adequado para interpretar o significado de qualquer ato de fala. Mas nenhum deles está totalmente errado também. O ponto é saber em que medida cada uma dessas perspectivas está parcialmente correta, buscando um paradoxal porém mais consensual “princípio de caridade relativo”. Depois de retomar a base teórica de caridade lógica, sugerimos uma lógica quadrivalorativa de aceitação e rejeição (doravante AR4); em seguida explicamos como essa semântica não referencial faz jus tanto aos defensores da caridade lógica quanto a seus opositores. Apesar de subscrevermos a coerência como uma precondição para racionalidade, argumentamos que tal critério não implica que a lógica clássica seja um esquema

ABSTRACT: Our aim is to propose a non-referential semantics for the principle of logical charity: neither logical universalism (one logic, one way of thinking), nor logical relativism (several logics, several ways of thinking) afford an adequate conceptual framework to interpret the meaning of any speech act. But neither of them is totally wrong, either. The point is to know to which extent each of these views is partly right, thus leading to a more consensual but paradoxical-sounding “relative principle of charity”. After recalling the theoretical background of logical charity, we suggest a four-valued logic of acceptance and rejection (hereafter: AR4); then we explain how such a non-referential semantics does justice both to the champions of logical charity and its opponents. While endorsing coherence as a precondition for rationality, we argue that such a criterion does not entail that classical logic is a necessary conceptual scheme to interpret the others’ beliefs. A better application of

conceitual necessário para interpretarmos as crenças dos outros. Uma melhor aplicação da caridade deveria levar em conta as questões implicitamente postas por uma afirmação e nós expomos essas questões ao substituir as funções de verdade de Quine pelas funções de veredicto de Quine, ao mesmo tempo em que enfatizamos seus variados graus de força.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação – Princípio de caridade lógica – Coerência.

charity should take account of the questions implicitly asked by a statement, and we bring these questions out in replacing Quine's truth-functions by Quine's verdict functions while emphasizing upon their varying degrees of strength.

KEYWORDS: Interpretation – Principle of logical charity – Coherence.

SUMÁRIO: 1. The background: logic in translation – 2. A non-referential semantics – 3. A logic of acceptance and rejection – 4. Coherence beyond consistency – 5. Truths in meaning – 6. Conclusion: the answer is in the question – References.

1. THE BACKGROUND: LOGIC IN TRANSLATION¹

The principle of logical charity is a methodological principle, according to which another speaker's thoughts must be interpreted so as to be in accordance with common standards of rationality. Quine takes the classical logic of truth-functions to be adequate for this purpose, and the so-called deviant (non-classical) logics not to be taken seriously in such an enterprise of understanding the others. According to Quine and Davidson, the meaning of a sentence uniquely relies upon what a speaker holds to be true or false. The behavioral parameter is necessary to such a reconstruction of speech acts, and Quine states these conditions in terms of *assent* and *dissent*:

“By reference to assent and dissent we can state semantic criteria for truth functions; i.e., criteria for determining whether a given native idiom is to be constructed as expressing the truth-function in question. The semantic criterion of negation is that it turns any short sentence to which one will assent into a sentence from which one will dissent, and vice versa. That of conjunction is that it produces compounds to which (so long as the component sentences are short) one

1. Acknowledgment: I want to thank Professor John T. Kearns (University at Buffalo) for his helpful comments about the first draft of this paper.

is prepared to assent always only when one is prepared to assent to each component. That of alternation is similar with assent changed twice to dissent.”²

Given that Quine subscribes to the truth-function theory, this means that any assent to α amounts to assign truth to α : $v(\alpha) = 1$, while dissent assigns falsehood: $v(\alpha) = 0$. The aforementioned quotation is a behaviorist account of the classical logical connectives in terms of assent as truth-claim and dissent as falsehood-claim: assenting to a sentence α is rejecting its negation: $v(\sim\alpha) = 0$ iff $v(\alpha) = 1$; assenting to the conjunction $\alpha \wedge \psi$ is assenting both to α and ψ , i.e. $v(\alpha \wedge \psi) = 1$ if and only if $v(\alpha) = v(\psi) = 1$; and dissenting the disjunction $\alpha \vee \psi$ is dissenting both α and ψ , i.e. $v(\alpha \vee \psi) = 0$ if and only if $v(\alpha) = v(\psi) = 0$.

Consequently, any interpretation of a sentence whose meaning leads to an allegedly irrational belief should be seen as resulting from a translation mistake and ought to be modified in accordance with the rules of classical logic. Logical charity has been endorsed by Quine and Davidson, as opposed to a relativist trend from the areas of sociology and anthropology. Some further areas took logical relativism to be an occasion to motivate the introduction of non-classical logics, including paraconsistent logic and the assumption of inconsistently rational beliefs. Assuming that a natural language sentence expresses the purpose for which its speaker utters it, the problem is how to interpret the others' beliefs.

According to Davidson, a precondition for rationality is *consistency*:

“The methodological advice to interpret in a way that optimizes agreement should not be conceived as resting on a charitable assumption about human intelligence that might turn out to be false. If we cannot find a way to interpret the utterances and other behaviour of a creature as revealing a set of beliefs largely consistent and true by our own standards, we have no reason to count that creature as rational, as having beliefs, or as saying anything.”³

2. Quine, 1960, p. 57-58.

3. Davidson, 1973, p. 324.

Not only are “our” standards to be determined, but it remains to see if those standards of rationality could be established beyond the realm of classical logic. They are, according to the relativists, but let us consider to what extent any rational agent may depart from it while producing a meaningful discourse. The point is thus to catch the content of such rational standards that divide philosophers, linguists, anthropologists and sociologists about the import of logical charity.

Referential opacity has been mentioned sometimes as a relativist argument for inconsistent beliefs: an agent may believe that both α and ψ while α implies the falsehood of ψ , *unbeknownst to him*; if so, then he is led to believe both α and not- α , thus violating the standards of rationality based on the consistency of beliefs sets.⁴ But referential opacity doesn't mean that the agent *explicitly* believes a contradictory thing; for if committing a judgment mistake is not a deliberately irrational act, the agent is assumed to rectify his faulty belief once he realized its inconsistency. The speaker (and his translator) is accordingly right to believe what he does, provided that he respects some rational criteria including coherence: not to contradict *oneself*.

Conversely, a contradictory translation appears to the logical relativists as establishing the existence of alternative forms of belief and, thus, alternative rationalities. Priest [1979]'s paraconsistent view is a case in point: it would be possible to contradict oneself without accepting the truth of anything else, whereas Quine wanted to show that the occurrence of any inconsistency is a sufficient reason to conclude that something is intolerably wrong in the preliminary process of translation.⁵

Even if true, we argue that, contrary to the appearances, Priest's and Quine's views satisfy one and same minimal standard of rationality.

4. Quine said in note 1 that his semantic criteria for logical negation apply to *short* sentences. We suspect him to take precautions here against another plausible objection to his behavioral translation: logical omniscience.
5. See Quine, 1975, p. 121. Quine's proof relies upon the use of disjunctive syllogism, but that rule is rejected in Priest [1979]. Our concern is to account for such a rejection within a formal theory of declarative speech acts.

2. A NON-REFERENTIAL SEMANTICS

Being able to understand one's hearer assumes that one is able to think the same "thing", and the conditions under which this same thing can be grasped are generally stated in terms of truth-conditions. Now if the meaning of a declarative speech act is determined by its truth-conditions, it remains that these conditions are insufficient to grasp what the speaker means. We suspect the principle of logical charity to be misleading because of what Suszko [1977] dubbed the "Fregean Axiom" of referential semantics, namely: the view that the meaning (referent) of a sentence is a truth value, which is the logical object to be thought.

Our rejection of this reifying semantics leads to replace truth-conditional semantics by another, value-conditional semantics: a Question-Answer Semantics (hereafter: QAS), where the sense of a sentence is a set of questions related to its content and the reference is a set of correlated answers. We blame the logical universalists for giving a much too stringent picture of the principle of charity, concerning the alternative logics and the way these may account for our daily speech acts.

A logic of speech-acts seems to be able to adjust the opposed views about logical charity. If by a "logic" we mean a closed set of logical consequences within a given formal language, we claim to support both universalists and relativists: there are some rational standards that any agent should follow; but such a standardization does not entail that one and the same logic should be imposed in every context of discourse. In other words, the hypothesis of a relative charity consists in rejecting the equation: one logical system = one rational standard. Hence the following distinction between three ways of thinking about logical charity:

(1) *Logical Universalism*: a common rationality standard includes only one correct logic (if A, then B); there is only one rational standard (A); therefore, there is only one correct logic (B).

(2) *Logical Relativism*: a common rationality standard includes only one correct logic (if A, then B); there are several correct logics (not-B); therefore, there are several rational standards (not-A).

(3) *Relative charity*: a common rationality standard includes several correct logics (A and not-B).

Contrary to the universalists who equate our rational standard with classical logic, the relativists introduce alternative logics to be applied in our daily reasonings and, therefore, assume alternative rational standards. Thus Lokhorst [1998] rightly notes that we needn't go out of our own linguistic community to contemplate some non-classical logics at work:

Cultural anthropologists usually maintain that there is no evidence that there exist cultures which adhere to different logics than we do. But I find this a strange claim. For one thing, even in my own country there is a subculture of people who try to adhere to intuitional logic rather than classical logic.⁶

Nevertheless, we reject the view that underlies (1) and (2) and according to which each logic determines its own set of rational norms.

Our view of charity aims at describing the main features of a specific class of speech acts, where the illocutionary point of the speaker is to express a state of affairs. We follow the philosophical enterprise of Searle & Vanderveken [1985] in this respect, but by means of a different conceptual framework: whereas Searle [1969] makes a clear-cut distinction between ontology and epistemology through the so-called component of a "direction of fit" between world and words, Quine's indeterminacy thesis contests this very distinction and our assertoric logic endorses this contestation by reducing any discourse about truth (what is true) to a discourse about truth-claims (what is held to be true).

At the same time, we maintain two central concepts from Searle [1969]'s formalized theory of speech acts, namely: the *illocutionary force* F, attached to a sentential content α and resulting in a speech act $F(\alpha)$; the *degree of strength* of F, according to which two utterances may be distinguished by their persuasiveness in a same class of speech acts.

Our proposal is thus a formalized theory that extends Quine's behaviorist method of interpretation within a semantics of questions

6. Lokhorst, 1998, p. 57.

and answers. Like Frege, we assume that any well-formed sentence has a sense and a reference; but unlike Frege, the sense of a sentence is not a so-called proposition and its reference is not a truth value. The “True” is this allegedly objective entity that speakers grasp when they make a correct judgment; but nothing establishes the existence of such an entity, if not the need to justify that two speakers can have a common thought, and Quine’s epistemology doesn’t tolerate such a reification. Whenever a sentence is uttered, it corresponds to a speech act the point of which is specified by its speaker and satisfied under certain conditions. This is depicted by Searle [1969] as the “illocutionary point”, which constitutes one of the seven components of his illocutionary force F .

By the sense of a speech act $F(\alpha)$, we mean the set of questions to which the sentence is purported to answer; as to the reference of $F(\alpha)$, it is the corresponding set of answers implicitly conveyed by the speaker’s utterance. The sentential content α is clearly insufficient to determine the meaning of a speech act, and the Quinean radical translator must cope with the latter in his attempt to reconstruct a target language.

In order to formalize this non-referential theory of sense and reference, we use a so-called “Question-Answer Semantics” (thereafter: QAS) where $Q(\alpha)$ expresses the sense of a sentence α , and $A(\alpha)$ denotes its reference. The reference of a sentence is a logical value, but it is not a truth value: a sentence may be uttered as the content of an order, request, or even fear in a that-clause, so that the truth value usually assigned to is irrelevant. Rather, logical values are a combination of yes-no answers to questions concerning an utterance, and each single answer is either affirmative or negative. Accepting and rejecting a given sentence are thus expressed by affirmation (“yes”) and denial (“no”), but these answers don’t exclusively concern declarative acts; they can be applied to any speech act $Q\delta(\alpha)$, where δ is a category of speech act whose sense is given by a set of specific questions Q . When the illocutionary point of an utterance is telling the truth, a question related to the speech act is a declarative question ($\delta = d$) whose predicate is a truth-predicate: $Qd(\alpha) = \text{“is } \alpha d\text{-ed?”}$. The predicate of the

question is not a truth-predicate whenever the speech act is *not* declarative: if $Qd(\alpha)$ designates e.g. an expressive act, the point of its utterance is not telling the truth but reporting the speaker's feelings.

The concept of truth doesn't totally disappear from our assertoric logic, but it is not embedded any longer into the reference of sentences; rather, it is included in its sense as the predicate of the corresponding question. More importantly, not only one question is put by $Qd(\alpha)$: if the speaker gives his opinion about the truth-value of a sentence α , he needn't assert either its truth or its falsehood. He may still make a conjecture, or doubting about it. How to identify these various performances during a speech act? Anyway, we argue that the Quinean bipartition between assent and dissent is oversimplified and occurs as a symptom of logical universalism. Not every declarative act is categorical, and we take Frege [1919]'s theory of judgment to have assimilated every judgment-act with an assertion like "it is true that" or "it is false that". In other words, a speaker may deny a sentence without asserting its falsehood. Somehow ironically, Quine himself argued for such a qualification of speech acts by means of his so-called *verdict functions*: truth-functions determine the truth value of the Fregean propositions, while verdict functions determine the speaker's attitude toward their corresponding sentences. A verdict corresponds to what the speaker holds to be true or false, and Quine stated the epistemological primacy of verdict upon truth in his behaviourist reconstruction of speech acts.⁷

However, such an insightful distinction didn't prevent Quine from favouring his truth-function theory as a sufficient guideline for rationality. This strategy led him to sustain his logical universalism and reduce every declarative speech act to a binary choice between unconditional truth- and falsehood-claims. Our view is that every assent or dissent is expressed by a truth- or falsehood-claim but needn't be an exclusive *act*.

To give an unambiguous characterization of declarative acts, we propose in the following a formal logic that accounts for our assumption of a "relative charity" with respect to the sort of declarative act and its degrees of strength.

7. See especially Quine, 1973, p. 77.

3. A LOGIC OF ACCEPTANCE AND REJECTION

Let AR4 be a logic of statements,⁸ with a corresponding model $M = \langle M, A \rangle$ upon a formal language L . $M = \langle Q, V, D, \odot \rangle$ is a matrix with:

– a statement-forming operator Q that attaches a set $\langle q_1, \dots, q_n \rangle$ of n ordered questions to the sentences of L ;

– a set of four logical values $V = \{\langle 1, 0 \rangle, \langle 1, 1 \rangle, \langle 0, 0 \rangle, \langle 0, 1 \rangle\}$ that stand for correlated answers to Q ;

– a subset of two designated values $D = \{\langle 1, 0 \rangle, \langle 1, 1 \rangle\}$ for every accepted sentence, i.e. $a_1(\alpha) = 1$;

– a set $\odot = \{\sim, \wedge, \vee, \rightarrow\}$ of logical connectives including negation (\sim), conjunction (\wedge), disjunction (\vee), and conditional (\rightarrow);

$A(\alpha) = \langle a_1(\alpha), \dots, a_n(\alpha) \rangle$ is a valuation function that interprets each sentence of L into V . It is an ordered set of answers whose each element $a(\alpha)$ interprets a correlated question $q(\alpha)$ into $\{0, 1\}$.

The symbol 1 refers to an affirmative answer (affirmation: “yes”) and expresses x ’s acceptance of p , and the symbol 0 refers to a negative answer (denial: “no”) expressing x ’s rejection of α . 1 and 0 are components of the logical values, but they are not logical values themselves. Only the total valuation function $A(\alpha)$ assigns a logical value to each utterance $Q(\alpha)$, where A is the interpretation function of the sentences: $Var\{V$. More generally, the total number of logical values m^n corresponds to the set of possible answers in V with m being the number of possible answers a to each of the n specific questions q .

The class of declarative statements is characterized by $m = 2$ questions about the utterer x of α : $q_1(\alpha) =$ “does x hold to be true?”, and $q_2(\alpha) =$ “does x hold to be false?”. It results in a set of 4 logical values, i.e. $V = \{(0), (1/3), (2/3), (1)\}$ (where $(0) = \langle 0, 1 \rangle$, $(1/3) = \langle 0, 0 \rangle$, $(2/3) = \langle 1, 1 \rangle$, and $(1) = \langle 0, 1 \rangle$) and their total ordering relation $(0) < (1/3) < (2/3) < 1$.

By using single quotes for metalinguistic expressions, we take acceptance to be the illocutionary expression of x ’s belief attitude,

8. No other class of speech act than statements is concerned in AR4, so that we will omit the superscript d in the following.

whereas rejection is the illocutionary expression of x 's disbelief attitude. Thus: " $Bx\alpha$ " means that $a1(\alpha) = 1$ and " $Bx\sim\alpha$ " means that $a2(\alpha) = 1$, whereas " $\sim Bx\alpha$ " means that $a1(\alpha) = 0$.

These logical values symbolize declarative acts and are ordered by their decreasing degree of strength: (1) for positive assertion, (2/3) for conjecture, (1/3) for doubt, and (0) for negative assertion. The utterance is said to be "satisfying" whenever accepted by its speaker: $a1(\alpha) = 1$, hence AR4 contains two designated values: (1), and (2/3). The utterance of a sentence is logically true in AR4 if satisfying for every interpretation of its components; it is logically false if satisfying for no interpretation of its components.

Complex declarative acts are defined by the following recursive clauses, where $max(\alpha, \psi)$ and $min(\alpha, \psi)$ are choice functions between the maximal and minimal logical value of the utterances of α and ψ :⁹

$$A(\sim\alpha) = \langle a2(\alpha), a1(\alpha) \rangle$$

$$A(\alpha \wedge \psi) = \min(A(\alpha), A(\psi))$$

$$A(\alpha \vee \psi) = \max(A(\alpha), A(\psi))$$

$$A(\alpha \rightarrow \psi) = \max(A(\sim\alpha), A(\psi))$$

Once the system is described, let us see why we claim that universalists and relativists do accept relative differences in their norms while obeying to a common rational standard.

4. COHERENCE BEYOND CONSISTENCY

The problem is to know whether there is a logical difference between the three following utterances:

- (a) " $Bx\alpha \wedge Bx\sim\alpha$ "
- (b) " $Bx\alpha \wedge \sim Bx\alpha$ "
- (c) " $Bx(\alpha \wedge \sim\alpha)$ "

9. Recursivity appears as a good translation guideline, and we agree with Quine in this respect: "Of what we think of as a logic, the truth-functional part is the only part the recognition of which, in a foreign language, we seem to be able to pin down to behavioral criteria". ([Quine 1960], p. 61). Our disagreement comes from the truth-functional feature of its recursive clauses, to be replaced by primary verdict functions.

The universalists claim that all the three are irrational, whereas some relativists accept (a) while variously refusing (b) and (c). It is possible to find a third way to the pervasive alternative between logical universalism and relativism: the speaker obeys to rational norms relating to his context of utterance, which is determined by the illocutionary force $Q(\alpha)$ attached to the sentence α . On the one hand, a common mistake of logical universalists and relativists is to identify the meaning of a speech act with that of its sentential content α , while we emphasize upon the sense-forming role of the syntactic operator Q . In the other hand, the universalist argument relies upon a much too stringent denition of rationality as consistency and unduly restricts the conditions under which a speaker's beliefs can be accounted for. The illocutionary feature of speech acts helps to broaden these criteria and to introduce a distinction between the consistency of an utterance and its coherence.

Thus, a declaration of is *consistent* if and only if the speaker doesn't hold to be false whenever he holds to be true (and conversely). In symbols:

$$(CON) a1(\alpha) = 1, a2(\alpha) = 0$$

A declaration of is *coherent* if and only if the speaker doesn't deny what he affirms, and conversely. In symbols:

$$(COH) ai(\alpha) = 1, ai(\alpha) \neq 0 \text{ (where } i = 1 \text{ or } 2)$$

The misunderstanding between universalists and relativists comes from neglecting such a difference between consistency and coherence. Every coherent declaration is a consistent declaration, according to Quine [1960] or Davidson [1973]: $(CON) \Leftrightarrow (COH)$; a declaration is coherent whenever consistent, but the converse needn't hold for such relativists as Williams [1981] or da Costa & French [1989]: $(CON) \Rightarrow (COH)$, but not $(COH) \Rightarrow (CON)$. Hence our proposal of a relative interpretation of charity, preserving a minimal standard of rationality during the translation process while softening it by the introduction of other declarative acts than the unique assertion.

In this sense, the thesis of logical relativism is weakened and doesn't entail the initial assumption of Lévy-Bruhl's prelogical mentalities: a speaker may make a conjecture without being irrational at all, because irrationality would assume that he both affirms and denies one and the same question to his declarative act. In terms of AR4,

being irrational means that a partial valuation function $ai(\alpha)$ may assign two partial answers at once: $ai(\alpha) = \{1,0\}$, which is not the case either in AR4 or most of the arguments invoked by the so-called logical relativists.¹⁰

Inconsistency does make sense, but provided that the corresponding set of beliefs is merely conjectured rather than asserted: if is conjectured, then $A(\alpha) = A(\sim\alpha) = (2/3)$ and “ $Bx\alpha \wedge Bx\sim\alpha$ ” is satisfying; but if $A(\sim\alpha) = (0)$, i.e. α is asserted, the same declarative form “ $Bx\alpha \wedge Bx\sim\alpha$ ” is not satisfying any more.

5. TRUTHS IN MEANING

The relativist assumption doesn't consist in a divergence about our rational norms, but about the semantic theory of truth that underlies our declarative speech acts: the sense of “holding true” may change depending upon the degree of strength. In the aforementioned case of Lokhorst [1998], an intuitionist speaker holds a sentence to be true only if he has a proof for it; and inasmuch as any proof is exclusive, such an agent cannot arm both the truth of a sentence and its falsehood. This semantic difference amounts in AR4 to a difference in the sense conveyed by the semantic predicate of Q and its ensuing valued domain V: conjecture is ruled out from the plausible answers of an intuitionist speaker, so that any logic appropriate to this sort of agent corresponds to a subset of V that is $V \setminus (2/3) = \{(0), (1/3), (1)\}$ and its unique designated value $\{(1)\}$.

The same rationale obtains for da Costa's paraconsistent and Quine's classical agents: any belief attribution to a paraconsistent agent is softened by comparison to the classical and intuitionist one, in the sense that being true means for him something like having an evidence for (the truth of). The logic of this inconsistent agent corresponds to a subset of valuation that is $V \setminus (2/3) = \{(0), (2/3), (1)\}$ and its two designated values $\{(1), (2/3)\}$.

Finally, the Quinean or classical agent attaches an ontological sense to the semantic predicate holding true: any of his affirmations is

10. Returning to the preceding section, our claim would be that (a) and (c) can be both satisfying but never (b), which is incoherent. Indeed: $Bx\sim\alpha \rightarrow \sim Bx\alpha$ doesn't hold in AR4, therefore (a) does not entail (b).

a positive or negative assertion that excludes indeterminacy, so that a semantics for the classical agent corresponds to a bivalent subset of valuation that is $\mathcal{V}\{(1/3), (2/3)\} = \{(1), (0)\}$ and its unique designated value $\{(1)\}$. It is easily seen now why some logical reasonings are validated by the ones and invalidated by the others, depending upon the sense ascribed to the semantic predicate of truth: not every declarative act conveys the same speech act, and these may vary according to their increasing degree of strength from plain assertion to mere doubt. And given that a declarative speech act may vary according to the domain of values assumed by its agent, the validity of a reasoning depends upon the semantic theory of truth that underlies the sense of holding true: the law of excluded middle ($\alpha \vee \sim \alpha$) won't be accepted by anyone equates truth with assertion as a justified belief, just as the Duns Scot's law ($\alpha \wedge \sim \alpha$) $\rightarrow \psi$ for whoever conjectures without asserting it. It can be thus shown that the preceding subdomains are characteristic of three distinctive logics, namely: classical logic C3 for the logical universalists, Kleene's logic K3 for intuitionist agents, and Priest's logic P3 for inconsistent beliefs.

6. CONCLUSION: THE ANSWER IS IN THE QUESTION

Once again, to allow a set of inconsistent beliefs within a particular logic doesn't entail that some new form of rationality is thereby introduced: the three preceding logics commonly subscribe to the rational standard of coherence, but a referential semantics cannot show the difference between this criterion and the weaker criterion of consistency. We have proposed a many-valued and non-referential logic for this purpose, and we have resorted to illocutionary forces in order to make good sense of it within a formal theory of speech acts. The result is a principle of relative charity that wants to do equal justice to universalists and relativists: the former are right to claim that a general theory of meaning requires a universal standard for understanding, but they miss the point in focusing the problem upon truth and only truth; the latter are right to claim that alternative reasonings may prevail in different contexts of reasoning, but they lose track of the common rationality standard by equating relativity with plurality.

Our general framework QAS has attempted to reconcile such allegedly antinomic standpoints by means of a unique logic of relative

statements AR4, where the classical truth-functions v are replaced by verdict-functions A and the context-free criterion of truth turned into a context-dependent criterion of truth-claim. This entails that the real bearer of meaning is not a sentence, but its statement; more importantly, this also entails that our answer to the problem of logical charity is in the question, that is, the statement-forming operator Q that is attached to any sentence.

REFERENCES

- FRENCH, Da Costa &. *On the logic of belief. Philosophy and phenomenological research* 49, 1989, p. 431-46.
- DAVIDSON. "On radical interpretation". *Dialectica* 27, 1973, p. 313-28.
- FREGE. "Die Verneinung", published in M. BLACK AND P. T. GEACH (eds.). *Translations from the Philosophical Writings of Gottlob Frege*. Oxford: Blackwell, (1960), 1919.
- LOKHORST. *The logic of logical relativism. Logique et analyse* 161-162-163, 1998, p. 57-65
- PRIEST. The logic of paradox. *Journal of Philosophical Logic* 8, 1979, p. 219-41.
- QUINE. *Word and object*. MIT Press, 1960.
- _____. *The roots of reference*. Illinois: Open Court Publishing, La Salle, 1973.
- _____. *Philosophie de la logique (original version: philosophy of logic)*. Paris: Aubier Montaigne, 1975.
- SEARLE. *Speech acts*. Cambridge University Press, 1969.
- VANDERVEKEN, Searle &. *Foundations of Illocutionary Logic*. N.-Y., Cambridge University Press, 1985.
- SUSZKO. The fregean axiom and polish mathematical logic in the 1920's. *Studia Logica* 36, 1977, p. 377-80.
- WILLIAMS. *Inconsistency and contradiction*. *Mind* 90, 1981, p. 600-602.

2

Logics of deontic inconsistency

MARCELO E. CONIGLIO

Department of Philosophy, IFCH, and Centre for Logic, Epistemology and The History of Science (CLE) State University of Campinas (Unicamp).

ÁREA DO DIREITO: Filosofia; Lógica

RESUMO: As lógicas de inconsistência formal (LFI's) são lógicas paraconsistentes que internalizam a noção de consistência e inconsistência por meio de conectivos. Baseado nessa idéia, neste artigo são propostos dois sistemas deonticos nos quais obrigações contraditórias não levam à trivialização do sistema. Assim, de obrigações contraditórias $O\varphi$ e $O\neg\varphi$ contidas em ou π (derivadas de um conjunto de normas, pode-se derivar que a sentença φ é deonticamente inconsistente. Isso evita o colapso da lógica e, por outro lado, permite que o conjunto de normas seja reparado ou refinado. Essa abordagem pode, por exemplo, analisar paradoxos baseados em obrigações em contrariedade ao dever.

PALAVRAS-CHAVE: lógicas de inconsistência formal, lógica deontica, obrigações em condição de contrariedade ao dever.

ABSTRACT: The Logics of Formal Inconsistency (LFIs) are paraconsistent logics which internalize the notions of consistency and inconsistency by means of connectives. Based on that idea, in this paper we propose two deontic systems in which contradictory obligations are allowed, without trivializing the system. Thus, from conflicting obligations $O\varphi$ and $O\neg\varphi$ contained in (or derived from) an information set, it can be derived that the sentence φ is deontically inconsistent. This avoids the logic collapse, and, on the other hand, this allows to “repair” or to refine the given information set. This approach can be used, for instance, for analyzing paradoxes based on contrary-to-duty obligations.

KEYWORDS: Logics of formal inconsistency, deontic logic, contrary-to-duty obligations.

SUMÁRIO: 1. Introduction – 2. Logics of formal inconsistency – 3. Standard deontic logic – 4. Logics of deontic inconsistency – 5. Kripke semantics for DmbC – 6. Permission and prohibition – 7. Propagating deontic inconsistency and deontic consistency – 8. Final remarks – Bibliografia.

1. INTRODUCTION

Inconsistencies occur in several contexts, for instance databases and logical paradoxes. Within a classical framework, inconsistencies are identified with contradictions. Paraconsistent logics and, in particular, the so-called *Logics of Formal Inconsistency*, LFIs (see Carnielli, Marcos, 2002 and Carnielli, Coniglio, Marcos, 2007), deal with contradictions without trivializing the logic system. Thus, contradictions are not necessarily inconsistent (that is, without models or, equivalently, logically trivial or *senseless*), and an additional hypothesis of *consistency* of the contradictory formula is necessary, in order to equate contradictoriness with triviality. The consistency of a formula φ is made explicit by means of an unary *consistency* operator, o , such that $o\varphi$ expresses that φ is ‘consistent’ (or ‘safe’, or ‘well-behaved’, or ‘conclusive’).

In a dual perspective, the *inconsistency* of a sentence φ can be expressed by a sentence of the form $\bullet\varphi$, where \bullet is an *inconsistency operator*. In most LFIs both operators are interdefinable as expected:

$$\bullet\varphi \equiv \neg o\varphi \text{ and } o\varphi \equiv \neg\bullet\varphi.$$

Here, we use the standard symbol “ \neg ” to denote the connective of (paraconsistent) negation within a given LFI. By its turn, the symbol “ \equiv ” denotes the logical equivalence of two given sentences within a LFI.

The approach of LFIs to paraconsistency is also useful for *detecting* inconsistencies without falling in a logic collapse. This feature of LFIs can be applied, for instance, to remove inconsistencies in databases: a suitable logic tolerating contradictions and marking (with an inconsistency operator \bullet) such contradictory sentences could help to “clean up” and to refine the database (see, for instance, Carnielli, Marcos, De Amo, 2000).

Based on this idea, we propose two deontic systems, called *Logics of Deontic Inconsistency*, which are deontic extensions of LFIs and then the negation operator in these logics is paraconsistent. Thus, from contradictory obligations $O\varphi$ and $O\neg\varphi$ it can be inferred that φ is *deontically inconsistent* without trivializing the logic. Here, O denotes the “obligation” connective such that the sentence $O\varphi$ represents that “ φ is obligatory”. The notion of *deontic inconsistency* is expressed

in our framework by a sentence of the form $\otimes\phi$, where \otimes is a new unary connective. Additionally, an adequate Kripke semantics is presented for these systems.

By using logics of deontic inconsistency, deontic paradoxes are not solved but, instead, the information set containing such conflictive sentences (for instance, a database) can be “repaired” and better understood. In fact, the derivation of sentences of the form $\otimes\phi$ from a logically trivial (w.r.t. *Standard Deontic LogicSDL*) set of sentences helps to detect which sentences are involved in a deontic conflict. Being so, a decision can be taken (for instance, to remove them from the database or to modify them) in order to overcome the conflict. Additionally, this kind of logics could be

useful to analyze, for instance, moral dilemmas.

2. LOGICS OF FORMAL INCONSISTENCY

From now on, the symbols \neg , \wedge , \vee , \Rightarrow and \circ will be used to represent the connectives of negation, conjunction, disjunction, implication and consistency, respectively. On the other hand, the symbol \vdash will be used to represent the consequence relation of a given logic. To be strict, each logic under consideration should require the use of a different symbol for its consequence relation; however, we will allow the use of the same symbol \vdash to denote the consequence relation of different logics, in order to simplify the notation.

As it is well known, a basic principle of classical logic is the so-called *Principle of Non-Contradiction*, which states that

$$\neg(\phi \wedge \neg\phi)$$

is a theorem, for any formula ϕ . This principle can be seen (within the framework of classical logic) as a direct consequence of the *Ex Contradictione Sequitur Quodlibet* property:

$$\phi, \neg\phi \vdash \psi$$

for every ϕ and ψ . The latter can be axiomatized through the schema

$$\phi \Rightarrow (\neg\phi \Rightarrow \psi).$$

In general, the Logics of Formal Inconsistency (LFIs) consider a weaker version of this axiom, say

$$(bc) o\varphi \Rightarrow (\varphi \Rightarrow (\neg\varphi \Rightarrow \psi))$$

The above axiom means that a contradiction (involving a formula φ) plus the information that φ is consistent (represented by the formula $o\varphi$, reading as “ φ is consistent”, where o is the consistency connective) produce a logically trivial set. In other words, in order to have a trivial (or explosive) set of formulas Γ , it is *not* enough to derive a contradiction from Γ , that is:

$\Gamma \vdash \varphi$ and $\Gamma \vdash \neg\varphi$ does not imply that $\Gamma \vdash \psi$ for every ψ .

Indeed, in virtue of the modified version of the *Ex Contradictione Sequitur Quodlibet* property adopted by LFIs, the set Γ must also derive the consistency of the contradictory formula φ in order to be logically trivial, that is:

$\Gamma \vdash \varphi$ and $\Gamma \vdash \neg\varphi$ and $\Gamma \vdash o\varphi$ implies that $\Gamma \vdash \psi$ for every ψ .

The simplest LFI is the logic *mbC*, introduced in Carnielli, Marcos, 2002 (see also Carnielli, Coniglio, Marcos, 2007), which is presented below.

Definition 2.1 The calculus *mbC* is defined over the connectives $\{\neg, \wedge, \vee, \Rightarrow, o\}$ as follows:

Axiom schemas:

$$(Ax1) \varphi \Rightarrow (\psi \Rightarrow \varphi)$$

$$(Ax2) (\varphi \Rightarrow \psi) \Rightarrow ((\varphi \Rightarrow (\psi \Rightarrow \gamma)) \Rightarrow (\varphi \Rightarrow \gamma))$$

$$(Ax3) \varphi \Rightarrow (\psi \Rightarrow (\varphi \wedge \psi))$$

$$(Ax4) (\varphi \wedge \psi) \Rightarrow \varphi$$

$$(Ax5) (\varphi \wedge \psi) \Rightarrow \psi$$

$$(Ax6) \varphi \Rightarrow (\varphi \vee \psi)$$

$$(Ax7) \psi \Rightarrow (\varphi \vee \psi)$$

$$(Ax8) (\varphi \Rightarrow \gamma) \Rightarrow ((\psi \Rightarrow \gamma) \Rightarrow ((\varphi \vee \psi) \Rightarrow \gamma))$$

$$(Ax9) \varphi \vee (\varphi \Rightarrow \psi)$$

$$(Ax10) \varphi \vee \neg\varphi$$

$$(bc) o\varphi \Rightarrow (\varphi \Rightarrow (\neg\varphi \Rightarrow \psi))$$

Inference rule:

$$(MP) \varphi, (\varphi \Rightarrow \psi) \therefore \psi$$

It is worth noting that, if in *mbC* we substitute axiom (bc) (weak ‘explosion law’) by the classical ‘explosion law’

$$(exp)\varphi \Rightarrow (\neg\varphi \Rightarrow \psi)$$

and if we remove the consistency connective *o* from the language, then we obtain an axiomatization of classical logic.

3. STANDARD DEONTIC LOGIC

Deontic logic is a modal logic designed for dealing with notions such as “it is obligatory that (...)” or “it is permitted (or permissible) that (...)”. Usually, it is accomplished by extending the formal language with new connectives such as *O*, *P* and *F*, where the sentences *O* φ , *P* φ and *F* φ denote that “ φ is obligatory”, “ φ is permitted” and “ φ is forbidden”, respectively.

There exist several formal systems to deal with such operators, but the basic one is the so-called the *Standard Deontic Logic (SDL)*, which is based on the classical paper Von Wright, 1951. In this logic, it is possible to define *P* and *F* in terms of *O*, as we shall see below.

Now we briefly recall a presentation of *SDL*. From now on, *For* will denote the set of sentences generated by a given set Ξ of propositional variables and the connectives $\{\neg, \wedge, \vee, \Rightarrow, O\}$.

Definition 3.1 The calculus *SDL* is defined over the connectives $\{\neg, \wedge, \vee, \Rightarrow, O\}$ as follows:

Axiom schemas:

(Ax1)–(Ax10) from *mbC*, plus

$$(exp)\varphi \Rightarrow (\neg\varphi \Rightarrow \psi)$$

$$(O-K) O(\varphi \Rightarrow \psi) \Rightarrow (O\varphi \Rightarrow O\psi)$$

$$(O-E) O\phi\varphi \Rightarrow \phi\varphi \text{ where } f\varphi = df(\varphi \wedge \neg\varphi), \text{ for } \varphi \in For$$

Inference rules:

$$(MP)\varphi, (\varphi \Rightarrow \psi) \therefore \psi$$

$$(O-NEC)\vdash \varphi \therefore \vdash O\varphi$$

It is worth noting that the *Deduction Metatheorem (DM)* holds in *SDL*:

$$(DM)\Gamma, \varphi \vdash \psi \text{ if and only if } \Gamma \vdash \varphi \Rightarrow \psi$$

Of course, the rule (O-NEC) can only be applied to theorems of *SDL*. Being so, $\varphi \vdash O\varphi$ does not hold in general. On the other hand, it is possible to perform *proof-by-cases* (PBC) in *SDL*:

$$(PBC)\Gamma, \varphi \vdash \psi \text{ and } \Gamma, \neg\varphi \vdash \psi \text{ implies } \Gamma \vdash \psi$$

We adopt from now on the usual abbreviation $(\varphi \Leftrightarrow \psi)$ to denote the formula

$$(\varphi \Rightarrow \psi) \wedge (\psi \Rightarrow \varphi).$$

It is well-known that, for every $\varphi, \psi \in For$, the following principles hold in *SDL*:

$$(O\wedge) \vdash O(\varphi \wedge \psi) \Leftrightarrow (O\varphi \wedge O\psi)$$

And

$$(O\text{-exp})O\varphi, O\neg\varphi \vdash \psi.$$

On the other hand, if $P\varphi =df \neg O\neg\varphi$ denotes the *permission* operator, where $P\varphi$ means that “ φ is permissible”, then the following principle holds in *SDL*:

$$(O-D) O\varphi \vdash P\varphi.$$

There exist several paradoxes in the literature concerning *SDL*. An important one is described below, which will be also analyzed in the view of the new proposed systems:

Example 3.2 (Contrary-to-duty obligations)

A well-known paradox of deontic logic is due to R. Chisholm (see Chisholm, 1963). The following formulation was presented in Åqvist, 2002 (see also the analysis in Duc, 1997). Consider the following sentences:

It ought to be that John does not impregnate Suzy Mae.

Not-impregnating Suzy Mae commits John to not marrying her.

Impregnating Suzy Mae commits John to marry her.

John impregnates Suzy Mae.

Let i and m be propositional constants representing the sentences “John impregnates Suzy Mae” and “John marries Suzy Mae”, respectively. Clearly, (1) and (4) can be formalized as

$$O\neg i$$

i

On the other hand, (2) can be formalized either as $O(\neg i \Rightarrow \neg m)$ or $(\neg i \Rightarrow O\neg m)$. Since the latter can be derived from (iv) (and since the four sentences above are supposed to be logically independent) we adopt the former formalization for (2):

$$O(\neg i \Rightarrow \neg m)$$

With respect to (3), again two alternative formalizations are possible: either $O(i \Rightarrow m)$ or $(i \Rightarrow Om)$. Since the former is derived from (i), we adopt the latter:

$$(i \Rightarrow Om)$$

Despite the set of four sentences (1)-(4) being apparently consistent, its formalization (i)-(iv) is inconsistent in *SDL*, because $O\neg m$ is derived from (i) and (ii) by (O-K) and (MP), whereas Om is derived from (iii) and (iv) by (MP). From this, the set of sentences

(i)-(iv) is logically trivial, by (O-exp).

It should be noted that the trivialization of the deontic operator *O* can already be obtained in a system weaker than *SDL*. In order to see this we begin by observing that, by removing the axiom schema (O-E) from *SDL*, it is obtained the modal logic *K*. Then, by (exp), (O-K) and transitivity of \Rightarrow it follows that

$$\vdash O\varphi \Rightarrow (O\neg\varphi \Rightarrow O\psi)$$

holds in *K* for every φ and ψ . Therefore $\Gamma \vdash O\psi$ holds in *K* for every ψ , where Γ is the set of sentences (i)-(iv) of Example 3.2. In other words, the set Γ produces the trivialization of the notion of obligation *O*, even in the weaker system *K*.

There exist several alternatives for the purpose of avoiding the logic trivialization from the set Γ . A simple solution is to remove or modify either (exp) or (O-K), in order to block the derivation above. If one wants to keep classical logic as the basic framework, then (exp) cannot be removed, and thus a weaker version of axiom (O-K) could be considered. A different solution, which we develop in the following sections, is to keep (O-K) while considering a weaker version of (exp). More specifically, we propose the definition of a deontic logic based on LFIs, which are weaker than classical logic. By using a paraconsistent negation instead of a classical one, (exp) is no longer valid and so the trivialization argument above cannot be reproduced. It is worth noting that (O-E) does not play a crucial role in the

trivialization argument above: it just guarantees the validity of (O-D), which is a desirable property of deontic systems, and then it should be maintained. As we shall see, (O-D) admits several formulations within a paraconsistent framework.

4. LOGICS OF DEONTIC INCONSISTENCY

Based on the idea of LFIs, we propose from now on deontic calculi weaker than *SDL*, based on LFIs instead of classical logic. That is, the negation \neg can be assumed to

be paraconsistent (and so weaker than classical negation), therefore contradictory obligations such as $O\phi$ and $O\neg\phi$ do not necessarily trivialize the system. Moreover, contradictory obligations do not trivialize the deontic operator O .

It is worth noting that the first approach to paraconsistent deontic logics in the literature was given in da Costa, Carnielli, 1986, where a deontic dimension was added to da Costa's well-known paraconsistent logic *C1* defining a system called *C1^p*. This idea was additionally developed in Puga, da Costa, Carnielli, 1988. Our proposal can be considered, in a certain sense, a generalization of da Costa, Carnielli, 1986. It should be mentioned that in Cruz, 2005 another deontic extension of *C1* was proposed, but taking into consideration a stronger version of axiom (O-E), namely $O\phi \Rightarrow \phi$. Moreover, the operator O cannot be iterated, and so sentences such as $O(\phi \Rightarrow O\psi)$ are not allowed. Due to these restrictions, some deontic paradoxes such as Chisholm's paradox cannot be satisfactorily treated in this approach. In Costa-Leite, 2003 it was also introduced a modal LFI called *Ci^r* in order to analyze Fitch's paradox of knowability. Recently, Bueno-Soler, 2009 analyzed systems of positive modal logic as well as their extensions by adding paraconsistent negations satisfying properties of some LFIs, obtaining very general results of completeness and incompleteness. Additionally, new results derived from our present approach were obtained in Peron, 2009 and Coniglio, Peron, 2009.

The simplest deontic LFI is obtained from *mbC* (recall Definition 2.1) by adding a deontic operator O . Let For^o be the set of sentences generated by the set Ξ of propositional variables and the connectives $\neg, \wedge, \vee, \Rightarrow, O, o$.

Definition 4.1 The logic *DmbC* is defined over the connectives $\{\neg, \wedge, \vee, \Rightarrow, O, \circ\}$ by adding to the logic *mbC* (recall Definition 2.1) the following:

$$(O-K) O(\varphi \Rightarrow \psi) \Rightarrow (O\varphi \Rightarrow O\psi)$$

$$(O-E)^\circ O\perp\varphi \Rightarrow \perp\varphi \text{ where } \perp\varphi = df(\varphi \wedge \neg\varphi) \wedge \circ\varphi, \text{ for } \varphi \in For^\circ$$

$$(O-NEC) \vdash \varphi \therefore \vdash O\varphi$$

It should be noted that $f\varphi = (\varphi \wedge \neg\varphi)$ does not trivialize *DmbC*, as in the case of classical logic (as well as in *SDL*): there exist φ and ψ such that ψ does not follow from $f\varphi$ in *DmbC*. On the other hand, $\perp\varphi \vdash \psi$ for every φ and ψ in For° , by (bc). Clearly *DmbC* enjoys (DM) and (PBC).

The following notion of *deontic inconsistency* is useful for our purposes:

Definition 4.2 The expression $\otimes\varphi$ will stand for the formula $O\neg\circ\varphi$, meaning that φ is ‘deontically unsafe’, or φ is ‘deontically ill-behaved’, or even that φ is ‘deontically inconsistent’.

It is immediate to see that contradictory obligations allow to infer that the involved sentence is deontically inconsistent:

Proposition 4.3 In *DmbC* the following holds:

$$\vdash O\varphi \Rightarrow (O\neg\varphi \Rightarrow \otimes\varphi).$$

Proof: It is easy to prove that

$$\vdash \varphi \Rightarrow (\neg\varphi \Rightarrow \neg\circ\varphi)$$

because it is valid in *mbC* (see, for instance, Carnielli, Coniglio, Marcos, 2007). Then, using (O-NEC),

$$\vdash O(\varphi \Rightarrow (\neg\varphi \Rightarrow \neg\circ\varphi))$$

and so, by (O-K), (MP), transitivity of \Rightarrow and the definition of \otimes , we get the desired result.

Q.E.D.

Moreover, in *DmbC* contradictory obligations do not trivialize the operator O and, therefore, do not trivialize the logic: it is not always the case that

$$O\varphi, O\neg\varphi \vdash O\psi$$

(by taking, for instance, $\varphi = p$ and $\psi = q$, where p and q are distinct propositional variables). Therefore, it is not always the case that

$$O\phi, O\neg\phi \vdash \delta$$

This can be easily proved by using Kripke structures, to be defined in Section 5 below (see Proposition 5.3).

The next example illustrates how the proposed notion of deontic inconsistency appears in deontic paradoxes.

Example 4.4 (Contrary-to-duty obligations, cont.)

Recall Example 3.2 concerning Chisholm's paradox. Let i and m be propositional constants representing the sentences "John impregnates Suzy Mae" and "John marries Suzy Mae", and let Γ be the following set of sentences:

$$\begin{aligned} &O\neg i \\ &O(\neg i \Rightarrow \neg m) \\ &(i \Rightarrow Om) \\ &i \end{aligned}$$

Then, the sentence $O\neg m$ is derived in $DmbC$ from (i) and (ii), whereas Om is derived in $DmbC$ from (iii) and (iv). Thus, by Proposition 4.3, the sentence $\otimes m$ is derived from Γ in $DmbC$, without trivializing the system. That is, the logic $DmbC$ allows to infer from (i)-(iv) that the sentence "John marries Suzy Mae" is deontically inconsistent, instead of trivializing (as in the case of SDL or K).

As mentioned in the Introduction, the derivation in Example 4.4 of deontic inconsistencies concerning the sentences in Γ do not solve Chisholm's paradox. However, the fact that sentences of the form $\otimes\phi$ can be derived from a logically trivial set (w.r.t. SDL) helps to detect a deontic conflict. From this information, such sentences could be, for instance, removed or suitably modified in order to overcome the conflict.

5. KRIPKE SEMANTICS FOR $DmbC$

In this section it is presented a Kripke-style adequate semantics for $DmbC$. It is an adaptation of the Kripke semantics for modal paraconsistent logic Ci^+ introduced in Costa-Leite, 2003. As mentioned above, a very general completeness result for modal LFIs and positive modal logics was recently obtained in Bueno-Soler, 2009.

From now on, 2 will denote the set $\{0,1\}$ of classical truth-values.

Definition 5.1 A Kripke structure for *DmbC* is a triple $\langle W, R, \{V_w\}_{w \in W} \rangle$, where:

W is a non-empty set (of possible-worlds);

$R \subseteq W \times W$ is a relation (of accessibility) between possible-worlds which is *serial*, that is: for every $w \in W$ there exists $w' \in W$ such that wRw' ;

V_w is a mapping from For° to 2 satisfying the following clauses, for each $w \in W$:

(v1) $V_w(\varphi \wedge \psi) = 1$ iff $V_w(\varphi) = V_w(\psi) = 1$;

(v2) $V_w(\varphi \vee \psi) = 0$ iff $V_w(\varphi) = V_w(\psi) = 0$;

(v3) $V_w(\varphi \Rightarrow \psi) = 0$ iff $V_w(\varphi) = 1$ and $V_w(\psi) = 0$;

(v4) $V_w(\varphi) = 0$ implies that $V_w(\neg\varphi) = 1$;

(v5) $V_w(\varphi) = V_w(\neg\varphi)$ implies that $V_w(o\varphi) = 1$;

(v6) $V_w(O\varphi) = 1$ iff $V_{w'}(\varphi) = 1$ for every w' such that wRw' .

Given a Kripke structure $M = \langle W, R, \{V_w\}_{w \in W} \rangle$ for *DmbC*, a world w in W and a formula φ in For° , we write $M, w \models \varphi$ to denote that $V_w(\varphi) = 1$. If $\Gamma \subseteq For^\circ$ then the notation $M, w \models \Gamma$ will stand for $M, w \models \gamma$, for every $\gamma \in \Gamma$. The notion of semantical consequence within Kripke structures for *DmbC* is defined as expected. Thus, given a finite set $\Gamma \cup \{\varphi\} \subseteq For^\circ$, we say that φ follows semantically from Γ in *DmbC*, written $\Gamma \models \varphi$, if, for every Kripke structure M for *DmbC* and every $w \in W$: $M, w \models \Gamma$ implies $M, w \models \varphi$.

Soundness of *DmbC* with respect to Kripke structures for *DmbC* follows straightforwardly.

Theorem 5.2 (Soundness for DmbC)

Let $\Gamma \cup \{\varphi\}$ be a finite set of formulas in For° . Then $\Gamma \models \varphi$ implies that $\Gamma \models \varphi$.

Proof: It is enough to prove that $M, w \models \varphi$ for every axiom φ of *DmbC* and every Kripke structure M and world w ; together with this, it must be proved the soundness of the inference rules. The unique axioms deserving attention are (bc) and (O-E)^o since the others are clearly valid. The fact that $M, w \models \varphi$ for every instance φ of (bc) is an

easy consequence of clauses (v3) and (v5) of Definition 5.1. With respect to $(O-E)^o$, suppose

that $Vw(O\perp\varphi) = 1$. Let $w' \in W$ such that wRw' (such a w' exists, because R is serial). Thus $Vw'(\perp\varphi) = 1$ and then $Vw'(\varphi) = Vw'(\neg\varphi) = Vw'(o\varphi) = 1$, which contradicts clause (v5) of Definition 5.1. Therefore $Vw(O\perp\varphi) = 0$ and so $Vw(O\perp\varphi \Rightarrow \perp\varphi) = 1$, by (v3). With respect to (MP), it is clear that, if $M, w \models \varphi \Rightarrow \psi$ and $M, w \models \varphi$ then $M, w \models \psi$, by clause (v3). With respect to (O-NEC), if $M, w \models \varphi$ for every M, w then, by clause (v6), $M, w \models O\varphi$ for every M and w .

Q.E.D.

Using soundness of *DmbC* with respect to Kripke structures, it is easy to show that contradictory obligations do not trivialize:

Proposition 5.3 Let p and q be different propositional variables. Then, in *DmbC*:

- (i) It is not the case that $Op, O\neg p \vdash Oq$;
- (ii) It is not the case that $Op, O\neg p \vdash \neg q$.

Proof: Let p and q be different propositional variables. Consider the Kripke structure $M = \langle W, R, \{Vw\}_{w \in W} \rangle$ for *DmbC* such that $W = \{w\}$, $R = \{\langle w, w \rangle\}$ and Vw is the extension to For^o of the mapping $V: \Xi \cup \{\neg p : p \in \Xi\} \rightarrow 2$ such that $V(p) = V(\neg p) = 1$, $V(q) = 0$, and $V(\neg r) = 1$ iff $V(r) = 0$ for every $r \in \Xi$ different from p . The mapping Vw can be easily obtained inductively from V by defining:

$$Vw(\neg\varphi) = 1 \text{ iff } Vw(\varphi) = 0;$$

$$Vw(O\varphi) = Vw(\varphi);$$

$Vw(o\varphi) = 1$ iff $Vw(\varphi) \neq Vw(\neg\varphi)$ (provided that the complexity of $o\varphi$ is defined to be greater than the complexity of $\neg\varphi$); and

$Vw(\varphi\#\psi)$ is defined according to clauses (v1)-(v3) of Definition 5.1, for every connective $\# \in \{\wedge, \vee, \Rightarrow\}$.

Then $M, w \models \{Op, O\neg p\}$ but it is not the case that $M, w \models Oq$ and so Oq is not a semantical consequence of $\{Op, O\neg p\}$ in *DmbC*. Therefore Oq is not derivable from $\{Op, O\neg p\}$ in *DmbC*, by Theorem 5.2. Analogously (by using the same Kripke structure) it is proved that q is not a derivable from $\{Op, O\neg p\}$ in *DmbC*.

Q.E.D.

On the other hand, with additional hypothesis concerning consistency, contradictory obligations trivialize *DmbC*. In order to see this, we introduce the following notion of *deontic consistency*:

Definition 5.4 The expression $\oplus\varphi$ will stand for the formula $Oo\varphi$, meaning that φ is ‘deontically safe’, or that φ is ‘deontically well-behaved’, or even that φ is ‘deontically consistent’.

Proposition 5.5 In *DmbC* it holds

$$O\varphi, O\neg\varphi, \oplus\varphi \vdash \perp\varphi$$

and then

$$O\varphi, O\neg\varphi, \oplus\varphi \vdash \psi$$

for every φ, ψ .

Proof: From (bc) (recall Definition 2.1), (O-K), (MP) and transitivity of \Rightarrow , it follows that $\vdash Oo\varphi \Rightarrow (O\varphi \Rightarrow (O\neg\varphi \Rightarrow O\perp\varphi))$ and so, by (MP),

$$O\varphi, O\neg\varphi, \oplus\varphi \vdash O\perp\varphi.$$

Then, by (O-E)^o, (MP) and definition of \oplus it follows that

$$O\varphi, O\neg\varphi, Oo\varphi \vdash \perp\varphi.$$

Finally,

$$O\varphi, O\neg\varphi, Oo\varphi \vdash \psi$$

since $\perp\varphi \vdash \psi$ for every ψ .

Q.E.D.

In order to prove the completeness theorem for *DmbC* with respect to its Kripke structures, a canonical model can be constructed. Firstly, the notion of φ -saturated set in *DmbC* is considered.

Definition 5.6 Let $\Delta \cup \{\varphi\} \subseteq \text{For}^o$ be a set of formulas. We say that Δ is φ -saturated in *DmbC* if:

it is not the case that $\Delta \vdash \varphi$ in *DmbC*;

if $\psi \notin \Delta$ then $\Delta, \psi \vdash \varphi$ in *DmbC*.

The following properties can be easily proved:

Lemma 5.7 Let Δ be a φ -saturated set in *DmbC*. Then:

$\Delta \vdash \psi$ iff $\psi \in \Delta$;

$(\delta \wedge \gamma) \in \Delta$ iff $\delta \in \Delta$ and $\gamma \in \Delta$;

- $(\delta \vee \gamma) \in \Delta$ iff either $\delta \in \Delta$ or $\gamma \in \Delta$;
- $(\delta \Rightarrow \gamma) \in \Delta$ iff either $\delta \notin \Delta$ or $\gamma \in \Delta$;
- if $\psi \notin \Delta$ then $\psi \in \Delta$;
- if $\psi, \neg\psi \in \Delta$ then $\text{O}\psi \in \Delta$.

The following version of Lindenbaum-Asser’s Lemma can be proved, by adapting the classical proof (see a general result in Carnielli, Coniglio, Marcos, 2007):

Lemma 5.8 Let $\Delta \cup \{\phi\} \subseteq \text{For}^\circ$ be a set of formulas such that, in *DmbC*, it is not the case that $\Delta \vdash \phi$. Then, there exists a ϕ -saturated set Δ' in *DmbC* such that $\Delta \subseteq \Delta'$.

The following notion will be useful:

Definition 5.9 Let Δ be a ϕ -saturated set in *DmbC*. The *denecessitation* of Δ is the set $\text{Den}(\Delta) = \text{df}\{\psi \in \text{For}^\circ : \text{O}\psi \in \Delta\}$.

In order to obtain the completeness theorem, one additional technical lemma is needed.

Lemma 5.10 Let Δ be a ϕ -saturated set in *DmbC*.

The set $\text{Den}(\Delta)$ is a closed theory in *DmbC*, that is: if $\text{Den}(\Delta) \vdash \psi$ in *DmbC* then $\psi \in \text{Den}(\Delta)$.

If $\text{O}\psi \notin \Delta$ then it is not the case that $\text{Den}(\Delta), \neg\psi \vdash \psi$.

Proof: (i) Suppose that $\text{Den}(\Delta) \vdash \psi$ in *DmbC*. Then, there exist $\psi_1, \dots, \psi_n \in \text{Den}(\Delta)$ such that $\psi_1, \dots, \psi_n \vdash \psi$ in *DmbC* and so, by (DM), it follows that

$$\vdash (\psi_1 \Rightarrow (\dots \Rightarrow (\psi_n \Rightarrow \psi) \dots)).$$

By (O-NEC), $\vdash \text{O}(\psi_1 \Rightarrow (\dots \Rightarrow (\psi_n \Rightarrow \psi) \dots))$ and then, by (O-K), (MP) and transitivity of \Rightarrow , we get $\vdash (\text{O}\psi_1 \Rightarrow (\dots \Rightarrow (\text{O}\psi_n \Rightarrow \text{O}\psi) \dots))$. But $\text{O}\psi_1, \dots, \text{O}\psi_n \in \Delta$, by definition of $\text{Den}(\Delta)$, therefore $\Delta \vdash \text{O}\psi$, by (MP). Thus $\text{O}\psi \in \Delta$, by property (i) of Lemma 5.7, and then $\psi \in \text{Den}(\Delta)$.

(ii) Suppose that $\text{Den}(\Delta), \neg\psi \vdash \psi$ holds in *DmbC*. Since $\text{Den}(\Delta), \psi \vdash \psi$ then, using (PBC), it follows that $\text{Den}(\Delta) \vdash \psi$. Thus, by item (i), $\psi \in \text{Den}(\Delta)$. That is, $\text{O}\psi \in \Delta$.

Q.E.D.

Definition 5.11 The *canonical model* for *DmbC* is the triple

$$Mc = \langle W, R, \{V\Delta\} \Delta \in W \rangle$$

Such that:

$W = \{\Delta \subseteq For^\circ : \Delta \text{ is a } \varphi\text{-saturated set in } DmbC \text{ for some } \varphi\};$

$R = \{\langle \Delta, \Delta' \rangle \in W \times W : Den(\Delta) \subseteq \Delta'\};$

$V\Delta$ is the characteristic map of Δ , that is: $V\Delta(\psi) = 1$ iff $\psi \in \Delta$.

Using the lemmas stated above it is easy to prove the following:

Proposition 5.12 The canonical model Mc is a Kripke structure for $DmbC$.

Proof: We begin by proving that R is serial. Thus, let Δ be a φ -saturated set in $DmbC$. Then, there must be a formula ψ such that it is not the case that $Den(\Delta) \vdash \psi$. Otherwise, $Den(\Delta) \vdash \perp\varphi$ and then $\perp\varphi \in Den(\Delta)$, by Lemma 5.10 (i). Thus $O\perp\varphi \in \Delta$ and so $\Delta \vdash \perp\varphi$, by (O-E) $^\circ$ and (MP). From this it follows that $\Delta \vdash \varphi$, a contradiction. Therefore, there must be some formula ψ such that it is not the case that $Den(\Delta) \vdash \psi$ in $DmbC$. Then, by Lemma 5.8, there exists a ψ -saturated set Δ' in $DmbC$ such that $Den(\Delta) \subseteq \Delta'$. In other words, there exists $\Delta' \in W$ such that $\Delta R \Delta'$, and then R is serial.

Let $\Delta \in W$. By Lemma 5.7 (ii)-(vi) it follows that $V\Delta$ satisfies clauses (v1)-(v5) of Definition 5.1. It remains to prove that, for every formula ψ in For° :

$$V\Delta(O\psi) = 1 \text{ iff } V\Delta'(\psi) = 1 \text{ for every } \Delta' \text{ such that } Den(\Delta) \subseteq \Delta'.$$

Let ψ such that $V\Delta(O\psi) = 1$ and let $\Delta' \in W$ such that $Den(\Delta) \subseteq \Delta'$. Then $O\psi \in \Delta$, and so $\psi \in Den(\Delta)$, by definition of $Den(\Delta)$. Therefore $\psi \in \Delta'$ and then $V\Delta'(\psi) = 1$.

Conversely, if $V\Delta(O\psi) = 0$ then $O\psi \notin \Delta$. Thus, by Lemma 5.10(ii), it is not the case that $Den(\Delta), \neg\psi \vdash \psi$. Using Lemma 5.8, there exists a ψ -saturated set Δ' in $DmbC$ such that $Den(\Delta) \cup \{\neg\psi\} \subseteq \Delta'$. Therefore $\Delta' \in W$ such that $Den(\Delta) \subseteq \Delta'$ and $V\Delta'(\psi) = 0$. Thus, $\{V\Delta\} \Delta \in W$ satisfies clause (v6) of Definition 5.1 and then Mc is in fact a Kripke structure for $DmbC$.

Q.E.D.

We can finally prove the completeness theorem for $DmbC$:

Theorem 5.13 (Completeness for $DmbC$) Let $\Gamma \cup \{\varphi\}$ be a set of formulas in For° .

Then *DmbC* satisfies: $\Gamma \models \varphi$ implies that $\Gamma \vdash \varphi$.

Proof: Suppose that it is not the case that $\Gamma \vdash \varphi$. By Lemma 5.8, we can extend Γ to a

φ -saturated set Δ in *DmbC*. Since it is not the case that $\Delta \vdash \varphi$ then $\varphi \notin \Delta$. Let *Mc* be the canonical model for *DmbC* (cf. Definition 5.11). Then, by Proposition 5.12, *Mc* is a Kripke structure for *DmbC* and Δ is a possible-world of *Mc* such that $Mc, \Delta \models \Gamma$ (since $\Gamma \subseteq \Delta$) and it is not the case that $Mc, \Delta \models \varphi$ (since $\varphi \notin \Delta$). This shows that it is not the case that $\Gamma \models \varphi$ in *DmbC*.

Q.E.D.

6. PERMISSION AND PROHIBITION

As mentioned above, in *SDL* the permission operator *P* and the prohibition operator *F* can be defined in terms of the obligation operator *O*. In fact, the following interactions can be stated:

$$P\varphi \equiv \neg O\neg\varphi \text{ and } F\varphi \equiv O\neg\varphi$$

and so $P\varphi \equiv \neg F\varphi$. Of course, the definition above of *P* and *F* in terms of *O* is strongly based on the fact that \neg is a classical negation in *SDL*. When \neg is substituted by a weaker negation such as the paraconsistent one of *DmbC* the situation changes, and so weaker deontic notions are obtained from those definitions. However, the use of an appropriate strong negation (definable in *DmbC*) can restore the desired properties of the deontic operators defined by the equivalences above.

The rest of this section is devoted to analyze the definition of the deontic *permissible* and *forbidden* operators in the logic *DmbC*. Additionally, several forms of the law

$$(*) O\varphi \Rightarrow P\varphi$$

of *SDL* will be analyzed in the context of logic *DmbC*. Observe that, in *SDL*, (*) is equivalent to (O-D).

In order to analyze (*) in the paraconsistent framework, recall the notion of *deontic consistency* (cf. Definition 5.4).

We begin by observing that, in *mbC* (and so, in *DmbC*) it is possible to define a classical negation \sim as follows: $\sim\varphi =df\varphi \Rightarrow \perp\varphi$. The

derived connective \sim plays the role of a classical negation because of the following:

Proposition 6.1 For every $\varphi, \psi \in For^\circ$ the following properties hold in *DmbC*:

- $\varphi, \sim\varphi \vdash \psi$;
- $\vdash (\varphi \vee \sim\varphi)$;
- $\sim\sim\varphi \vdash \varphi$;
- $\varphi \vdash \sim\sim\varphi$.

Proof: It follows from the corresponding proof for the negation \sim defined analogously in *mbC* (cf. Carnielli, Coniglio, Marcos, 2007).

Q.E.D.

Therefore, the logic *DmbC* has two negations: a paraconsistent one, \neg , and a classical one, \sim . Being so, it is possible to define in *DmbC* four *permissibility operators* from O by combining both negations as follows:

- (P1) $P1\varphi =df \neg O\neg\varphi$;
- (P2) $P2\varphi =df \sim O\neg\varphi$;
- (P3) $P3\varphi =df \neg O\sim\varphi$;
- (P4) $P4\varphi =df \sim O\sim\varphi$.

The formula $P_i\varphi$ reads as “ φ is i -permissible”, for $i = 1, \dots, 4$.

Analogously, it is possible to define in *DmbC* two *prohibition operators* from O by using both negations as follows:

- (F1) $F1\varphi =df O\neg\varphi$;
- (F2) $F2\varphi =df O\sim\varphi$.

The formula $F_i\varphi$ reads as “ φ is i -forbidden”, for $i = 1, 2$.

The semantics of these operators works “classically” just in the case of $P4$ and $F2$; in the case of $P2$ just a half of the classical definition of permissibility holds, and in the case of $P1$, $P3$ and $F1$ the semantics is far from classical, because of the paraconsistent characteristics of \neg . For instance, it can be easily verified that

$M, w \models P4\varphi$ if and only if $M, w' \models \varphi$ for some $w' \in W$ such that wRw' ;

$M, w \models F2\phi$ if and only if, for every $w' \in W$ such that wRw' , it is not the case that $M, w' \models \phi$;

$M, w \models P2\phi$ implies that $M, w' \models \phi$ for some $w' \in W$ such that wRw' .

Various of the i-permission operators P_i and the i-forbidden operators F_i have not clear meaning. However, some interpretations are still possible. For instance, while P_4 and F_2 correspond to the classical notion of permission and prohibition, respectively, P_2 and F_1 could be interpreted as representing a kind of *prima facie* permission and a *prima facie* prohibition, respectively.

With respect to the law (*) stating the derivation of permissibility from obligation, it can be proven the following versions of (O-D) in *DmbC*:

Proposition 6.2 In *DmbC* the following holds, for every $\phi \in For^\circ$:

$$\oplus\phi \vdash O\phi \Rightarrow P1\phi$$

$$\oplus\phi \vdash O\phi \Rightarrow P2\phi$$

$$\vdash O\phi \Rightarrow P3\phi$$

$$\vdash O\phi \Rightarrow P4\phi$$

Proof: (i) From Proposition 5.5 it follows that in *DmbC* it holds

$$O\phi, \oplus\phi, O\neg\phi \vdash P1\phi.$$

On the other hand, by definition of $P1$,

$$O\phi, \oplus\phi, \neg O\neg\phi \vdash P1\phi$$

and so, using (PBC),

$$O\phi, \oplus\phi \vdash P1\phi.$$

The rest of the proof follows by (DM).

(ii) From Proposition 5.5 it follows that

$$O\phi, \oplus\phi, O\neg\phi \vdash \perp\psi$$

for $\psi = O\neg\phi$. The rest of the proof follows by (DM) and the definition of $P2$.

(iii) Since $\phi, \sim\phi \vdash \perp\phi$ it follows (as usual) that

$$O\phi, O\sim\phi \vdash O\perp\phi.$$

By (O-E)^o and the fact that $\perp\phi \vdash P3\phi$ we get

$$O\phi, O\sim\phi \vdash P3\phi.$$

On the other hand, by definition of P3,

$$O\varphi, \neg O\sim\varphi \vdash P3\varphi$$

and so $O\varphi \vdash P3\varphi$, by (PBC). The rest of the proof follows by (DM).

(iv) As proved above, $O\varphi, O\sim\varphi \vdash O\perp\varphi$. Using that $\perp\varphi \vdash \perp\psi$ for $\psi = O\sim\varphi$ it follows that $O\varphi \vdash \sim O\sim\varphi$, by (DM) and definition of \sim . The rest of the proof follows by (DM) and the definition of P4.

Q.E.D.

With respect to the *prohibition* operators, the following proposition is easy to prove. We left to the reader the details of the proof.

Proposition 6.3 Let $\varphi, \psi \in For^o$ and let p, q be two different propositional variables. Then the following hold in *DmbC*:

$$\oplus\varphi, O\varphi, F1\varphi \vdash \varphi$$

It is not the case that $O\varphi, F1\varphi \vdash \neg q$

$$O\varphi, F2\varphi \vdash \psi.$$

7. PROPAGATING DEONTIC INCONSISTENCY AND DEONTIC CONSISTENCY

Finally, we present in this section another deontic LFI, which is stronger than *mbC*. It is based on the logic *LFII* introduced in Carnielli, Marcos, De Amo, 2000, which allows inconsistency to be propagated. In that paper, a first-order version of *LFII* was used for dealing with databases allowing contradictions.

From now on, the expression $\bullet\varphi$ will stand for the formula $\neg o\varphi$, denoting the *inconsistency* (or *non-consistency*) of φ . Recalling the deontic inconsistency operator \otimes introduced in Definition 3.2, it can now be written as $\otimes\varphi = O\bullet\varphi$.

Definition 7.1 The logic *LFII* is obtained by adding to *mbC* the following axiom schemas:

$$(cef)\varphi \Leftrightarrow \neg\neg\varphi$$

$$(ci)\bullet\varphi \Rightarrow (\varphi \wedge \neg\varphi)$$

$$(cj1)\bullet(\varphi \wedge \psi) \Leftrightarrow ((\bullet\varphi \wedge \psi) \vee (\bullet\psi \wedge \varphi))$$

$$(cj2)\bullet(\varphi \vee \psi) \Leftrightarrow ((\bullet\varphi \wedge \neg\psi) \vee (\bullet\psi \wedge \neg\varphi))$$

$$(cj3)\bullet(\varphi \Rightarrow \psi) \Leftrightarrow (\varphi \wedge \bullet\psi)$$

Definition 7.2 The logic *DLFII* is defined by adding to the logic *LFII* the following:

$$(O-K) O(\varphi \Rightarrow \psi) \Rightarrow (O\varphi \Rightarrow O\psi)$$

$$(O-E)^{\circ} O\perp\varphi \Rightarrow \perp\varphi \text{ where } \perp\varphi = df(\varphi \wedge \neg\varphi) \wedge o\varphi, \text{ for } \varphi \in For^{\circ}$$

$$(O-NEC) \vdash \varphi \therefore \vdash O\varphi$$

Equivalently, *DLFII* can be defined as the logic obtained from *DmbC* by adding the new axiom schemas of Definition 7.1.

The proof of the following properties of “propagation of deontic inconsistency” in *DLFII* is straightforward:

Proposition 7.3 The logic *DLFII* satisfies the following:

$$\vdash \otimes\varphi \Leftrightarrow (O\varphi \wedge O\neg\varphi)$$

$$\otimes\varphi, O\psi \vdash \otimes(\varphi \wedge \psi)$$

$$\otimes\psi, O\varphi \vdash \otimes(\varphi \wedge \psi)$$

$$\otimes\varphi, O\neg\psi \vdash \otimes(\varphi \vee \psi)$$

$$\otimes\psi, O\neg\varphi \vdash \otimes(\varphi \vee \psi)$$

$$\vdash (O\varphi \wedge \otimes\psi) \Leftrightarrow \otimes(\varphi \Rightarrow \psi)$$

An adequate Kripke semantics for *DLFII* can be defined by adding the obvious clauses to the mappings Vw representing the new axioms from Definition 7.1. We left the details to the reader.

It is interesting to note that, because of the propagation of deontic inconsistency, the Chisholm paradox produces new sentences which are deontically inconsistent in *DLFII*:

Example 7.4 (Contrary-to-duty obligations, cont.)

Recall Example 3.2. Using Example 4.4, from the set Γ of sentences

$$O\neg i$$

$$O(\neg i \Rightarrow \neg m)$$

$$(i \Rightarrow Om)$$

$$i$$

it is derived in the logic *DmbC* (and then, in *DLFII*) the sentence $\otimes m$. Since, in *DLFII*, $\Gamma \vdash (O\neg i \wedge \otimes m)$, it follows from Proposition 7.3 that

$$\Gamma \vdash \otimes(\neg i \wedge m),$$

$$\Gamma \vdash \otimes(ivm),$$

$$\Gamma \vdash \otimes(\neg i \Rightarrow m).$$

That is, new sentences are proved to be deontically inconsistent from Γ , by using a logic system stronger than *DmbC*.

8. FINAL REMARKS

This paper proposes a logic context in which conflicting obligations are allowed without trivializing the system. The key is to use a logic basis weaker than classical logic and tolerant to contradictions, that is, a paraconsistent logic. Being so, the present framework is shown to be a suitable framework for analyzing moral dilemmas and deontic paradoxes.

As pointed out above, a similar line of research was introduced in da Costa, Carnielli, 1986 (see also Puga, da Costa, Carnielli, 1988); however, there exist some differences between those proposals and our approach. In the former references the proposed system, called $C1^p$, is based on paraconsistent logic $C1$ in which the consistency operator can be defined in terms of the other connectives as follows: $\circ\varphi := \neg(\varphi \wedge \neg\varphi)$. Besides this, consistency “propagates” through the connectives (including O) and so, in particular, $\circ\varphi \Rightarrow \circ O\varphi$ is a theorem of $C1^p$. Moreover, the formula $O\varphi \Rightarrow \neg O\neg\varphi$ is also a theorem of $C1^p$ which, as we saw in Proposition 6.2 (i), is not the case in *DmbC*: in order to obtain $P1\varphi$ from $O\varphi$ in *DmbC* it is necessary to add the hypothesis that φ is deontically consistent, that is, $\oplus\varphi$. Besides this, the logic basis *mbC* is strictly weaker than $C1$ and so we could say that the present approach is slightly more general than that of Da Costa, Carnielli, 1986.

As shown in the last section, the stronger system *DLFII* allows to deal with more sophisticated notions involving deontic consistency and deontic inconsistency, within a richer language in which deontic and consistency operators interact naturally. Additionally, this system could shed some light on the analysis of deontic inconsistencies in the context of databases. The extension of *DLFII* to first-order logic by adapting the semantics presented in Carnielli, Marcos, De Amo, 2000 is the first step towards this goal.

In Peron, 2009 and in Coniglio, Peron, 2009 the concept of Logics of Deontic Inconsistency was generalized and some applications to the analysis of deontic paradoxes were obtained. The point of view for the analysis, however, was slightly different to the present one: the emphasis was given on the possibility of representing *more* sentences in a richer logical language which contains two negations (a classical and a paraconsistent one), and where several logical dependencies (typical of classical logic) disappear. This allows to formalize paradoxes such as Chisholm paradox in several different ways, dissolving so the paradox. This perspective of logics of deontic consistency, together with the approach we gave in this paper, shows the potentialities of this kind of logics for the study of deontic paradoxes.

Acknowledgements: We thank to the anonymous referee for the valuable comments and remarks. This paper is the final version, corrected and updated, of the preprint “Logics of Deontic Inconsistency”, published electronically at *CLE e-Prints*, vol. 7, n. 4, 2007, available at: [http://www.cle.unicamp.br/e-prints/vol_7,n_4,2007.html].

This research was financed by Fapesp (Brazil), Thematic Project 2004/1407-2 (ConsRel). The author was also supported by an individual research grant from the Brazilian Council of Research (CNPq).

BIBLIOGRAFIA

- ÅQVIST, L. Deontic logic. In: GABBAY, D.; GUENTHNER, F. (eds.). *Handbook of Philosophical Logic*. 2. ed. Springer, 2002. vol. 8, p. 147-264.
- BUENO-SOLER, J. *Multimodalidades anódicas e catódicas: a negação controlada em lógicas multimodais e seu poder expressivo (Anodic and cathodic multimodalities: controlled negation in multimodal logics and their expressive power, in Portuguese)*. Ph.D Thesis, Institute of Philosophy and Human sciences, State University of Campinas (Unicamp), Campinas, 2009.
- CARNIELLI, W.; MARCOS, J. A taxonomy of C-systems. In: CARNIELLI, W.; CONIGLIO, M.; D’OTTAVIANO, I. (eds.). *Paraconsistency: the way of the inconsistent*. Marcel Dekker, 2002, p. 1-94.
- ; —; DE AMO, S. Formal inconsistency and evolutionary databases. *Logic and Logical Philosophy* 8/115-152, 2000.
- ; CONIGLIO, M.; MARCOS, J. Logics of Formal Inconsistency In: GABBAY, D.; GUENTHNER, F. (eds.). *Handbook of philosophical logic*. 2. ed. Springer, 2007. vol. 14, p. 15-107.
- CHISHOLM, R. Contrary-to-duty imperatives and deontic logic. *Analysis* 24/33-36, 1963.

- CONIGLIO, M.; PERON, N. A paraconsistentist approach to Chisholm's paradox. *Principia*, to appear, 2009.
- COSTA-LEITE, A. *Paraconsistency, modalities and knowability (Paraconsistência, modalidades e cognoscibilidade*, in Portuguese). Master's thesis, Institute of Philosophy and Human sciences, State University of Campinas (Unicamp), Campinas, 2003.
- CRUZ, A. *Lógica deôntica paraconsistente: paradoxos e dilemas (Paraconsistent deontic logic: paradoxes and dilemmas*, in Portuguese). Natal: Ed. da UFRN, 2005.
- DA COSTA, N.; CARNIELLI, W. Paraconsistent deontic logic. *Philosophia* 16(3/4)/293-305, 1986.
- DUC, H. On a dilemma of conditional obligation In: MEGGLE, G. (ed.). *Analytomen 2, volume I: logic, epistemology, philosophy of science. Proceedings of the 2nd Conference "Perspectives in Analytical Philosophy"*, Walter de Gruyter, 1997, p. 93-100.
- PERON, N. *Lógicas da inconsistência deôntica (Logics of deontic inconsistency*, in Portuguese). Master's thesis, Institute of Philosophy and Human sciences, State University of Campinas (Unicamp), Campinas, 2009.
- PUGA, L.; DA COSTA, N.; CARNIELLI, W. Kantian and non-Kantian logics. *Logique & Analyse* 31(121/122)/3-9, 1988.
- VON WRIGHT, G. H. Deontic logic. *Mind* 60/1-15, 1951.

3

Biconditional drive to paradox

JEAN-YVES BÉZIAU

Professor da UFC.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

RESUMO: O artigo¹ traz uma discussão sobre o caráter paradoxal do bicondicional clássico, de acordo como o qual, dadas mais de duas proposições, a disjunção de todos os pares de bicondicionais é uma tautologia.

PALAVRAS-CHAVE: Bicondicional – Paradoxo – Fórmula de Dugundji’s – Lógica modal – Lógica poli-valente.

ABSTRACT: This is a discussion about the paradoxical character of classical biconditional according to which, giving more than two propositions, the disjunction of all pairs of biconditionals is a tautology.

KEYWORDS: Biconditional – Paradox – Dugundji’s formula – Modal logic – Many-valued logic.

The scene takes place in the Tea Room of the Philosophy Department of Hollywood University.

Bill: How is it going?

Tom: Pretty good, and you?

Bill: Not so bad, but I’m a bit perturbed by a paradox I came across last night while studying Dugundji’s theorem to improve my knowledge about modal logic.

Tom: One more paradox! Let us see if I find a solution to this one.

1. Work supported by a grant DCR (Funcap/CNPq) and within the Log-Comp research project (CNPq). Thanks to all members of Log Comp and also to Rodrigo Bacelar, Alexandre Costa-Leite, David Makinson and Pedro Santos.

Bill: Tom, as far as I know, you like cars, you already had plenty of them.

Tom: That's right, but I don't see any paradox there.

Bill: Sure, that's perfectly ok. Now do you think that it is the same to drive a Cadillac, a Rolls Royce or a Ferrari?

Tom: Surely not, unless you are a pretty woman.

Bill: But that is what classical logic says.

Tom: I am puzzled; I love very much classical logic. But I love cars too and if classical logic says something wrong about cars, I may change classical logic for a paraconsistent turbo polar logic or another crazy logic. But can you explain me how classical logic leads to this strange affirmation?

Bill: A theorem of classical logic is that given three propositions $p1, p2, p3$, the proposition $p1 \leftrightarrow p2 \vee p2 \leftrightarrow p3 \vee p1 \leftrightarrow p3$ is a tautology.

Tom: I have never noticed that, maybe because I have never focused on bi-conditional, generally I deal with conjunction, disjunction, negation, conditional and sometimes some funny things like Sheffer stroke.

Bill: So according to this tautology it means that given three cars, at least it is the same to drive two of them. And, since classical logic is formal, this is true for any kind of things or situations, for example giving three shapes such as sphere, triangle and square, it is the same for the earth to have one of these two shapes, for example to be triangular and spherical.

Tom: It is really amazing, so in mathematics, it means that given three propositions such as the axiom of choice, the continuum hypothesis and Fermat's theorem, at least two of them are equivalent.

Bill: That's right. Let us take an even simpler example among the three propositions: $1+2=0$, $1+2=3$ and $1+2=78$, at least two of them are equivalent.

Tom: But in this case it seems not so absurd since two of them are false. We can say that two false propositions are equivalent, because $1+2=0$ has the same level of absurdity as $1+2=78$, even if the first looks like a cheaper absurdity.

Bill: Yes, that's the line of thought that can maybe save classical logic. Given three propositions at least two are true or two are false,

so we can say that two are equivalent in the sense that they have the same truth-value. But when we are saying that “Tom is driving a Rolls Royce” is the same as “Tom is driving a Ferrari”, because the two propositions are false, it seems we are losing something.

Tom: What are we losing? I hope not my driving license!

Bill: Losing meaning. Classical logic is not a logic of meaning, maybe it is a meaningless logic.

Tom: Then maybe we shall shift to modal logic, relevant logic or another kind of intensional logic.

Bill: But note that the tautology $p1 \leftrightarrow p2 \vee p2 \leftrightarrow p3 \vee p1 \leftrightarrow p3$ is also valid in modal logic. What is not valid in a modal logic like S5 is the disjunction of necessitation of bi-conditionals, for example $(p1 \leftrightarrow p2) \vee (p2 \leftrightarrow p3) \vee (p1 \leftrightarrow p3)$, called the 3-Dugundji formula.

Tom: It seems then that modal logic is not a meaningful logic either. But why people call S5 an intensional logic and think that it is fine not to have the validity of the 3-Dugundji formula, but having the validity of the nude 3-Dugundji formula – if I may call it like this – $p1 \leftrightarrow p2 \vee p2 \leftrightarrow p3 \vee p1 \leftrightarrow p3$?

Bill: That’s really a mystery, or maybe just a lack of consciousness of what is going on. Nevertheless one may think that the dressed Dugundji formula is worse, if we consider the endomorphic nature of necessity.

Tom: Necessity may be anthropomorphic, but in which possible world would it be endomorphic?

Bill: This just means that the operator of necessity embeds in the object language the meta-logical notion of logical truth. So the dressed 3-Dugundji formula means that among any two propositions, two are logically equivalent, by contrast to the nude formula just saying that they are bi-conditionally equivalent, and even less since it is modulo classical disjunction, and in classical logic we don’t have like in intuitionistic logic: $p \vee q$ is a tautology if, and only if, p is tautology or q is a tautology.

Tom: Do you mean that two propositions p and q are logically equivalent in the sense that whenever the proposition p is true, the proposition q is true and vice-versa?

Bill: Yes, whatever the circumstances: it is true for you that you are driving a Ferrari if and only if it is true that you are driving a Cadillac, but in the object language of modal logic also modulo classical disjunction.

Tom: What kind of circumstances? The important thing is not that it is true or not, but if it is the same thing, modulo classical disjunction or not.

Bill: Endomorphic modal logic, like classical logic, has no meaning. That makes sense, since the idea is just to enrich the object language with the meta-language which is also meaningless. Note, however, that the validity of the dressed Dugundji formula would be worse in the sense that classical logic does not say that any two propositions among three are logically equivalent.

Tom: So how to go out of this trap? Maybe by using many-valued logic? It looks like bivalence is driving us to this paradox, reducing three to two.

Bill: But multiplication of values does not drive us very far. If you take a finite number of values, the paradox will repeat: if you have 3 values, putting an additional car in your garage, you will find two among the four, say a Toyota and a Ferrari such that it is the same that you are driving a Toyota and you are driving a Ferrari.

Tom: Thanks for putting an additional car in my garage; I would have preferred a Lamborghini. But what is the third value, besides truth and falsity, you are adding? Suppose that it is possibility. Then what is the problem if I say that it is the same, that it is possible that I drive a Toyota, and that it is possible that I drive a Ferrari?

Bill: The question is that driving a Toyota and driving a Ferrari is the same since they have the same truth-value and having the same truth-value would naturally lead to truth, or better to distinguished truth, so that the nude 4-Dugundji formula will be true, or better distinguishingly truth.

Tom: I see, I remember a Polish friend of mine who pointed out that in many-valued logic, bivalency is still there through the distinction between distinguished and non-distinguished values. That is why in fact I was convinced one more time to stick to good old classical logic. But let's drive to the infinite. Imagine that we have an infinite

numbers of truth-values, then you can add as many cars as you want in my garage, driving two of them can always be different.

Bill: Not necessarily: imagine we have a denumerable numbers of truth-values and that I put in your garage a non-denumerable number of cars, then it will be possible to find two cars such that it is the same to drive them and we can drive endlessly in this way in Cantor's paradise.

Tom: Cantor's paradise is very nice and I wish I was living there with a non-denumerable number of cars even if it is the same to drive two of them. But in reality it is not like this, I have a finite number of cars and in fact there is no nude ω -Dugundji formula, which can hold in Cantor's paradise since such formula does not exist.

Bill: It is true that in standard logic there is no nude ω -Dugundji formula and that we can construct a logic with infinite values such that no nude n -Dugundji formula is valid for any n . Are you satisfied with that?

Tom: Not completely, but it is better than classical logic where driving a Ferrari is the same as driving a Toyota.

Bill: Maybe driving to the infinite is just a way of escaping the problem. What we need is a meaningful way of constructing a logic where the nude n -Dugundji formula is not a tautology for any natural number n .

Tom: Did you find such a construction?

Bill: Not yet, I am exploring. But anyway this biconditional drive to paradox convinced me that classical logic is wrong.

Tom: I remember an Ozzie logician who enjoyed very much to say all the time, especially before lunch, that classical logic is wrong. But how do you explain that if classical logic is so wrong, so many people are still studying it?

Bill: Syllogistic was studied during many years and some people like Kant thought it was eternal. It seems to me that classical logic is nowadays in the same position and many modern Kants claim that first-order logic is eternal. The success of classical logic is based on repetition and the fact that it is never confronted to reality and never effectively used except by some people dealing with angel sexuality as it was the case with syllogistic.

Tom: Angel sexuality is nice, but if classical logic is not effective to drive my car I prefer a shift of logic. Imagine I have a car crash based on the use of classical logic, it would be terrible. Do you think it is possible?

Bill: Maybe or maybe not, because a simple logic, even false, can be enough. In the same way that to drive your Ferrari you can rely on Newtonian physics and you don't need Einstein's theory of relativity.

Tom: Alright, so I will keep thinking that I can safely drive my Ferrari with classical logic, and also my other cars. By the way, I didn't tell you that I recently bought a Porsche. What about driving you to lunch with this new car, you will feel the difference.

Bill: ok, vive la différence! And that's nice because I had just a flat tyre with my bicycle this morning.

4

Condicionalidade e a lógica de implicação normativa de Von Wright

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Professor Doutor da USP.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia; Lógica

RESUMO: Von Wright nos legou tanto a lógica deôntica quanto sérias dúvidas filosóficas sobre sua viabilidade como uma lógica de normas genuínas. Em sua última abordagem, propõe que normas condicionais poderiam ser representadas tal como no sistema standard (uma implicação material dentro do escopo do operador deôntico) sem cair nos conhecidos paradoxos, em especial o paradoxo de obrigações em contrariedade ao dever, desde que fosse alterada a interpretação dos teoremas e derivações da lógica deôntica. Neste artigo, a tese de Von Wright é criticada mostrando-se a inadequação de sua reinterpretação do sistema standard para lidar com normas condicionais. Em seguida, é proposta uma interpretação alternativa das noções de consistência e implicação normativa que resulta em uma nova lógica (Lógica de Implicação Técnica Relevante – LITR) capaz de contornar a inadequação apontada. Por fim testamos LITR perante o paradoxo de Chisholm.

PALAVRAS-CHAVE: Lógica deôntica – Condicionais – Paradoxo de Chisholm.

ABSTRACT: Von Wright's legacy includes not only deontic logic but also serious philosophical doubts about its possibility as a logic of genuine norms. In his last approach he advanced that conditional norms could be represented as in the standard system of deontic logic (a material implication in the scope of the deontic operator) without getting troubled by the well known deontic paradoxes, especially Chisholm's paradox. The key would be to change the way we interpret the theorems and deductions in a deontic system. In this paper Von Wright's thesis is criticized and it is showed the inadequacy of his representation of conditional norms. We propose an alternative interpretation of consistency and normative implication resulting in another logic we call logic of relevant technical implication (LITR), which is able to avoid the inadequacy here identified. Then we test LITR with respect to Chisholm's paradox.

KEYWORDS: Deontic logic – Conditionals – Chisholm's paradox.

SUMÁRIO: 1. O ceticismo de Von Wright e sua lógica de implicação normativa – 2. Formalizando a lógica de implicação normativa de Von Wright – 3. Às voltas com o paradoxo de Chisholm: 3.1 O paradoxo; 3.2 A solução de Von Wright; 3.3 Condições de adequação; 3.4 O problema da inconsistência racional – 4. Consistência condicional – 5. Consistência técnica: 5.1 *Kindergarten*; 5.2 Lógica de implicação técnica (LIT); 5.3 Problemas de LIT; 5.4 Lógica de implicação técnica relevante (LITR) – 6. Considerações finais – Bibliografia.

1. O CETICISMO DE VON WRIGHT E SUA LÓGICA DE IMPLICAÇÃO NORMATIVA

Von Wright é apontado como o pai lógica deôntica.¹ De fato, não só ressuscitou o tema, como também, nas décadas seguintes fez importantes contribuições técnicas para o seu desenvolvimento, dentre as quais, a lógica da ação como fragmento da lógica deôntica e a

1. Na verdade, o tratamento formal das propriedades lógicas das normas, com o emprego da lógica moderna, não começou com Von Wright, podendo ser identificado já no início do século XX, com as obras de Ernst Mally (Mally, 1926 – uma apresentação concisa do sistema de Mally pode ser encontrada na introdução à lógica deôntica de Hilpinen & Føllesdal 1971), cujo sistema infelizmente colapsa (dando já uma dimensão da dificuldade em se formalizar princípios aparentemente intuitivos do discurso normativo) e, posteriormente, Dubislav, Jørgensen e Alf Ross, que trataram as normas como imperativos ou exclamações. Jørgensen e Alf Ross lançaram um desafio à própria possibilidade de uma lógica de normas, desafio este que, enfrentado de forma insatisfatória por Dubislav, foi recentemente resgatado por Makinson (Makinson 1999).

O surgimento da lógica deôntica pode, ainda ser encontrado já no século XIV, nas obras de Roger Rossetus, Robert Holcot e William Ockham, que anteciparam as idéias de interdefinibilidade entre *obligatum*, *licitum* e *illicitum*, as analogias entre modalidades *deônticas* e *aléticas*, a interpretação deôntica de leis e regras de inferência de lógica modal, bem como adentraram na discussão e apresentação de soluções a problemas bastante próximos aos paradoxos da lógica deôntica moderna. Hilpinen aponta, ainda, que a inspiração moderna para o ressurgimento da lógica deôntica pode ser identificada em Leibniz, que chamou as modalidades deônticas de *Iuris modalia* (modalidades jurídicas) e observou que os princípios básicos da lógica modal aristotélica valem para a *Iuris modalia* assim como para outras modalidades (cf. Hilpinen 1993; ver também Kalinowski; Gardies, 1974).

proposição de sistemas deônticos diádicos. Mas poucas vezes se viu um pai tão incentivador e ao mesmo tempo tão angustiado com sua cria. Von Wright sempre esteve preocupado com a fundamentação filosófica das lógicas normativas e viveu perturbado com a idéia de que essas lógicas sequer seriam possíveis como representações adequadas do discurso normativo.

Em uma série de artigos (Von Wright, 1983, 1985, 1991, 1996, 1997, 1999a, 1999b), Von Wright adotou uma abordagem cética com relação a uma lógica de normas, que chamaremos de “lógica de implicação normativa”. Tal abordagem é consistente com a tese de que não há uma lógica de normas genuínas. Como defendemos em outra oportunidade (Maranhão, 2009), esse ceticismo não é propriamente um decreto contra uma lógica de normas, mas um esforço de reinterpretção do seu significado ou do que essa ou essas lógicas representariam. Trata-se de uma “terapia” no sentido do segundo Wittgenstein para resgatar a lógica deôntica diante de problemas filosóficos que perturbaram aqueles que se ocuparam dela, como o dilema de Jorgensen (Jorgensen, 1937-1938), e os paradoxos de Ross (Ross, 1941), Prior (Prior, 1954) e Chisholm (Chisholm, 1963).

Von Wright propõe que, em vez de interpretar os teoremas deônticos como reflexos de relações necessárias entre normas ou da estrutura do discurso prescritivo, deveríamos tomá-los como meros padrões de racionalidade do que seria uma atividade de legislação

O fato, porém, é que o debate moderno em torno da aplicação da lógica a conceitos normativos recebeu seu grande impulso com Von Wright, em 1951, após uma súbita inspiração leibniziana numa despretenhosa caminhada às margens do rio Cam, que lhe indicou analogias entre as noções de necessidade e obrigatoriedade (Von Wright, 1999b). O sistema axiomático proposto parecia bastante intuitivo e a maioria dos sistemas posteriores tomou-o por base, seja para enriquecê-lo, com novos elementos na linguagem e novos axiomas, seja para criticar e derrogar alguns de seus postulados. A lógica deôntica monádica chamada hoje de “padrão” (*standard deontic logic*) consiste em sistema bastante próximo ao sistema original de Von Wright (cf. Follesdal; Hilpinen, 1971). A única diferença está na adição do princípio de que toda tautologia é obrigatória, que foi rejeitado por Von Wright por razões intuitivas, mas incluído no sistema *standard* por razões técnicas (torna o sistema uma lógica modal normal).

racional. Se tal mudança de perspectiva for adotada, Von Wright defende que a maioria dos problemas filosóficos ligados à possibilidade de uma lógica das normas simplesmente não se colocam. Essa abordagem, ademais, marca um afastamento de Von Wright do construtivismo lógico que caracterizou boa parte de seus trabalhos sobre o tema.

Essa reinterpretação consiste basicamente em redefinir a relação de consequência normativa (entre conjunto de normas e uma norma) por meio das noções de consistência e norma-negação, em correspondência com o discurso prescritivo ordinário. Uma norma é consequência (implícada normativamente) de um conjunto de normas se a sua norma-negação ou se o oposto do que for por ela exigido for normativamente inconsistente com aquele conjunto. Isso não significa que a norma derivada seja necessariamente existente ou válida, tal como o conjunto de normas originais. Apenas quer dizer que seria irracional legislar de outra maneira (o que não impede que o legislador concreto efetivamente o seja). Aliviando dessa forma a carga ontológica dos teoremas da lógica deontica e da relação de consequência normativa, Von Wright acreditava curar os lógicos deonticos de suas angústias frente ao caráter não teórico das normas.

Todavia, embora Von Wright tenha conseguido dar sentido a essas relações de contradição e consequência entre normas, dificuldades em interpretar conectivos proposicionais entre formulações de norma, que, a seu ver, apenas fariam sentido em uma interpretação descritiva, levou-o a excluir tais construções do conjunto de fórmulas bem formadas. Para Von Wright, sistemas que pretendam representar uma lógica de normas genuínas (em termos de padrões de racionalidade) deveriam satisfazer tal restrição (Von Wright, 1991 e 1996).

Assim, as definições de consistência e implicação normativa oferecem uma relação semântica de consequência somente entre *formulações de norma*. Ao lado dessa restrição, uma velha tese, presente no seu sistema original (Von Wright, 1951), foi resgatada: obrigações condicionais deveriam ser representadas por uma implicação material no escopo de um operador deontico.

Tal representação da condicionalidade normativa é importante dentro de sua abordagem cética. Isto porque a única relação de implicação com significado é aquela de implicação normativa (entre normas), portanto, a implicação material não pode estar fora do escopo

de um operador deôntico. Claro que este ainda não é um argumento para a sua proposta, mas uma simples restrição à construção da linguagem na qual o discurso normativo é formulado. Como justificativa para empregá-la, Von Wright aduz o argumento de que os problemas lógicos ligados à formulação de normas condicionais podem ser superados sem recurso a uma teoria diádica.

Os problemas lógicos referidos são justamente os paradoxos de Ross, Prior e Chisholm. Embora os paradoxos de Ross e Prior sejam facilmente dissolvidos (ver Maranhão, 2009), o paradoxo de Chisholm está envolto em mais dificuldades (Hansen, 2001). Sua solução, dentro dos quadros da lógica de implicação normativa envolve alguns recursos adicionais à simples reinterpretação da lógica deôntica. Como se verá, a lógica de implicação normativa falha em superar requisitos de adequação para uma solução do paradoxo de Chisholm. Mais grave, há uma inadequação entre a definição de consistência de Von Wright e a representação conflitos entre normas condicionais.

O problema se agrava quando verificamos que a adaptação de seu teste de consistência normativa para captar conflitos de obrigações para uma mesma condição necessariamente desnatura a implicação material, minando sua proposta de formalização. Propomos uma adaptação no conceito de consistência que gera uma nova lógica, chamada aqui de lógica de implicação técnica relevante (LITR), capaz de superar a inadequação apontada para a lógica de implicação normativa de Von Wright. Por fim, testamos o paradoxo de Chisholm em LITR.

2. FORMALIZANDO A LÓGICA DE IMPLICAÇÃO NORMATIVA DE VON WRIGHT

Von Wright nunca chegou a formalizar suas propostas de definições de consistência e implicação normativa para reinterpretação do sistema standard. Porém, para enfrentar o problema apontado com o detalhe e aprofundamento necessários, recorreremos a uma formulação mais precisa da semântica da lógica de implicação normativa (LIN), proposta por Von Wright.

A linguagem L de LIN contém um conjunto enumerável de letras proposicionais p, q, r, \dots , os conectivos proposicionais “ $\sim, \wedge, \vee, \rightarrow$ ”, respectivamente, para negação, conjunção, disjunção, implicação material (equivalência, “ \leftrightarrow ”, é definida da forma usual, “ \perp ” é uma

constante de falsidade e “*taut*” uma constante de verdade) e operadores “*O*” e “*P*”, respectivamente, para *obrigação* e *permissão*. Os conceitos básicos de teoria de conjuntos tais como pertinência, subconjunto, união (\in , \subseteq , \cup) serão usados em nível metalinguístico. O símbolo “ \Rightarrow ” representa a relação de consequência proposicional clássica, também na meta linguagem (ao longo da discussão definiremos outras relações de consequência). O conjunto das fórmulas é construído em dois passos. Primeiro, o conjunto *FC* de conteúdos normativos é dado pelo conjunto de todas as fórmulas proposicionais clássicas. O conjunto *FN* de formulações de norma é dado pelas seguintes cláusulas:

Se *a* é um conteúdo normativo (i.e. $a \in FC$) então *Oa* e *Pa* são formulações de norma (i.e. $Oa, Pa \in FN$)

FN é o menor conjunto satisfazendo (i).²

De um conjunto *N* de formulações de norma podemos obter o conjunto dos conteúdos normativos correspondentes, definido como $NC(\{a: Oa \in N \text{ ou } Pa \in N\})$.

De acordo com a semântica descrita por Von Wright, a condição mínima necessária para a racionalidade do legislador é que suas normas sejam executáveis, isto é, todos os estados de coisa obrigatórios devem poder ser realizados sem se prevenir o uso de qualquer permissão. Isto nos leva à seguinte definição formal de consistência normativa:

Definição de consistência normativa deontica. Seja *N* um conjunto de formulações de norma. Então, *N* é *d*-inconsistente (notação: $incd(N)$) se, e somente se, existe um conjunto $M = \{Oa_1, Oa_2, \dots, Oa_n\} \subseteq N$ ou $M = \{Oa_1, Oa_2, \dots, Oa_n, Pb\} \subseteq N$ tal que $MC \Rightarrow \perp$. Caso contrário, *N* é *d*-consistente.

Conjuntos consistentes, no sentido acima definido, podem ser também chamados de executáveis. Note que a noção de consistência, nesse sentido de executabilidade, é distinta da simples noção de consistência entre conteúdos normativos. Veja que o conjunto *R*=

2. Pela definição de *FN* ficam excluídos do conjunto de formulações de norma quaisquer fórmulas complexas combinando fórmulas modais por meio de conectivos proposicionais, bem como reiteração de operadores modais, i.e. fórmulas *OOa*, *OPb*, *POa* etc. não são fórmulas bem formadas.

{Obrigatório não fumar ($O\sim a$), Permitido abrir a janela ($P\sim b$), Permitido não abrir a janela (Pb)}, que traz a faculdade de abrir a janela aliada à proibição de fumar é consistente pela definição, mas seria inconsistente se fossem considerados apenas os conteúdos das normas indistintamente.

O teste de consistência dá um tratamento distinto entre obrigações e permissões, a exemplo da semântica de Kripke para o sistema standard de lógica deôntica. Verifica-se, simplesmente, se cada uma das permissões não conflitará com o conjunto total de obrigações assumidas (assim como o conteúdo de uma permissão está em apenas um mundo ideal acessível ao passo que o conteúdo de uma obrigação está em todos os mundos ideais).

O conceito de racionalidade do legislador pode ser modificado para incluir restrições mais fortes, tal como a exigência de que os conteúdos normativos sejam não só consistentes (executáveis), mas descrevam estados de coisas cuja realização seja física ou humanamente possível. Se o conjunto de normas satisfizer essa exigência adicional, chamamos o conjunto de normas de *realizável*. Todo o conjunto de normas realizável é também executável, mas obviamente o contrário não vale. Se realizabilidade (e não a simples executabilidade) for o padrão de racionalidade assumido, então normas exigindo estados de coisas logicamente necessários ou normas condicionais cujas condições de aplicação sejam física ou humanamente impossíveis são marcas de irracionalidade do legislador, sendo chamadas de normas “espúrias”.

A norma “*oposta*” a uma certa norma é trazida pelo conceito de norma-negação, que podemos formalizar com uma função *neg* no conjunto de formulações de norma *FN*, tal que:

$$(i) \text{ neg}(Oa) = P\sim a$$

$$(ii) \text{ neg}(Pa) = O\sim a$$

Implicação normativa é então obtida a partir das definições de norma-negação e consistência normativa.

Definição de implicação normativa deôntica ($\Rightarrow d$). Seja *N* um conjunto de formulações de norma e α uma formulação de norma. Então, $N \Rightarrow d(\alpha, \text{ se, e somente se, } \text{incd}(N \cup \{\text{neg}(\alpha)\}))$.

A formulação de norma α é uma tautologia normativa se $\emptyset \Rightarrow d\alpha$. Para simplificar a notação de um conjunto de premissas normativas

unitário, i.e. que incluam apenas uma formulação de norma, omitiremos os parênteses e escreveremos, por exemplo, $\alpha \Rightarrow d\beta$, onde α e β são formulações de norma (daqui em diante letras latinas minúsculas denotam conteúdos normativos e letras gregas maiúsculas formulações normativas).

Quando se trata de enfrentar Chisholm, é comum separar famílias de lógicas que satisfazem destacamento fático ($\{a, (Oa \rightarrow b)\} \Rightarrow CnOb$)³ daquelas que admitem destacamento deôntico ($\{Oa, (Oa \rightarrow b)\} \Rightarrow CnOb$). LIN admite apenas destacamento deôntico (Lower e Belzer, 1983).

3. ÀS VOLTAS COM O PARADOXO DE CHISHOLM

O esquema gerador do paradoxo de Alf Ross em SDL, $Oa \rightarrow O(a \vee b)$, corresponde à relação de conseqüência $Oa \Rightarrow dO(a \vee b)$, válida em LIN. A relação apenas significa que $\{Oa\} \cup \{P(\sim a \wedge \sim b)\}$ é *d-inconsistente*, i.e. se algo é obrigatório então seria irracional permitir o contrário em conjunto com alguma outra coisa. Os teoremas de SDL que geram os paradoxos de Prior são apenas variações do de Ross, e, assim, dissolvem-se com facilidade em LIN.

Mas LIN foi pensada por Von Wright também com o objetivo de superar o paradoxo de Chisholm.⁴ Sua (dis)solução, dentro dos quadros de LIN, porém, depende de alguns estratégias adicionais introduzidas por Von Wright. Apresentemos o paradoxo.

3.1 O paradoxo

Chisholm (Chisholm, 1963) chamou a atenção para a difícil tarefa de se formalizar obrigações aplicáveis em condições *contrárias-ao-dever*, isto é, condições que são elas mesmas violações de um outro dever. Em ordenamentos jurídicos tais normas são bastante comuns, dado que o legislador deve ter em mente que os súditos podem e provavelmente irão desobedecer alguns de seus deveres. Por exemplo, pelas leis civis brasileiras, é proibido causar danos a terceiros, mas se o

3. (Cn é uma relação de conseqüência qualquer.
4. A solução para o paradoxo de Chisholm dentro dos quadros da lógica de implicação normativa é apresentada por Von Wright de modo informal em (Von Wright, 1983, p. 157-159).

dano for causado, então o responsável é obrigado a ressarcir os prejuízos. Assim, a capacidade de lidar com obrigações contrárias ao dever é importante para qualquer sistema de lógica deôntica.

A seguir, será empregada a formulação do paradoxo feita por Lennart Åqvist (Åqvist, 1987). Considere o seguinte conjunto de proposições:

É proibido a John engravidar Suzy Mae.

É obrigatório que se John não engravidar Suzy Mae então não case com ela.

Se John engravidar Suzy Mae, então é obrigatório que se case com ela.

John engravidou Suzy Mae.

Intuitivamente, esperamos derivar das premissas acima a obrigação de John de se casar com Suzy Mae. Obrigações condicionais expressas em (ii) e (iii) são de tipos diferentes, dado que a última é uma obrigação em condição contrária ao dever. Portanto, para capturar essa diferença e permitir destacamento fático com a violação descrita em (iv), uma formulação das premissas em SDL seria a seguinte:

$O\sim p$

$O(\sim p \rightarrow \sim q)$

$p \rightarrow Oq$

p

Por *modus ponens* de 3 e 4 deriva-se Oq como esperado. O problema é que de 1 e 2 deriva-se também $O\sim q$ em SDL, ou seja uma contradição normativa, o que não encontra contraparte no discurso ordinário. Alguém poderia então criticar a distinção feita na formalização da obrigação *regular* e da obrigação em condição *contrária ao dever*. Porém, se seguirmos a proposta de formalização de normas condicionais de Von Wright e substituirmos 3 por

3'. $O(p \rightarrow q)$

então a regulação 1-4 é redundante, dado que 3' segue de 1. Novamente, há desacordo com a linguagem ordinária, dado que todos os três comandos parecem igualmente relevantes para se caracterizar os deveres de John.

Por outro lado, se seguirmos a sugestão de Prior e formalizarmos a obrigação condicional como $p \rightarrow Oq$, substituindo 2 por

$$2'. \sim p \rightarrow O \sim q$$

há novamente redundância na formulação das premissas, pois 2' segue de 4.

Eis o paradoxo.

3.2 A solução de Von Wright

Von Wright acreditava que poderia domá-lo por meio de suas definições intuitivas que usamos para construir LIN. Bastaria formalizar as premissas (i)-(iv) usando 123'4. O argumento de redundância seria inofensivo, pois o fato de que a norma 1 implica 3', i.e. $O \sim p \Rightarrow dO(p \rightarrow q)$, não significa que a norma derivada “exista”, ou seja, que da proibição de engravidar Suzy Mae decorra logicamente a existência da obrigação de John casar-se com ela se engravidá-la, apenas que proibir John de engravidar Suzy Mae e ao mesmo tempo permitir-lhe engravidá-la e não se casar com ela seria irracional, i.e., $incd(\{O \sim p\} \cup \{P(p \wedge \sim q)\})$.

A única dificuldade restante é o esperado destacamento fático a partir da premissa 4. Vale dizer, embora se espere inferir que John deve se casar com Suzy Mae, a partir de (iii) e (iv), Oq não segue de 3' e 4 em LIN.

Para enfrentar essa dificuldade, Von Wright argumenta que o problema de destacamento fático em uma lógica normativa deve ser entendido do ponto de vista do sujeito normativo, cuja linguagem de necessidades práticas é distinta do discurso prescritivo.

Uma necessidade prática ou dever técnico (*technical ought*, representado por O_t) é aquilo que se requer para a satisfação de determinado fim, isto é, algo que *precisa (tem que)* ser (feito) para que se alcance determinado objetivo. Já o dever deontico (*deontic ought*, representado por O_d) é uma prescrição pela autoridade normativa dirigida ao sujeito normativo, i.e., aquilo que é exigido *por alguém* e que, portanto, *deve ser* (feito). Necessidades práticas, ao contrário de prescrições, são verdadeiras ou falsas, respectivamente, se o que precisa ser (feito) é ou não um meio para se atingir o fim ou resultado pretendido.

O paralelo das permissões na linguagem de necessidades práticas é ambíguo. Em sentido fraco, uma permissão técnica é uma possibilidade prática, entendida como a ausência de necessidade prática de se fazer o contrário, i.e. aquilo que pode ser feito sem prejuízo à satisfação do fim pretendido. Em sentido forte, um estado de coisas (resultante de ação) é tecnicamente permitido se é condição suficiente para a satisfação do fim pretendido. Neste texto faremos uso apenas da permissão técnica em sentido fraco.

Voltando para a perspectiva dos sujeitos normativos, o fim pretendido a ser considerado é a satisfação (obediência) ao ordenamento. Como o sujeito normativo *precisa* obedecer as normas, se o antecedente *a de* uma obrigação condicional $Od(a \rightarrow c)$ for o caso, então o sujeito normativo extrai desse *dever deôntico* condicional o *dever técnico* de fazer o conseqüente, i.e. *Otc*.

De volta ao paradoxo, isto significa que se 4 for o caso, então temos a seguinte regra técnica:

5. $Ot\ q$

Em linguagem ordinária, se for o caso que “John engravida Suzy Mae”, então

(v) “John tem que se casar com Suzy Mae” (se quer satisfazer as normas (i-iv))

Com esse recurso, Von Wright entende estar superado o paradoxo. Porém, pode-se opor uma objeção ulterior, levantada por Hansen (Hansen, 1999), argumentando-se que de 1, 2 e destacamento deôntico, deriva-se:

6. $Od\ \sim q$

É certo que a conjunção de q e $\sim q$, “casar-se e não se casar com Suzy Mae” expressa uma contradição proposicional, mas 5 e 6 ainda não exprimem uma contradição normativa, dado que os operadores modais são de tipos distintos (um é deôntico, o outro é técnico).

Todavia, na abordagem de Von Wright, nada impede que de um dever deôntico “extraia-se” um dever técnico com o mesmo conteúdo. Dado que $Od\ \sim q$ é o mesmo que (equivalente a) $Od\ (taut \rightarrow \sim q)$, onde *taut*, podemos extrair a seguinte necessidade prática:

7. $Ot\ \sim q$

Temos, portanto, duas necessidades práticas inconsistentes e isso certamente conflita com nossas intuições, pois não esperamos derivar de (i)-(iv) que “John tem que se casar e não se casar com Suzy Mae”. O problema é que do ponto de vista do sujeito normativo, para cumprir suas obrigações, ele teria de realizar tanto o conteúdo de suas obrigações ideais, quanto sua obrigação atual na hipótese de ter engravidado Suzy Mae.

Todavia, se tomarmos *realizabilidade (doability)* como padrão de racionalidade, é possível, usando um argumento do próprio Jorg Hansen, quebrar a última corrente de argumentação e evitar o problema. Primeiro, porque, se 4 for o caso, então a norma 1 é espúria, pois seria irracional exigir a John que volte no tempo e evite a gravidez de Suzy Mae (Hansen, 1999). Portanto, nessa condição, apenas a norma 2 valeria e dela isoladamente não seria possível derivar 6. Em segundo lugar, porque se 4 fosse o caso, então o antecedente da obrigação condicional 2 não seria o caso e, portanto, não surge a necessidade prática de cumprir o que foi demandado por tal norma, i.e. não se casar com Suzy Mae.

3.3 Condições de adequação

Em uma análise detalhada das diferentes soluções propostas para o paradoxo de Chisholm, Carmo e Jones (Carmo e Jones, 2002) apontam oito requisitos de adequação para uma formalização de obrigações em contrariedade ao dever:

- consistência;
- independência lógica das premissas;
- aplicabilidade a exemplos que independam da diferenciação temporal ou de natureza de ação entre antecedente e conseqüente;
- mesma estrutura de formalização para as obrigações condicionais normais e aquelas em contrariedade ao dever;
- capacidade de derivar obrigações ideais (destacamento deôntico);
- capacidade de derivar obrigações atuais (destacamento fático);
- capacidade de representar o fato de que houve uma violação a uma obrigação;

capacidade de evitar a “estranheza pragmática” (*pragmatic oddity*).

Alguns dos quesitos merecem comentários adicionais.

O requisito (iii) decorre da crítica que Prakken e Sergot (Prakken e Sergot, 1996) fazem às soluções para o paradoxo baseadas em lógicas temporais ou em lógicas da ação, a partir do seguinte exemplo atemporal e sem referência a ação de obrigação em contrariedade ao dever:

1. Proibido cães;
2. Se há cão deve haver aviso;
3. Se não há cão, deve não haver aviso;
4. Há cão.

O requisito (iv) opõe-se à solução proposta por Prakken e Sergot (Prakken e Sergot, 1997), na qual usam formulação diversa para as obrigações em contrariedade ao dever. Carmo e Jones (Carmo e Jones 2002) apontam para a dificuldade em se trabalhar com essa formalização, na medida em que a introdução de novas normas à base de dados pode exigir uma reformulação da representação das normas condicionais.

O requisito (vii) liga-se ao desafio em expressar a situação de violação ao mesmo tempo em que se admite destacamento fático e deontico, sem gerar a partir do exemplo um conflito de obrigações. O caminho até aqui proposto é separar obrigações atuais de obrigações ideais, o que acaba por gerar uma combinação de modalidades, uma para derivações atuais, outra para derivações ideais, o que acaba por combinar duas lógicas. A combinação tem que cuidar também para não violar o requisito (iii).

A referência do requisito (viii) é a crítica de Prakken e Sergot à solução de Jones e Pörn (Jones e Pörn, 1985) para o paradoxo de Chisholm. Jones e Pörn separam mundos ideais de mundos atuais que estariam potencialmente em mundos sub-ideais. Em sua formalização, deriva-se da condição de contrariedade ao dever em todos as versões ideais do mundo atual que “Deve haver aviso [da existência do cão]” (de 2 e 4) e também que “Deve não haver cão”, o que seria bem estranho (no caso de Suzy Mae, tanto a obrigação de não engravidá-la quanto a obrigação de casar-se com ela). Normalmente, em vários

casos uma diferenciação temporal da vigência das obrigações poderia dar conta do caso, mas o exemplo apresenta uma regulação na qual a diferenciação não cabe.

A solução de Von Wright, complementada pelo argumento de Hansen, satisfaz os requisitos (i), (ii), (iv), (v) e (vi). Os dois últimos requisitos podem ser admitidos como superados, com o recurso à derivação de deveres técnicos, que apontam quais são as *necessidades práticas* atuais, em oposição às inferências dos deveres ideais.

Porém o argumento de Hansen, ao usar a noção de realizabilidade e identificar a primeira norma como espúria para impedir a derivação que gera a redundância, faz uma espécie de distinção temporal, embora não expressa formalmente. Assim, o argumento não satisfaz o requisito (iii). Também o requisito (vii) não é bem trabalhado, pois embora seja obtida a necessidade prática adequada a partir da condição atual (Suzy Mae está grávida/há cão), continua a subsistir a necessidade prática de não engravidar Suzy Mae ou de não haver cão, de forma que as necessidades práticas não tratam só das condições atuais, mas também das condições ideais. Por conta disso também, é possível derivar tanto a necessidade prática de não engravidar Suzy Mae, a partir de (1), quanto a necessidade prática de se casar com ela (de 4 e 3') com a extração de necessidade prática correspondente a 3', o que cria a "estranheza pragmática" e viola (viii) na perspectiva das regras técnicas. Usando o exemplo de Prakken e Sergot, teríamos aqui tanto a necessidade prática de não haver cão, quanto a necessidade prática de colocar um aviso sobre sua existência.

3.4 O problema da inconsistência racional

Há ainda outra objeção mais séria e geral ao tratamento dado por Von Wright à lógica deôntica, que acaba por afetar sua solução ao paradoxo de Chisholm.

A obrigação condicional 3' é implicada normativamente por 1. Mas se isso é verdade, também é verdade, usando as mesmas observações de Prior, que 1 implica normativamente:

$$3''. \text{Od } (p \rightarrow \sim q)$$

Vale dizer, deriva-se que é obrigatório que John não se case com Suzy Mae caso a engravide! É claro que se pode argumentar, junto com Von Wright, que isto não significa que 3' ou 3'' "exista" e não há

qualquer problema com os aparentes paradoxos de comprometimento (*paradoxes of commitment*) que insistem em bater à nossa porta.

Porém, suponha um legislador, chamado Rex, que aspire à racionalidade e que, para tanto, empregue com extremo cuidado e rigor o padrão de racionalidade proposto por Von Wright, pretendendo promulgar somente normas executáveis. Segundo esse padrão, não há qualquer objeção em se promulgar, além da norma 1, a norma 3', nem mesmo há qualquer objeção em se promulgar conjuntamente 3' e 3". Ambas as normas seriam executáveis, segundo o critério empregado na definição de inconsistência deôntica.

Então suponha que Rex promulgue a norma (i) e as normas (iii)' e (iii)" como obrigações em condição contrária ao dever.

É proibido a John engravidar Suzy Mae

(ii') É obrigatório que, se John engravidar Suzy Mae, então se case com ela.

(iii'') É obrigatório que, se John engravidar Suzy Mae, então não se case com ela.

Usando a formalização proposta por Von Wright, obtemos a seguinte regulação emitida por Rex:

1. $Od \sim p$

3'. $Od (p \rightarrow q)$

3''. $Od (p \rightarrow \sim q)$

Suponha então que John engravida Suzy Mae:

4. p

Agora, de 3' e 3'' são “extraídas” duas necessidades práticas conflitantes:

5'. $Ot q$

5''. $Ot \sim q$

E aqui aparece o problema. A idéia fundamental da nova abordagem de Von Wright é que o legislador racional jamais poderia colocar os sujeitos normativos em uma situação na qual qualquer curso de ação que percorra seja ao mesmo tempo “certo” e “errado”, pois falharia em guiar a conduta de seus súbditos. Mas isso é exatamente o que acontece quando John *tem de* executar as necessidades práticas 5' and 5''. Então, a regulação 1, 3', 3'' deveria indicar uma irracionalidade na

vontade de *Rex* (ao menos se 4 for o caso), o que infelizmente não se dá. *Rex* continua racional se aceitarmos o padrão de executabilidade tal como proposto por Von Wright. Vamos chamar essa nova dificuldade de *problema da inconsistência racional*.

4. CONSISTÊNCIA CONDICIONAL

O problema da inconsistência racional é mais geral do que o paradoxo de Chisholm, dado que aparece na presença apenas de 3', 3" e 4, sem necessidade de recurso a uma regulação em condição contrária ao dever. Mas é crítica para Von Wright, pois não permite uma representação satisfatória de obrigações contrárias ao dever e, mais do que isso, mostra que o critério de racionalidade adotado falha em seu propósito, pois é possível formular uma regulação da qual se extraem necessidades práticas contraditórias, que ainda assim seria merecedora do selo de racionalidade.

Desse modo, Von Wright enfrenta um dilema: ou abandona o estratagema de "extração" de necessidades práticas a partir de deveres deônticos (e, portanto, o paradoxo de Chisholm permanece sem resolução satisfatória em sua lógica de implicação normativa); ou abandona o padrão de executabilidade tal como definido.

A raiz do problema está no conflito entre a proposta de formalização de obrigações condicionais (com o uso da implicação material no escopo do operador deôntico) e a definição de consistência de Von Wright, que não tem qualquer cláusula referente a condições de aplicação de obrigações ou permissões.

Com efeito, a definição de consistência diz que a conjunção dos conteúdos normativos de um conjunto de obrigações não pode representar uma contradição proposicional sem que se comprometa a racionalidade do legislador. Mas como a obrigação condicional é formalizada por meio de implicação material, $Od(a \rightarrow b)$, o conteúdo de tal obrigação é dado pelo estado de coisas $a \rightarrow b$ e não fica explicitado que a seja uma condição para a obrigação $Od b$. Como na lógica proposicional clássica o estado de coisas $a \rightarrow b$ não contradiz o estado $a \rightarrow \sim b$, então o conjunto $N = \{Od(a \rightarrow b), Od(a \rightarrow \sim b)\}$ é resultado de legislação racional, pelo critério de consistência de Von Wright.

O problema está no fato de que a negação aplicada ao conteúdo da obrigação (permissão) condicional não distingue "condição de

aplicação” do “escopo” da obrigação. Se o escopo da obrigação é uma implicação material e pretende-se dizer que apenas o conseqüente é obrigatório há um preço a pagar com relação a extensionalidade da linguagem, i.e. com relação à possibilidade de substituição de equivalentes.

Por exemplo, sabemos que $a \rightarrow \sim b$ é equivalente a $\sim(a \wedge b)$. Se na primeira fórmula o escopo da obrigação for $\sim b$, dado sua estrutura condicional, o mesmo não será o caso na segunda, que, apesar de ter o mesmo significado não tem estrutura condicional. Assim, se alterarmos a definição de consistência ou a noção de norma-negação de forma a aplicá-la somente ao conseqüente como escopo da obrigação deôntica, então $N = \{Od(a \rightarrow b), Od(a \rightarrow \sim b)\}$ seria inconsistente, mas não $N = \{Od(a \rightarrow b), Od(\sim(a \wedge b))\}$. Isso significa que a formulação linguística da norma passaria a ter relevância para a noção de conflito normativo e, conseqüentemente, para a noção de implicação entre normas (dado que essa última é definida a partir daquela).

Na sua formulação original do sistema de lógica deôntica diádica, Von Wright admitiu uma forma de interdefinibilidade entre permissão e obrigação condicionais, introduzindo o operador P de permissão por meio da definição $P(a/b) = \sim O(\sim a/b)$, isto é “ a é permitido na condição b ” significa o mesmo que “ a não é proibido na condição b ”. A proposta de Von Wright foi criticada por Alchourrón como equivocada, pois não leva em consideração que a negação de um condicional “usualmente” não é um condicional (Alchourrón, 1993).

Na verdade, parece haver uma ambigüidade no discurso prescritivo no que se refere à negação de uma obrigação condicional. Em sentido fraco, prescrever que “não é obrigatório fazer a caso faça b ”, significa que é permitido omitir a se b for o caso. Em sentido forte, significa que é permitido tanto fazer a quanto omitir a . O mesmo vale para a negação de uma permissão condicional. Ao pensarmos na norma-negação como uma “regulação oposta”, a diferença se reflete na distinção entre a regulação simplesmente oposta à norma condicional e a regulação oposta para uma determinada condição.

A definição de norma negação que temos à disposição, por enquanto, apenas capta o sentido forte, defendido por Alchourrón. Esta parece adequada se a condição b for tomada como uma ação, isto é, algo que o sujeito normativo deve fazer e, ao fazer, deve então

executar também a ação prevista no conseqüente. Todavia, em uma obrigação condicional onde a condição não depende de qualquer ação humana, a versão forte parece até mesmo absurda. Por exemplo, considere a norma “se chover, então use seu guarda chuva”. Seria estranho nesse caso considerar como “regulação oposta” a norma “é permitido fazer chover e não usar o guarda-chuva”. Portanto, parece que na adaptação pretendida das noções de norma-negação, consistência e implicação normativa, o sentido fraco de “regulação oposta” seria mais adequado. O problema é que não dá para estabelecer a distinção a partir do uso de implicação material na linguagem, na medida em que esse conectivo pode ser reduzido aos demais.

Von Wright, porém, insiste na implicação clássica e, como vimos, para superar Chisholm, faz uso do recurso de extração de regras técnicas a partir de deveres deônticos. Vamos explorar um pouco mais esse caminho.

5. CONSISTÊNCIA TÉCNICA

Segundo o pressuposto subjacente à lógica de implicação normativa de Von Wright, o legislador racional deve sempre ter em mente que, para as ações e condições por ele consideradas relevantes para as suas diretivas, os sujeitos normativos não podem cair em uma situação de perplexidade na qual não sabem se omitem ou executam a ação em questão (seja porque o legislador simplesmente não forneceu qualquer diretiva para o caso em que se encontram, seja porque para aquele caso o legislador forneceu diretivas contraditórias).

Sob a ótica do sujeito normativo, isto significa que não pode haver nenhum caso considerado relevante no qual não se sabe que curso de ação *precisa ser* tomado para que se satisfaça a vontade do legislador. Assim, a idéia principal por detrás da nossa reconstrução da lógica de implicação normativa de Von Wright consiste em definir consistência normativa, norma-negação e a relação de conseqüência normativa *do ponto de vista dos sujeitos normativos*, isto é, *com referência às necessidades práticas que são geradas para aqueles que desejam cumprir a ordem normativa*.

Antes de iniciarmos tal reconstrução, um problema apontado por Jorg Hansen a respeito das necessidades práticas “extraídas” das

obrigações precisa ser superado (vamos distinguir na notação os deveres deonticos Od dos deveres técnicos Ot).

5.1 Kindergarten

Jorg Hansen argumenta que, do ponto de vista dos sujeitos normativos, uma obrigação da forma $Od(a \rightarrow b)$ pode ser obedecida evitando-se que o estado a seja o caso. Em outras palavras, a obrigação gera não só uma necessidade prática de se fazer b se a for o caso, i.e. extrai-se não só $a \rightarrow Otb$, mas também uma necessidade prática de fazer com que $\sim a$ seja o caso, i.e. extrai-se também $Ot \sim a$. Isto não chega a ser problemático *per se*, mas abre as portas para uma série de exemplos contra-intuitivos. Assim, no exemplo do *Kindergarten* de Hansen, temos que da obrigação do diretor de uma escola pública em garantir uma vaga para cada criança nascida na comunidade, pode-se extrair a necessidade prática de se distribuir anticoncepcionais!

Von Wright certamente permite essa interpretação quando concede que de Oda pode-se extrair a necessidade prática $taut \rightarrow Ota$ e, conseqüentemente, Ota . Portanto, também é possível extrair de $Od(a \rightarrow b)$, a necessidade prática $Ot(a \rightarrow b)$. Então, fazer com que $\sim a$ seja o caso é um meio para se satisfazer a necessidade prática extraída. Mas, ao mesmo tempo, Von Wright reconhece que algo similar ao exemplo do *Kindergarten* não seria “uma reação apropriada ao comando” (Jorg Hansen, 2001).

Mas é possível reformular o “processo de extração” de deveres técnicos a partir de deveres deonticos para evitar o problema.

Primeiramente, definimos a linguagem LT de regras técnicas, que é a mesma de LN substituindo-se os operadores deonticos Od e Pd por operadores técnicos Ot e Pt . Recordamos que FC é o conjunto de fórmulas proposicionais. Dado que regras técnicas são verdadeiras ou falsas, o dilema de Jørgensen não se aplica aqui e não há restrições ao uso de conectivos proposicionais ligando sentenças modais representando regras técnicas. O conjunto FT é definido a seguir:

- (i) se $a \in FC$ então $a \in FT$
- (ii) se $a \in FC$ então $Ota, Pta \in FT$
- (iii) se $a, b \in FT$ então $(a * b), \sim a, \sim b \in FT, * \in \{\rightarrow, \wedge, \vee\}$
- (iv) FT é o menor conjunto satisfazendo (i)-(iii).

O processo de extração é definido pela função e que nos leva do conjunto de fórmulas deonticas para o conjunto de fórmulas técnicas, ou seja, considere Δ uma modalidade qualquer (deontica ou prática) e uma função e que nos leva de FN a FT , tal que:

(i) se $\Delta d a$ é da forma $\Delta d (a_1 \rightarrow (a_2 \rightarrow \dots \rightarrow (a_{n-1} \rightarrow a_n) \dots))$, para $n > 1$, então

$$e(\Delta d a) = a_1 \wedge a_2 \wedge \dots \wedge a_{n-1} \rightarrow \Delta t a_n.$$

$$(ii) \text{ caso contrário } e(\Delta d a) = \Delta t a$$

O processo de extração dado pela função e exclui a estranha forma de obedecer a obrigação de garantir vagas às crianças no *Kinder-garten*, dado que a necessidade prática de abrir vagas apenas se aplica se o antecedente, nascimento de uma criança, for o caso. Assim, por exemplo, em $e(Od(p \rightarrow q)) = p \rightarrow Ot q$, temos que p é uma circunstância ou condição de aplicação, fora do escopo do dever técnico. A única necessidade prática é fazer q , se p for o caso.

5.2 Lógica de implicação técnica (LIT)

A partir do processo de extração pela função e , de um conjunto de normas condicionais N , podemos obter o conjunto de regras técnicas correspondentes $e(N) = \{e(\alpha) : \alpha \in N\}$. Podemos também separar o “corpo” de condições e a “cabeça” de conseqüências de N^t .

$$Nb = \{a : a \rightarrow Ot b \text{ ou } a \rightarrow Pt b \in e(N)\}$$

$$Nh = \{b : a \rightarrow Ot b \text{ ou } a \rightarrow Pt b \in e(N)\}$$

Agora, podemos redefinir as noções de contradição e implicação no reino das normas, mas com referência às necessidades práticas que delas são extraídas. A definição a seguir diz que um conjunto de normas é consistente (executável) se gera necessidades (possibilidades) práticas consistentes em cada caso logicamente possível.

Definição de inconsistência técnica (inct). Seja $N \subseteq FN$. Então, N é t -inconsistente se e somente se existe $M = \{Oa_1, \dots, Oa_n\} \subseteq N$ ou $M = \{Oa_1, \dots, Oa_n, Pb\} \subseteq N$ e $Mh \Rightarrow \perp$. Caso contrário N é t -consistente.

O problema da inconsistência racional é removido com a definição de inconsistência técnica. Basta verificar que do conjunto $N = \{Od(a \rightarrow b), Od(a \rightarrow \sim b)\}$ temos que $e(N) = \{a \rightarrow Ot b, a \rightarrow Ot \sim b\}$. Assim, na condição $a \in Nb$ tem-se $Nh = \{b, \sim b\} \Rightarrow \perp$.

Procedemos então à definição da relação de implicação entre normas. Dado que estamos usando possibilidade técnica em sentido fraco, i.e. no sentido de inexistência de uma necessidade prática com o conteúdo oposto ao especificado, Pt é interdefinível com o dever técnico Ot :

$$Pta(\text{def}\sim Ot\sim a$$

Por negação de um dever técnico condicionado podemos entender que a condição é o caso, mas que a necessidade prática para esse caso não está presente. Esse seria o sentido forte, segundo o qual a negação do dever técnico condicionado é uma conjunção entre um estado de coisas e uma regra técnica. Mas também podemos nos referir, em sentido fraco, simplesmente à existência de outra regra técnica condicionada que liga uma necessidade (possibilidade) prática incompatível para o mesmo caso. Isto é, ao negar que seja necessário fazer algo em um caso determinado, podemos querer dizer que, *naquele caso* não temos que fazer o ato em questão. A fim de capturar esse sentido fraco de negação de uma regra técnica, introduzimos o conceito de negação técnica, que difere da negação clássica apenas quando aplicada sobre uma implicação na qual o conseqüente é uma regra técnica ou negação de uma regra técnica:

$$tneg((a \rightarrow Otb)) \ (a \rightarrow \sim Otb)$$

$$tneg((a \rightarrow Ptb)) \ (a \rightarrow \sim Ptb)$$

Agora definimos implicação técnica seguindo o expediente de Von Wright:

Definição de implicação técnica ($\Rightarrow t$): Considere $N \subseteq FN$ e $\alpha \in FN$. Então $N \Rightarrow t \alpha$ se e somente se $\text{inct}(e(N) \cup \{tneg(e(\alpha))\})$.

Assumindo-se que o sujeito normativo *tem que* obedecer ao ordenamento, sob sua ótica, a noção de conseqüência técnica significa, intuitivamente, que ele não poderia fazer o oposto do que a norma conseqüente exige (ou permite) sem desobedecer alguma norma do ordenamento. Chamamos a semântica dada pela relação $\Rightarrow t$ de lógica de implicação técnica (LIT).

5.3 Problemas de LIT

A relação de conseqüência $\Rightarrow t$ acaba por validar alguns teoremas demasiadamente fortes e presentes no sistema diádico de Rescher

(Rescher, 1958, 1962). Primeiro, a regra de “enfraquecimento do antecedente” (*weakening the antecedent*) é válida:

$$(WA) Od(b \rightarrow a) \Rightarrow t Od(b \vee c \rightarrow a)$$

Como consequência, também vale que:

$$Od(b \rightarrow a) \Rightarrow 2 Od(\text{taut} \rightarrow a)$$

Esse é o análogo para o axioma de Rescher $P(a/\text{taut}) \rightarrow P(a/b)$, cuja versão usando o operador de obrigação, a partir da regra de indefinibilidade (também aceita por Rescher), seria $O(a/b) \rightarrow O(a/\text{taut})$. O postulado diz que se algo é obrigatório em uma determinada condição, então é obrigatório categoricamente, i.e., seja qual for a condição. Esse princípio foi severamente criticado por Bengt Hansson (Hansson, 1971) e Hector-Neri Castañeda (Castañeda, 1959), pois torna totalmente irrelevante a circunstância específica para a qual foi dirigida a obrigação.

As críticas de Hansson para a versão irrestrita do sistema de Rescher são contundentes e, infelizmente, aplicam-se inteiramente à lógica de implicação técnica.

“Os teoremas acima demonstram que o sistema de Rescher é extremamente forte. Na sua versão irrestrita, todas as bases são iguais, portanto as circunstâncias nunca modificam as obrigações, o que contraria a própria motivação da lógica deontica diádica” (Hansson, 1971:136-137).

De fato, ao estabelecer uma cláusula na definição de consistência para condições de aplicação das normas, trabalhamos com o pressuposto de que diferentes contextos são relevantes para a aplicabilidade das obrigações e permissões.

Mas note que, como LIT trabalha com quaisquer relações logicamente possíveis, vale também a regra de fortalecimento do antecedente (*strengthening the antecedent*):

$$(SA) Od(a \rightarrow c) \Rightarrow t Od(a \wedge b \rightarrow c)$$

Ocorre que, aliando a regra de enfraquecimento do antecedente ao fortalecimento do antecedente das obrigações, podemos sair de qualquer fórmula no antecedente para tautologias e voltar para qualquer outra fórmula no antecedente sem alterar o conteúdo de nossas obrigações. Isto é, vale a seguinte inferência:

$$(ID) Od(a \rightarrow c) \Rightarrow t Od(b \rightarrow c)$$

Tal resultado joga uma pá de cal na própria noção de condicionalidade das obrigações, pois diz que as nossas obrigações não mudam quando em condições distintas. Com isso, a cláusula condicional da definição de consistência praticamente se anula na relação de consequência normativa. Essa propriedade é motivo suficiente para refinarmos a definição de consistência normativa.

5.4 Lógica de implicação técnica relevante (LITR)

Uma definição de consistência normativa com atenção às condições de aplicação de um sistema normativo pode ser encontrada em (Alchourrón & Bulygin, 1971). Jaap Hage investigou o problema da consistência especificamente em contextos jurídicos (Hage, 2000). Ambos os trabalhos concordam em que um conjunto de normas é inconsistente se existe um caso possível para o qual obrigações (ou uma obrigação e uma permissão) conflitantes sejam atribuídas. Todavia, diferem sobre o que seja um *caso possível*.

Para Hage, um caso possível é qualquer caso logicamente possível, isto é, qualquer estado de coisas, não contraditório, que satisfaça todas as condições de aplicação mencionadas no conjunto de normas.⁵ Essa noção, como vimos traduz a intuição por trás do sistema diádico de Rescher, porém acarreta resultados contra-intuitivos.

Já para Alchourrón e Bulygin, um caso possível é um caso *relevante*, i.e. qualquer combinação possível das propriedades (e suas negações) mencionadas no conjunto de normas.

Assim, para evitar os problemas apontados acima em LIT, é possível introduzir uma pequena alteração na definição de implicação, na linha do conceito de caso possível da Alchourrón e Bulygin. A idéia consiste em definir a relação de consequência limitando o teste de consistência à condição explicitamente formulada *na norma derivada*. Vale dizer, a pergunta sobre se a norma “a é obrigatório na condição

5. Aqui, apenas estamos empregando a definição preliminar de Hage de consistência normativa. Mais adiante, no mesmo artigo, Hage aponta limitações nessa definição e inclui novas cláusulas para tratar do fato de que determinadas regras conflitantes podem ter sua aplicabilidade bloqueada por outras que funcionem como exceções (Hage, 2000).

b” é derivada do ordenamento limita-se a saber se, *naquela condição relevante* b , realizar a conduta oposta $\sim a$ implicaria descumprir alguma norma do ordenamento. Mais precisamente:

Definição de implicação técnica relevante $\Rightarrow tr$. Seja Δ uma modalidade deôntica (obrigação ou permissão), $N \subseteq FN$ e $a, b, c \in Fc$. Então $N \Rightarrow tr \Delta d (b \rightarrow a)$ somente se existe $M \subseteq N$ tal que $b \Rightarrow c$ para todo $c \in Mb$ e $inct(e(M) \cup \{tneg(e(\Delta d(b \rightarrow a)))\})$

Chamemos a semântica dada pela relação $\Rightarrow tr$ de lógica de implicação técnica relevante LITR. Em LITR, vale a regra de fortalecimento do antecedente, mas não vale a regra de enfraquecimento do antecedente, como se pode facilmente verificar. Portanto, não vale a regra de inferência ID que mina a própria noção de condicionalidade. Em LITR vale apenas uma versão restrita e razoável desse postulado, que estabelece a extensionalidade das condições de aplicação das normas, isto é, para condições logicamente equivalentes valem as mesmas obrigações, uma regra de inferência já conhecida dos sistemas diádicos:

Se $a \Leftrightarrow b$ então $Od(a \rightarrow c) \Rightarrow tr Od(b \rightarrow c)$ e $Od(b \rightarrow c) \Rightarrow tr Od(a \rightarrow c)$

Por outro lado, como é evidente, LIT é uma extensão de LITR, sendo que ambas baseiam-se na mesma definição de consistência técnica, de forma que o problema da inconsistência racional também não surge em LITR. Vejamos como essa lógica se comporta frente a Chisholm. Vamos usar o exemplo atemporal de Prakken e Sergot:

1. Proibido cães	1. $Od \sim c$
2. Se há cão deve haver aviso	2. $Od(c \rightarrow a)$
3. Se não há cão, deve não haver aviso	3. $Od(\sim c \rightarrow \sim a)$
4. Há cão.	4. c

Em LITR, não vale a inferência $O \sim c \Rightarrow tr O(c \rightarrow a)$, que trazia o problema de redundância. Pela função e temos que de 4 e $e(2)$ segue-se o dever técnico Ota que pode ser interpretado como uma necessidade prática atual. Por outro lado, não vale a inferência $O \sim c, O(\sim c \rightarrow \sim a) \Rightarrow tr O \sim a$, de forma que não se deriva $Ot \sim a$ e fica

prejudicada a objeção que Hansen fez ao argumento original de Von Wright para resolver Chisholm apenas em LIN. Sendo assim, não precisamos recorrer à noção de norma espúria que, no argumento de Hansen, acabava por embutir a idéia de temporalidade.

Porém, em LITR não há destacamento deôntico, não há uma separação entre necessidades práticas atuais e obrigações ideais e segue o problema da estranheza pragmática, pois temos Ota e $e(Od-c)=Ot\sim c$, i.e. a necessidade prática de não ter cachorros e ter a placa de aviso. Falham, assim, os requisitos (iv), (vii) e (viii).

Para enfrentar essas limitações LITR teria que ser enriquecida para lidar com inferências não só a partir de normas como a partir de conjuntos de formulações de normas e conjuntos de sentenças proposicionais, representando fatos, que podem ser então separados em fatos ideais e fatos atuais. O destacamento deôntico poderia ser obtido a partir dos fatos ideais identificados a partir dos antecedentes do conjunto das normas condicionais. Não poderemos introduzir essa discussão nos limites deste artigo, deixando-a para outra oportunidade.

LITR constitui uma base promissora por definir uma relação de implicação entre normas adequada ao discurso normativo, sem sucumbir ao problema chamado aqui de inconsistência racional e lidando bem com o dilema de Jorgensen, dado que as consequências normativas não são propriamente normas (verdadeiras ou válidas) mas apenas o que se espera de uma legislação racional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acima mostrou que o tratamento dado por Von Wright em sua lógica de implicação normativa é inadequado para lidar com o paradoxo de Chisholm. Embora sua interpretação, contando com o estratagema de extração de obrigações técnicas a partir de obrigações deônticas, contorne interpretações contra-intuitivas de obrigações válidas em situações de contrariedade ao dever, tem dois problemas:

(i) A solução apoia-se em uma definição de consistência entre normas que assume como racionais regras que imponham necessidades práticas opostas aos sujeitos normativos para uma mesma condição, de forma que se essa condição for a situação de descumprimento de outro dever, o sujeito normativo terá que fazer e deixar de fazer a

mesma ação para cumprir o ordenamento. Assim, o ordenamento não tem como ser cumprido, mas mesmo assim tal conjunto de regras reputa-se resultado de uma legislação racional;

(ii) O mecanismo de extração de regras técnicas a partir de regras deonticas é falho ao permitir que se extraia o dever técnico de não realizar o antecedente de uma norma condicional;

(iii) A solução de Von Wright ao paradoxo de Chisholm acaba por fazer uma referência indireta à temporalidade de forma que não resolve versões atemporais do paradoxo.

Viu-se aqui como superar esses problemas e construir uma solução mais direta ao paradoxo de Chisholm que não dependa de um argumento temporal por meio de LITR. Fica pendente a sofisticação de LITR de forma que se possam estabelecer distinções de inferências em situações atuais e ideais para dar conta do destacamento deontico da “estranheza pragmática” e das distinções entre obrigações atuais e ideais.

Restam, por fim duas questões importantes.

A primeira diz respeito à tese de Von Wright de que a terapia para os lógicos deonticos poderia ser feita a partir de uma simples reinterpretação da lógica deontica monádica, com a representação formal de normas condicionais dada por uma implicação material no escopo do operador deontico.

Infelizmente, essa tese não pode encontrar respaldo em LITR.

A grande maioria das técnicas de superação do paradoxo de Chisholm e outros paradoxos ligados à representação de normas condicionais fazem uma distinção na linguagem entre condição de aplicação da norma e escopo do operador deontico. Isso pode ser feito por um operador de ação que limita o escopo do operador a ações que são fórmulas de forma distinta do antecedente, indexação temporal das fórmulas, uma lógica deontica com base em relações de preferência. Esses mecanismos têm por efeito substituir a relação de implicação material por outra relação de implicação, valendo alguma forma de *detachment* ou *modus ponens*, deontico ou fático.

Pode-se fazer isso enriquecendo-se a linguagem da lógica deontica correspondente. O efeito, em geral, é que se estabelece um abismo entre antecedente e consequente do condicional deontico, o que é

bem expresso pelo fato de que usualmente, nessas lógicas (temporal, de ação, diádica) não vale a contrapositiva do condicional deôntico. Observe que a contrapositiva vale em LIN, i.e., vale:

$$(DC) Od(a \rightarrow b) \Rightarrow d Od(\sim b \rightarrow \sim a).$$

Aqui, em vez de introduzirmos a distinção dentro da linguagem de obrigações deônticas, usamos a função interpretativa *e* que faz esse trabalho, nos levando para a linguagem de regras técnicas onde o escopo da obrigação fica especificado.

Ou seja, na linguagem de regras técnicas, podemos esclarecer a distinção entre regra técnica condicionada e regra técnica condicional. Vale dizer, as fórmulas $p \rightarrow Ot q$ e $Ot (p \rightarrow q)$ têm significados distintos. A primeira, um regra técnica *condicionada*, significa que “se o estado *p* for o caso, então o sujeito tem que fazer *q*” enquanto o segundo, uma regra técnica *condicional*, diz que “o sujeito tem que fazer com que se *p*, então *q*”.

Ao fazê-lo, porém, a implicação no escopo do operador deôntico deixa de ser implicação material, pois uma vez modalizada, sua redução a outros conectivos proposicionais alterará a tradução pela função *e* para a linguagem de regras técnicas, alterando as consequências normativas correspondentes. Não vale contrapositiva deôntica (DC) e não vale a substituição de equivalentes no escopo do operador modal deôntico, o que inclusive, para alguns, a desqualificaria como uma lógica modal normal ou minimal (veja a discussão do tema em Marcos, 2005 e também sob a perspectiva de propriedades estruturais abstratas a propriedade de auto-extensionalidade em Wójcicki, 1988).

Na verdade, pela função *e*, uma fórmula da forma condicional com uma implicação material não pode ser escopo de uma obrigação ou permissão técnica. Em outras palavras, pela função *e*, não é possível obter regras técnicas *condicionais*, apenas regras técnicas *condicionadas* e essa é a chave para a verificação de consistência capaz de lidar com o problema de inconsistência irracional.

Pode-se inclusive pensar em mudar o símbolo de implicação material para outro condicional, por exemplo, representar a norma condicional em uma linguagem modal diádica, eliminar a função de extração *e* e reformular a definição de LITR introduzindo o teste condicional na definição de consistência. Dessa forma simplifica-se a

verificação da validade da implicação normativa e ganha-se em capacidade expressiva, pelo menos na possibilidade de expressar condicionais materiais no escopo do operador deôntico (o ganho porém não parece relevante se normas condicionais já estão acomodadas no operador diádico).

Fica comprometida portanto a afirmação de Von Wright de que se pode dar cabo dos paradoxos ligados à obrigações condicionais sem recurso a uma lógica ou linguagem diádica. Parece que a implicação material é mesmo incompatível com a condicionalidade normativa.

A segunda questão diz respeito à regra de fortalecimento do antecedente. Essa regra é polêmica e já o é dentro da discussão sobre a adequação da regra estrutural de monotonicidade para o raciocínio normativo. A regra SA determina uma lógica deôntica monotônica. Porém, mais intrigante é o fato de que, nas primeiras formulações de lógicas deônticas diádicas, principalmente por Von G. H. Von Wright (Von Wright, 1964, 1965) e B. Hansson (Hansson, 1971), travou-se uma discussão bastante interessante sobre a compatibilidade entre a regra de fortalecimento do antecedente e o postulado de consistência de obrigações para uma mesma condição.

Em LITR vale (SA) e obrigações inconsistentes para uma mesma condição determinam a irracionalidade do legislador. Mas se, de um lado, B. Hansson abandonou a monotonicidade (SA), por outro, Von Wright abandonou o postulado de consistência. Será possível continuar a admitir ambos os princípios em LITR?

Essa discussão também fica para outra oportunidade.

BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRÓN, Carlos. Philosophical foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals. In: MEYER, J-J. CH.; WIERINGA, J. R. (eds.). *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*. John Wiley & Sons, 1993, p. 43-84.

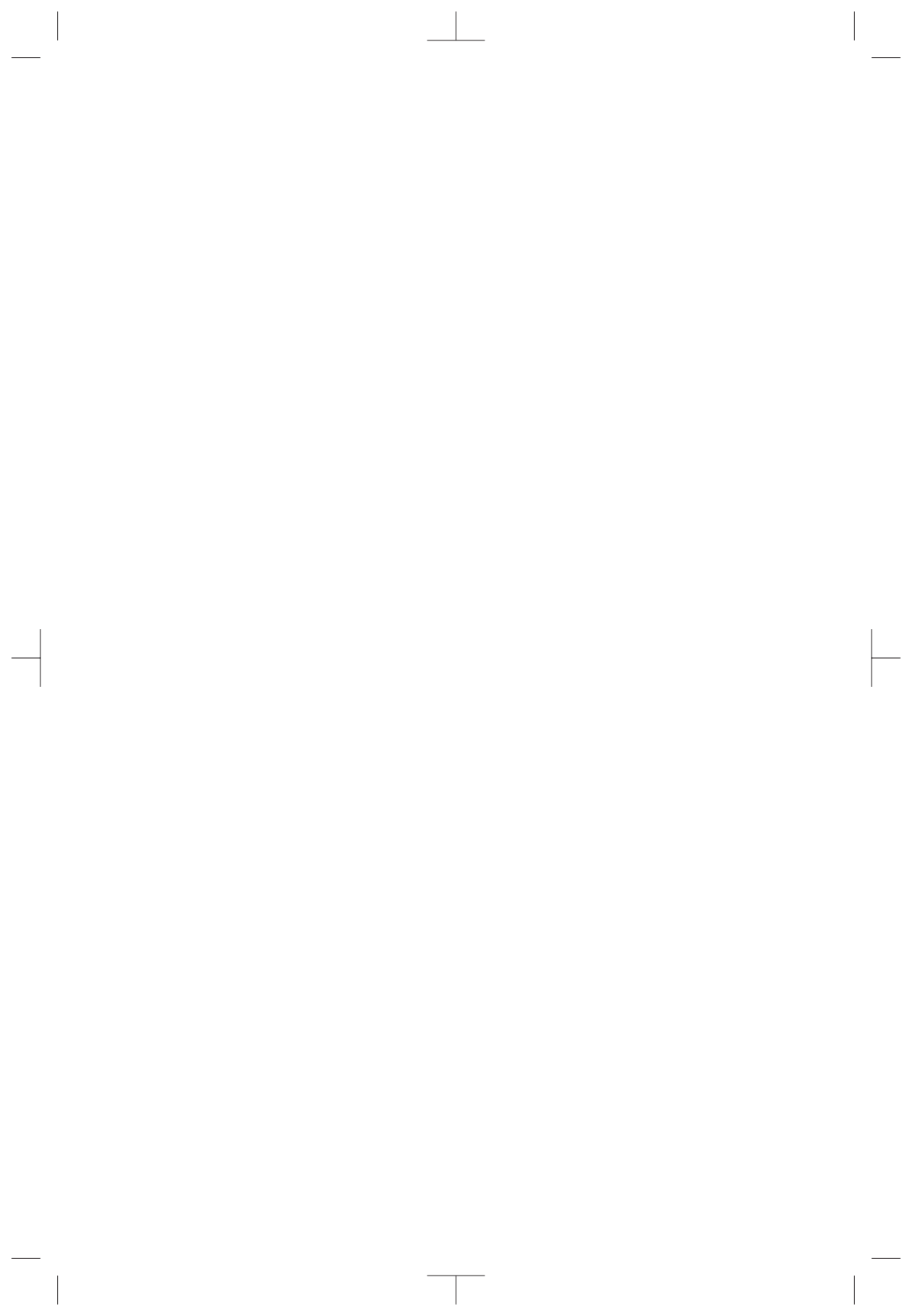
—; BULYGIN, Eugenio. *Normative systems*. Springer Verlag, 1971. As referências são da versão em espanhol: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, 1975.

CARMO, J. e Jones. Deontic logic and contrary-to-duties. In: GABBAY, D.; GUENTHNER, F. (eds.). *Handbook of Philosophical Logic*, vol. 8, 265-343, 2002.

CASTAÑEDA, H. N. The logic of obligation. *Philosophical Studies* 10:17-23.1959.

- _____. The paradoxes of deontic logic: The simplest solution to all of them in one fell swoop. In: HILPINEN, R. (ed.). *New Studies in Deontic Logic*, 37-86. Reidel, Dordrecht, 1981.
- CHISHOLM, R. M. Contrary to Duty imperatives and deontic logic. *Analysis* 24, 1963, p. 33-36.
- HAGE, Jaap. Rule consistency. *Law and Philosophy* 19: 369-390, 2000.
- HANSEN, Jorg. Are there paradoxes of commitment in professor Von Wright's logic of norms? In: MEGGLE, G. (ed.). *Action, norms, values: discussions with Georg Henrik Von Wright*. Walter de Gruyter, 1999.
- HANSSON, B. An analysis of some deontic logics. In: HILPINEN, RISTO (ed.). *Deontic Logic: introductory and systematic readings*. D. Reidel, Dordrecht, 1971, p. 121-147.
- HILPINEN, Risto; FOLLES DAL, Dagfin. Deontic logic: an introduction. In: HILPINEN, RISTO (ed.). *Deontic logic: introductory and systematic readings*. D. Reidel Publishing Company, 1971.
- _____. On deontic logic, pragmatics and modality. *Pragmatik: Handbuch pragmatischen Denkens*. Band IV. ed. Herbert Stachowiak. Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1993, 295-319.
- JØRGENSEN, Jørgen. Imperatives and Logic. *Erkenntnis* 7: 288-296. 1937-1938.
- KALINOWSKI, G.; GARDIES, J. L. Un logicien deontique avant la lettre: Gottfried Wilhelm Leibniz. *Archives für Rechts – und Sozialphilosophie– ARSP*, LX/1, 1974.
- JONES, A. I.; PORN, I. Ideality, sub-ideality and deontic logic, *Synthese*, 65, 275-290, 1985.
- LOWER, B.; BELZER, M. Dyadic deontic detachment, *Synthese*, 54, 295-318, 1983.
- MAKINSON, David. On a fundamental problem of deontic logic. In: MCNAMARA, P. E PRAKKEN (eds.). *Norms, Logics and Information Systems*. Amsterdam, IOS, 1999.
- MARANHÃO, J. S. A. Von Wright's Therapy to Jorgensen's Syndrome. *Law and Philosophy*, 28:163-201. Springer, 2009.
- MARCOS, J. Modality and paraconsistency. In: BILKOVA, MARTA; BEHOUNEK, LIBOR (org.). *The Logica Yearbook 2004*. Prague: Filosofia, 2005, p. 213-222.
- MALLY, Ernst. *Grundgesetze des Sollens*. Graz: Leuschner und Lubensky, 1926.
- PRAKKEN, H.; SERGOT, M. J. Contrary-to-duty obligations and defeasible deontic reasoning. *Studia Logica*, 57, 91-115, 1996.
- _____; _____. Dyadic deontic logic and contrary-to-duty obligations. In: NUTE, D. (ed.). *Defeasible Deontic Logic*. Synthese Library, 223-262, 1997.
- RESCHER, N. An axiom system for deontic logic. *Philosophical Studies*, vol. 9, 1958, p. 24-30.

- _____. Conditional permission in deontic logic. *Philosophical Studies*, vol. 13, 1962, p. 1-6.
- ROSS, Alf. Imperatives and logic. *Theoria* 7, 1941, p. 53-71.
- VON WRIGHT, G. H. Deontic Logic. *Mind*, 60:1-15, 1951.
- _____. A new system of deontic logic. *Danish Yearbook of Philosophy*, vol. 1, 1964, 173-182.
- _____. A correction to a new system of deontic logic. *Danish Yearbook of Philosophy*, vol. 2, 1965, 103-107.
- _____. Norms, truth and logic. *Practical reason*. Philosophical Papers, vol. 1. Oxford: Basil Blackwell, 1983, p. 130-209.
- _____. Is and ought. *Man, law and other forms of life*. ed. Bulygin E., 263-281, Reidel, 1985.
- _____. The foundations of deontic logic- a critical survey. *Proceedings of ΔEON'91*, eds. J. J. Meyer e Wieringa, 1991.
- _____. Is there a logic of norms? *Ratio Juris* 4:265-283, 1991. Referências são feitas à versão reimpressa em *Six Essays in Philosophical Logic*. Acta Philosophica Fennica, vol. 60, 1996.
- _____. On norms and normpropositions. *The reasonable as rational?* Festschrift in honour of Aulis Aarnio, ed. Werner Krawietz u.a. Dunker & Humboldt, 1997.
- _____. Deontic logic: as I see it. In: McNAMARA, P.; PRAKKEN, H. (eds.). *Norm logics and information systems (ΔEON'98)*, 15-25, Amsterdam IOS, 1999(a).
- _____. Value, norm and action in my philosophical writings. In: MEGGLE, G. (ed.). *Action, norms, values: discussions with Georg Henrik Von Wright*. Walter de Guyter, 1999(b).
- WÓJCICKI, R. *Theory of logical calculi*. Kluwer, Dordrecht, 1988.
- ÅQVIST, L. An introduction to deontic logic and the theory of normative systems. *Indices* (Monographs in Philosophical Logic and Formal Linguistics, Bibliopolis, Naples), 1987.



III ONTOLOGIA E FILOSOFIA DOS VALORES

1

Dualidade e a estrutura do mundo

ALEXANDRE COSTA-LEITE

Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência (CLE) da Unicamp.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

RESUMO: Este artigo argumenta que o mundo tem uma estrutura dicotômica na qual nós podemos encontrar extremos duais, considerando a análise das entidades matemáticas e lógicas.

PALAVRAS-CHAVE: Dualidade – Dicotomia – Estrutura – Mundo.

ABSTRACT: This article argues that the world has a dichotomic structure in which we can find dual extremes, considering the analysis of mathematical and logical entities.

KEYWORDS: Duality – Dichotomy – Structure – World

SUMÁRIO: Introdução – 1. Dualização e negação – 2. Estrutura e mundo – 3. Geradores de dualidade e a estrutura do mundo – 4. Conclusão – 5. Agradecimentos – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO¹

A separação dicotômica da ontologia está ultrapassada e raramente, nos dias atuais, filósofos defendem tal visão. Procuo sustentar a idéia de que a estrutura do mundo é dicotômica e formada por extremos duais.² Isto é: no conjunto de objetos que compõem o mundo, podemos estabelecer uma estrutura bipartida na qual os extremos

1. Trabalho financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp).

formais da dicotomia se comportam como objetos duais. Um modelo de representação da estrutura do mundo fundado na matemática e na lógica é apresentado.³ Para verificarmos a razoabilidade da presente representação, usarei o fato de que na estrutura do mundo podemos encontrar a presença de geradores de dualidade, ou seja, princípios dualizantes.

Objetos duais estão por todas as áreas do pensamento humano: a dualidade tem um papel fundamental na física, na matemática, na filosofia, na biologia, e ainda nas religiões e em áreas artísticas tais como a literatura e a pintura. É natural que uma teoria que pretende investigar a estrutura geral e abstrata do mundo suponha também que a dualidade possui uma função crucial nessa caracterização ontológica.

Este artigo é apenas uma tentativa de justificar a crença das pessoas comuns de que a realidade está repleta de opostos duais. Entendo por “estrutura do mundo” aquela parte permanente, a qual deve ser compreendida no sentido da ontologia contemporânea: forma pura independente de quaisquer dados empíricos ou fatos contingentes. Entre os duais, existe a contingência, ou seja, o fluxo dos eventos. Temos, desta maneira, dois aspectos da realidade: de um lado, os aspectos necessários, condições para a existência e desenvolvimento das coisas em geral; do outro, os aspectos contingentes, os fatos brutos que compõem o mundo e que permeiam esses dois extremos.

A partir da observação do comportamento das entidades lógicas e matemáticas, é possível concluir que tal dualidade transcende o mero limite formal e se fixa como limite binário dos fatos contingentes e

2. É difícil dizer ao certo a origem da idéia de que a estrutura do mundo é dicotômica, formada por duais. Filosofias dualistas têm aparecido na história desde a época dos gregos em variadas formas.
3. Essa idéia de que existe uma estrutura do mundo espelhada pela matemática e pela lógica pode ser encontrada em vários autores: nos atomistas lógicos como Russell (1918) e Wittgenstein (1921), em positivistas como Carnap (1928), assim como em trabalhos mais recentes, como é o caso de Tegmark (2007) e McCabe (2008). Normalmente, essas visões são tidas como um realismo estrutural (veja Ladyman (2009)).

do mundo em geral. A estrutura do mundo é dicotômica e com opostos duais, apesar de que o mundo, nele mesmo, enquanto uma coleção de fatos contingentes, não o é.

1. DUALIZAÇÃO E NEGAÇÃO

A dualidade deve ser definida de modo relacional: dizemos que *algo é dual em relação a algo*. Em matemática, podemos definir o dual de alguma relação (ver Birkhoff (1943)) e notamos a presença de geradores de dualidade, ou o que chamo de princípios dualizantes dando origem a conceitos duais. Construções dualizantes ou entidades duais não são privilégios da matemática e da lógica. Outras ciências também se deparam com o conceito de dualidade. Portanto, o conceito de dualidade ultrapassa os limites formais, apesar de que ele se encontra na forma ideal enquanto um conceito eminentemente matemático. Dualizar é o processo de gerar ou encontrar conceitos que, de certo modo, se complementam. Trata-se de um fenômeno que muito se parece com o negar classicamente, mas a negação é apenas uma manifestação discreta de um princípio dualizante na lógica clássica.

A leitura que podemos fazer da dualidade é ampla e a sua compreensão envolve as noções de oposição e negação. O conceito de oposição é caracterizado pelo tradicional quadrado de Aristóteles e suas generalizações.⁴ Ele envolve, por sua vez, os conceitos de contraditoriedade, contrariedade e subalternação: as oposições fundamentais. De todas as oposições, aquela mais apropriada para uma teoria da dualidade é a de contraditoriedade, pois os extremos da relação são objetos duais considerando uma determinada relação (primeiro nível da dualidade). A oposição de contraditoriedade é baseada na negação e, como tal, é aplicada somente às proposições. Por isso, não consegue captar todos os aspectos da dualidade, a qual é aplicada não somente às proposições, mas também aos conjuntos e outros objetos abstratos. A dualidade entendida no sentido lógico tradicional tendo o quantificador existencial como dual do quantificador universal e a modalidade de possibilidade como dual da modalidade de necessidade implica

4. Ver, por exemplo, o caso da teoria da *n*-oposição desenvolvida por Moretti (2004), na qual o quadrado de oposições é estendido para estruturas tridimensionais.

que a oposição mais adequada para entender a dualidade seria a de subalternação (chamo isso de o segundo nível da dualidade). E é exatamente essa operação que ocupa o quadrado dos quaternais proposto por Gottschalk (1953).⁵ Todavia, a dualidade é aqui entendida num sentido mais abrangente tendo, por exemplo, o vazio como dual do universo na teoria dos conjuntos, os objetos iniciais como duais dos objetos terminais na teoria das categorias e a fórmula mínima como dual da fórmula máxima na lógica. O primeiro nível da dualidade.

Alguém poderia confundir dualidade, dicotomia e bivalência. A dualidade é uma propriedade das entidades em geral, ao passo que a bivalência é uma propriedade estritamente das entidades linguísticas. A bivalência é a existência de apenas dois valores lógicos. Coincidentemente, os valores lógicos da lógica clássica são duais se considerarmos um conjunto de valores lógicos ordenados por alguma relação. Mas nem sempre os valores lógicos são duais, ou seja, existem casos de bivalência sem dualidade. Compreendemos a dicotomia como uma propriedade ontológica fundamental, pois ela separa o mundo em duas partes. Então, no sentido geral, uma dicotomia sugere uma partição dupla da realidade. Todavia, nenhum critério há para afirmar que ao particionarmos o mundo em dois, duas partes duais serão obtidas. Isso nem sempre acontece. Podemos encontrar entidades duais mesmo em cenários policotômicos, e isso mostra que o conceito de dualidade é muito mais amplo que o de dicotomia. Cabe aqui mencionar o artigo Gottschalk (1953) que mostrou como funcionam os geradores de quaternidade. A existência de tal idéia de quaternidade nos leva à seguinte questão: seria a dualidade no seu primeiro nível parasitária da quaternidade ou o contrário?

Geradores de dualidade (ou seja, princípios dualizantes) são frequentemente encontrados na matemática, sobretudo na teoria dos reticulados. Normalmente, matemáticos dizem que uma determinada relação tem dual, e assim pode-se encontrar objetos duais. Tarefa mais complexa é saber como funcionam os geradores de dualidade quando as lógicas subjacentes são associadas a álgebras não-booleanas e como seria o problema da dualidade analisado no âmbito da teoria da quaternidade de Gottschalk (1953).

5. Essa referência foi sugerida pelo parecerista anônimo.

2. ESTRUTURA E MUNDO

O conceito de *estrutura* é bastante comum em matemática, assim como o conceito de dualidade. Podemos, por exemplo, falar em “estruturas algébricas”, isto é, conjuntos com operações algébricas definidas sobre ele. Bourbaki (1950) inclusive define a matemática por via das suas estruturas fundamentais. Instanciações de construções matemáticas tais como grupos, anéis e corpos, bem como suas variações, contêm ainda o mínimo para serem vistas como estruturas algébricas, isto é, como um conjunto munido de operações algébricas definidas sobre ele. Qualquer entidade matemática que satisfaça esse pequeno requisito pode ser vista como uma estrutura algébrica. É comum ainda encontrarmos em matemática outros tipos de estruturas: lógicas, categoriais, geométricas etc. Todas elas são tipos de estruturas matemáticas. A estrutura é uma parte necessária, permanente, a qual se contrapõe ao conteúdo mesmo da estrutura que é mutável, contingente, temporário. Nesse sentido, a noção de estrutura possui uma intrínseca conexão com a noção de forma, opondo-se aos aspectos meramente materiais e conteudísticos. Assim, uma “estrutura” é a parte duradoura de algum objeto, não subordinada ao fluxo, livre da contingência. A noção de estrutura é platonista, pois é fundada na crença de que os objetos possuem uma parte ideal, forma pura e perfeita. Alguns podem inclusive associar à estrutura os conceitos de essência ou substância, tão celebrados nas mais variadas filosofias. De certa forma, falar acerca da estrutura de algo é, sim, falar de sua essência, aquela propriedade fundamental que algo não pode deixar de ter, pois assim deixaria de ser o que é. Nesse sentido, a estrutura é o molde do campo dos acontecimentos, o espaço puro onde se dão os eventos particulares.

Por sua vez, o conceito de *mundo* pode ser definido de várias maneiras, dependendo de uma finalidade específica. É pouco provável que alguém apenas com a prosa consiga descrever alguma de suas propriedades fundamentais. A visão que defendo aqui acerca daquilo que é o mundo encontra sua fundamentação na filosofia do atomismo lógico de Russell (1918) e Wittgenstein (1921). Todavia, penso que o mundo não é somente aquilo que é o caso, mas todo o campo de possibilidades das suas variadas configurações. Por conseguinte, o mundo é visto como tudo aquilo que é e pode ser o caso. A existência de

um fato é que vai determinar a transformação da possibilidade para a atualidade. De todo modo, o importante é afirmar que a tese do atomismo lógico de que a estrutura lógica das proposições espelha a estrutura lógica da realidade é aqui aceita, mas ainda penso que não somente a estrutura lógica faz tal espelhamento, mas também a estrutura conjuntista e categorial têm uma parte fundamental para acrescentar nesse espelhamento. A lógica apresenta apenas uma pequena parte da imagem da estrutura do mundo. É importante notar a existência de outras abordagens defendendo a tese de que a estrutura do mundo é uma estrutura matemática. Após o atomismo lógico, mais recentemente, no âmbito do realismo estrutural, Dipert (1997) defendeu que a estrutura do mundo é, na verdade, um grafo. Já Tegmark (2007) defendeu que o mundo físico que existe independente dos seres humanos é literalmente uma estrutura matemática (a hipótese do universo matemático).⁶

Por “estrutura do mundo”, entendo a armação abstrata que contém os fatos específicos do mundo. Nesse sentido, tal estrutura pode ser pensada dentro do horizonte da tradicional semântica dos mundos possíveis. Devemos pensar essa estrutura como composta por uma coleção de fatos (atuais e possíveis) e transformações entre fatos. O que é o mundo é dado pelo conjunto de valorações específicas de um dado modelo, ao passo que a estrutura do mundo é mais abstrata, não dependendo de informações transitórias acerca de possíveis configurações do mundo. Podemos ainda falar que a estrutura do mundo se manifesta em diversos níveis. Primeiro, podemos pensar a estrutura bruta do mundo como um par formado por um conjunto de fatos e transformações entre fatos. É nesse nível que os elementos proposicionais e conjuntistas são estabelecidos. Em seguida, podemos entrar ainda mais na abstração e pensar o segundo nível da estrutura, no qual estabelecemos *formas variadas* da estrutura do mundo como objetos e morfismos como transformações entre tais formas. Nesse nível, aparecem os elementos categoriais da estrutura do mundo.

6. Não me cabe aqui explicar os diferentes tipos de realismo estrutural. Apenas remeto o leitor ao trabalho de Ladyman (2009).

3. GERADORES DE DUALIDADE E A ESTRUTURA DO MUNDO

A estrutura do mundo é dicotômica e formada por extremidades duais, apresentando, por isso, a existência de geradores de dualidade e princípios dualizantes.⁷ Assim, uma estrutura matemática se adapta perfeitamente à descrição da estrutura do mundo. Isso de certo modo complementa a idéia de Dipert (1997) de que a estrutura matemática do mundo é um grafo. De certo modo, a ontologia básica aqui idealizada de um sistema de filosofia é bipartida contendo entidades duais (entendidas no segundo nível de dualidade). A dualidade encontra-se sobretudo nos objetos matemáticos, e sendo a matemática capaz de estabelecer a estrutura do mundo e da realidade em geral, segue-se que a estrutura mais geral possível da realidade é dicotômica com extremos duais. Novamente, entendo por “estrutura mais geral possível da realidade” aquela parte do mundo que não é passível de fluxo, contingência, mudança e temporariedade. A estrutura é a armação, o molde no qual os fatos do mundo acontecem.

Para vermos o porquê da estrutura da realidade ser formada por extremidades duais, precisamos primeiro mostrar como a dualidade se apresenta na sua força mais bruta nos fundamentos da matemática, via o conceito de reticulado. A lógica, a teoria dos conjuntos e a teoria das categorias constituem o fundamento de toda a matemática atual e, por isso, uma vez estabelecida a dualidade mínima nessas estruturas, é bastante fácil transportá-la para toda a matemática e em seguida modelar a estrutura mais geral possível do mundo. Recapitulemos então a descrição dos aqui chamados geradores de dualidade fundamentais.

Na teoria dos reticulados (Ver Birkhoff (1943)), uma relação que é reflexiva, anti-simétrica e transitiva tem sempre um dual.⁸ Nesse sentido, podemos definir elementos duais nessas estruturas, os quais podem ser particularizados e encontrados em várias áreas da

7. Mitra (2008) e McCabe (2008) defendem, de certo modo, a dualidade fundamental na estrutura do mundo. A posição daquele é fundamentada na física e culmina em misticismo, ao passo que este está mais próximo do presente texto pois faz uso do conceito de dualidade matemática e da teoria das categorias.
8. Não vou aqui apresentar os axiomas da teoria dos reticulados e nem de nenhuma outra área dos fundamentos da matemática, pois tudo isso é material básico e, facilmente, encontrado na Internet.

matemática, especialmente nos seus fundamentos, sob a forma de princípios dualizantes (o primeiro nível da dualidade).

Na lógica, a dualidade é mais que evidente e aparece em várias proporções como, por exemplo, a dualidade dos valores lógicos ou valores de verdade. No ambiente da lógica clássica, as valorações levam proposições a um conjunto de valores lógicos, e tal conjunto é formado pela *verdade* e *falsidade*. Uma proposição verdadeira se negada transforma-se numa proposição falsa e vice-versa. Entendemos a negação no sentido puro da lógica clássica, sem nenhuma perversão artificial. Nesse sentido, podemos até mesmo fazer uma pequena álgebra dos valores lógicos. Aqui dualização e negação são equivalentes. Em seguida, podemos passar para uma ordem mais complexa de dualidade lógica, e ela se manifesta nas combinações de proposições com operadores lógicos. A lógica clássica é feita de tal maneira que os operadores de conjunção e disjunção se comportam de maneira dual na presença da negação. Há, todavia, outra dualidade manifestando-se nas entidades lógicas: os conceitos de fórmula máxima e fórmula mínima são duais. Uma fórmula máxima é sempre verdadeira, sendo, portanto, consequência de qualquer conjunto de fórmulas, ao passo que uma fórmula mínima é sempre falsa, sendo, portanto, fonte de qualquer fórmula. Esse terceiro nível é uma espécie de generalização dos níveis anteriores. Fórmulas mínima e máxima são opostas e se complementam. Considerando uma relação de consequência lógica+definida entre proposições singulares, percebe-se que temos um reticulado, uma álgebra do Boole. A anti-simetria é a equivalência de proposições. Importante é notar que em lógica, temos a existência de geradores de dualidades, os quais se manifestam sobretudo no princípio dualizante caracterizado pelo papel da negação clássica. A lógica é apenas o espelho de um fragmento da estrutura do mundo e, uma vez que a dualidade existe no âmago mesmo das estruturas lógicas, é natural conjecturar que tal dualidade existe na estrutura da realidade. Antes de mostrarmos que nossa conjectura é correta, vamos proceder buscando outros princípios dualizantes nos fundamentos da matemática e, assim, explorando a estrutura da realidade por inteiro.

Na teoria axiomática dos conjuntos Zermelo-Fraenkel (Ver Suppes (1972)), a dualidade também é evidente e, do mesmo modo que na lógica, aparece em vários níveis. O primeiro nível é a dualidade

que existe entre o conjunto vazio e o universo. A dualização do conjunto vazio gera o universo e vice-versa. Deste modo, a primeira manifestação da dualidade conjuntista aparece na dualidade entre o vazio e o universo. Aqui a relação levada em consideração para definir o reticulado é a de “estar contido”, a qual possui um dual. Vazio e universo são construções específicas em um dado reticulado. Em seguida, pode-se estabelecer um outro nível da dualidade levando em consideração as operações conjuntistas de complementar clássico, assim como a união e a interseção. A teoria dos conjuntos é, talvez, a mais importante ferramenta para determinar uma ontologia que está nas mãos dos filósofos. No interior de ZF, os conceitos ontológicos e metafísicos tradicionais encontram uma abordagem extremamente clara e reconfortante. Conceitos eminentemente metafísicos tais como propriedades, objetos, infinito e outros são definidos axiomáticamente de maneira tal que podemos estudar suas propriedades matemáticas sem o medo constante do conflito de posições teóricas. A teoria dos conjuntos é a vingança da ontologia suprema que os filósofos sempre buscaram estabelecer com o uso das linguagens naturais e nunca conseguiram.⁹ A dualidade existe novamente na teoria dos conjuntos, e se manifesta na álgebra das operações conjuntistas assim como no par formado pelo conjunto vazio e universo. Ou seja, existem entidades geradoras de dualidade e princípios dualizantes na teoria dos conjuntos, e eles se manifestam na noção de complementarização. Isso é mais um indício de que nossa conjectura é correta. As dimensões duais da lógica e da teoria dos conjuntos configuram os elementos do mínimos da estrutura do mundo, ao passo que a dimensão dual categorial máxima é dada por construções universais em teoria das categorias. Observemos, portanto, mais uma área nobre nos fundamentos da matemática.

Assim como a dualidade se manifesta na lógica e na teoria dos conjuntos, podemos também estabelecer a dualidade na teoria das categorias (Ver Goldblatt (1984)). Esta é uma maneira abstrata e universal de definir objetos matemáticos sem comprometimento com particularidades contingentes. Uma categoria é uma coleção de objetos ligados via morfismos que satisfazem algumas propriedades

9. Esse é provavelmente o fundamento que leva Badiou (1996) a defender a visão de que a ontologia é a própria matemática.

básicas. Dentre as construções universais que podem ser definidas no ambiente categorial, notamos também diferentes níveis de dualidade. O primeiro nível aparece na análise dos objetos iniciais e dos objetos terminais. A dualidade é algo tão intenso no universo categorial que existe mesmo um princípio gerador de dualidade que liga a cada construção universal o seu dual de tal modo que, dada uma certa categoria, é sempre possível mudar a direção dos morfismos e gerar a categoria dual. Assim, construções universais tais como produtos e co-produtos são duais, no sentido de que são opostas e se complementam. Na teoria das categorias, os geradores de dualidade e os princípios dualizantes são basicamente obtidos via o princípio de dualidade categorial, que nos permite gerar o dual de qualquer categoria.

Construções duais e dualidades existem nas três grandes áreas dos fundamentos da matemática: lógica, teoria dos conjuntos e teoria das categorias. Tais áreas estão repletas de geradores de dualidade e princípios dualizantes. Mas o verdadeiro fenômeno é que tais dualidades não estão isoladas, sozinhas, sem comunicação. Ao contrário, elas se comunicam, estão todas ligadas e conectadas. Chamo isso de o milagre da dualidade. Exploreemos agora esse milagre e aquilo que ele mostra acerca da estrutura mais geral possível da realidade.

A matéria-prima da lógica é feita de proposições e operadores lógicos, ao passo que a matéria-prima da teoria dos conjuntos é feita de conjuntos e operações conjuntistas. Na teoria das categorias, a matéria-prima é formada por objetos e construções universais. O milagre da dualidade é a relação que existe entre todas essas matérias-primas fundadoras.

Alguns resultados de impacto na matemática tem reverenciado tal milagre. Encontramos, por exemplo, o teorema algébrico da representação de Stone (1936) que liga a dualidade lógica à dualidade conjuntista. Uma extensão de tal teorema mostra que essa ligação alcança também a teoria das categorias. Curioso é notar que as proposições estão para os conjuntos, que por sua vez estão para os objetos, assim como conjunção e disjunção estão para interseção e união, que por sua vez estão para produtos e co-produtos. E mais, verdade e partícula máxima estão para o universo, que por sua vez está para o objeto terminal, do mesmo modo que a falsidade e partícula mínima estão para o conjunto vazio, que por sua vez está para o objeto inicial. Por que

isso acontece? Por que o funcionamento da dualidade é tão perfeito? O que faz a partícula mínima da lógica ser o conjunto vazio da teoria dos conjuntos e o objeto inicial da teoria das categorias? Alguns vão responder que isso se dá porque as estruturas são isomorfas, mas isso é apenas mudar a questão para: por que existe tal isomorfismo? Será que as entidades foram precisamente construídas para tudo isso funcionar perfeitamente? Uma resposta deveras artificial seria afirmar que construções duais são tipos de reticulados, álgebras de Boole, mas isso pouco explicaria. A resposta que aqui proponho é a que me parece mais razoável: tudo isso se dá desse modo tão natural porque a estrutura mais geral possível da realidade é dicotômica e dual. E é exatamente porque a dualidade é a regra que em matemática as coisas funcionam como funcionam. E de modo circular, a estrutura da realidade é dual porque a dualidade existe nas formas mais básicas e seguras do conhecimento humano.

O salto que fazemos da dualidade matemática para a dualidade da estrutura da realidade é feito com base no enorme êxito que a matemática tem se adaptado ao mundo real.¹⁰ A matemática pode ser aplicada ao mundo, tal como acontece nas aplicações do cálculo, da geometria etc. O mundo é composto por fatos, na linguagem de Wittgenstein (1921), e estes são mutáveis, contingentes, perecíveis. Há, contudo, a estrutura geral da realidade dada não somente pela lógica (como queriam os atomistas lógicos), mas também pela teoria dos conjuntos e das categorias.

Alguns filósofos argumentaram que a bivalência, ou a dualidade, não é de modo algum a essência do real e, para tanto, usaram argumentos fundados na existência das lógicas não-clássicas. Por exemplo, com o uso de uma negação um pouco mais fraca, a pretendida dualidade seria perdida e o milagre não teria lugar. De fato, podemos construir ontologias tripartidas, n-partida sem perder a consistência e a coerência das idéias. Assim, argumentar que a estrutura geral da realidade é dividida em objetos duais seria apenas permanecer no universo clássico, bivalente, dicotômico, apenas uma particularidade teórica facilmente superada considerando as aventuras das lógicas não-clássicas, especialmente as lógicas multi-valentes, as quais possuem outras

10. Apoiamos aqui o nosso argumento na tese do realismo estrutural defendido por vários autores e explicada por Ladyman (2009).

álgebras associadas, diferentes do reticulado da álgebra de Boole. Suponhamos então que a estrutura da realidade não seja dicotômica, mas policotômica. Chamamos essa postura de ontologia *n*-partidas. Muitas vezes a *n*-partição ontológica é interessante com o objetivo de encontrar alguma aplicação para um pequeno formalismo, mas do ponto de vista de uma teoria realmente espelhando as coisas como elas são, essa ontologia *n*-partida pode ser evitada, pois é parasitária de estruturas bipartidas. O problema fundamental que toca as ontologias *n*-partidas é o argumento de Suszko (1975) que mostra que toda lógica *n*-valente pode ser reduzida a uma lógica bivalente. De fato, existem várias críticas ao argumento de Suszko, mas nenhuma delas conseguiu mostrar que a bivalência não é, de fato, reconstruída. O argumento de Suszko, que aqui estendemos para a ontologia, defende que toda lógica é bivalente porque mesmo que *n*-valores lógicos sejam estabelecidos, ainda assim ao determinarmos conceitos lógicos internos fundamentais tais como validade, precisaremos mais uma vez recorrer à noções tais como a de valores designados e não-designados. Aqueles vão se referir à verdade ao passo que estes à falsidade e, conseqüentemente, a bivalência está restaurada. Lógicas ou ontologias *n*-valentes ou *n*-partidas, na verdade, nada mais são que lógicas e ontologias bivalentes ou bipartidas disfarçadas de *n*-valentes ou *n*-partidas, respectivamente. O argumento de Suszko restaura não somente a bivalência mas também a dicotomia, e essas reaparecem ainda mais fortes que antes, pois mostram que as tentativas de eliminar a estrutura bipartida ontológica são todas condenadas ao fracasso.

Podemos adaptar o argumento de Suszko e aplicá-lo para além dos valores lógicos. Ontologicamente, defendo que toda policotomia pode ser reduzida a uma dicotomia, o que é o mesmo de defender que toda partição pode ser reduzida a uma partição bipartida. Vale notar que nem toda dicotomia possui geradores de dualidades e princípios dualizantes. A idéia de Gottschalk (1953) de uma teoria da quaternaridade pode ser reduzida a uma teoria da dualidade do mesmo modo que Suszko reduziu lógicas polivalentes às lógicas bivalentes? A conjectura é que *sim*, apesar de não ter ainda investigado esse problema em detalhe.

4. CONCLUSÃO

A tese de que a estrutura do mundo possui uma partição dicotômica é obtida pela constatação de que a matemática e a lógica descrevem a estrutura do mundo ao passo que as ciências empíricas descrevem o mundo. A estrutura do mundo é dicotômica com partes duais ao passo que o mundo é policotômico. Algumas pessoas podem pensar que o programa de dualização da dicotomia existente na estrutura da realidade incorre na chamada falácia do falso dilema, pois exclui todas as outras possibilidades da partição da estrutura do mundo e a reduz somente a duas. Não há falácia alguma, pois a dualidade é obtida pela constatação simples e direta de que os fundamentos da matemática contêm geradores de dualidade fundamentais, e sendo os fundamentos da matemática responsáveis por descrever a estrutura ontológica, segue-se que a duplicidade da estrutura é uma consequência natural. Não há uma terceira via. Se existisse, ela contaminaria também os fundamentos da matemática, o que é impossível.

Outros desenvolvimentos da lógica da dualidade devem ser alcançados e investigados em detalhe. Todas as áreas do saber têm seus próprios princípios dualizantes. Longe das pretensões deste artigo está a tentativa de descrever a totalidade das dualidades que podem ser encontradas nas variadas ciências e também mesmo na matemática e na lógica, isto é, quais são exatamente todos os elementos duais da estrutura da realidade. Cabe a cada área do conhecimento buscar seus geradores de dualidade e seus respectivos princípios de dualização.

Defendo apenas a dualidade da estrutura do mundo usando como fundamento a matemática e a lógica. Uma vez que a dualidade existe nas estruturas matemáticas fundamentais, é natural que ela exista também na estrutura da realidade. A dualidade dessa realidade se manifesta não apenas em estruturas lógico-matemáticas, mas tem consequências em todos os ramos da vida humana. Filosofias dualistas têm sido usadas há muito tempo para justificar algumas religiões e condutas humanas. Tipos de dualismo aparecem na ética, na natureza e em todos os locais que dedicamos nossa atenção.

A estratégia do argumento é sugerir que o mundo em que vivemos, o qual é formado também por todas as suas possibilidades, está repleto de fatos contingentes. Todavia, tais fatos ocorrem dentro de um determinado campo de ação dual. É como se estivéssemos entre

duas paredes, e todos os acontecimentos se articulassem nesse pequeno espaço, sem jamais ir para além dele.

Algumas vezes a conexão quase imediata entre tais duais nos leva a crer que existe um poderoso mecanismo gerador de dualidades imperceptível do ponto de vista dos fatos transitórios. O milagre da vida humana não somente ocorre entre duas entidades duais, mas se desenvolve cercado de dualidades na policotomia dos fatos contingentes.

Por fim, é importante notar que a tese fundamental –*a estrutura do mundo é dicotômica contendo geradores de dualidade*– não é uma verdade intocável e imutável, mas somente uma indicação de um modelo razoável acerca de como as coisas realmente são. Determinar qual é, *de fato*, a estrutura do mundo, parece tarefa inalcançável. Todavia, se ela existe, tudo indica que ela é bipartida e cercada por princípios dualizantes.

5. AGRADECIMENTOS

Agradeço ao parecerista anônimo pelos comentários acerca deste texto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADIOU, A. *L'être et l'événement*. Paris: Éditions du Seuil, 1988.
- BIRKHOFF, G. What is a lattice? In: *The american mathematical monthly*, 1943. vol. 50, p. 484-487.
- BOURBAKI, N. The architecture of mathematics. Trad. Arnold Dresden. *The american mathematical monthly*, 1950. vol. 57, p. 221-232.
- CARNAP, R. (2003). *The logical structure of the world*. Trad. Rolf A. George. Illinois: Open Court. Original, 1928.
- DIPERT, R. R. (1997). *The mathematical structure of the world: the world as a graph*. *The Journal of Philosophy*, 1997. vol. XCIV, p. 329-358.
- GOLDBLATT, R. *Topoi: The categorical analysis of logic*, New York: Dover Publications, 1984.
- GOTTSCHALK, W. H. The theory of quaternality. *The Journal of Symbolic Logic*, 1953. vol. 18.
- LADYMAN, J. Structural realism. In: *Stanford encyclopedia of philosophy*, 2009.
- MCCABE, G. The duality of the universe. *Arxiv*: [http://arxiv.org], 2008.
- MITRA, A. N. Duality: a bridge between physics and philosophy? In: [http://arxiv.org], 2008.

- MORETTI, A. Geometry of Modalities? Yes: Through n-Opposition Theory. In: BEZIAU, J-Y; COSTA-LEITE, A; FACCHINI, A. (eds.). *Aspects of Universal Logic*. Neuchâtel, 2004.
- RUSSELL, B. (1918). The philosophy of logical atomism. In: *Logic and Knowledge*. ed. R.C. Marsh. London: Allen/Unwin, 1956.
- WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. ed. bilingue. São Paulo: Ed. USP, 1921.
- STONE, M. The theory of representation for boolean algebras. In: *Transactions of the American Mathematical Society*, 1936. vol. 40, p. 37-111.
- SUPPES, P. *Axiomatic set theory*. New York: Dover Publications, 1972.
- SUSZKO, R. Remarks on Lukasiewicz's three-valued logic. *Bulletin of the Section of Logic*, 1975. vol. 4, p. 87-90.
- TEGMARK, M. The mathematical universe. *Arxiv*: [<http://arxiv.org>], 2007.

2

Entre as veredas da cultura e da civilização

JOSÉ LUIZ BORGES HORTA

Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor de Filosofia do Estado e de História do Direito na Faculdade de Direito da UFMG.

MARCELO MACIEL RAMOS

Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Pesquisador junto à Université Paris VII. Doutorando em Direito na UFMG.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

RESUMO: *Diante do rico panorama de culturas em ebulição e embates civilizacionais oferecidos pelo século XXI, busca-se um enfoque cultural para a compreensão da contemporaneidade. O Ocidente se vê obrigado a questionar a universalidade de suas construções culturais e a refletir sobre as produções civilizacionais alheias. O presente ensaio pretende resgatar a etimologia e o desenvolvimento dos conceitos de cultura e civilização no trabalho de filósofos, sociólogos, historiadores e antropólogos, fornecendo um instrumental teórico a partir do qual se poderá melhor refletir sobre o fenômeno jurídico, enquanto realização cultural, diante do novo contexto multi-civilizacional que se apresenta.*

PALAVRAS-CHAVE: Cultura e civilização – Direito e cultura – Direito e civilizações.

ABSTRACT: Given the rich panorama of cultures and clashes between civilizations presented by the twenty-first century, a cultural approach is sought to understand the contemporary world. The West is forced to question the universality of its cultural constructions and to meditate on the achievements of other civilizations. This essay intends to rescue the etymology and the development of the concepts of culture and civilization in the work of philosophers, sociologists, anthropologists and historians, in order to provide theoretical tools from which one can rethink the legal phenomenon, considered as a cultural achievement, in the new multi-civilization context that is presented.

KEYWORDS: Culture and civilization – Law and culture – Law and civilizations.

SUMÁRIO: 1. Direito, cultura e civilizações: um desafio à jusfilosofia do séc. XXI – 2. Dimensões etimológicas de cultura – 3. Dimensões conceptuais de cultura – 4. Dimensões etimológicas de civilização – 5.

Cultura ou civilização? – 6. Uma breve conclusão – Referências bibliográficas.

“ Quando o homem se põe a estudar a cultura, não faz senão estudar a si mesmo, na riqueza imprevisível de suas energias criadoras, como se o espírito se reencontrasse ou se reconhecesse espelhando-se nos feitos da História. ”

Miguel Reale, *Filosofia do direito*, p. 221.

1. DIREITO, CULTURA E CIVILIZAÇÕES: UM DESAFIO À JUSFILOSOFIA DO SÉC. XXI¹

O Direito é tradicionalmente concebido como um fenômeno ocidental, legatário da concepção romana de *Urbi et Orbi*. Assim, em sede de Direito Comparado,² confere-se grande importância ao Direito Europeu, Continental (sistema romano-germânico, ou romanístico, consagrado nos povos ibéricos, latinos e na Alemanha, bem como em suas colônias) ou Insular (decorrente da tradição da *Common Law* inglesa, hoje presente na *Commonwealth* extremo-ocidental).

O século XXI oferece um rico panorama de culturas em ebulição, muitas vezes pela via de conflitos civilizacionais. Samuel Huntington, pensador norte-americano, é o grande responsável pela proposição de um enfoque civilizacional³ para a compreensão da contemporaneidade.

1. O presente artigo compõe-se de reflexões desenvolvidas junto à linha de pesquisa em Direito, Razão e História, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG; parte dele integrou a dissertação de mestrado RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do ocidente*. Belo Horizonte: UFMG, 2007 (Dissertação, mestrado em filosofia do direito). Sua redação – para a qual colaboraram os jovens pesquisadores Daniel Cabaleiro Saldanha, da UFMG, e Marcelo Caetano, da Universidade de São Paulo – insere-se no projeto Direito, Cultura e Civilizações, que conta com incentivo da Pró-Reitoria de Pesquisa da UFMG e do Programa Pesquisador Mineiro, da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (Fapemig).
2. Veja-se o clássico DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 01-14. Uma leitura mais teórica do Direito Comparado encontra-se em LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Entende Huntington que o ideal ocidental de civilização universal⁴ não se sustenta ante um mundo fracionado em ao menos sete grandes civilizações⁵ que, em regra, “vêem como ocidental o que o Ocidente vê como universal”.⁶ Assim, seria delirante a perspectiva de uma juridicidade universal, como supõem ou fazem supor os estudos tradicionais de Direito Comparado.

É imprescindível, num mundo marcado de incertezas, a atenção ao outro, ao diferente, e a compreensão de suas sutilezas culturais. O mundo oriental merece atenção à sua riqueza,⁷ marcada pela rica cultura confucionista chinesa, a tradição hindu,⁸ as perspectivas do mundo eslavo-ortodoxo, do Islã,⁹ e o mesmo vale para a África negra, ainda cindida por clãs e tribos. Mesmo na Europa, as fraturas civilizacionais fazem-se sentir claramente, na permanente e milenar tensão entre romanos ocidentais e orientais, hoje católicos ocidentais-romanos e orientais-ortodoxos, e mesmo na persistente questão islâmica.¹⁰

Poucos autores, em Direito, têm atentado para a juridicidade oriental: Gilissen talvez seja a mais significativa exceção, consagrando em sua *Introdução Histórica ao Direito* duas dezenas (!) de páginas aos

3. HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações; e a recomposição da ordem mundial*. Trad. M. H. C. Côrtes. São Paulo: Objetiva, 1997.
4. Idem, p. 78.
5. Huntington entende coexistirem as seguintes civilizações: sínica (chinesa, ou confuciana), japonesa, hindu, islâmica, ortodoxa (eslavo-ortodoxa), ocidental, latino-americana e possivelmente africana; v. Idem, p. 50-54. Huntington, inserido nos marcos norte-americanos, não percebe a profunda distinção entre a cultura européia continental e a anglo-saxã (de resto, claríssima em termos de Direito Comparado); já Alexandre Del Valle, geoestrategista sediado em França, identifica profundas diferenças entre o que chama de três grandes componentes da civilização européia (América, Europa ocidental e Europa eslavo-ortodoxa); v. DEL VALLE, Alexandre. *Guerras contra a Europa*. Trad. José Augusto Carvalho. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2003, p. 19 et circa.
6. HUNTINGTON, Samuel P. Op. cit., p. 78.
7. E.g., trabalhada em HENRIQUES, Antônio. *Iniciação ao orientalismo*. Rio de Janeiro: Nova Era, 2000.
8. ZIMMER, Heinrich. *Filosofias da Índia*. Trad. Nilton Almeida Silva e Cláudia Giovani Bozza. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2003.
9. ATTIE FILHO, Miguel. *Falsafa; a filosofia entre os árabes, uma herança esquecida*. São Paulo: Palas Athena, 2002.

grandes sistemas jurídicos tradicionais não europeus.¹¹ Há inequívoca demanda, no Ocidente e especialmente no Brasil, por fontes de referência acerca dos marcos jurídicos e legais de parceiros internacionais potencialmente importantes como China, Índia e Rússia.¹² Por outro lado, a África e os países lusófonos permanecem sequiosos da intervenção brasileira em questões de re-institucionalização político-jurídica, para as quais recomenda-se uma especial atenção às realidades culturais extra-ocidentais.

A compreensão e a percepção dos universos culturais de povos afins pode ser estratégica para garantia da consistência teórica de nossa participação político-econômica na ordem mundial, bem como, para fins da integração ibero-latino-americana, a investigação de nossos marcos históricos é imprescindível.

Para tanto, de início, é preciso indagar do conceito de cultura e do conceito de civilização.

2. DIMENSÕES ETIMOLÓGICAS DE CULTURA

O termo cultura deriva das expressões latinas *cultura agri* e *cultura animi*,¹³ que significavam, respectivamente, o processo de cultivo da natureza e o do espírito. Ambos os sentidos ainda estão presentes no uso contemporâneo da palavra; da primeira expressão originou-se o termo agricultura, que se refere à preparação coordenada de lavouras para a produção de alimentos e de matérias primas para o homem – daí falarmos em cultura de arroz, de milho, de pérolas etc. Da segunda expressão resultou a noção de cultura, no sentido de educar o espírito, de instruir-se, acepção que está ainda hoje amplamente difundida no uso comum (ou vulgar) da palavra.

10. A Europa pauta-se, hoje, como uma civilização em grave crise cultural, como detalha LAQUEUR, Walter. *Os últimos dias da Europa; epitáfio para um velho continente*. Trad. André Pereira da Costa. Rio de Janeiro: Odisseia, 2007.
11. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 101-126.
12. Brasil, Rússia, Índia e China compõe o chamado BRIC's, bloco econômico para o qual imagina-se que penderá o pêndulo da economia, em algumas décadas.

Modernamente, o vocábulo latino *cultura* passou a ser empregado pelos alemães, sob a forma de *Kultur* ou *Cultur*, como termo técnico para se referir não mais ao processo de cultivo do espírito,¹⁴ mas aos *costumes e hábitos de determinados grupos humanos*.

Kroeber e Kluckhohn, em obra primorosa,¹⁵ recolhem uma infinidade de definições para o termo cultura, a fim de resgatar as variações históricas do seu uso, e atestam que foi dos trabalhos dos pensadores alemães do século XIX que emergiu sua utilização moderna.

Segundo os referidos autores, o termo *Kultur* aparece na língua alemã no fim do século XVIII, como variação do vocábulo latino *cultura*, mantendo seu sentido original, ao modo da expressão *cultura animi* utilizada por Cícero.¹⁶ O termo era utilizado então para se referir ao cultivo do espírito, ao desenvolvimento da capacidade intelectual e moral do homem. Nesta acepção, temos a definição de K. F. von Irwing (1725-1801), recolhida por Kroeber e Kluckhohn, segundo a qual cultura é o processo de cultivo ou de aperfeiçoamento das capacidades humanas, o qual retira o homem de seu estado bruto original.¹⁷ Esta também é a opinião de Johann Gottfried Herder

13. KROEBER, A. L.; KLUCKHOHN, Clyde. *Culture: A critical review of concepts and definitions*. New York: Vintage Books, 1952, p. 15; EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. Trad. Sandra Castello Branco. São Paulo: Unesp, 2005, p. 1. O vocábulo latino *cultura* deriva de *colere*, que significava cultivar, habitar, adorar e proteger, donde *cultus*. *Cultus* referia-se ao culto ou adoração da natureza ou dos deuses, mas também denotava a idéia de instrução, educação, bem como de modos sofisticados e refinados de vida. Nietzsche, oportunamente, fala em “cultura de si”; cf. NIETZSCHE, Friedrich. “Ecce homo”: *como alguém se torna o que é*. Trad. Paulo César de Souza. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 70 (As Extemporâneas, § 3.º).
14. Na língua tedesca, o termo mais recorrente para se referir à *cultura animi* é *Bildung*, mais aproximada da noção de circularidade e processualidade característica da grega *paideia* (*paideia*). Nesse sentido, Werner Jaeger afirma que: “A palavra alemã *Bildung* (formação, configuração) é a que designa do modo mais intuitivo a essência da educação no sentido grego e platônico”. Cf. JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Trad. Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13.
15. KROEBER; KLUCKHOHN. Op. cit., p. 5.

(1774-1803), para quem cultura é o progressivo cultivo ou desenvolvimento das faculdades humanas.¹⁸

Num segundo momento, decaiu entre os pensadores alemães o interesse pelo termo *Kultur*, preferindo-se estudar o conceito de Espírito (*Geist*), conforme o fizeram Immanuel Kant (1724-1804) e, sobretudo, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), os maiores expoentes da Filosofia ocidental moderna e contemporânea. Além disso, preferia-se, nesse ínterim, a palavra *Bildung* para se referir ao processo de cultivo do espírito.

Apenas num terceiro momento, após meados do século XIX, quando a preferência hegeliana por *Geist* (Espírito)¹⁹ em lugar de *Kultur* foi perdendo força, o vocábulo cultura tomara progressivamente seu sentido contemporâneo.²⁰ Ainda, é importante anotar, conforme ensina Joaquim Carlos Salgado, que, a rigor, o termo Espírito Objetivo em Hegel referia-se à cultura (ou ao mundo da cultura), tal qual o sentido moderno que se estabelecia.²¹

Recaséns Siches esclarece que “*El reino de la vida humana objetivada es lo que algunos filósofos registraron en el siglo XIX con la*

16. “Atque, ut in eodem simili verser, ut ager quamvis fertilis sine cultura fructuosus esse non potest, sic sine doctrina animus; ita est utraque res sine altera debilis. *Cultura autem animi* philosophia est; hæc extrahit vitia radicitus et præparat animos ad satus accipiendos eaque mandat eis et, ut ita dicam, serit, quæ adulta fructus uberrimos ferant” Cf. CÍCERO. *Tusculan disputations*. Livro II, Cap. V, § 13. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br]. Acesso em: out. 2006, grifos nossos); em versão livre: “E, para seguirmos com a comparação, como um campo, embora possa ser naturalmente frondoso, não pode produzir uma colheita sem adubo, também tampouco pode o espírito sem a educação. Essa é a debilidade de um sem o outro. Considerando que a filosofia é a *cultura do espírito*, isso é o que pode extirpar o mal pela raiz, preparar o espírito para receber as sementes, confiá-las a ele, ou, como poderia dizer, plantá-las, na esperança de que, com a maturidade, produza uma colheita opulenta.”
17. IRWING, K. F. von. *Erfahrungen und untersuchungen über den menschen*. Berlin, 1777, p. 122-23, 127 of § 188 apud KROEBER; KLUCKHOHN. Op. cit., p. 34-35.
18. HERDER, Johann Gottfried. *Ideen zur philosophie der menschheit. Samtliche Werke*. Berlin: B. Suphan, s/p apud KROEBER; KLUCKHOHN. Op. cit., p. 39.

denominación de espíritu objetivo (Hegel) y otros bajo el nombre de cultura (Windelband, Rickert)”.²² Do mesmo modo, Miguel Reale ensina que o Espírito Objetivo de Hegel, que é essa projeção do espírito para fora de si, no plano da História, como História, é o mundo da cultura.²³

Segundo Kroeber e Kluckhohn, o primeiro a utilizar-se da palavra *Kultur* no sentido moderno foi Gustav Klemm (1802-1867), iluminado pelos trabalhos de Adelung e Herder, que apesar de estarem ainda presos ao antigo sentido, introduziram no conceito uma abordagem histórica que abrangia implicitamente os costumes como resultados do processo de cultivo do espírito e de negação da natureza.²⁴ Klemm não chegou a estabelecer uma definição explícita para o termo,²⁵ mas em suas obras, o emprego do vocábulo *Cultur* (variação, no próprio alemão, de *Kultur*) apontava para a mudança dos tempos; a antiga acepção da palavra, significando cultivo (da natureza ou do espírito), havia, segundo Kroeber e Kluckhohn, ficado para trás.²⁶

A primeira definição formal da palavra cultura em sua acepção contemporânea foi elaborada em língua inglesa por Edward Burnet

19. Num sentido geral a palavra *Espírito (Geist)* é empregada por Hegel para denotar a mente humana e seus produtos, isto é, o mundo humano, o mundo da cultura. É, pois, a totalidade do processo de formação cultural de um povo, que se manifesta sob vários aspectos. Como individualidade psicológica (*Espírito Subjetivo*), como espírito comum de um povo materializado em seus costumes, leis e instituições (*Espírito Objetivo*) e também como conceito, que é o resultado do processo de formação do Espírito, no qual ele chega ao saber de si como totalidade (unidade) dos seus vários momentos, isto é, dos seus diferentes aspectos (*Espírito Absoluto*). A propósito, v. INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 118-119.
20. KROEBER; KLUCKHOHN. Op. cit., p. 30-31.
21. SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 321 et seq; SALGADO, Joaquim Carlos. *Seminários hegelianos superiores*. Belo Horizonte: UFMG, 2005-2008.
22. RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofia del derecho*. 17. ed. México: Porrúa, 2003, p. 99.
23. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 206-207.
24. KROEBER; KLUCKHOHN. Op. cit., p. 14.
25. Idem, p. 285-286.

Tylor (1832-1917) em 1871, em sua obra *Primitive Culture* (*Cultura Primitiva*), mais tarde reeditada sob o título *The Origins of Culture* (*As Origens da Cultura*). O autor, tendo bebido nas fontes germânicas, em especial na obra de Klemm, tomou a palavra *Cultur* (*Kultur*) e a introduziu na língua inglesa, sob a forma de *culture*, definindo-a nos seguintes termos:

“Cultura ou civilização, tomadas em seus sentidos etnográficos, é aquele todo complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, os costumes e várias outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem, enquanto membro da sociedade.”²⁷

Todavia, a difusão deste novo sentido deu-se de maneira lenta. Mais de cinquenta anos passaram-se até que a definição delineada por Tylor começasse a ser utilizada pelos dicionários de língua inglesa. Em França, a resistência foi ainda maior, em virtude da preferência francesa pelo termo civilização,²⁸ o qual tinha um sentido específico, denotando um avançado estágio de desenvolvimento social, além de albergar a idéia de urbanização, *locus* da “alta cultura”, característica da qual os franceses mais se orgulhavam em si mesmos.

O estabelecimento de uma definição contemporânea para a palavra cultura foi, em um primeiro momento, trabalho de antropólogos e sociólogos, os quais se limitavam a enumerar as características constitutivas comuns aos diversos grupos sociais que se empenhavam em estudar. Dessa maneira, as primeiras definições eram enumerativas, ocupando-se em descrever os elementos da cultura, a exemplo dos conceitos de Tylor, acima transcrito, e, mais tarde, o de Herskovits:

26. Estes escritos são *Allgemeine Culturgeschichte der Menschheit*, cujo primeiro volume foi publicado em 1843, e *Allgemeine Culturwissenschaft*, publicada em 1854, a primeira uma História da Cultura e a segunda uma Ciência da Cultura. Cf. KROEBER; KLUCKHOHN. Op. cit., p. 14.
27. “Culture or civilization, taken in its ethnographic sense, is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society.” Cf. Tylor, Edward Burnet. *The origins of culture*. New York: Peter Smith, 1970, p. 1. Vale observar que Tylor ainda não fazia distinção entre cultura e civilização.
28. Abordaremos oportunamente as contraposições entre a palavra cultura e civilização.

“A cultura é essencialmente uma elaboração que descreve o corpo total de crenças, comportamento ou conduta, saber, sanções, valores e objetivos que assinalam o modo de vida de um povo.”²⁹

Os antropólogos, ocupados em reunir, ordenar e classificar os dados da cultura, estavam, até meados do século XX, pouco empenhados na tarefa de teorizar ou de alcançar a essência do problema.³⁰ Nada obstante, estas primeiras definições permitiram que se refletisse sobre os elementos constitutivos da cultura, a partir dos quais foi possível tecer análises mais profundas e buscar a compreensão de suas relações.

A partir de meados do século XX, a palavra cultura passou a apresentar uma conotação técnica nos meios científicos, significando o conjunto de atributos e produtos de uma sociedade humana, diversos da natureza, transmitidos por mecanismos que não os biológicos-hereditários.³¹

3. DIMENSÕES CONCEPTUAIS DE CULTURA

Várias foram as tentativas de encontrar os elementos centrais do processo cultural. Idéias, crenças religiosas, tecnologia, família, estrutura da organização social são alguns dos vários fatores considerados.

29. Herskovits, Melville J. *Antropologia cultural; Man and his works*. Trad. Maria José de Carvalho; Hélio Bichels. São Paulo: Mestre Jou, 1963, t. III, p. 457.
30. O problema é levantado por Kroeber e Kluckhohn: “Even in intellectual and semi-intellectual circles the distinction between the general idea of culture and a specific culture is seldom made. (...) The lack of clarity and precision is largely the responsibility of anthropology. Anthropologists have been preoccupied with gathering, ordering, and classifying data, (...) only very recently [they] have become conscious of problems of theory and of the logic of science”. Cf. Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 69.
31. Vale anotar a importante contribuição de Wilhelm Dilthey para a afirmação da independência das Ciências do Espírito frente aos métodos das Ciências da Natureza, tendo estabelecido importantes considerações sobre as especificidades de seus pressupostos. v. Dilthey, Wilhelm. *Introducción a las Ciencias del Espíritu*. Trad. Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1949.

Mas, conforme observam Kroeber e Kluckhohn, evitou-se sobremaneira eleger “o elemento” dinamizador da cultura.³²

Todavia, dentre as várias definições pesquisadas, pudemos verificar algumas constantes, a partir das quais esboçamos uma breve sistematização.³³

O caráter histórico da cultura³⁴ é freqüente nas definições do termo. A cultura compõe-se de um conjunto de atributos e produtos transmitidos através das gerações, num processo de acumulação e evolução social, que só pode ser compreendido numa perspectiva histórica.

Sabe-se que conhecimentos e hábitos não são herdados por via genética. Ao contrário da atividade dos animais, que é, sobretudo, instintiva, a atividade mental do homem é adquirida. Tomemos o próprio exemplo usado por Kroeber.³⁵ Se se retiram ovos de formigas de um formigueiro, colocando-os em outro formigueiro desabitado, no qual se reproduz apenas as mínimas condições físicas do primeiro, as

32. Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 356.

33. Kroeber e Kluckhohn apresentam uma extraordinária coleção de definições de cultura, recolhidas das obras de mais de uma centena de antropólogos, sociólogos, filósofos, historiadores e cientistas das mais variadas searas do saber. Tais definições encontram-se na segunda parte de sua obra *Culture*. Cf. Idem, p. 77-277.

34. A expressão é um evidente pleonasmo. As absolutas conexões e interdependências entre Cultura e História são também as que permeiam as interfaces entre Historicismo e Culturalismo. Sobre essas importantes correntes, v. Saldanha, Nelson Nogueira. *Historicismo e culturalismo*. Rio de Janeiro, Recife: Tempo Brasileiro, Fundação do Patrimônio Histórico e Artístico de Pernambuco, 1986.

35. Kroeber, ao negar a evolução orgânica da cultura e sua transmissão por herança genética, afirma que “toda civilización sólo existe en la mente. La pólvora, las artes textiles, la maquinaria, las leyes, los teléfonos, no se transmiten en sí mismos de hombre a hombre ni de generación en generación, al menos de una forma permanente. Es la percepción, el conocimiento y la comprensión de ellos, sus ideas en el sentido platónico, lo que se traspassa. Todo lo social sólo puede tener existencia gracias a la mente”. Cf. Kroeber, A. L. *Lo superorgánico* (1917). In: Kahn, J. S. (org.). *El concepto de cultura: textos fundamentales*. Trad. José R. Llobera; Antonio Desmots y Manuel Uría. Barcelona: Anagrama, 1975, p. 46.

formigas, tão logo nasçam, repetirão instintivamente as atividades de sua espécie, sem qualquer alteração. Se, todavia, isolam-se crianças da mais alta classe, da civilização mais avançada, numa ilha deserta, sem qualquer acesso à civilização de origem, elas crescerão e formarão uma sociedade sem qualquer semelhança com aquela. Perder-se-iam os símbolos e as conquistas da cultura originária.

Desse modo, a cultura não se adere em nossa composição material (ou animal), mas transmite-se historicamente a partir da capacidade espiritual humana de aprender, recriar e transmitir o patrimônio cultural do qual somos, ao mesmo tempo, portadores e autores.³⁶

Nesse sentido, Miguel Reale ensina que “toda cultura é histórica e não pode ser concebida fora da história”.³⁷ Do mesmo modo, Park e Burgess afirmam que “a cultura de um grupo é a soma total e a organização da herança social que adquiriu significado em função da capacidade racional e da vida histórica do grupo”.³⁸

Nesta perspectiva, a cultura é um processo³⁹ no qual um grupo humano cria seu próprio modo de vida e o transmite através das gerações, num ritmo de acumulação e transformação contínuas.

Outra constante nas considerações acerca da cultura é a afirmação de que sua propriedade mais importante e distintiva repousa em seus *significados e valores*.

O conteúdo da cultura, segundo Ward H. Goodenough, compreende as concepções acerca do mundo, as crenças, os significados e

36. Nesse sentido temos a distinção de Kroeber: “En resumen, la evolución orgánica está esencial e inevitablemente conectada con los procesos hereditarios; la evolución social que caracteriza al progreso de la civilización, por otra parte, no está ligada, o al menos no necesariamente, con los factores hereditarios”. Cf. Kroeber. *Lo Superorgánico*. In: Kahn. *Op. cit.*, p. 50.

37. Reale, Miguel. *Op. cit.*, p. 228.

38. “The culture of a group is the sum total and organization of the social heritage which have acquired a social meaning because of racial temperament and of the historical life of the group.” Cf. Park, R. E.; Burgess, E. W. *Introduction to the science of sociology*. Chicago, 1921, p. 72 apud Kroeber; Kluckhohn. *Op. cit.*, p. 89.

39. “Culture is not a state or condition only, but a process”. Cf. Myres, J. L. *Political ideas of the greeks*. New York, 1927, p. 16 apud Kroeber; Kluckhohn. *Op. cit.*, p. 89.

os valores, mediante os quais se explicam os acontecimentos, desenvolvem-se as técnicas para se alcançar fins concretos, organizam-se os sistemas de conhecimentos e sentimentos e estabelecem-se as regras de comportamento.⁴⁰

Clifford Geertz afirma que o que realmente importa num estudo da cultura é compreender os significados atribuídos a determinada ação e saber qual destes significados esta ação alberga num dado contexto. A passagem a seguir resume bem a posição do autor:

“Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado.”⁴¹

O comportamento é, para Geertz, uma ação simbólica. Portanto, questionar se a cultura é uma conduta padronizada, um estado da mente ou ambas as coisas, perde sentido. O que deve ser perguntado é qual a importância e o que transmite determinada ação ou determinado objeto dentro de um contexto social. Tampouco fazem sentido as teorias que apontam para uma conformação subjetivista da cultura, ou uma análise psicológica da mesma.⁴² A cultura é um dado objetivo, pois seus significados são objetivados através da educação.

Nossa capacidade de comunicar sentimentos e conhecimentos, e mesmo nossa forma de pensar, nos chegaram graças à tradição da qual fazemos parte, através de um processo de educação, no qual assimilamos os símbolos e valores da nossa cultura.

Nesse sentido ensina Malinowski que:

“Las reglas de conducta deben ser grabadas en cada nueva generación mediante la educación; es decir, debe asegurarse la continuidad de la cultura a través de la instrumentalización de la tradición. La primera condición es la existencia de signos simbólicos mediante los cuales pueda traspasarse de una generación a otras la experiencia

40. Goodenough, Ward H. *Cultura, language y sociedad* (1971). In: Kahn. *Op. cit.*, p. 198.

41. Geertz, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 15.

42. *Idem*, p. 20-22.

acumulada. El lenguaje constituye el tipo más importantes de tales signos simbólicos.”⁴³

Para Kroeber e Kluckhohn:

“A cultura consiste em padrões, explícitos e implícitos, de comportamentos adquiridos e transmitidos por símbolos, os quais constituem a realização característica dos grupos humanos, incluindo sua expressão concreta nos artefatos; o núcleo essencial da cultura consiste em idéias tradicionais (i.e., obtidas e selecionadas historicamente) e especialmente nos seus valores conexos.”⁴⁴

Já em Recaséns Siches temos que:

“Mediante la cultura – así, por ejemplo, mediante el arte, la ciencia, la filosofía, la política, el Derecho etc. – los hombres tratan de llevar a cumplimiento valores, los cuales, como ya se mostró, tienen una validez ideal. La cultura, por lo tanto, trasciende el área de las actividades humanas que la producen, para concretar-se con valores ideales.”⁴⁵

Miguel Reale distingue o conceito antropológico ou sociológico de cultura do conceito filosófico, chamando atenção para a insuficiência do primeiro. Todo bem cultural, segundo o filósofo, apresenta dois elementos: um “suporte” e um “significado”. O primeiro compreende a faceta aparente da cultura: os utensílios empregados na vida cotidiana, os modos de agir (usos e costumes), as técnicas utilizadas na produção de bens, o modo de pensar, as manifestações artísticas e intelectuais e seus produtos.⁴⁶ O suporte pode ser material, psíquico ou ideal. O suporte material é de ordem física, consiste num bem concreto: uma estátua, um livro, um tecido estampado. Um suporte psíquico consistiria na expressão de uma intenção: um depoimento de

43. Malinowski. Bronislaw. La cultura (1931). In: Kahn. Op. cit., p. 106.

44. “Culture consists of patterns, explicit and implicit, of and for behavior acquired and transmitted by symbols, constituting the distinctive achievement of human groups, including their embodiments in artifacts; the essential core of culture consists of traditional (i.e., historically derived and selected) ideas and especially their attached values.” Cf. Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 357.

45. Recaséns Siches. Luis. Op. cit., p. 101.

46. Damos aqui desenvolvimento próprio às categorias apresentadas por Miguel Reale.

testemunha, uma confissão, uma declaração de vontade, conforme exemplos do próprio autor. O suporte ideal consiste na estrutura do pensar, nos juízos lógicos de determinada ciência. A precariedade do conceito sociológico de cultura, segundo Reale, reside na tentativa de explicar determinada cultura apoiando-se tão somente nos suportes, omitindo ou deturpando os significados.⁴⁷

A todo suporte de um bem cultural está conectado um significado que consiste no dado mais importante para a compreensão deste bem. Os significados e valores são, nesse sentido, os elementos básicos e primários da cultura. Eles são, em última instância, os motores que promovem todas as demais manifestações culturais.

Outra constante nas definições de cultura é sua identificação com o *conjunto de regras do agir* de um grupo humano, compreendidos os hábitos, os costumes, as normas religiosas e as normas jurídicas.

O uso técnico dado à palavra cultura pelos antropólogos, num primeiro momento, identificava-se com a idéia de conduta. Todavia, tomar o termo como sinônimo de conduta, implicava avocação, pela Antropologia Cultural, do objeto de estudo da Ética. A solução apresentada por Kroeber e Kluckhohn foi tomar cultura como abstração da conduta. Mas com isso, desvelava-se outro problema. Leslie White, assim como um enorme grupo de antropólogos e sociólogos, presos aos pressupostos positivistas e aos métodos das ciências da natureza, não admitia que uma ciência pudesse ter um objeto abstrato: “No puede darse una ciencia cuyo objetivo este constituido por abstracciones intangibles, invisibles, imponderables y antológicamente irreales”.⁴⁸

Para White, o objeto da Antropologia Cultural não poderia ser, portanto, a abstração da conduta, mas sim a própria conduta. Isto não implicaria, segundo o autor, numa disputa epistemológica com a Psicologia, uma vez que essa cuidaria da conduta humana em seu contexto individual, enquanto a Antropologia trataria da conduta humana em suas interações sociais.

47. Reale, Miguel. Op. cit., p. 223-227.

48. White, Leslie A. El concepto de cultura (1959). In: Kahn. Op. cit., p. 132.

Ao lado desta postura radical, tomava-se por objeto da Antropologia Cultural algo mais amplo, identificando-se por cultura o modo de vida do grupo,⁴⁹ numa referência ao conjunto de regras que conformam a ação dos indivíduos numa sociedade. Desse, modo, deslocava-se o foco da conduta em si para os seus fundamentos normativos, o que levaria, num segundo momento, aos fundamentos simbólicos e valorativos.

Malinowski entende que “a Antropologia científica consiste numa teoria de instituições, ou seja, numa análise concreta das unidades tipo de uma organização”.⁵⁰ Na verdade, o que faz o autor é apenas transferir o foco das normas que estabelecem as instituições para as próprias instituições já estabelecidas. Afinal, toda instituição pressupõe normas que a constituem, definindo sua função, o papel de seus membros, a hierarquia etc.⁵¹

Portanto, a cultura consistiria no complexo de normas que descreveriam as formas segundo as quais um indivíduo de determinada sociedade pensa, sente, trabalha e relaciona-se com os demais.⁵²

Nesse sentido, Goodenough afirma que:

“La cultura, pues, consta de normas para decidir lo que es, normas para decidir lo que puede ser, normas para decidir lo que no si-ente, normas para decidir qué hacer y normas para decidir cómo hacerlo.”⁵³

Outra característica freqüente nas definições de cultura, consiste na sua identificação com o *conjunto de conhecimentos e técnicas desenvolvidos e aprendidos* por um grupo humano. Nesse sentido, a cultura nos forneceria as proposições lógicas e as regras de raciocínio que nos

49. Nesse sentido, afirma Maquet: *La culture, c'est la manière de vivre du groupe*. Cf. Maquet, J. *Sociologie de la connaissance*. Louvain, 1949, p. 324 apud Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 98.

50. Malinowski, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura*. Trad. José Aucto. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 47.

51. Vale ressaltar que a leitura do autor é sociológica. Ele busca descrever as regras gerais de uma instituição, acreditando que estas estão mais associadas ao meio ambiente natural do que com a capacidade simbólica, valorativa e normativa do homem. Cf. Idem, p. 56.

52. A propósito dessa perspectiva essencialmente ética da cultura vide Ramos, Marcelo Maciel. Op. cit., p. 106-152.

permite relacionar os dados da experiência ou elaborar conceitos e, também, as técnicas desenvolvidas para a produção de artefatos e bens ou para a execução de serviços considerados úteis ou valorosos. Esta perspectiva relaciona-se tanto com o caráter normativo, quanto com o valorativo e simbólico da cultura. Tanto as normas de ação, quanto as crenças e os significados refletirão, inevitavelmente, nas formas de pensamento e de produção.

Nesses termos, a cultura consistiria nos modos tradicionais de solução de problemas.⁵⁴ Para Goodenough, cultura é algo que se aprende, e o que se aprende são as percepções, os conceitos, os costumes e as técnicas; os artefatos criados pelos homens, a cultura material, não são coisas que os homens aprendem: o que se aprende são as normas para fazê-los e os valores para compreendê-los.⁵⁵ Portanto, a cultura não pode ser confundida com seus produtos. Ela é a forma desenvolvida para produzi-los e também os sentidos estabelecidos para entendê-los.

Por último, a cultura é frequentemente traduzida como *criação humana*. Em oposição à natureza, que é um *dado* do mundo, a cultura é uma *construção* do homem, que ao transformar a natureza e cobri-la

53. Goodenough. Cultura, language y sociedad. In: Kahn. Op. cit., p. 198. A propósito do tema, Goodenough apresenta interessante exemplo: “La importancia de la distinción aparece inmediatamente cuando observamos algo como una máscara de África occidental o un manajo medicinal de los indios de la llanuras en un museo. Lo que vemos no es lo que un indio de las llanuras ve, ni nuestra reacción es la misma que la de un africano occidental. Como entidades materiales, la máscara y el manajo medicinal no han cambiado, pero lo que son a ojos del espectador depende de su experiencia: de las cosas que haya aprendido. Así, vemos que las diferencias entre los hombres no consisten simplemente en las cosas que observan, sino en las normas con arreglo a las cuales las observan”. Cf. Idem, p. 191.
54. Nesse sentido, temos a definição de Ford, para quem: “*Culture consists of traditional ways of solving problems*”. Cf. Ford, C. S. *Culture and human behavior. Scientific monthly*, vol. 55, p. 555-57 apud Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 107.
55. Goodenough. Cultura, language y sociedad. In: Kahn. Op. cit., p. 190.

de significados, produz cultura. O homem, desde o primeiro momento, espiritualiza a natureza, tornando-a cultura.⁵⁶ É assim como na síntese de Celso Lafer:

“O mundo da cultura – que Vico descobriu como campo próprio do conhecimento – é, para Reale, tudo aquilo que a humanidade vem constituindo através da história no plano da religião, das ciências, das artes, das técnicas bem como do que ela realizou e continua realizando no mundo da vida em comum – a *Lebenswelt*.”⁵⁷

Portanto, todos os elementos da cultura, as crenças, os valores, os significados, os conhecimentos, as técnicas e as normas de conduta, são produtos da inteligência humana e de sua capacidade de aprender, reinventar e transmitir tudo o que lhe cerca.

O filósofo espanhol José Ortega y Gasset, a propósito da origem da idéia de Filosofia associada à palavra *aletheia* (ou “verdade”), elabora uma interessante reflexão acerca da relação entre a palavra e a idéia que encerra, a qual pode ser perfeitamente aplicada à palavra cultura e sua significação, senão vejamos:

“O instante em que um nome nasce, em que pela primeira vez se chama a uma coisa com um vocábulo, é um instante de excepcional pureza criadora. A coisa está diante do Homem ainda intacta de qualificação, sem vestido algum de nomeação; diríamos, à intempérie ontológica. Entre ela e o Homem não há ainda idéias, interpretações, palavras, tópicos. É preciso encontrar o modo de enunciá-la, de dizê-la, e transpô-la ao elemento e ‘mundo’ dos conceitos, *logoi* ou palavras. (...) Somente quando alguém tem a vista a ‘nova coisa’ e escolhe um vocábulo para nomeá-la, está em condições de entendê-lo. (...) Para isso buscará na língua, naquele vulgar cotidiano de dizer, um vocábulo cuja significação tenha *analogia*– já que não pode ser

56. Esse talvez seja o sentido nietzscheano: “Cultura é, antes de tudo, a unidade do estilo artístico em todas as manifestações da vida de um povo”; cf. Nietzsche, Friedrich. *Considerações Extemporâneas*, I, § 1.º. In: Nietzsche, Friedrich. *Sämtliche werke; kritische studienausgabe*. vol. 1. Berlin, New York: DTV de Gruyter, 1999, p. 163, apud Moura, Carlos Alberto Ribeiro de. *Nietzsche; civilização e cultura*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 226.

57. Lafer, Celso; Venâncio Filho, Alberto. *Discurso de posse e discurso de resposta*. São Paulo: Ateliê, 2006, p. 28.

mais – com a ‘nova coisa’. Mas analogia é uma transposição de sentido, é um emprego *metafórico* da palavra, portanto, poético.”⁵⁸

E mais adiante completa:

“Donde resulta – quem o diria! – que o achado de um termo técnico para um novo conceito rigoroso, que a criação de uma terminologia não é senão uma operação de poesia. Vice-versa, se reavivamos em nós o significado do termo técnico, uma vez que está constituído, e nos esforçamos por entendê-lo a fundo, ressuscitaremos a situação vital em que se encontrou aquele pensador quando pela primeira vez viu diante de si a ‘nova coisa.’”⁵⁹

Destarte, quando os alemães, pela primeira vez na história do Ocidente, empregaram metaforicamente o termo latino *cultura* na forma de *Kultur* (ou *Cultur*), para designar a idéia de que o conjunto das características de um grupo social é criação humana que se dá num processo histórico de acumulação e transmissão, estavam, enfim, em condições de entendê-la, estabelecendo, portanto, um termo técnico para um novo conceito rigoroso.

4. DIMENSÕES ETIMOLÓGICAS DE CIVILIZAÇÃO

A palavra civilização é, segundo Kroeber e Kluckhohn, mais antiga que o termo cultura, tanto no francês e no inglês, quanto no alemão. Wundt ensina que o termo latino *cives* (cidadão) deu origem a *civitas* (cidade-Estado) e *civitas*⁶⁰(cidadania), donde derivou o vocábulo medieval *civitabilis*, significando aquele que reclama o título de cidadão (de urbano),⁶¹ e, mais tarde os termos *civilitate* e *civilisation*.

Segundo Norbert Elias, Erasmo de Rotterdam (1466-1536), em sua obra *De civilitate morum puerilium*, utilizou-se do vocábulo *civilitate* (civildade) para se referir aos modos de elegância e distinção,

58. Ortega y Gasset, José. *Origem e epílogo da filosofia*. Trad. Luís Washington Vita. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1963, p. 207-208.

59. Idem, p. 209.

60. A palavra *civitas* foi recepcionada com poucas variações pelas principais línguas européias. Temos no francês *civilité*, no inglês *civility*, no italiano *civilità* e no alemão *zivilität*.

61. Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 15-16; Wundt, W. *Völkerpsychologie*. Leipzig, 1910-1920. vol. 10, § 1.º apud Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 15.

numa acepção que antecipava o uso da futura palavra *civilisation*,⁶² que, segundo Wundt, teria sido empregada pela primeira vez por Jean Bodin (1530-1596),⁶³ significando o estado ou a condição de ser civilizado.

Fernand Braudel, ao contrário, afirma que a primeira utilização da palavra civilização em um texto impresso teria ocorrido em 1756 numa obra de Mirabeau (1715-1789), intitulada *Traité de la Population*, mas que teria sido Voltaire (1694-1778), no livro *Essai sur les Moeurs et sur l'Esprit des Nations*, publicado no mesmo ano, quem, apesar de não ter empregado o vocábulo, forneceu o primeiro esboço de uma história geral da civilização.⁶⁴

O verbo francês *civiliser*, em uso desde o século XVII, segundo Havelock Ellis, referia-se à idéia de adquirir maneiras polidas, de ser sociável, de tornar-se urbano em virtude de uma vida cidadina.⁶⁵ Civilizar significava passar de um estado bruto a um estado mais evoluído de vida social. A idéia de civilização opunha-se, portanto, à de barbárie, considerada assim o estágio rudimentar de desenvolvimento em que se encontravam determinados povos. Em língua inglesa, a palavra civilização estava associada ainda à noção de espalhar desenvolvimento, sobretudo político, aos povos que não haviam alcançado tal estágio.

Nesse sentido, Kroeber e Kluckhohn ensinam que:

“As línguas latinas, e, em seu rastro, o Inglês, empregavam há muito o vocábulo civilização ao invés de cultura para denotar cultivo social, desenvolvimento, refinamento ou progresso. Este termo remete-se ao latim *civis*, *civilis*, *civitas*, *civilitas*, cuja referência central é política e urbana: é o cidadão num estado organizado em contraposição ao homem da tribo. O termo civilização não existia no latim clássico, mas parece ser uma formação do Renascimento Românico, provavelmente do Francês, tendo derivado do verbo *civiliser*, significando alcançar ou comunicar maneiras refinadas, urbanização e desenvolvimento.”⁶⁶

Os termos civilização ou civilizado, na França do século XVII, aproximavam-se, segundo Elias, das palavras *courtois* e *courtoisie*, que

62. Elias, Norbert. *O processo civilizador*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. vol. 1, p. 68.

63. Wundt, Op. cit. apud Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 15.

se referiam às formas de comportamento desenvolvidas nas cortes dos senhores feudais,⁶⁷ tidas como referência de elegância e distinção. Aos

64. Braudel, Fernand. *Gramática das civilizações*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 25-26. De fato, na obra de Voltaire, *Essai sur les murs et l'esprit des nations* (Ensaio sobre a moral e o espírito das nações), a palavra *civilisation* aparece apenas no título da primeira parte, *Méthode et civilisation* (Método e civilização), não aparecendo no texto nenhuma vez, a não ser se considerarmos a forma *civilisés* (civilizado), que aparece uma única vez no seguinte trecho: “Parmi les peuples qu'on appelle si improprement civilisés, je ne vois guère que les Chinois qui n'aient pas pratiqué ces horreurs absurdes” (Entre os povos que chamamos tão impropriamente civilizados, eu dificilmente vejo senão os Chineses, que não praticaram esses horrores absurdos). Cf. Voltaire. *Essai sur les murs et l'esprit des nations*. Paris: Sociales, 1962, p. 13 (texto digitalizado pela *Université du Québec à Chicoutimi*). Disponível em: [http://classiques.uqac.ca]. Acesso em: jan. 2007. Já em Mirabeau o termo *civilisation* aparece por três vezes, nos seguintes trechos: “(...) ce revenant-bon de la barbarie et de l'oppression sur la civilisation et la liberté” ((...) este fantasma da barbárie e da opressão sobre a civilização e a liberdade) [p. 238]; “La religion est sans contredit le premier et le plus utile frein de l'humanité: c'est le premier ressort de la civilisation; elle nous prêche, et nous rappelle sans cesse la confraternité, adoucit notre coeur, élève notre esprit, flatte et dirige notre imagination en étendant le champ des récompenses et des avantages dans un territoire sans bornes, et nous intéresse à la fortune d' autrui en ce genre, tandis que nous l'envions presque par-tout ailleurs” (A religião é sem dúvida o primeiro e mais útil controle da humanidade: é a primeira mola da civilização; ela nos prega, e nos chama sem cessar à confraternização, adoça nosso coração, eleva nosso espírito, endireita e direciona nossa imaginação, estendendo o campo de recompensas e de vantagens em um território sem fronteiras, e nos faz querer a fortuna do outro nesse gênero, enquanto nós a invejamos em quase todas as partes) [p. 377]; “(...) le cercle naturel de la barbarie à la décadence par la civilisation et la richesse peut être repris par un ministre habile et attentif, et la machine remontée avant d' être à sa fin” ((...) do ciclo natural da barbárie à decadência da civilização e da riqueza pode ser tomada novamente por um ministério habilidoso e atento, e a máquina remontada antes de chegar a seu fim) [p. 468]. Cf. Mirabeau, Victor Riqueti. *L'ami des hommes, ou traite de la population*. Paris: Avignon, 1756 (texto digitalizado pelo *Institut National de la Langue Française*). Disponível em: [http://gallica.bnf.fr]. Acesso em: jan. 2007.

poucos, passa-se a preferir os novos termos, os quais continham uma significação mais atual, que albergava uma conotação política alinhada aos novos tempos de centralização e expansão do poderio francês. Conforme relato de Bouhours, recolhido por Elias:

“As palavras *courtois* e *courtoisie*, diz um autor francês em 1675, começam a envelhecer e não constituem mais bom uso. Dizemos hoje *civil*, *honneste*; *civilité*, *honnesteté*.”⁶⁸

5. CULTURA OU CIVILIZAÇÃO?

É importante salientar que o termo civilização não se confunde com a palavra cultura, nada obstante ser freqüente, mesmo nos círculos acadêmicos, o emprego das duas palavras como sinônimas, a despeito de suas peculiaridades.

O termo cultura, conforme visto, refere-se modernamente ao conjunto dos produtos elaborados historicamente por um grupo social, a despeito da sofisticação e do estágio de desenvolvimento no qual se encontra ou, mesmo, de seu *locus* urbano ou rural. Nesse sentido, é cultura tanto o complexo criativo elaborado pelos franceses, quanto aquele produzido pelos índios da Amazônia ou pelas tribos africanas.

A palavra civilização, por outro lado, tem uma conotação mais restrita, sendo utilizada apenas para referir-se a culturas avançadas, que apresentam um maior grau de complexidade social.

65. Ellis, Havelock. *The dance of life*. New York, 1923, p. 288 apud Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 16.

66. “The Romance languages, and English in their wake, long used civilization instead of culture to denote social cultivation, improvement, refinement, or progress. This term goes back to Latin *civis*, *civilis*, *civitas*, *civilitas*, whose core of reference is political and urban: the citizen in an organized state as against the tribesman. The term civilization does not occur in classical Latin, but seems to be a Renaissance Romance formation, probably French and derived from the verb *civiliser*, meaning to achieve or impart refined manners, urbanization, and improvement.” Cf. Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 283.

67. Elias, Robert. Op. cit., p. 111.

68. Bouhours. *Remarques nouvelles sur la langue française*. Paris, 1676, p. 51 apud Elias, Robert. Op. cit., p. 112.

Do mesmo modo, Malinowski afirma que:

“La palabra cultura se utiliza a veces como sinónimo de civilización, pero es mejor utilizar los dos términos distinguiéndolos, reservando civilización para un aspecto especial de las culturas mas avanzadas.”⁶⁹

A confusão no emprego dos termos justifica-se, em parte, pelo fato da palavra cultura ser tomada freqüentemente em sua acepção vulgar, mais próxima do seu antigo uso, segundo o qual é compreendida como cultivo ou desenvolvimento do espírito, denotando, como dito, o processo pelo qual o homem sai do estado bruto de sua natureza animal para uma forma mais evoluída de vida: a vida sócio-cultural.

Todavia, cultura, mesmo em sua antiga acepção, distingue-se de civilização. A afirmação de que civilizar é passar de um estado social rudimentar a um estado social sofisticado não se confunde com o processo de cultivo do espírito acima descrito como cultura. Nesta, a noção de cultivo ou desenvolvimento circunscreve-se aos limites do próprio homem, que nega sua natureza, renascendo como ser cultural. Na civilização o desenvolvimento refere-se ao estágio e à configuração geral de uma sociedade, que abandona suas formas primitivas e tribais e assume modos mais elaborados e avançados de vida social.

Nesse mesmo sentido, Kroeber e Kluckhohn chamavam atenção para o fato de que o sentido da palavra cultura era, desde o início, bem similar ao significado do termo civilização, ambos contendo a idéia de desenvolvimento.⁷⁰ E foi este o sentido que continuou sendo utilizado popularmente e nas literaturas não especializadas. Mesmo o novo sentido estabelecido pelos alemães a partir da palavra *Kultur* manteve a idéia de desenvolvimento, mas, ao contrário do uso anterior, que se referia a indivíduos, passou a referir-se às configurações sociais cultivadas por um conjunto de indivíduos.⁷¹

69. Malinowski. La cultura. In: Kahn. Op. cit., p. 85.

70. “Thus both terms, culture and civilization, began by definitely containing the idea of betterment, of improvement toward perfection. They still retain this meaning today, in many usages, both popular and intellectual.” Cf. Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 283.

71. Idem, p. 66-67.

Nada obstante, a sutileza da diferença entre os dois termos, frequentemente negligenciada, está em perceber que a palavra cultura, em sua formação histórica, ao contrário do vocábulo civilização, nunca teve a pretensão de albergar a noção de sofisticação e de complexidade social em contraste com as formas sociais rudimentares ou bárbaras.

Ao contrário, o termo civilização começou a ser empregado por ingleses e franceses⁷² para referirem-se aos avanços sociais de suas próprias nações, cada qual proclamando ter alcançado o mais alto patamar de sofisticação atingido pelo homem, o qual eles tinham o dever de transmitir para outros povos.

Destarte, na palavra civilização subjazia tanto um sentido de universalidade quanto um de poderio político e geoestratégico. O termo continha a idéia de que aquelas conquistas eram conquistas da humanidade e deveriam, portanto, ser difundidas. Por outro lado, estes avanços traduziam o orgulho e o sucesso de ingleses e franceses: afirma Norbert Elias que a palavra civilização representava, tanto na Inglaterra quanto na França, o “orgulho pela importância de suas nações para o progresso do Ocidente e da humanidade”.⁷³

Ao que tudo indica, esta é a razão pela qual foram os alemães que pela primeira vez chegaram à idéia moderna de cultura, em contraposição a noção de civilização. Conforme ensinam Kroeber e Kluckhohn, os alemães começaram efetivamente a contribuir criativamente para com a Civilização Européia, em pé de igualdade com ingleses e franceses, a partir de 1770. Nada obstante, eles ainda não haviam formado uma nação unificada e compensavam seu débito político com suas conquistas artísticas e intelectuais. Nesse contexto, precisavam encontrar uma palavra que representasse suas contribuições culturais e fosse mais inclusiva que o termo *civilisation*. Desse modo, eram levados a compreender a cultura como o conjunto de elementos característicos de um grupo humano, a despeito de seus avanços políticos.⁷⁴

72. No francês e no inglês temos *civilisation*. Em língua inglesa, a palavra também é grafada na forma de *civilization*.

73. Elias, Robert. Op. cit., p. 24.

74. Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 51-52.

No período que antecedeu a Primeira Guerra Mundial, os alemães ficaram notórios por suas alegações de terem descoberto algo superior e original, que eles denominavam *Kultur*. Acreditavam que sua moderna conformação civilizacional, apesar de tardia, era mais avançada e mais valorosa que a das demais nações ocidentais. Franceses, ingleses e americanos sustentavam o mesmo, mas os dois primeiros, por sua precedência e pelo fato de terem difundido muito mais de suas culturas para outros povos, estavam muitíssimo mais seguros de sua posição. É interessante notar que, nesta disputa, enquanto franceses, ingleses e americanos referiam-se ao conjunto de suas conquistas e valores sociais como civilização (*civilization* ou *civilisation*), os alemães referiam-se aos deles como cultura (*kultur* ou *cultur*).⁷⁵

Desse modo, Norbert Elias, em sua distinção dos termos, esclarece que:

“O conceito francês e inglês de civilização pode se referir a fatos políticos ou econômicos, religiosos ou técnicos, morais ou sociais. O conceito alemão de *Kultur* alude basicamente a fatos intelectuais, artísticos e religiosos e apresenta a tendência de traçar uma nítida linha divisória entre fatos deste tipo, por um lado, e fatos políticos, econômicos e sociais, por outro”.⁷⁶

Elias, ao descrever a antítese estabelecida na Alemanha entre a palavra *Kultur* e *Zivilisation*, afirma que a aristocracia alemã governante, que usava predominantemente a língua francesa e era educada conforme os modos franceses, preferia o termo *Zivilisation*,⁷⁷ enquanto parte da *intelligentsia* alemã, composta por burgueses e servidores dos príncipes que falavam o alemão, utilizava-se, em contraposição, da palavra *Kultur* para enfatizar suas feições nacionais.⁷⁸

75. Idem, p. 52-53.

76. Elias, Robert. Op. cit., p. 24.

77. Conforme ensina Norbert Elias, o termo civilização expressava “a autoimagem da classe alta européia em comparação com outros, que seus membros consideravam simples ou mais primitivos, e ao mesmo tempo caracterizar o tipo específico de comportamento através do qual essa classe se sentia diferente de todos aqueles que julgava mais simples e mais primitivos”. Cf. Elias, Robert. Op. cit., p. 54.

78. Idem, p. 27-50.

Por isso, o moderno sentido de cultura traduzia as peculiaridades de um grupo social, enquanto a palavra civilização passava a significar um processo universalizante de progresso da humanidade, promovido às custas dos avanços políticos de um grupo específico, que se compreendia como a expressão máxima do desenvolvimento do homem.

Nesse sentido, afirma Norbert Elias que:

“Até certo ponto, o conceito de civilização minimiza as diferenças nacionais entre os povos: enfatiza o que é comum a todos os seres humanos ou – na opinião dos que a possuem – deveria sê-lo. (...) Em contraste, o conceito alemão de *Kultur* dá ênfase especial a diferenças nacionais e à identidade particular de grupos.”⁷⁹

E, mais adiante, completa:

“Enquanto o conceito de civilização inclui a função de dar expressão a uma tendência continuamente expansionista de grupos colonizadores, o conceito de *Kultur* reflete a consciência de si mesma de uma nação que teve de buscar e constituir incessantemente e novamente suas fronteiras, tanto no sentido político como espiritual.”⁸⁰

No último século, várias foram as tentativas da Sociologia e da Antropologia para estabelecer uma distinção entre civilização e cultura. Nada obstante, estes esforços negligenciaram as origens etimológicas dos termos, afastando-se, muitas vezes, dos sentidos originais, que são sempre tão elucidativos na busca dos conceitos.

Num primeiro momento, passou-se a afirmar que o vocábulo civilização referia-se ao aparato material de um povo e cultura à sua expressão espiritual.

Maclver e Page, em sua distinção, afirmam que:

“Por civilización, pues, entendemos todo mecanismo y organización que el hombre há ideado en su esfuerzo por controlar las condiciones en que se desenvuelve su vida. Esto incluirá no sólo nuestros sistemas de organización social, sino también nuestras técnicas y nuestros instrumentos materiales. (...) La cultura, pues, es la antítesis de la civilización. Es expresión de nuestra naturaleza en nuestros

79. Idem, p. 25.

80. Elias, Robert. Op. cit., p. 25.

modos de vivir y pensar, en nuestras relaciones cotidianas, en el arte, la literatura, la religión y las diversiones y placeres. (...) Es éste el reino de los valores, los estilos, las adhesiones emocionales, las aventuras intelectuales.”⁸¹

Nesse mesmo sentido, Oppenheimer toma civilização como o conteúdo material e cultura como a substância espiritual da *Gesittung* (isto é, do desenvolvimento social humano).⁸² Do mesmo modo, para Laloup e Nelis, a palavra cultura albergaria as realizações espirituais, como as teorias, as religiões, as técnicas etc., enquanto civilização referir-se-ia às realizações materiais do homem: os produtos da cultura. Segundo os autores, “as leis eletromecânicas pertencem à cultura”, enquanto “um trem elétrico é um produto da civilização”.⁸³

Gesittung, palavra sugerida por Schaeffle, designava o gênero do qual se desdobravam as espécies conceituais cultura e civilização. Mas, ao contrário da tendência anterior, o autor entendia por cultura o conteúdo concreto (domínio do homem sobre a natureza) e civilização o conteúdo espiritual humano (domínio do homem sobre si mesmo).⁸⁴

Outra tendência, dentre as tentativas de distinção dos termos, é a de tomar a civilização meramente como um estágio da cultura. Segundo Oswald Spengler, na civilização há apenas a cristalização e repetição do momento criativo e dinâmico da cultura: A civilização é o ponto de chegada da cultura. Nas palavras do autor:

“A civilização é o destino inevitável da cultura. (...) Civilizações são os estados extremos, mais artificiosos, que uma espécie superior de homens é capaz de atingir. São um término.”⁸⁵

81. Maciver, Robert Morrison; Page, Charles Hunt. *Sociologia*. Trad. Jose Cazorla Perez. Madrid: Tecnos, 1960, p. 520-521.

82. Oppenheimer, F. *System der Soziologie*. Iena, 1922. vol. 1 apud Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 29 e 48.

83. Laloup, Jean; Nélis, Jean. *Cultura e civilização: iniciação ao humanismo histórico*. Trad. Sabino Ferreira Affonso. São Paulo: Herder, 1966, p. 19.

84. Schaeffle, A. *Bau und Leben des sozialen Körpers*. Tübingen, 1875-1878 apud Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 26. *Gesitteter* é, segundo o autor, o homem que age em conformidade com o *sitte* (os costumes), por isso é absolutamente humano.

De maneira parecida, a civilização é, segundo Reale, “uma espécie de grande entidade cultural, ou de sistema cultural”.⁸⁶ Desse modo, tomando por sistema um conjunto ordenado de elementos, a civilização seria, portanto, o repertório organizado dos seus elementos culturais, o que pressupõe uma consciência avançada de si (e para si, diríamos hegelianamente), capaz de ordenar suas próprias partes.

Essa também é a posição de Henrique Cláudio de Lima Vaz, que dedica um de seus *Escritos de Filosofia* ao temário da Filosofia e Cultura.⁸⁷ Para Vaz, a civilização se conceitua como “corpo histórico de formas superiores de cultura que se desenvolvem em sociedades mais complexas, e onde a vida cultural se diferencia e ramifica”.⁸⁸

Mais tarde, prevaleceu uma tendência de indiferenciação entre os termos, na qual se tinha, conforme observam Kroeber e Kluckhohn, “cultura como o termo mais usual e civilização como sinônimo ou quase-sinônimo daquela”.⁸⁹

Nesse sentido, Samuel P. Huntington rejeita as tentativas, principalmente dos alemães, de se distinguir entre cultura e civilização. Para o autor, “uma civilização é uma entidade cultural, (...) é uma cultura em escrita maior”.⁹⁰

Fernand Braudel, a propósito da definição do termo civilização, afirma que:

85. Spengler, Oswald. *A decadência do ocidente*. Trad. Herbert Caro. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 47.

86. Reale, Miguel. Op. cit., p. 231.

87. Vaz, Henrique Cláudio de Lima, S. J. *Escritos de filosofia III: filosofia e cultura*. São Paulo: Loyola, 1997. Vaz expõe a matéria em três etapas, uma dedicada à cultura, uma à civilização, e uma à transcendência, marca de uma civilização universalista como a nossa e “um dos pontos de cristalização mais dramáticos da presente crise espiritual do Ocidente” (Idem, p. XII).

88. Idem, *Ibidem*.

89. “Culture being the more usual term, and civilization a synonym or near-synonym of it”. Cf. Kroeber; Kluckhohn. Op. cit., p. 25.

90. Conforme definição do autor, “Civilização e cultura se referem, ambas, ao estilo de vida em geral de um povo, e *uma civilização é uma cultura em escrita maior*”. Cf. Huntington, Samuel P. Op. cit., p. 45-46 (grifos nossos).

“O vocabulário das ciências humanas, infelizmente, não autoriza muito as definições peremptórias. Sem que tudo nelas seja incerto ou se encontre em devir, a maioria dos termos, longe de estarem fixados de uma vez por todas, varia de autor para autor e não param de evoluir sob os nossos olhos.”⁹¹

É verdade que as definições evoluem à medida que se amplia a consciência e a compreensão dos objetos sob análise. Entretanto, esse devir inerente às obras humanas, que se modificam à medida que o próprio homem transforma-se, não impede que organizemos os conceitos à luz de sua trajetória histórica, retirando daí sua essência.

6. UMA BREVE CONCLUSÃO

Se a cultura é a expressão por excelência da criatividade humana, então a civilização é seu cume; um cume no qual impera um orgulho pelas conquistas alcançadas, as quais, ao menos no que se refere ao Ocidente, se apresentam como realizações universais.

Vale dizer que o conceito de civilização traz em si a nota peculiar da humanidade que o desenvolveu: o universalismo típico e pretensioso da razão ocidental. É o Ocidente – e apenas ele – que, desde suas origens gregas, dispôs-se verdadeiramente a conhecer o outro (o diferente), assumindo as conquistas das mais distintas culturas e refundindo-as em sua tradição. Aí reside sua vocação universal, que ao integrar em si o outro – mesmo que a custa da violência do seu imperialismo –, apresenta suas realizações como se fossem de toda a humanidade.⁹² As milenares civilizações chinesa e hindu nunca se ocuparam em sair dos limites de seu próprio imaginário mitológico e social; nunca se lançaram à descoberta do alheio ou se ocuparam em se exportar ou se fazer entender; e por não terem saído de si mesmo, não poderiam ter pretendido ser a unidade (*unus*) para a qual se voltam (*versus*) as mais diferentes realizações da humanidade.⁹³

Todavia, os acontecimentos do último século e o encurtamento das distâncias promovido pelas novas tecnologias, revelam um panorama multi-civilizacional que coloca em tensão, em tempo real, a enorme diversidade cultural. Extinta a distância que mascarava a diferença e amortecia o encontro, a variedade de produções culturais e de

91. Braudel, Fernand. Op. cit., p. 25.

civilizações faz da velha universalidade ocidental um produto ultrapassado.

Daí a necessidade eminente de compreender a cultura e a civilização, a fim de bem situá-las em seus contextos peculiares, e de repensar a pretensão de universalidade dos produtos culturais do Ocidente à luz das invenções culturais alheias.

Se de um lado as ciências e tecnologias ocidentais são cada vez mais assimiladas e empregadas pelos mais diversos povos do globo sem grandes sobressaltos, de outro, os seus valores são fontes constantes de desentendimentos e conflitos. Os direitos do homem, bastião máximo dos valores ocidentais, os quais, dentro do imaginário civilizacional que os produziu, se apresentam como realizações universais, relativizam-se diante de perspectivas culturais construídas sob categorias e valores radicalmente diversos.

O Direito, fruto da religião, dos valores, das tradições – expressão máxima da cultura; o *maximum* ético, como proclama Joaquim Carlos Salgado,⁹⁴ não o é senão da cultura ocidental que o produziu.

92. A vocação do Ocidente para a universalidade é explorada em Horta, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 (no prelo). Vaz discute a possibilidade de universalização de nossa cultura, na primeira civilização a tornar-se efetivamente universal: Vaz, Henrique Cláudio de Lima, S. J. Op cit., p. 121 et seq. Por outro lado, a força simbólica dos ideais civilizacionais mereceu a severa pena de Nietzsche: “Os cumes da cultura e da civilização separam-se: não devemos nos deixar induzir a erro sobre o abissal antagonismo entre cultura e civilização. Os grandes momentos da cultura foram sempre, moralmente falando, tempos de corrupção; e, ao contrário, as épocas de maior disciplina e domesticação do animal homem (‘civilização’), tempos de intolerância para as naturezas mais espirituais e audaciosas. A civilização quer algo de outro do que quer a cultura: talvez algo contrário” (Nietzsche, Friedrich. *Fragmentos Póstumos*, 16[10]. In: Nietzsche, Friedrich. *Sämtliche werke...* cit., vol. 13, p. 485, apud Moura, Carlos Alberto Ribeiro de. Op. cit., p. 211). Carlos de Moura ensina que, em Nietzsche (coerentemente, afinal, com as rejeições tedescas ao termo civilização), “a primeira tarefa do filósofo, enquanto médico da civilização, é restaurar o sentido autêntico de cultura” (Moura, Carlos Alberto Ribeiro de. Op. cit., p. 227).
93. A afirmação não vale evidentemente para a Índia e a China modernas, após a imposição massiva das idéias ocidentais nos últimos séculos.

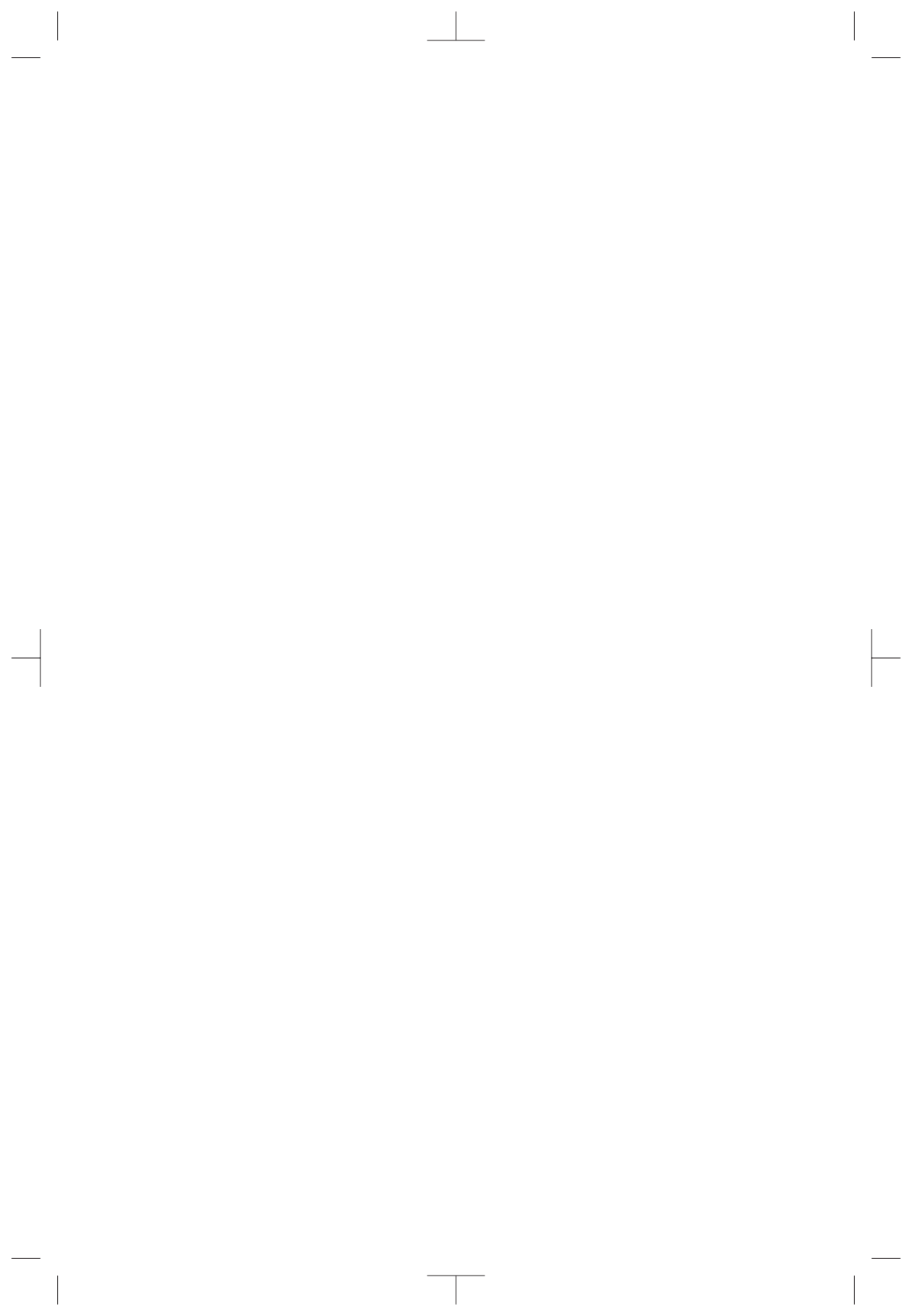
Por essa razão, os estudos culturais fornecem elementos valiosos para os juristas⁹⁵ e representam a superação definitiva das limitações impostas pelo positivismo, resgatando na cultura, verdadeira morada do Direito,⁹⁶ o seu genuíno significado; ao mesmo tempo em que relativizam, diante da diferença, o seu alcance e renovam o debate – o qual precisa estar afinado aos novos desafios civilizacionais que se apresentam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATTIE FILHO, Miguel. *Falsafa: a filosofia entre os árabes, uma herança esquecida*. São Paulo: Palas Athena, 2002.
- BRAUDEL, Fernand. *Gramática das civilizações*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.
- CÍCERO. *Tusculan disputations*. Livro II, Cap. V, § 13. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br].
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
94. Salgado, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Mariá Brochado apresenta uma interessante síntese da contribuição de Salgado em Brochado, Mariá. A evolução da compreensão do fenômeno jurídico: De mínimo ético a *maximum* ético. In: Horta, José Luiz Borges; Brochado, Mariá. *Teoria da Justiça: estudos em homenagem a Joaquim Carlos Salgado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010 (no prelo), trabalho que deve ser cotejado com Brochado, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, para uma perfeita compreensão da guinada *eticista* pela que passa o pensamento jusfilosófico mineiro, e de que Salgado e Mariá Brochado representam a vanguarda incontestada.
95. Evidentemente, os estudos culturais de maior interesse ao Direito se agrupam em torno de nova disciplina, a Antropologia Jurídica, recém ingressada na grade curricular; a propósito, cf. Horta, José Luiz Borges. Hécate e o bacharelado em direito: por uma leitura pós-positivista das novas diretrizes curriculares. *Revista da Faculdade de Direito* 46. Belo Horizonte: UFMG, jan.-jun. 2005, p. 166 et seq.
96. Essa é a lição de Reale: “a cultura, com seus plexos axiológicos, é o habitat histórico próprio do direito” (cf. Reale, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 119).

- DEL VALLE, Alexandre. *Guerras contra a Europa*. Trad. José Augusto Carvalho. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2003.
- DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Trad. Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1949.
- EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. Trad. Sandra Castello Branco. São Paulo: Unesp, 2005.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. vol. 1.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HENRIQUES, Antônio. *Iniciação ao orientalismo*. Rio de Janeiro: Nova Era, 2000.
- HERSKOVITS, Melville J. *Antropologia cultural: man and his works*. Trad. Maria José de Carvalho e Hélio Bichels. São Paulo: Mestre Jou, 1963, t. III.
- HORTA, José Luiz Borges. Hécate e o bacharelado em direito: por uma leitura pós-positivista das novas diretrizes curriculares. *Revista da Faculdade de Direito* 46. Belo Horizonte: UFMG, jan.-jun. 2005, p. 161-179.
- _____. *História do Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 (no prelo).
- _____. Brochado, Mariá. *Teoria da justiça: estudos em homenagem a Joaquim Carlos Salgado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010 (no prelo).
- HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações: e a recomposição da ordem mundial*. Trad. M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.
- _____. *Who are we?* New York: Simon & Schuster, 2004.
- INWOOD, Michael. *Dicionário hegel*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- JAEGER, Werner. *Paidéia: A formação do homem grego*. Trad. Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KAHN, J. S. (org.). *El concepto de cultura: textos fundamentales*. Trad. José R. Llobera, Antonio Desmonts y Manuel Uría. Barcelona: Anagrama, 1975.
- KROEBER, A. L.; KLUCKHOHN, Clyde. *Culture: a critical review of concepts and definitions*. New York: Vintage Books, 1952.
- LAFER, Celso. *Discurso de posse e discurso de resposta*. São Paulo: Ateliê, 2006.
- LALOUF, Jean; NÉLIS, Jean. *Cultura e civilização: iniciação ao humanismo histórico*. Trad. Sabino Ferreira Affonso. São Paulo: Herder, 1966.
- LAQUEUR, Walter. *Os últimos dias da Europa: epitáfio para um velho continente*. Trad. André Pereira da Costa. Rio de Janeiro: Odisséia, 2007.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- MACIVER, Robert Morrison; PAGE, Charles Hunt. *Sociologia*. Trad. Jose Cazorla Perez. Madrid: Tecnos, 1960.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura*. Trad. José Auto. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- MIRABEAU, Victor Riqueti. *L'ami des hommes, ou traité de la population*. Paris: Avignon, 1756 (texto digitalizado pelo l'Institut National de la Langue Française). Disponível em: [<http://gallica.bnf.fr>].
- MOURA, Carlos Alberto Ribeiro de. *Nietzsche: civilização e cultura*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo: como alguém se torna o que é*. Trad. Paulo César de Souza. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Origem e epílogo da filosofia*. Trad. Luís Washington Vita. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1963.
- RAMOS, Marcelo Maciel. *Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do ocidente*. Belo Horizonte: UFMG, 2007 (Dissertação, mestrado em Filosofia do Direito).
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 17. ed. México: Porrúa, 2003.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Historicismo e culturalismo*. Rio de Janeiro, Recife: Tempo Brasileiro, Fundação do Patrimônio Histórico e Artístico de Pernambuco, 1986.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.
- _____. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SPENGLER, Oswald. *A decadência do ocidente*. Trad. Herbert Caro. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- TOYNBEE, Arnold Joseph. *Um estudo de história*. Trad. Isa Silveira Leal e Miroel Silveira. Brasília, São Paulo: Ed. UnB, Martins Fontes, 1987.
- TYLOR, Edward Burnet. *The origins of culture*. New York: Peter Smith, 1970.
- VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de filosofia III: filosofia e cultura*. São Paulo: Loyola, 1997.
- VOLTAIRE. *Essai sur les murs et l'esprit des nations*. Paris: Sociales, 1962, p. 13 (Université du Quebec à Chicoutimi). Disponível em: [<http://classiques.uqac.ca>].
- ZIMMER, Heinrich. *Filosofias da Índia*. Trad. Nilton Almeida Silva; Cláudia Giovani Bozza. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2003.



IV TRADUÇÕES

1

A grande tradição

HANNAH ARENDT

Teórica política alemã. Filósofa.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

Governar e ser governado¹

Se agora, à luz da visão intuitiva de Montesquieu, reconsiderarmos, não do ponto final, mas do ponto inicial, a tradição, e nos perguntarmos qual papel a experiência de governo exerceu, em que domínio da vida ela foi principalmente localizada, poderíamos lembrar que as formas tradicionais de governo – enumeradas como regra por um, por poucos ou por uma multidão, que acompanham consistentemente desde a origem a divisão entre governantes e súditos, assim como fazem suas perversões – foram sempre acompanhadas por uma taxonomia completamente diferente. No lugar da monarquia, ouvimos a realeza (*basileía*) e a monarquia, neste contexto, é utilizada alternadamente com a tirania, de tal forma que o governo de um homem, quer seja a monarquia ou tirania, às vezes, é chamado de perversão da realeza. A oligarquia, governo de poucos, ainda é a perversão da aristocracia, o governo do melhor, mas, em vez do termo democracia, governo da maioria, encontramos a sociedade

1. Pesquisa Social. Uma publicação trimestral das Ciências Sociais. Centenário de Hannah Arendt. *Perspectivas filosóficas e políticas* 4, parte II, out. 2007.vol. 74.

politicamente organizada² ou *politéia*, que originalmente designava a *polis* ou cidade-estado e mais tarde tornou-se república, a *res publica* romana. A democracia agora é vista como a perversão desta sociedade politicamente organizada, ou como uma oclocracia onde a gentilha governa suprema.

Realeza, aristocracia, e a sociedade politicamente organizada são enaltecidas como as melhores formas de governo ou, também muito cedo ou mais tardiamente como especificamente insistiu Cícero, uma mistura das três formas é recomendada. Mas tal *governo misto*, que supostamente incorpora os melhores traços de cada forma de governo, torna-se impossível sob a suposição de que esses governos são essencialmente distintos pelo governo de um só ou de poucos ou de uma multidão, porque aquelas formas de governo claramente se excluem mutuamente. A tirania, além disso, denunciada no seu contexto com muito mais força do que nas definições tradicionais, nem é tanto condenada por sua arbitrária ilegalidade como a pior, mas ainda, uma forma possível de vida em conjunto ou menos desejável, mas uma atitude humana compreensível em relação aos concidadãos de alguém. O tirano é antes governado totalmente fora da sociedade humana; é ele considerado uma fera na forma de um homem, inadequado para as relações humanas e inaceitável para a humanidade. Em outras palavras, a realeza, a aristocracia e a sociedade politicamente organizada não parecem simplesmente ser as *boas formas de governo* das quais a monarquia, a oligarquia e a democracia são as perversões: as primeiras não podem nem mesmo ser definidas dentro do mesmo modelo de categorias como as últimas.

As descrições de realeza, aristocracia e sociedade politicamente organizada indicam bem as verdadeiras experiências políticas que se cristalizaram em diferentes formas de vida em conjunto e a elas estão incorporadas, experiências que são anteriores e não necessariamente idênticas àquelas que deram origem aos conceitos de governo de acordo com o Direito e o Poder. Se essas experiências, que ainda surgem amplamente nas tradicionais definições e descrições de governo, foram ou não conceitualizadas anteriormente, é uma questão diferente.

2. N. do T. O termo *polity* aqui traduzido como *sociedade politicamente organizada* se refere a qualquer regime ou forma de governo, pode se referir a uma nação, estado ou organização.

O fato de que Tucídides já menciona o que foi mais tarde chamado de *um governo misto* (Livro VIII, 97) e que Aristóteles alude a teorias similares em sua *Política* (1265b33), parece indicar que um traço anterior de pensamento político foi suplantado, absorvido e parcialmente eliminado com o aparecimento de nossa tradição. O ponto é que nem a divisão entre governantes e súditos, nem os padrões do direito e do poder fazem muito sentido quando são aplicados às chamadas *boas formas*, que, ao contrário, tornam-se pervertidas, se tentarmos defini-las de acordo com aquela divisão e aqueles padrões.

Se realza fosse o governo por um homem, ela claramente seria a mesma coisa que monarquia, uma monarquia constitucional, como diríamos hoje, se conforme às leis, e uma tirania, se contra as leis. O fato, entretanto, é que um rei (*basileus*) não tinha o poder absoluto do monarca, posto que sua posição não era hereditária, mas ele era eleito e de forma muito clara nunca lhe seria permitido ser mais do que *primus inter pares* (o primeiro entre os iguais). No momento em que era definido, em termos de governo, como o detentor de todo o poder, ele já se transformara num tirano. Se a aristocracia é o governo de poucos, que são os melhores, então a questão invariavelmente seria de quem são os melhores e de como eles podem ser encontrados – certamente para que eles fossem a si mesmos – e se alguém pode ou não ter a certeza de que durante seu governo os melhores assim permanecerão os melhores. No momento em que poucos são identificados de acordo com padrões objetivos, podem apenas ser ricos ou pertencentes à nobreza por hereditariedade e cujo governo Aristóteles definiu como oligarquia, uma aristocracia perversa. Ou, se estes poucos são os mais sábios, então, conforme Platão, são aqueles que não podem persuadir a multidão e devem governar os súditos indesejáveis através da violência, o que, de novo, poderia ser tirania. Muito menos era possível definir a sociedade politicamente organizada ou a república em termos de governar e ser governado. Aristóteles, depois de ter afirmado axiomáticamente que cada *polis-comunidade é composta de governantes e de governados*, continua imediatamente dizendo que nesta forma de governo *é necessário que todos compartilhem igualmente governar e serem governados* e que a própria natureza, compondo cidades de jovens e de velhos indicou a quem convém governar e a quem convém ser governado (*Política*, vii, 14, 1332b12-36). Obviamente, a distinção entre governantes e súditos desaparece aqui na distinção

entre professor e pupilos ou entre pai e filhos. A maior organização da *vida da polis* não permitia a distinção entre governantes e governados e isto é claramente manifesto no famoso discurso das formas de governo de Heródoto, onde o defensor da *polis* grega finalmente, depois de ter sido derrotado em uma contenda, pede permissão para se retirar da vida política totalmente, por que não queria governar nem ser governado. O fato foi, certamente, que a *vida da polis* grega não conhecia nenhuma divisão tal entre seus cidadãos. O domínio no qual se baseava como está indicado mais de uma vez em Aristóteles, foi primariamente experimentado não na esfera do político-público, mas no âmbito estritamente privado da vida doméstica, cujo chefe governava sobre a família e os escravos.

Este domínio privado da família da vida doméstica era constituído pelas necessidades da vida, a necessidade de sustentar, através do labor, a vida individual e de garantir, através da procriação e do nascimento, a sobrevivência da espécie. Definir a condição para a vida humana em termos da dupla dificuldade do trabalho e do nascimento (não apenas a língua inglesa, mas em cerca de todas as línguas européias a mesma palavra, *labor*, é usada para a labuta e as dores do nascimento) e entender esta dupla como interligadas, correspondendo uma à outra, assim deve ser porque, depois do pecado do homem no paraíso, Deus decidiu fazer a vida dura para os seres humanos, ou assim deve ser, porque esta necessidade propulsora é vista em contraste com a vida *fácil* dos deuses, sendo um dos poucos traços notáveis nos quais os dois ramos de nosso passado, o hebreu e o grego, estão de acordo. Isto indica a linha de pensamento de Marx que, num tempo quando esta conexão fundamental era quase esquecida, a restabeleceu entendendo labor e procriação como as duas principais formas de *produção de vida, a própria vida de alguém através do trabalho, isto é, seus meios de subsistência, e a nova vida através da procriação* (*Deutsche Ideologie*, 17). Mas enquanto Marx pôs esta produção da vida através do labor ou trabalho no centro de sua filosofia política, toda a tradição em total acordo com o passado pré-tradicional pôs o trabalho para fora do domínio político, tratando-o como um assunto meramente privado que dizia respeito a cada indivíduo e de como ele deveria resolver o problema de permanecer vivo e manteve toda esta esfera desprezada, não primariamente porque ela era *privada*, mas porque estava sujeita às necessidades inerentes a estar vivo e a

manter-se vivo. Qualquer um que estivesse sujeito a estas necessidades, tal como os trabalhadores e as mulheres, não poderia ser livre; a liberdade significava antes de tudo tornar-se independente de quaisquer atividades que são necessárias para a manutenção da própria vida.

A divisão entre governar e ser governado foi primeiramente experimentada neste campo privado que era dividido entre aqueles que governavam e aqueles que estavam sujeitos à necessidade. A vida público-política permaneceu nesta divisão como sua condição pré-política, mas o conceito de autogoverno originariamente não exerceu nenhum papel sobre ela. Isso se torna enfaticamente verdadeiro para a cidade-estado e seu conceito de equidade entre cidadãos, para os quais a liberdade é uma condição pré-política, mas não o conteúdo da política e nem um ideal político – porém tal fato foi verdadeiro para um período anterior a este. Agamenon foi o rei dos reis, e mesmo na aparente exaltação de Hesíodo sobre o trabalho, encontramos o sempre presente escravo ou servo que executa as ordens de seu mestre.

No pensamento político tradicional, esta elementar liberdade da necessidade, que só pode ser alcançada através do governo sobre os outros, é então refletida nas repetitivas promessas de que apenas a vida que aspira a algo maior do que a própria vida vale a pena ser vivida, e somente uma atividade, cujo fim é maior do que a própria atividade em si vale a pena para iniciar um novo trabalho. Mesmo a diferença mais marcante entre vida dos homens livres da antiguidade e da idade moderna, a enorme quantidade de facilidade sem a qual a atividade política no sentido grego e romano, a *bios politikos*, seria completamente impossível, e que repousava completamente no fato do trabalho escravo, é que a experiência real de liberdade para aquelas pessoas é menos relevante do que sua aparente oposição negativa – a liberdade originária de *anagkaia*, as necessidades puras da vida.

Em outras palavras, a distinção entre governar e ser governado, entre governadores e súditos, que as definições tradicionais de formas de governo presumem como sendo a essência de toda organização política, era originalmente uma distinção válida somente para a vida privada e então apenas uma condição, nunca o conteúdo da política. As razões pelas quais os filósofos sobrepuseram-na nas reais experiências políticas quando iniciaram sua formalização e conceituação, têm

muito mais a ver com a postura dos filósofos em relação à política – uma postura que, sem dúvida, também possuía suas razões e implicações políticas – do que com quaisquer traços presumidamente imutáveis no próprio domínio público-político.

Realeza, aristocracia e sociedade politicamente organizada ou república estão baseadas nessa liberdade da necessidade, a qual se manifesta no governo sobre as mulheres e os escravos, e suas distinções não repousam na questão de quantos detêm o poder ou de quem governa quem. Sua distinção repousa naquilo que pode ser compreendido como sendo de interesse público como tal e a relação entre aqueles que estão preocupados com o domínio público. O interesse público em uma realeza é, antes de tudo, uma iniciativa comum que não é uma ocorrência cotidiana, mas possui uma importância notável sobre um evento que *interrompe* o curso normal da vida diária. A fim de participar dos negócios públicos de qualquer maneira, os administradores domésticos que seguem seu líder escolhido, o *basileus*, têm que deixar não apenas a privacidade de suas vidas, mas sair totalmente de seu ritmo diário.

O que Hesíodo glorifica em Homero não é o trabalho em si mesmo, mas a dignidade da vida diária. Como o título *Trabalhos e Dias* indica, e como se torna bem mais claro nas admoestações ao *irmão de arte náutica*, Hesíodo elogia o ficar em casa em oposição à ousadia e à aventura de todos os tipos. Ele apóia a beleza da quietude da vida diária, caracterizada muito mais pela ocorrência periódica da configuração dos dias e do ano do que pelo trabalho no meio familiar e no campo, o que também em Hesíodo é executado por escravos e apenas supervisionado pelo chefe de família. A importância de Hesíodo é que ele elogia a vida que se mantém totalmente longe do domínio público comum, para ele, as possibilidades de glória e de grandes feitos não têm tanto valor. Ele é o único grego que elogia, sem vergonha nenhuma, a vida privada, cuja principal característica para os outros gregos era que ela não oferecia aquele espaço ou esfera de um mundo comum, único lugar no qual alguém poderia aparecer e ser visto e, portanto, tornar-se o que ele só seria em potência. A razão para que o espírito grego, diferentemente dos romanos, visse na vida comum não muito mais do que uma inevitável condição para a constituição de um mundo público comum, era o fato de que a privacidade não oferecia nenhuma possibilidade para a *doxa* em seus múltiplos significados: a

aparência e a ilusão, a fama e a opinião. E desde que apenas aquilo é o que aparece e é visto, a maior idéia de Platão sobre a bondade em toda a sua realidade envolvente e abrigada é *phanotatom*— isto é, aquilo que brilha mais adiante, aquilo que tem a aparência mais brilhante (*República*, 518 C).

O domínio privado, mesmo quando as necessidades da vida fossem bem governadas e cuidadas com êxito, permaneceu um domínio de assuntos indefinidos, inarticulados e misteriosos; a vida privada era desprovida de realidade porque ela não poderia mostrar-se e não poderia ser vista pelos outros. A base de toda a vida política grega é a convicção de que apenas o que aparece e é visto pelos outros adquire plena realidade e autêntico significado para o homem. O principal objetivo do tirano é condenar os homens a seu ambiente familiar privado, o que significa despojá-los da possibilidade de sua humanidade. O *agon*, o conflito de *aristeuein*, de ser melhor do que seus companheiros e se possível o melhor de todos, não é competição *de oleiro com oleiro, artesão com artesão, e indigente com indigente*, como Hesíodo em seu elogio a *Eris* nos faria acreditar (*Trabalhos e Dias*, 24); mas é, ao contrário, a equação política da realidade que se revela aos outros. Apenas onde outros estivessem presentes poderia começar uma vida especificamente humana. Onde apenas alguém fosse notado pelos outros, poderia, através da distinção de si mesmo, assumir a sua própria humanidade.

É, portanto, não apenas vida política e experiência política no sentido restrito da palavra, mas vida humana e experiência humana como tal que se iniciam onde quer que o meio familiar privado e governo sobre este chegue ao fim; e o mundo comum, visto por todos os outros em sua livre e brilhante luz pública, então se inicia. Isso é igualmente verdade para a realeza e para a *polis*, mas a vantagem desta última, neste aspecto, é que ela oferece um mundo comum para a vida diária de seus cidadãos e não apenas para ousadias esporádicas. Através do mesmo simbolismo, a vida da polis perde oportunidades para o verdadeiramente extraordinário, e sua *doxa*, portanto, se torna cada vez mais uma opinião pela qual o cidadão se distingue na constante atividade de *politeuesthai*, e cada vez menos o resplendor da glória da fama imortal que se segue após grandes feitos. O que distingue a realeza da sociedade politicamente organizada e da república não é a

relação entre governantes e súditos e não é, nem primariamente, a diferente relação entre os cidadãos, isto é, aqueles que vivem e se movimentam juntos num mundo comum. A principal diferença histórica repousa no papel que a própria ação representa nestas diferentes formas de organização pública.

A realeza, provavelmente a forma mais antiga, e talvez a mais elementar forma política de organização, repousa na experiência de ação o sentido geral de se iniciar algo de novo, de homens que iniciam juntos uma nova aventura. A ação é o ponto de reunião do vir e permanecer juntos dos chefes de família que decidiram deixar para trás seus interesses privados e que formam um corpo político enquanto a aventura continuar. O que os compele a ficar juntos é o apetite para a ação que nunca pode ser satisfeito apenas por um homem; para a excelência do trabalho e da fabricação, que pode ser perseguida na solidão ou no isolamento, a ação é possível apenas onde os homens se juntam e agem de acordo. Esse acordo de ação exige e, como se fosse, cria o rei, que, como *primus inter pares* se torna um líder eleito a quem os outros seguem por sua própria e livre escolha no espírito de lealdade. Onde o elemento de engajamento livre está ausente, a realeza se torna uma monarquia e, de acordo com Platão, uma tirania quando a obediência não é garantida voluntariamente. Os governantes soberanos de famílias reais que seguiram o Rei Agamenon para começar a aventura troiana ajudaram-no e a Menelau, porque eles esperavam vencer por si mesmos para a eterna glória, a saber, a *doxa*, de aparência gloriosa no mundo dos mortais, que sobreviverá a suas mortes. Apenas neste mundo comum onde eles próprios e tudo o que eles fazem é visto e notado pelos outros, podem eles esperar vencer seu destino privado de mortalidade, isto é, nascer e viver e morrer como um alguém único, pessoa insubstituível que, na privacidade de seus próprios interesses, não poderia esperar deixar qualquer traço da sua existência terrena atrás de si. É por sua absoluta futilidade que a existência privada – o *idion* dos gregos e, embora em pequena parte, por causa da integração da vida familiar no domínio político público, a *res privata* dos romanos – sempre teve a conotação de uma vida desprovida das possibilidades humanas mais essenciais. Ainda algo desta futilidade é também inerente nas grandes façanhas da assim chamada idade heróica. O próprio domínio comum, constituído apenas para as exigências da ação, desaparece no momento em que a aventura chega

ao fim – quando Tróia é destruída, seu povo morto ou distribuídos como escravos no meio familiar dos heróis. Num sentido, a realeza e suas aventuras, inspiradas pela coragem de fazer de persistir –*poiein* e *pathein* têm uma relação mais próxima em grego do que em qualquer outra língua; eles são como dois lados de uma mesma *pragmata* na medida em que eles significam as constantes mudanças e hesitações dos destinos dos homens – começam o que eventualmente emerge na *polis* como um mundo comum mais estável dos feitos humanos (*ta atôn anthrôpôn pragmata*). Este último mundo comum compreende e afirma a sobrevivência para tudo que os homens fazem e sofrem uns pelos outros, de acordo com ele é que se compreende que a grandeza humana não está restrita aos atos e os agentes no sentido estrito da palavra, mas pode igualmente fazer parte o sobrevivente e o sofredor.

Nem para a sociedade grega politicamente organizada, nem para a república romana, jamais foi a ação a experiência política central. A base da cidade-estado é que as pessoas podem viver permanentemente juntas e não se juntar meramente para as grandes façanhas. É entre os cidadãos que os feitos políticos no sentido mais restrito e familiar surgem, e as experiências centrais dos cidadãos derivam deste viver junto muito mais do que de agir junto. No momento em que a ação é exigida, a polis retornará à mais antiga forma de organização real e os cidadãos seguirão novamente seu líder escolhido, o *stratêgos*, para conduzi-los na guerra ou na conquista ou na defesa. Mas então estas ações, que tipicamente acontecem fora das muralhas da cidade, estão também fora da atividade política estritamente falando; elas não mais constituem, como constituíram na precoce realeza, o único domínio em que os homens livres vieram e viveram juntos. Quando a ação militar se tornou de novo a fundação de uma forma de governo, testemunhamos não a restauração da antiga realeza, mas o estabelecimento da monarquia, como quando os imperadores romanos eram eleitos como soldados profissionais. A transformação do *stratêgos* no monarca, ou particularmente no *rex* romano – e a palavra *rex* no quinto século a.C. fora tão abominada para os ouvidos republicanos romanos quanto a palavra monarca o fora para os ouvidos dos precoces gregos – ocorre quando as guerras se tornaram um negócio cotidiano e a ação militar passou a predominar sobre todos os negócios civis. Só então a regra de um só homem ou monarquia realmente adquire um *status* diferente da tirania. A *polis* grega, entretanto, e a república

romana são igualmente removidas da precoce experiência da ação como início de uma aventura, por um lado, e da mais recente perspectiva do soldado profissional na guerra como sua ocupação diária, por outro lado.

O que determina a noção de essência da política tanto de Platão quanto de Aristóteles é a vida diária conjunta de muitas pessoas dentro das muralhas que limitam um espaço. O que relaciona estas muitas pessoas umas às outras são duas experiências: igualdade e diferença. O sentido de igualdade, entretanto, como aparece com a fundação da *polis*, era muito diferente de nossa própria crença na igualdade universal. Primeiro, a igualdade não era universal, mas pertencia apenas àqueles que, na realidade, fossem iguais; excluídos estavam os não-livres, a saber, os escravos, as mulheres e os bárbaros. A liberdade e a igualdade, portanto, no começo eram noções correspondentes e nenhum conflito parecia existir entre elas. Desde que a igualdade não se estendia a todos os homens, não era vista como fundo do destino comum do homem, pois é a igualdade de qualquer homem perante a morte, e não era medida através de uma realidade impressionante de um ser super-humano, como ocorre com a igualdade perante Deus. Nenhum destes sentidos de igualdade entrou no domínio político antes dos séculos de decadência do Império Romano. O que a igualdade significava originalmente, num sentido positivo, não era estar só e não era estar solitário, porque solidão significa estar sem os iguais e o administrador da família não tinha iguais a não ser que ele fosse para a guerra. A gratidão pelo fato de que nenhum homem, mas os homens habitam a terra encontrou sua primeira expressão política no corpo político da cidade-estado.

Lá, entre os iguais, não na supremacia solitária sobre a família rural, a grande paixão do grego para *aei aristeuein*, por sempre se esforçar para distinguir-se como o melhor de todos, poderia progredir para uma forma de vida e esperar induzir para a futura aristocracia, não no sentido de governo pelo melhor, mas de uma predominância constante dos melhores na *vida da polis*. Num famoso fragmento, Heráclito nos diz quem são os melhores e como eles são distintos dos cidadãos comuns: *Os melhores preferem uma coisa, fama imortal, para todas as coisas mortais; mas a multidão fica satisfeita em se faltar como o gado* (B 29). A necessidade de avaliar em relação aos outros para ser independente e mostrar a irrevogável e imutável unicidade de cada

homem mortal que deve encontrar e marcar para cada si a permanente moradia que sobreviverá à futilidade perecível dos seus feitos e à imortalidade de sua pessoa, era certamente um dos motivos mais fortes para as grandes façanhas do antigo tempo da realeza. A grande vantagem da *polis* sobre a realeza é que o mundo público comum no qual só os feitos dos homens eram vistos e lembrados, não está confinado ao tempo limitado de uma aventura com seu início e fim, mas é em si mesmo permanente, a permanente moradia da posteridade. Além disso, a distinta atividade, a própria *aristeuein*, pode agora tornar-se um desempenho diário e permear todo o corpo político. Enquanto a *polis* grega foi inspirada pelo espírito ágono, ela permaneceu aristocrática não importa se uma oligarquia ou não, como no princípio, ou a multidão na época clássica, detém o poder do governo. Seus traços aristocráticos, o impulsivo individualismo de *aristeuein* a qualquer preço, eventualmente induziu a *polis* para a sua ruína, porque ela fez alianças entre *poleis* quase impossíveis.

A exata correspondente é a república romana, baseada desde o início na conclusão de alianças com inimigos derrotados, onde o *salus rei publica*, o bem estar daquilo que todos têm em comum, era sempre e conscientemente posto acima da glória individual, com o resultado de que ninguém poderia tornar-se completamente ele próprio. A diferença e a distinção eram secundárias para a igualdade que se tornou apenas ali um princípio prático, um modo de vida e não, como em Atenas, um tipo de trampolim para começar a distinguir-se sobre todos os outros. O que Roma e Atenas têm em comum é que o precoce conceito de ação como central para a vida política e quase conectado à noção de grandes aventuras, cedeu à noção de uma vida ativa, consistindo no tratamento dos negócios públicos por todos os cidadãos em todos os tempos. O conteúdo desta atividade em Roma e Atenas era tão diferente quanto o termo latino *agere* é distante do grego *politheuesthai*. Um consistia no cuidado vigiado sem fim que a fundação de Roma e suas leis, o cuidado pela preservação e crescimento, depositavam nos cidadãos como um fardo de eterna responsabilidade, enquanto o outro consistia na constante deliberação e na consideração comum de todas as coisas humanas, porque tudo essencialmente humano, de acordo com o espírito da *vida da polis* era obrigado a aparecer e a mostrar sua verdadeira face no domínio público-político. Mas em ambos os casos os cidadãos que desejavam levar uma vida ativa e

participar das mais altas possibilidades que seus mundos guardavam para eles tinham que gastar tanto tempo quanto possível entre seus iguais – no ginásio ou no teatro, nas cortes ou nos mercados, em encontros populares ou no senado – e o menor tempo possível em casa como o chefe ou o administrador do meio familiar. Seus negócios particulares, dirigindo suas famílias ou supervisionando seus artesãos ou cuidando de suas fazendas era como fosse, tinham sua atenção comprimida entre um e outro assunto mais importante que eles diariamente atendiam em público. A esta noção de lazer, portanto, seja *scholê* ou *otium*, significavam especificamente e exclusivamente lazer dos negócios público-político e não lazer do trabalho, indicando, mesmo antes que os filósofos exigiram-no como pré-requisito do modo de vida inativo contemplativo, um tipo de solidão que nem a *polis* e nem a república, com a presença de cidadãos companheiros de alguém, queria ou podia conceder.

Vistas sob a luz das verdadeiras experiências políticas, as três formas de governo desaparecem em três diferentes, mas não mutuamente exclusivas maneiras de viver juntos. A realeza está primariamente baseada na ação, no sentido de iniciar e ver através das grandes e simples façanhas e como tal, era concebida para ocasiões únicas, não para a vida diária. A realeza ocorre na Grécia, mas não na história romana, a qual até o fim abominou o *rex*, porque a única experiência de governo de um homem que houve foi a tirania. Desde que a vida política romana começou depois da fundação de Roma, a maior de todas as façanhas, não houve nenhuma experiência de proezas possível que juntasse os homens, constituindo seu próprio mundo comum. A história romana continha a *res gestae*, as coisas que Roma tinha imposto a seus cidadãos e que seus cidadãos tinham suportado (*gerere* significa originalmente suportar) e tratado num grande e justo espírito.

A aristocracia novamente é primariamente uma experiência grega e consiste em viver junto no modo de *aristeuein*, em ganhar distinção e medir-se constantemente entre seus iguais. Contra ela e não necessariamente numa diferente forma de governo, levanta-se o espírito da sociedade politicamente organizada que floresceu em Roma antes que em Atenas. O espírito romano incorpora e exalta – a um grau é difícil recapturar – a grande alegria impetuosa de companheirismo entre os iguais, o tremendo alívio de estar sozinho, que deve ter caracterizado a primeira fundação de centros urbanos e a multidão

vinda de ocupações rurais no campo. Aqui, a possibilidade de um *governo misto* é evidente; significa não mais do que se integrarem as três experiências fundamentais que caracterizam os homens na medida em que eles vivem uns com os outros e existem em pluralidade – a combinação de *amor de igualdade* com *amor de distinção* (como Montesquieu mais tarde colocou) e a integração de ambos na faculdade *real ou régia* de ação, a experiência de que ação é um começo e de que ninguém pode agir sozinho.

A exclusão da tirania como uma forma de viver junto, como distinta do governo de um homem ou a monarquia como a pior entre as possíveis formas de governo, não é menos manifesta. O tirano peca igualmente contra todas as características fundamentais da condição humana no seu aspecto político: ele finge ser capaz de agir completamente só; isola os homens uns dos outros, semeando o medo e a desconfiança entre eles e desse modo destruindo a igualdade junto com a capacidade do homem de agir; não pode permitir a ninguém distinguir-se e, portanto, inicia seu papel com o estabelecimento da uniformidade, que é a perversão da igualdade.

É esse passado em suas notáveis experiências políticas que a tradição conceitualizou quando definiu as formas de governo na estrutura de governar e ser governado, de Direito e poder. Nada, como ressaltamos antes, poderia ser mais alheio a estas experiências do que a divisão de governadores e súditos, desde que governar era precisamente uma pré-condição política de viver junto e, portanto, em termos de antiguidade, isto poderia apenas significar que uma categoria de vida privada era aplicada ao domínio público-político. De fato, nada é tão característico dos aspectos negativos da história grega do que a incapacidade dos gregos de governar, o que se revela todo o tempo de grande aventura troiana, que terminou com a destruição de Tróia, o massacre de seus homens e a escravidão de suas mulheres e suas crianças, ou para o infeliz comportamento de Atenas na guerra peloponesiana rumo aos melianos e em geral rumo a todos os aliados. Em parte alguma jamais os gregos foram capazes de governar sobre os povos conquistados, isto é, de estabelecer domínio como um princípio politicamente válido contra a destruição de um lado e a escravidão de outro. A conquista e a destruição poderiam enriquecer o domínio privado dos cidadãos; eles não poderiam nunca estabelecer um domínio público no qual os cidadãos enquanto tais governariam sobre

outro povo, como os chefes dos meios familiares governavam seus escravos e mulheres. É precisamente a ausência de governo no domínio público que caracteriza a crueldade específica da história grega.

Roma, com certeza, possuía a grandeza para resolver esse problema. Mas sua solução também não é também em termos de governo. O *dominium* tanto quanto o *imperium* eram baseados na faculdade romana de estabelecer *societates*, alianças com antigos inimigos. O poder romano se expressa em estabelecer domínios públicos específicos entre Roma e seus vizinhos, sejam estes inimigos ou amigos, de tal forma que um mundo comum vem a existir, o qual não é nem idêntico à própria Roma nem ao antigo *status* político dos conquistados. É bem especificamente um mundo próprio *entre* ambos, baseado na lei romana, mas, novamente, não na lei válida para os cidadãos romanos, mas uma lei especificamente designada a operar no meio dos dois, o *ius gentium*, um tipo de mediador entre as leis diferentes estrangeiras das cidades. Foi apenas em seu declínio que Roma se tornou *o mestre universal* e então ela destruiu o mundo comum, a primeira grande comunidade, que ela própria tinha construído, o *Imperium Romanum* no qual o poder (*imperium*) é sustentado pela glória e *benevolentia sociorum*, como diz Cícero (De Off. II 88), pela glória de Roma e a boa vontade de seus aliados.

Assim, foi apenas durante o declínio e depois da queda do Império Romano que a tradicional divisão entre governar e ser governado, como uma necessidade elementar para todas as comunidades organizadas poderia basear-se numa experiência igualmente elementar no domínio político. Durante o mesmo período da antiguidade moribunda, a distinção mais fundamental na qual a vida política tinha permanecido no mundo antigo – a distinção entre um mundo dos livres, o qual por si era político e a administração do meio familiar sobre os escravos, que permanecia privado – tornou-se incrivelmente nublada. Isto ocorreu em parte porque o domínio público dos homens livres estava se rompendo a tal ponto que o domínio privado de cada um deles quase automaticamente recebeu uma nova ênfase, e em parte porque tantos escravos antigos tinham sido libertados que a própria distinção não era mais de tão grande importância. Mas daí em diante, a tradicional divisão entre aqueles que governam e aqueles que são governados continuou crescendo em significância através de todas as Idades Médias e dos primeiros séculos da idade moderna. Que todo o

domínio da vida pública política e o mundo comum no qual ela se move é essencialmente estruturado por esta divisão finalmente tornou-se a suposição da tradição do pensamento político Ocidental. Onde quer que falte esta divisão, por exemplo: as expectativas utópicas de uma sociedade futura, funcionando sem a interferência de um poder de estado claramente definido, a conclusão inevitável é que todo o domínio da política e não apenas o estado, irá definhar.

2

Razão prática e traços de caráter: um comentário à teoria sentimentalista de Maccormick sobre a percepção moral

CLAUDIO MICHELON

Edinburgh University.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

RESUMO: O presente artigo¹ discute a tentativa de Neil MacCormick em explicar como os tomadores de decisão podem suprir a lacuna entre normas universais e casos particulares. MacCormick oferece uma versão fortemente qualificada de uma concepção sentimentalista da percepção moral como uma forma de lidar com os problemas gerados por essa tensão entre universais e particulares. Neste artigo, é levantada uma objeção contra tal abordagem e uma abordagem alternativa baseada em uma concepção aristotélica de

ABSTRACT: This article discusses Neil MacCormick's attempt to explain how decision-makers can manage to bridge the gap between universals norms and particular cases. MacCormick offers a heavily qualified version of a sentimentalist conception of moral perception as a way to tackle the problems arising from that tension between universals and particulars. In the paper an objection is raised against that approach and an alternative approach grounded on the Aristotelian conception of phronesis is sketched (but not fully developed).

1. Esse artigo é um comentário ao argumento apresentado por MacCormick sobre a instanciação entre universais e particulares em processos de tomada de decisão. O argumento de MacCormick foi exposto, em versões ligeiramente diferentes, no capítulo 5 de seu *Rhetoric and the Rule of Law* (Maccormick, 2005) e em *The universal and the particular in legal reasoning* (Bankowski; Maclean, 2006:3-22). O artigo é uma versão traduzida por Leonardo Gomes Penteado e revisada pelo autor com pequenas modificações do artigo "Practical Reason and Character Traits: Remarks on MacCormick's Sentimentalist. Theory of moral perception" In: BANKOWSKI, Zenon. Publicado em James MacLean (eds.). *The universal and the particular in legal reasoning*. Ashgate, 2006, p. 115-127.

phronesis é esboçada (mas não plenamente desenvolvida).

PALAVRAS-CHAVE: Razão prática e jurídica – Phronesis – Universais e particulares. **KEYWORDS:** Legal and practical reasoning – Phronesis – Universals and particulars.

INTRODUÇÃO

Em “Particulares e Universais”, Neil MacCormick procura apontar uma solução para a tensão que existe entre, de um lado, o fato de que decisões são sempre tomadas como resultado do encontro do indivíduo que a toma com uma situação “particular” e, de outro lado, a tese de que razões são essencialmente universais. Parte essencial dessa explicação é a sua teoria da percepção moral, largamente baseada na sugestão de Adam Smith de que a empatia [*sympathy*] é o sentimento moral quintessencial. De acordo com essa teoria, a universalização desempenha um papel central tanto na percepção quanto na justificação morais.

Acredito que falta algo à teoria de MacCormick sobre a percepção moral. Meus propósitos principais neste artigo são, primeiro, mostrar o que precisamente falta e, segundo, sugerir maneiras pelas quais devemos lidar com os problemas que não são resolvidos pela explicação de MacCormick.

Antes de expor em detalhe as razões pelas quais acredito que a teoria da de MacCormick sobre a percepção moral é inerentemente incompleta, convém apresentar a estrutura do meu argumento. Concordo com MacCormick que a universalização tem papel central na justificação de ações; entretanto, em contextos de tomada de decisão, acredito que a universalização não é nem suficiente, nem, em certos contextos, necessária. Em outras palavras, *construir argumentos sobre correção e incorreção* de situações específicas não é o mesmo que *decidir o que fazer* nessas situações. Por “não é o mesmo” quero dizer que o critério de julgamento da solidez de um argumento sobre a correção ou a incorreção de uma situação particular são parcialmente diferentes dos critérios que devem ser utilizados no julgamento da adequação de uma decisão específica tomada por um agente frente a um caso particular.

Em outra ocasião, já apresentei meu argumento em defesa da distinção entre o critério de correção do julgamento de ações e o critério de correção de uma decisão (por exemplo, em Michelin, 2002:55-7), mas a incompletude da teoria de MacCormick me dá a oportunidade de expor uma diferença adicional entre ambos, a saber, a tomada de decisão bem sucedida é dependente em algumas importantes características subjetivas do tomador de decisões que não podem ser reduzidas à sua capacidade de fornecer razões.

Essa declaração pode gerar um mal-entendido. Meu argumento não é uma defesa da tese segundo a qual uma vinculação direta do sujeito ao caso “particular” é tanto uma condição necessária quanto suficiente à decisão do que fazer; ademais, ele não é incompatível com o reconhecimento de um papel bastante importante a razões universais na tomada de decisões. Minha tese é simplesmente que a maneira pela qual percebemos o panorama moral não pode ser diretamente refinada pela universalização, mesmo que a percepção sempre envolva alguma forma de universalização (e creio que isso valha mesmo que se admita que a percepção sempre envolve algum grau de universalização). Correndo o risco de soar antiquado, acredito que universalização pode ser um *acidente necessário* na percepção moral, e não parte de sua *essência*. O entendimento do que é realmente essencial na percepção moral nos ajuda a entender as maneiras pelas quais a podemos refinar.

Na seção seguinte, apresento a teoria de MacCormick sobre a percepção moral e os argumentos que mostram não ser ela capaz de dar conta de alguns aspectos fundamentais da relação entre universais e particulares no contexto de processos de tomada de decisão. A segunda seção deste artigo é uma tentativa de identificar o que precisamente falta na teoria de MacCormick. Na terceira seção, apresento uma abordagem do que mais é necessário para que se preencha a lacuna entre universais e particulares na tomada de decisão (e, para fazê-lo, tentarei esclarecer algumas das características do que os clássicos chamaram de “*phronesis*”).

1. A TEORIA DE MACCORMICK SOBRE A PERCEPÇÃO MORAL

Na explicação de MacCormick, a correta tomada de decisão depende tanto de percepção aguçada dos aspectos relevantes de uma

situação particular quanto da conceitualização desses fatos relevantes *como algo*, isto é, o entendimento de cada aspecto particular do caso a partir de um conceito universal. Em outros termos, MacCormick aceita que ninguém tomará corretamente uma decisão se o processo de tomada de decisão for iniciado com um conjunto fechado de conceitos universais que deveria ser identificado na situação particular de modo a informar a decisão. Deve-se estar aberto a aprender com o caso, ou seja, é necessário ser capaz de perceber certos aspectos da situação particular como relevantes ao produto final do processo de tomada de decisão. Entretanto, a abertura do tomador de decisão ao particular não significa que o particular possa entrar no processo de tomada de decisão como tal. Compreender é sempre compreender algo *como algo* e, por essa razão, a universalização também desempenha um papel chave na tomada de decisão. Em outras palavras, o fato de que razões são universais não significa que todos os universais relevantes são sabidos de antemão antes de o agente que toma a decisão ter contato com o caso particular.

Até este ponto, não discordo do argumento de MacCormick. Mas a sua abordagem deixa sem resposta a pergunta de como exatamente o caso particular pode influenciar a percepção dos universais relevantes. É com o objetivo de responder a essa pergunta que MacCormick esboça uma teoria sentimentalista da percepção moral que é o tema principal do presente artigo.

Acredito que haja uma dificuldade fundamental nessa teoria sentimentalista da percepção moral e também acredito que outras teorias da percepção moral (como a teoria transcendental kantiana ou a teoria realista aristotélica) não apresentam essas mesmas dificuldades.

MacCormick inicia a apresentação de sua teoria da percepção moral a partir do diagnóstico de como uma abordagem puramente intuicionista da percepção moral pode ser melhorada. De acordo com a abordagem intuicionista, temos a capacidade de intuir quais fatores de uma dada situação são relevantes à correção ou incorreção da situação. As questões deixadas em aberto pela abordagem intuicionista são duas: em primeiro lugar, não é claro se esse tipo de intuição realmente existe, e, segundo, se existe, não é claro a razão por que merece crédito. A sugestão de MacCormick é que a abordagem sentimentalista de Adam Smith seria capaz de explicar a fonte da “intuição” bem

como de ajudar a compreender em qual condição ela poderia ser justificada (pela introdução da idéia de um expectador imparcial).

A fonte da “intuição” de quais aspectos do caso concreto são moralmente relevantes pode ser encontrada nas nossas emoções de ressentimento ou de satisfação quando frente a uma situação particular. Essas emoções podem ser sentidas diretamente ou por empatia. Empatia nos une, como MacCormick diz, “pois preferimos gozar do sentimento de camaradagem, ou empatia, pelos nossos próximos”.

A maior dificuldade da abordagem sentimentalista, da qual tanto Smith quanto MacCormick estão claramente conscientes, é que parece supor a premissa fatural contingente de que as reações humanas a fatos particulares são mais ou menos iguais. Pareceria, por exemplo, que sentimentalistas pressuporiam que todos (ou, ao menos, a maioria das pessoas) reagiriam negativamente à dor que alguém sentisse porque, por empatia, ela se torna a sua dor. Mas isso é muito improvável. Pense no exemplo de Smith:

“Quando vemos um golpe dirigido e já pronto para recair sobre a perna ou o braço de outra pessoa, naturalmente nos retraímos e recuamos a nossa própria perna ou nosso próprio braço; e quando o golpe cai, o sentimos em alguma medida, e por ele somos machucados assim como aquele que o sofreu” (Smith, 1984:10).

Entretanto, um inimigo da pessoa que está para ser atingida pode ter grande quantidade de prazer ao assistir a esta cena. Ademais, uma pessoa com traços de caráter masoquistas pode até sentir prazer em *razão da empatia*. O motivo pelo qual a variação das reações sentimentais é uma objeção a esta versão crua da abordagem sentimentalista é o fato de que em não havendo um alto grau de conformidade na reação empática, o critério de *correta* tomada de decisão variaria dependendo da resposta empática de cada um. Isso implicaria que o critério de correção de uma tomada de decisão particular seria totalmente dependente da subjetividade do tomador de decisão.

Como dito acima, é evidente que nem Smith nem MacCormick subscrevem uma versão crua da teoria sentimentalista da percepção moral. Ambos afirmam que os sentimentos que devem ser levados em consideração em uma teoria sentimentalista da percepção moral devem ser de alguma forma qualificados. Para nenhum deles o sentimento moral é um fenômeno “natural”, no sentido moderno da

palavra. Isso significa dizer que para nenhum deles o sentimento moral há de ser encontrado estatisticamente em todos os seres humanos (ou mesmo na maioria deles).

O correto sentimento moral requer treinamento adicional para que o agente se torne (a) imparcial e (b) integralmente informado. É importante perceber que esses requisitos são alcançados como resultados de certa concepção de *correta ação moral*. Entretanto, na teoria de MacCormick, a universalização opera não somente como forma de *justificar* uma ação, mas também como um elemento de sua teoria da *tomada de decisão*, pois controla a percepção moral das características relevantes de um *caso particular*. Universalização, ou ao menos imparcialidade, acaba por se tornar onipresente.

O papel central da imparcialidade na concepção de MacCormick da percepção moral reflete a concepção de “discurso de aplicação” [*application discourse*] formulada por Klaus Günther.² Günther afirma que o princípio-guia na “discursos de aplicação” é a imparcialidade,³ e desenvolve uma explicação da aplicação de uma norma como um conjunto de estratégias que buscam assegurar a imparcialidade do agente na apreciação de todos os aspectos relevantes dos casos particulares. Entretanto, não acredito que a imparcialidade seja suficiente para que o agente moral lide com casos particulares. De fato, não acredito que seja possível delinear qualquer tipo de *procedimento* racional capaz de, em si próprio, preencher a lacuna entre considerações universais e casos particulares. Preencher a lacuna entre considerações universais e casos particulares depende do desenvolvimento de um certo tipo de *sensibilidade* racional. Antes de explicar o quero dizer com isso, deixem-me explicar as razões pelas quais os complementos propostos por MacCormick à teoria sentimentalista crua (i.e. imparcialidade e informação integral) não ajudam uma teoria sentimentalista contra a objeção de que ela leva a subjetivismo (ao invés de inter-subjetivismo ou objetivismo).

2. Günther (Günther, 1993) se refere aos dois requisitos: a exigência [demand] por informação integral é justificada nas p. 229-239, enquanto o requisito geral de imparcialidade para discursos de propriedade (appropriateness) é discutido durante o livro e, de fato, é uma das principais teses nele apresentadas, como podemos ver na p. 203.
3. Idem, 203 ff.

Uma das razões pelas quais o requisito de imparcialidade não ajuda a concepção sentimentalista de MacCormick é o fato de que esse requisito só funcionaria como um contra-argumento efetivo à objeção apresentada acima se a teoria incorporasse uma premissa adicional, qual seja, um critério para distinguir sentimentos parciais de sentimentos imparciais. Esse critério pode ser tanto outro sentimento, que deve ser considerado *sistematicamente* anterior ao sentimento específico sob consideração (c.1), ou um critério não-sentimentalista que diz quais sentimentos podem ser considerados imparciais (c.2.). O critério c.1. deve enfrentar o formidável desafio de justificar uma prioridade sistemática de um sentimento em relação o outro. Não acredito que essa prioridade sistemática possa ser justificada, por razões que expus em outro trabalho.⁴ O critério c.2. parece mais promissor, mas, em última instância, não tem melhor destino. Para que possa ser de alguma forma útil na identificação de sentimentos “imparciais”, o critério c.2. deve ser aplicado diretamente aos sentimentos e somente indiretamente ao caso concreto; entretanto, não acredito que haja sentimentos que possam ser *a priori* qualificados como mais imparciais que outros. Os sentimentos podem nos ajudar a entender como responder a uma situação particular, mas a imparcialidade de nossa decisão não é a imparcialidade dos sentimentos que a informam. A imparcialidade relevante deve qualificar a *própria* decisão. O critério c.2. parece tornar redundantes os sentimentos no processo de tomada de decisão, a não ser que sejam reduzidos a um papel meramente motivacional.

A demanda por informação integral [*full information*], por sua vez, é incapaz de realizar todo o trabalho que MacCormick e Günther gostariam que realizasse. Informação ideal somente pode ajudar ou a encontrar *um critério* para decidir se a decisão tomada era ou não a melhor (como apontado por MacCormick) ou para impor um ônus (moral) no tomador de decisão de se informar tão bem quanto possível. Esses efeitos são importantes, mas não eliminam o problema que levantei acima, pois mesmo pessoas integralmente informadas dos fatos do caso podem ter reações sentimentais distintas aos mesmos

4. Já argumentei contra a possibilidade de se afirmar prioridade sistemática em razão prática no terceiro capítulo de minha tese de doutorado (Michelon, 2006).

fatos. A única maneira de resgatar a teoria sentimentalista baseada na demanda por “informação completa” é aceitar que a informação integral necessariamente levaria ao desenvolvimento dos sentimentos corretos; em outras palavras, significaria a rejeição de *acrasia*. Por razões que não tenho espaço para expor, acredito que *acrasia* é possível.

Há outra objeção, mais relevante, ao uso de uma teoria sentimentalista *como guia para processo particular de tomada de decisão*, e acredito que isso também se aplica a teorias estritamente imparciais da tomada de decisão, como a de Günther. Essa objeção, se correta, leva à necessidade de *teorizar qual tipo de pessoa* seria capaz de preencher a lacuna entre universais e particulares; essa discussão ocupará a porção remanescente do presente artigo.

2. SENSIBILIDADE MORAL NA TOMADA DE DECISÕES

Nesta seção, explicarei a objeção a teorias imparcialistas acima introduzida. Em poucas palavras, teorias imparcialistas são incapazes de explicar o fato de que o sucesso de um processo particular de tomada de decisão depende de ser o agente o *tipo de pessoa capaz de perceber algumas características do mundo como moralmente relevantes*. Dito de outra forma, não conseguem explicar devidamente o fato de que um agente moral, ainda que se esforce sincera e persistentemente para alcançar tanto imparcialidade quanto informação integral, pode ainda assim falhar por não possuir a sensibilidade correta. Uma teoria puramente imparcialista não consegue fornecer uma descrição completa da falha de agentes morais em seus processos de tomada de decisão

O que eu gostaria de sugerir é que não há qualquer conjunto de procedimentos racionalmente analisáveis capaz de garantir a correta percepção das particularidades do caso e de levar à correta decisão moral. Todos os procedimentos falham se a pessoa que os aplica não é *um tipo particular de pessoa*. Um exemplo pode auxiliar a explicar o meu ponto. Giorgio Agamben descreveu com algum detalhe a sutil mudança conceitual na percepção ocidental do mundo que deu ensejo à concepção e à implementação de campos de concentração (Agamben, 1998). Em poucas palavras, Agamben argumenta que, nos últimos séculos, a relação entre membros da comunidade política passou a ser mediada pela noção de cidadania, concebida como uma

característica formalmente atribuída pelo direito a indivíduos que preenchiam certos critérios. É uma característica central da concepção corrente de soberania que a decisão de quem deve ser considerado um cidadão (e, conseqüentemente, a quem deve ser atribuído o respeito devido a membros da comunidade política) pertence ao soberano. Isso torna possível que o soberano exclua da comunidade partes significativas da população, tornando-as pessoas excluídas em relação às quais os membros da comunidade não têm qualquer obrigação. Como resultado desse desenvolvimento, foi possível aos cientistas nazistas tratar judeus desnacionalizados como objetos que poderiam ser utilizados em experimentos (Agamben, 1998:154-159). Os cientistas simplesmente identificavam que tipo de laço os ligava àquelas entidades não-cidadãs. Essa era uma relação entre sujeitos (os cientistas) e objetos (os judeus desnacionalizados). A imparcialidade nunca entrou como consideração relevante em seu processo de decisão. De fato, Martha Nussbaum chamou atenção ao fato de que a nossa capacidade de sermos imparciais é uma habilidade complexa, altamente dependente da nossa capacidade de imaginação projetiva e sensibilidade (Nussbaum, 1995:45). Informação integral é inalcançável porque o *status* de não-cidadão preclui a necessidade de investigação adicional da mesma forma que um juiz preclui a necessidade de investigação sobre a cor das roupas do réu como fator relevante ao decidir se ele deve ou não ser punido. Na circunstância particular de um processo de tomada de decisão levado a cabo por seres vivendo *sub specie humanitatis*, não há informação integral: há seleção de fatos baseada na percepção do que é ou não relevante.

É importante notar que não estou sugerindo que empregar grande esforço em busca de imparcialidade e de obter tanta informação quanto possível não seja algo importante, ou mesmo obrigatório. Também não digo que a percepção moral das características relevantes da situação basta para fundamentar uma decisão sem qualquer critério racional adicional sobre a relevância ou não dos fatos percebidos. Digo simplesmente que, independentemente de quão benéfica a sugestão de MacCormick possa ser, *não há nenhum procedimento racional seguro que pudesse levar à correta percepção das características relevantes de uma decisão particular* e que, sem essa percepção moral, nem a imparcialidade nem a exigência por mais informação sobre o caso servirão como métodos adequados de tomada de

decisão. Esse tipo de percepção não pode ser simulado por regras procedimentais, pois só pode ser encontrado em certo tipo de agente. Se eu estiver correto, para que seja possível raciocinar apropriadamente, é necessário desenvolver um tipo especial de percepção racional, tornar-se um tipo particular de pessoa. Na próxima seção, tentarei explorar um pouco mais o que esta sugestão envolve.

3. UMA TEORIA ALTERNATIVA DA PERCEPÇÃO MORAL

Gostaria, agora, de apresentar uma abordagem alternativa da percepção moral das particularidades relevantes para a solução de um caso concreto que é inspirada na teoria aristotélica da *phronesis* como uma virtude *intelectual*. A afirmação de que *phronesis* permite lidar com a particularidade em contextos de tomada de decisões práticas não é, de forma alguma, original; entretanto, quando se afirma isso, não é comum discutir em detalhe como a *phronesis* funciona. O próprio Aristóteles é notoriamente econômico em exemplos de tomada de decisão *phronética*. Muito se diz (Aristóteles e outros) sobre como ela é diferente do conhecimento teórico, sobre suas diversas funções, sobre sua relação com outras virtudes, e até mesmo sobre algumas das condições necessárias ao seu desenvolvimento, mas há importantes lacunas em qualquer teoria da *phronesis*.

Essas lacunas têm uma consequência direta. A *phronesis* é comumente pensada como um tipo de palpite que tem pouco a ver com a razão. Esse entendimento é reforçado pela idéia de que a sabedoria prática somente é adquirida pela experiência. Isso, acredito, desemboca em uma teoria da *phronesis* que acaba não sendo muito útil, pois minimiza (a) o seu elemento racional e (b) os elementos subjetivos que são partes integrais da sabedoria prática.

Não pretendo aqui apresentar uma teoria completa da *phronesis*. Gostaria apenas de discutir dois de seus aspectos que podem ajudar a compreender o que falta na teoria sentimentalista de MacCormick sobre a percepção moral. Em primeiro lugar, gostaria de mostrar como a posse da virtude intelectual *phronesis* está relacionada em um nível constitutivo a características particulares da pessoa que toma a decisão, especialmente à posse de algumas virtudes morais. Em segundo lugar, gostaria de apresentar uma explicação da falha na tomada de decisão que segue desta característica da *phronesis*. Nesta explicação,

um elemento-chave na tomada de decisão bem sucedida somente pode se desenvolver sob circunstâncias contingentes, e, portanto, não há qualquer conjunto de procedimentos que, mesmo se seguido religiosamente, seria capaz de guiar a bem intencionada pessoa à correta decisão em uma situação particular. Deixe-me esclarecer que esta seção não é escrita com a intenção de ser um comentário sobre Aristóteles. Para os meus propósitos, é desnecessário discutir o grande número de interpretações conflitantes entre si da concepção de Aristóteles de virtude intelectual. Apenas discutirei os aspectos da *phronesis* que considero mais relevantes para compreender o problema de como preencher a lacuna entre universais e particulares no contexto de tomada de decisões. Não estou preocupado em ser fiel à concepção de Aristóteles, embora, em alguns momentos, discutir Aristóteles (e Tomás de Aquino) será útil na apresentação de uma concepção operativa de *phronesis* capaz de explicar como essa lacuna deve ser preenchida.

O papel da *phronesis* na lida com particulares é bastante conhecido no contexto dos estudos sobre Aristóteles;⁵ de fato, esse uso da palavra é familiar tanto ao indivíduo ordinário na Atenas do século V^o quanto a teóricos contemporâneos.⁷ Referências a *phronesis* como habilidade de intermediar o propósito geral de viver uma boa vida e o conhecimento do que é certo em contextos particulares, e também a vontade de fazê-lo, podem ser encontradas em diversas passagens dos trabalhos de Aristóteles.⁸

Há uma concepção específica de *phronesis* que nega o papel de mediação entre universais e particulares, a saber, a sugestão de W.

5. Entre muitas outras referências, veja as seguintes passagens da *Nicomachean Ethics* 6.7 1141b15; 6.8 1142a14; 20-22; 6.11 1143a29; 42-3.
6. De fato, a palavra comumente aparece na tragédia grega antiga nos contextos de decisão prática difícil. Veja Aubenque, 1997:30.
7. Por exemplo, Gadamer, 1989:313; Klaus Günther, 1993:171-201.
8. Sorabji, 1980 especificamente argumenta que a *phronesis* deve ser concebida como a habilidade de mediar entre uma concepção geral (e teórica) de boa vida e os requisitos gerais dessa concepção em casos particulares (veja esp. p. 220 ff.). Embora o argumento de Sorabji seja formulado com a intenção de ser uma descrição do pensamento de Aristóteles sobre o tema da sabedoria prática, penso que sua interpretação é bastante útil para a compreensão de com a *phronesis* poderia ajudar na lida de nosso problema específico.

Jeager de que a *phronesis* (no Aristóteles maduro da *Ética a Nicômaco*) é equivalente a uma “intuição moral prática”. Em um famoso artigo,⁹ Jeager argumenta que a *phronesis* deve ser concebida de modo a que essa virtude (e a ação por ela guiada) seja completamente separada do conhecimento teórico ou da inteligência. Muitos criticaram a interpretação de Aristóteles proposta por Jeager,¹⁰ mas o que me interessa aqui é o fato de que, concebida a *phronesis* como uma intuição completamente não-teórica do que é correto fazer, ela não é um bom guia para mediar universais e particulares. De acordo com essa concepção, todos os universais são excluídos deste processo desde o início. Certo e errado são decididos caso a caso através somente de intuição.

Uma maneira de defender a utilidade de se conceber a *phronesis* como intuição é dizer que a particularidade capturada pelo *phronimos* não é necessariamente um julgamento moral completo. Para obter um julgamento moral completo, seria necessário testar as características particulares relevantes da situação (percebidas por meio da *phronesis*) com os princípios universais. Essa concepção de *phronesis* seria idêntica à teoria intuicionista da percepção moral que MacCormick tentou melhorar por meio de uma abordagem sentimentalista. É desnecessário dizer que isso cairia no mesmo tipo de problema identificado por MacCormick. Se a *phronesis* nos ajuda a preencher a lacuna entre universais e particulares, ela precisa ser concebida como algo diferente. Sugiro, seguindo Aristóteles, que a *phronesis* deve ser concebida primariamente como uma forma de percepção de *certas características* de uma situação particular, o que se adquire por treinamento. Note-se que não acredito que a *phronesis* seja capaz de apontar a ação correta *tout court*, ou mesmo de ser o critério último com que julgar quais aspectos do caso particular são, no fim das contas, os mais relevantes de um ponto de vista moral.

A concepção de *phronesis* que apresentei aqui pode induzir a erro alguém que tenha uma teoria da percepção que seja puramente passiva. Uma teoria puramente passiva da percepção teria dificuldade para entender a percepção como algo que pode ser adquirido por treinamento. É importante, aqui, não confundir mera sensação com percepção. Em princípio, a sensação poderia ser compreendida como

9. Jeager, 1995:493 ff.

10. Por exemplo Aubenque, 1997:13.

algo puramente passivo (embora eu acredite que, no final das contas, mesmo a sensação tenha um aspecto ativo); percepção, porém, é sempre *de algo*. Como alguém aprende a perceber?

Deixe-me começar com um exemplo simples. Pense no ato de ler. Aprende-se a ler (ao menos no alfabeto fonético) associando certos símbolos a certos sons. Após exaustiva repetição, pode-se passar a ler em silêncio (comumente recitando o som mentalmente). Após este estágio, passa-se a ler em silêncio pensando sem qualquer pensamento nos sons, e, finalmente, ler o alfabeto fonético se torna bastante similar a ler caracteres ideográficos. Reconhecemos as palavras sem normalmente pensar nos sons de cada letra. Ao seguir as regras, avançamos de modo a fazer algo que está além das regras. Isso é o ponto de Bankowski quando escreve que '[t]he creative depends on the machine-like' (Bankowski, 2001:133).

Mas como se aprender *phronesis*? Como se aprende que as características X e Y da situação total podem ser moralmente relevantes e devem ser submetidas a escrutínio moral? Alguns argumentaram que o aprendizado de *phronesis* é uma questão de ter experiência suficiente em questões práticas (por exemplo, Gadamer, 1989:352); de fato, Aristóteles parece acreditar que *phronesis* e experiência prática andam de mãos dadas quando sugere que um homem jovem nunca pode ser considerado possuidor dela.¹¹ Entretanto, há muitas maneiras pelas quais se pode aprender por experiência, e o desenvolvimento da *phronesis* não é uma simples questão de repetição. Em um comentário à concepção de *phronesis* de Aristóteles, Richard Sorabji diz exatamente isto:

“Embora a sabedoria prática envolva a percepção do que fazer em casos particulares, ela envolve mais. Essa percepção vem da experiência (6.11 1143b11-14). Mas a sabedoria prática é contrastada em 6.7. 1141b16-21 com experiência, porque envolve perceber o que

11. Aristóteles, comentando a diferença de idade, ao atribuir *phronesis* aos mais velhos, alinha-se à tradição literária que remonta a Homero, que qualificou Nestor (um rei que governou por três gerações) como *phronis* (um ancião por possuir *phronesis*). Esta relação entre *phronesis* e experiência é presente em muitas tragédias, mais especialmente na sabedoria prática do Coro da Antígona, que é composta pelos mais velhos de Tebas.

fazer em casos particulares à luz de algo mais universal” (Sorabji, 1980:206-7).

Isso apresenta o seguinte problema: se experiência *tout court* não é uma condição suficiente, o que mais é necessário ao desenvolvimento de sabedoria prática? Acredito que a chave à solução do problema é não olhar a somente uma condição objetiva externa ao agente, que, junto à experiência, traria ao sujeito a habilidade de relacionar a concepção universal de moral ou de correção ética com a situação particular. Em vez disso, deveríamos buscar uma estrutura *subjéctiva* que permite a um tomador de decisão se relacionar apropriadamente com os fatos objetivos que constituem a sua “experiência”. A estrutura subjéctiva tem ao menos dois componentes que se relacionam entre si, a saber, o hábito de interpretar diferentes aspectos da experiência de alguém como semelhantes ou diferentes (ou seja, indução e analogia) e o desenvolvimento de certo traço de caráter sem o qual o tomador de decisão pode ser distraído das características relevantes de uma decisão particular. Deixem-me lidar com cada um deles separadamente.

Não gostaria de focar no problema de qual tipo de treinamento permitiria a alguém perceber, dentre muitas outras, aquelas características da situação que podem ser consideradas similares a outras situações (isto é, realizar raciocínio por indução e analogia). Em vez disso, gostaria de sugerir que, de modo a desenvolver a virtude intelectual da sabedoria prática ou *phronesis*, é necessário desenvolver antes algumas virtudes morais. Tomás de Aquino sugeriu uma investigação similar na *Summa Theologiae* e a sua sugestão fornece um bom ponto de partida aos meus propósitos.

Para Tomás de Aquino, a posse de *prudencia* (i.e. sabedoria prática ou *phronesis*) implica a posse de certas disposições de caráter, sem as quais a efetividade moral das decisões do agente seria prejudicada. Estas disposições de caráter são as 'partes integrais' da *prudencia*, 'as coisas que precisam concorrer para o ato perfeito de uma virtude'.¹² Para que ser prudente é preciso, por exemplo, também ser *dócil* (ao menos o suficiente para ser capaz de aprender) e cuidadoso.¹³ Neste

12. *Summa Theologiae*, Segunda Parte da Segunda Parte, Resposta à Pergunta 48.

13. *Idem*, Questão 49, arts. 3.º e 8.º.

sentido, um homem teimoso não pode ser prudente. Tomás de Aquino identifica oito dessas características, mas, é claro, esta lista não deve ser tomada como definitiva. Estaria mais de acordo com o espírito da obra de Tomás de Aquino encarar sua teoria de maneira similar a maneira pela qual ele encarou a teoria de Aristóteles; isto é, como uma voz poderosa em um debate contínuo. Poderíamos (e deveríamos) submeter a sua lista ao nosso escrutínio racional. É possível, por exemplo, produzir um argumento que conclua que certo tipo de descolamento de interesse pessoal (imparcialidade) deve ser adicionado à lista (embora isso possa ser considerado implícito em uma ou mais características identificadas por Aquino).

Assim, o que proponho como complemento à teoria sentimentalista de MacCormick não é tanto uma teoria completa da percepção moral, mas um programa de investigação de quais características de caráter precisam ser possuídas por alguém capaz de fazer justiça aos particulares num processo de tomada de decisão. Acredito que esta agenda de pesquisa deve ser parte de uma investigação mais geral dos modos pelos quais o processo de tomada de decisão pode terminar falhando. Muito da literatura filosófica sobre a falha de processo de tomada de decisão se concentra na identificação de duas categorias bastante gerais de erro, a saber, *fraqueza de vontade* (o que é normalmente concebida como uma lacuna entre uma conclusão deliberada e a motivação de agir a partir dessa conclusão) e *ignorância* (que é normalmente caracterizada como uma falha na compreensão das razões aplicáveis ao caso e dos seus pesos relativos). É claro que a falta de certos traços de caráter pode dar ensejo ao primeiro tipo de falha; minha tese é de que certos tipos de *ignorância* que dizem respeito às características relevantes de uma situação particular também podem ser causadas diretamente pela falta de virtude moral. Em poucas palavras, o fracasso do agente em se tornar certo tipo de pessoa pode causar um fracasso em sua capacidade racional prática.

Esta tese tem certas implicações, incluindo implicações envolvendo instituições públicas. Uma vez que a tomada de decisão é normalmente considerada um processo que se inicia com a apresentação de um problema e que se encerra com uma conclusão acerca do que fazer (ou, na interpretação que MacIntyre faz de Aristóteles, com uma ação), a pesquisa sobre o fracasso do processo decisional tem se focado na identificação dos tipos de evento que podem ocorrer entre

esses dois momentos. Acredito que devemos enxergar a tomada de decisão (e os tipos de problema que podem explicar a sua falha) a partir do pano de fundo de momentos anteriores que se iniciam com a construção de um tipo específico de caráter do agente.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, G. *Homo sacer: sovereign power and bare life*. Stanford: Stanford University Press, 1998.

AUBENQUE, P. *La Prudence chez Aristote*. 3rd. edn. Paris: Quadrige/PUF, 1997.

BANKOWSKI, Z. *Living lawfully*. Dordrecht: Kluwer, 2001.

GADAMER, H.-G. *Truth and method*. 2nd. edn. London: Sheed & Ward, 1989.

GÜNTHER, K. *The Sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. trans. Farrell, J., Albany. New York: Suny Press, 1993.

JEAGER, W. *Aristoteles*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1995.

MACINTYRE, A. *Whose justice? which rationality?* London: Duckworth, 1998.

MICHELON, C. *Being apart from reasons: The role of reasons in public and private moral decision making*. Dordrecht: Kluwer, 2006.

_____. The justification of authority and the insulation of formal reasons. *ARSP*, 88 (1). 2002.

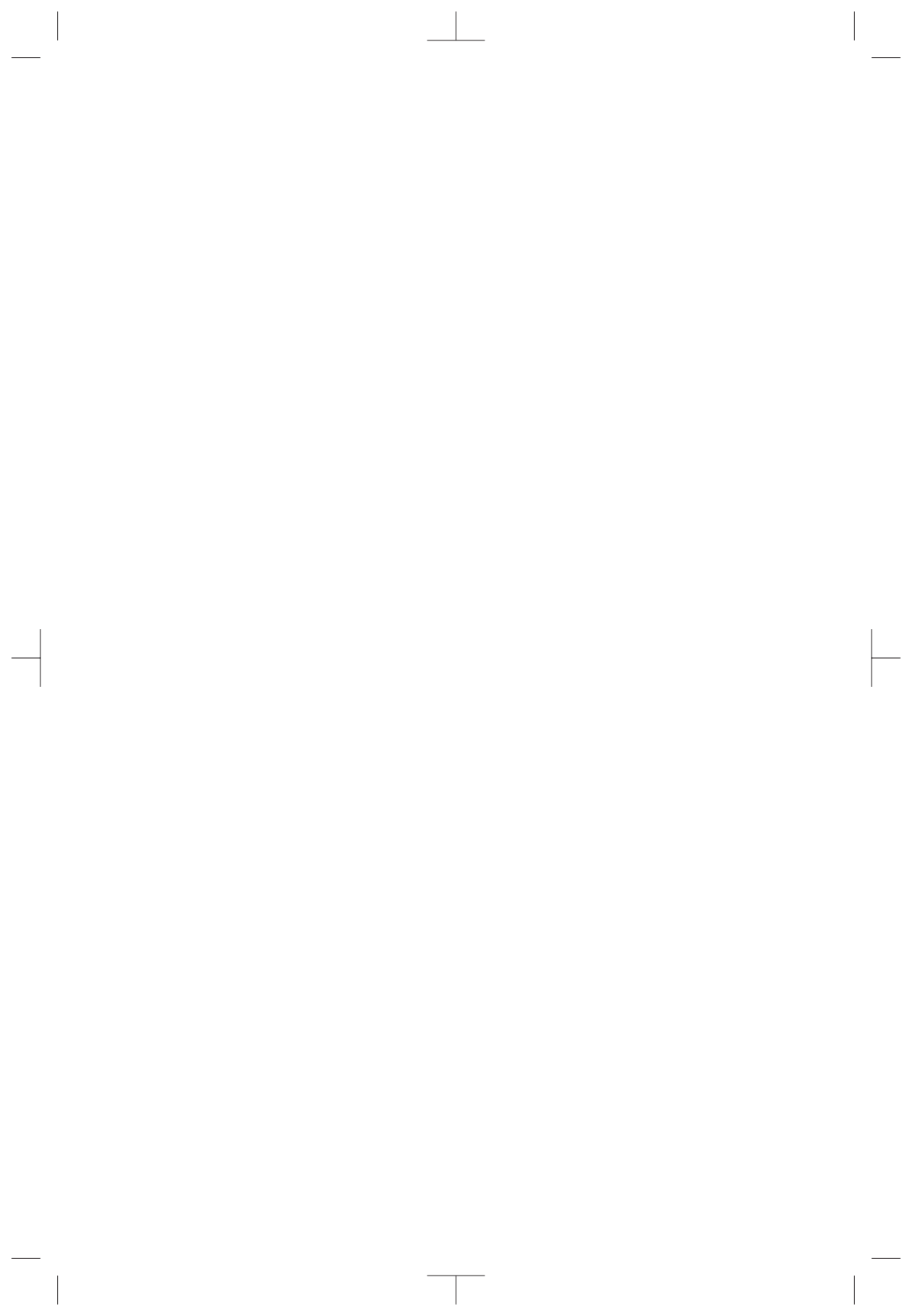
MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005), publicado em português como *retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BANKOWSKI, Z.; MACLEAN, J. *The universal and the particular in legal reasoning*. Aldershot: Ashgate, 2006.

NUSSBAUM, M. C. *Poetic Justice: the literary imagination and public life*. Boston: Beacon Press, 1995.

SMITH, A. *The theory of moral sentiments*. RAPHAEL, D. D.; MACFIE, A.L. (eds.). Indianapolis: Liberty Fund, 1984.

SORABJI, R. Aristotle on the role of intellect in virtue In: RORTRY, A. O. (ed.). *Essays on Aristotle's Ethics*. Berkeley: University of California Press, 1980.



John Rawls e o utilitarismo

GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA

Mestre e doutorando em Filosofia pela USP. Professor da PUC-PR. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

RESUMO: o presente texto apresenta a teoria da justiça de John Rawls e suas relações com as teses centrais do utilitarismo.

PALAVRAS-CHAVE: Utilitarismo – Teoria da justiça – John Rawls.

ABSTRACT: this paper presents John Rawl's Theory of Justice focusing on its relation to central thesis of utilitarianism.

KEYWORDS: Utilitarianism – Theory of justice – John Rawls.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Uma teoria da justiça – 2. Uma alternativa ao utilitarismo – 3. As semelhanças entre a teoria rawlsiana e o utilitarismo – 4. Conclusão – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O termo “utilitarismo” não é utilizado de maneira unívoca e precisa. É certo, porém, que foi difundido depois de passar a ser utilizado por Jeremy Bentham, e, um pouco depois, por John Stuart Mill, designando seus sistemas de ética normativa. Foi utilizado por seus discípulos, firmando-se ao longo do tempo.

O utilitarismo foi, durante muito tempo, a teoria moral e política predominante. Atualmente, ainda é bastante difundida. Para Amartya Sen, é “a teoria ética dominante – e, *inter alia*, a teoria da justiça mais influente – há bem mais de um século” (Sen, 2002:77). Porém, como

informa H. L. A. Hart, pode-se notar o abandono da “velha crença, em outros tempos amplamente aceita, de que alguma forma de utilitarismo, se ao menos conseguíssemos descobrir a forma certa, deve captar a essência da moralidade política” (Hart, 1979). Nesse contexto, é sabido que John Rawls, com sua *Uma Teoria da Justiça*, de 1971, foi um dos primeiros a propor uma sólida alternativa ao utilitarismo.

Apesar dessa clara intenção de contrapor-se aos utilitaristas, talvez seja possível encontrar algumas afinidades entre a teoria de Rawls e o utilitarismo em geral. Este é o objetivo do presente texto.

1. UMA TEORIA DA JUSTIÇA¹

A teoria da justiça de Rawls costuma ser rotulada como liberal-igualitária. É liberal porque pretende garantir a tolerância e a liberdade individual. É igualitária porque também valoriza a igualdade econômica e social. Essas duas facetas da teoria estão presentes nos dois famosos princípios de justiça de Rawls:

“a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor eqüitativo garantido.

b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.” (Rawls, 2000:47-48)

Rawls atribui a esses princípios uma escala de prioridade léxica (*a* tem prioridade sobre *b*; e *b*, primeira parte sobre *b*, segunda parte), o que permitiria a coexistência de concepções de vida diversas.

Seu conceito de justiça procedimental preocupa-se com a justiça institucional, e não a pessoal ou individual, sendo seu objeto primário a chamada estrutura básica da sociedade, isto é, “a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens da cooperação social” (Rawls, 1999:6).

1. A partir de agora referida simplesmente como TJ.

Os princípios e sua “prioridade léxica” constituem a chamada “concepção especial” de justiça. A “concepção geral”, por sua vez, possui a seguinte idéia central: “todos os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases do respeito de si mesmo – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer um ou de todos estes bens seja vantajosa para os menos favorecidos” (Rawls, 1999:54). Concepção especial e geral, portanto, não se contradizem: em ambas a desigualdade só é permitida se beneficia os que se encontram na pior situação.

Segundo Will Kymlicka, a prioridade da liberdade não significa que qualquer espécie de liberdade prevalecerá. A preocupação de Rawls diz respeito a determinados direitos:

“É importante observar que Rawls não está endossando um princípio geral de liberdade de tal modo que qualquer coisa que possa ser plausivelmente chamada liberdade deva receber prioridade avassaladora. Mais propriamente, ele está dando proteção especial ao que chama de ‘liberdades básicas’, termo que usa para designar os direitos-padrão civis e políticos reconhecidos nas democracias liberais – o direito de votar, de concorrer a cargos públicos, de concorrer a cargos públicos, de ter um devido processo adequado, de livre discurso, de mobilidade etc. (1971: 61).” (Kymlicka, 2006:68)

Os dois princípios e a prioridade dos mencionados direitos básicos seriam aceitos em uma posição original de igualdade, em que ninguém conheceria sua situação familiar, financeira e mesmo pessoal, pois ignoraria também quais seriam suas habilidades e talentos. Esse desinteresse decorrente da falta de conhecimento da própria situação determinaria que alguém não pudesse razoavelmente discordar desses princípios, sendo a posição original o *status quo* ideal para essa decisão, pois o véu de ignorância garantiria que homens racionais decidissem em situação equitativa, em que todos estariam em situação semelhante e ninguém poderia fixar regras para beneficiar sua própria situação (Rawls, 1999:11). Se as liberdades individuais estão garantidas, convivendo harmonicamente as diferentes concepções de vida, arranjos institucionais devem ser utilizados para viabilizar o ideal igualitário que também se faz presente. Diversos fatores podem causar desigualdade: a discriminação em razão de sexo ou cor, ou as diferenças culturais, de origem familiar e de renda, ou ainda a inteligência e

os talentos individuais de cada indivíduo. Cada um desses fatores deve ser mitigado de determinada maneira, tema a respeito do qual não pretendemos discorrer no presente texto.

Do que foi brevemente exposto, vê-se que Rawls pretende tratar as pessoas como iguais sem remover todas as desigualdades, mas apenas aquelas que trazem prejuízo a alguém. Se alguém, utilizando, por exemplo, seu talento, beneficia de alguma forma a todos, a desigualdade resultante é permitida. Como esclarece Kymlicka, as “desigualdades são permitidas se aumentam minha parcela inicialmente igual, mas não permitidas se, como no utilitarismo, elas invadem a minha parcela eqüitativa. Esta é a única e simples idéia no âmbito da teoria de Rawls” (Kymlicka, 2006:67).

2. UMA ALTERNATIVA AO UTILITARISMO

No prefácio de TJ, Rawls diz que “em grande parte da filosofia moral moderna, a teoria sistemática predominante tem sido alguma forma de utilitarismo” (Rawls, 1999:xvii). Um dos motivos dessa predominância seria “a longa linhagem de brilhantes escritores” dessa corrente. Os críticos do utilitarismo, diz Rawls, notaram que essa teoria confrontava nossos sentimentos morais, mas não acreditava terem sido “capazes de construir uma concepção moral sistemática e viável que se opusesse a esse princípio” (Rawls, 1999:xvii). Por isso, parecemos sempre forçados a escolher entre o utilitarismo e o intuicionismo. Mesmo afirmando que “não há certeza de que possamos fazer algo melhor”, conclui que “isso não é motivo para que não tentemos” (Rawls, 1999:xviii).

O intuicionismo, diz Rawls, é “a doutrina segundo a qual há um conjunto irreduzível de princípios básicos que devemos pesar e comparar perguntando-nos qual equilíbrio, em nosso entendimento mais refletido, é o mais justo” (Rawls, 1999:30). Tais princípios básicos, porém, podem chocar-se, apontando diretrizes contrárias, sem qualquer critério de prioridade capaz de decidir pela predominância de um deles. Sobre a crítica de Rawls ao intuicionismo, Kymlicka diz o seguinte:

“O intuicionismo é uma alternativa insatisfatória ao utilitarismo, pois, embora realmente tenhamos intuições anti-utilitárias em questões específicas, também queremos uma teoria alternativa que confira

sentido a estas intuições. Queremos uma teoria que mostre por que estes exemplos específicos suscitam nossa reprovção. O ‘intuicionismo’, porém, nunca vai além dessas intuições iniciais, ou mais fundo que esse estágio, para mostrar como elas estão relacionadas ou para oferecer princípios que lhes dêem base e estrutura.” (Kymlicka, 2006:64)

Os alvos declarados de Rawls são, portanto, o utilitarismo e o intuicionismo. Como nosso foco é a relação de Rawls com o utilitarismo, não trataremos mais detidamente do intuicionismo. De qualquer modo, o meio de superar tais alvos é a tradicional teoria do contrato social, que seria “superior” enquanto teoria explicativa da justiça (Rawls, 1999:xviii).

Ao tratar do utilitarismo, Rawls cita Sidgwick, que entende ter a concepção mais clara e acessível:

“A idéia principal é a de que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfações obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros.” (Rawls, 1999:20)

Ao mencionar uma concepção clássica do utilitarismo, Rawls demonstra estar particularmente preocupado com uma das características dessa corrente: o chamado “*ranking* pela soma”, definido na passagem acima, diz que assim como o bem-estar de uma pessoa decorre de uma série de satisfações experimentadas durante a vida, o bem-estar da sociedade decorre da satisfação dos desejos de numerosos indivíduos a ela pertencentes.

Rawls de fato trata mais amplamente do utilitarismo clássico, mas menciona também o chamado utilitarismo de média, afirmando que ambos “devem frequentemente ter conseqüências práticas similares” (Rawls, 1999:165). Diz que o utilitarismo clássico propõe a maximização das satisfações individuais (Rawls, 1999:20), enquanto o utilitarismo de média “direciona a sociedade para maximizar não o total, mas a utilidade média” (Rawls, 1999:140). Nenhuma dessas concepções seria preferível, na posição original, à justiça como equidade. Nessa situação, seu argumento procura mostrar que o utilitarismo seria rejeitado por todos.

Embora o utilitarismo não leve com frequência à uma situação de extrema desigualdade, como Rawls reconhece, “as perdas de algumas pessoas devem, em princípio, sempre ser superadas pela maior importância dos ganhos maiores de outras pessoas” (Scheffler, 2005:429). Esse comprometimento dos utilitaristas clássicos com o *ranking* pela soma deriva da extensão para a sociedade como um todo do princípio da escolha racional de uma só pessoa (Rawls, 1999:24). O espectador imparcial é a figura que facilita esse caminho, já que sua “visão da cooperação social é a consequência de se estender à sociedade o princípio da escolha para um único ser humano, e depois, fazer a extensão funcionar, juntando todas as pessoas numa só através dos atos criativos do observador solidário e imparcial” (Rawls, 1999:24). Como “muitas pessoas se fundem numa só” (Rawls, 1999:24), Rawls diz que o utilitarismo “não leva a sério as diferenças entre as pessoas” (Rawls, 1999:164).

Enquanto Rawls sustenta que os princípios de justiça são objeto de um consenso original, os utilitaristas (clássicos) procuram explicá-los através do princípio da escolha de um homem só. Na posição original, se as partes fossem altruístas perfeitos, isto é, pessoas cujos desejos conformam-se à aprovação de um espectador imparcial, o utilitarismo clássico poderia ser adotado (Rawls, 1999:164).

A justiça como equidade define a imparcialidade do ponto de vista dos próprios litigantes, diferentemente do utilitarismo, que, como mencionado, a define a partir de um espectador imparcial compreensivo. Por isso, Rawls diz que “a falha da doutrina utilitarista está em confundir impessoalidade com imparcialidade” (Rawls, 1999:166). A impessoalidade do espectador compreensivo difere da imparcialidade do sujeito que age sob o véu de ignorância.

No utilitarismo há também uma espécie de véu de ignorância, porém bem mais fino, em que as pessoas possuem informações sobre si próprias e sobre os outros, seus desejos e interesses. Só “não sabem” sua colocação na sociedade. Agem, diria Rawls, impessoalmente. Apesar de não saberem sua situação, esse véu de ignorância mais fino “leva as pessoas a ‘jogar as probabilidades’ na esperança de que estão entre aquelas que aprovam a dominante posição majoritária e os valores” (Freeman, 2005:12). Essa diferença entre a impessoalidade

dos utilitaristas e a imparcialidade da justiça como equidade explicaria situações como a abaixo descrita por Samuel Freeman:

“Deveríamos impor apenas um fino véu de ignorância sobre os habitantes de uma tradicional sociedade hierárquica, em que a arrasadora maioria está satisfeita com o *status quo* e poderia alegremente negar a eles mesmos e aos outros liberdade de religião e de discurso ou o direito de votar? Alguns comunitaristas e utilitaristas devem pensar assim, pois em suas visões a informação sobre as condições existentes e concepções de bem são relevantes para decidir princípios básicos de justiça. (Freeman, 2005:12)

Quanto ao utilitarismo de média, em que não importa a soma, mas a média, Rawls diz que essa teoria seria a de um indivíduo único racional sem aversão ao risco. Segundo Scheffer, três são os motivos que tornam a justiça como equidade preferível, na posição original, a essa modalidade de utilitarismo: “(1) as partes não têm base para confiar na espécie de raciocínio probabilístico que poderia amparar a escolha da utilidade média, (2) seus dois princípios assegurariam às partes um mínimo satisfatório, e (3) o princípio da utilidade média pode ter conseqüências que as partes poderiam não aceitar” (Scheffer, 2005:432).

Apesar da sensível diferença entre os argumentos que apontam os defeitos do utilitarismo clássico e do utilitarismo de média, o problema de fundo é o mesmo: a maximização das satisfações, seja pelo total, seja pela média, justificaria que alguns não tivessem um mínimo de liberdades básicas, o que seria inaceitável. A justiça como equidade prioriza as liberdades básicas por serem moralmente mais significativas que outras. Portanto, não podem ser limitadas para o fim de aumentar a felicidade geral ou média. Logo no início de TJ Rawls já deixa isso claro:

“Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros.(...) Portanto, numa sociedade justa, as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis” (Rawls, 1999:3).

A rápida explicação que Rawls dá à afirmação de que o utilitarismo é uma teoria teleológica, enquanto a justiça como equidade é

deontológica, ajuda a esclarecer porque esta seria preferida àquela. A justiça como equidade é deontológica porque não interpreta o justo como maximizador do bem (Rawls, 1999:26). Nela, “o conceito de justo precede ao de bem” (Rawls, 1999:28), pois os princípios de justiça limitam desde o início o que deve ser respeitado. Logo, as concepções de bem limitam-se nas regras de justiça.

O utilitarismo, por sua vez, é uma teoria teleológica, pois define o que é justo através do bem, isto é, de uma concepção de vida (que prega a maximização da utilidade). Diz Álvaro de Vita que:

“Essa concepção, no caso do utilitarismo, é vazia de conteúdo próprio, já que resulta da geração de preferências e desejos de fato dos agentes, sem que a motivação ou validade dessas preferências e desejos sejam colocadas em questão. Uma vez que essa agregação tenha sido de alguma forma realizada em determinada sociedade, isso nos dá a concepção de boa vida dessa sociedade, definindo-se então a maximização do bem assim concebido como o que é direito fazer. O *status* da justiça é apenas derivativo.” (Vita, 1993:13-14)

Portanto, Rawls enfatiza sua oposição ao utilitarismo e constrói sua teoria da justiça com o fim declarado de opor-se a essa corrente. Seu caráter deontológico, no sentido por ele atribuído, seu esforço em evitar as desigualdades severas em tese permitidas pelo utilitarismo e o véu de ignorância mais espesso mostram a mencionada oposição.

3. AS SEMELHANÇAS ENTRE A TEORIA RAWLSIANA E O UTILITARISMO

Apesar de Rawls ser bastante explícito quanto à sua oposição ao utilitarismo, não são poucas as críticas de que a teoria rawlsiana tem vários pontos de contato com as teorias utilitaristas. Essas afinidades, sempre acompanhadas de severas discordâncias, levam alguns, como Samuel Scheffler, a afirmar que Rawls “tem uma atitude complexa frente ao utilitarismo” (Scheffler, 2005:427).

Uma dessas críticas à teoria rawlsiana é feita por Robert Nozick em seu *Anarchy, State and Utopia*. Para Nozick, o princípio de diferença de Rawls, que “representa, com efeito, um acordo para a distribuição de talentos naturais como um ativo, e para compartilhá-los em seus benefícios” (Rawls, 1999:87), conflita com sua acusação aos utilitaristas, de que não levam a sério as diferenças entre as pessoas (Nozick, 1974:228).

O princípio de diferença trata os talentos das pessoas como uma espécie de recurso comum, cujos benefícios devem de certa forma ser compartilhados, já que quem foi favorecido pela natureza só pode tirar proveito deles se melhorar a situação dos desafortunados. Para Rawls, “ninguém merece sua capacidade natural maior e nem tem direito a um ponto de partida mais favorável na sociedade” (Rawls, 1999:87).

Por tratar os talentos das pessoas, algo que é indissociável delas, como algo não merecido, Nozick diz que Rawls “não respeita suficientemente e não leva em conta o fato de que cada um é uma pessoa separada, que essa é a única vida que ele tem” (Nozick, 1974:33). Essa afirmação está no contexto da explicação de sua teoria da titularidade, que defende uma distribuição natural de recursos, talentos e ganhos provenientes do exercício legítimo desses talentos. Há, em Nozick, um direito natural a tudo aquilo que adquirimos legitimamente, através de nosso trabalho ou por sucessão. Por isso, rejeita que talentos naturais sejam vistos como recursos a compartilhar compulsoriamente.

A deliberação, na posição original, sob o véu de ignorância, é feita por sujeitos que foram despidos de suas características mais importantes, que os distinguem dos demais e que formam sua identidade pessoal. Nozick, então, redireciona ao próprio Rawls sua crítica aos utilitaristas, afirmando que este faz uma “representação depreciada dos seres humanos” (Nozick, 1974:214).

Uma crítica similar é feita por Michael Sandel em *Liberalism and the limits of Justice*. Nessa obra, Sandel diz que Rawls tem uma teoria da pessoa em que seus talentos são meramente contingenciais; são atributos não-constitutivos do ser, ao invés de essenciais (Sandel, 1985:78). Não haveria, por isso, segundo Rawls, violação das pessoas em razão da desconsideração de seus talentos na posição original.

Sandel acredita, porém, como lembra Scheffler, que a teoria rawlsiana sofre de “incoerência”, “e não pode, portanto, municiar Rawls de uma resposta satisfatória para a acusação de que ele também é culpado de negligenciar as distinções entre pessoas” (Scheffler, 2005:440).

Como alternativa a essa indevida cisão da identidade pessoal, feita por Rawls, Sandel propõe uma concepção “intersubjetiva da

pessoa”, em que “a descrição relevante do eu deve englobar mais do que um único indivíduo empiricamente individualizado” (Sandel, 1985:80). Isso torna possível que as pessoas beneficiem-se dos talentos dos outros sem violar a distinção entre elas. Não porque os talentos não façam parte das pessoas, como diz Rawls, mas porque as pessoas não são, “no sentido relevante, distintas de mim” (Scheffler, 2005:441). Essa concepção comunitarista da identidade pessoal serviria, no entender de Sandel, para evitar o “desapossamento da pessoa” que entende haver em Rawls.

Essas passagens mostram, portanto, que a crítica de Rawls ao utilitarismo, de que essa teoria não leva em conta a distinção entre as pessoas, pode ser atribuída à sua teoria da justiça, que também não levaria em conta tais diferenças, ao fazer uma “representação depreciada dos seres humanos” ou ao propor o “desapossamento da pessoa”.²

Além dessa possível “identidade” entre os utilitaristas e Rawls, Scheffler aponta outras três: a) o caráter “sistemático” e “construtivo” de ambas; b) a concordância de ambas as teorias sobre o fato de que os preceitos do senso comum de justiça têm apenas *status* “derivativos” e devem ser vistas como subordinadas a um critério superior; c) ambas possuem um caráter holístico (Scheffler, 2005:442).

A primeira, o caráter sistemático e construtivista, tem por finalidade, no caso dos utilitaristas, evitar o que Bentham nomeia de princípios do asceticismo e da simpatia ou antipatia,³ e, no caso de Rawls, evitar o que chama de intuicionismo. O intuicionismo não possui critério de prioridade que decida um conflito entre diversos princípios de justiça. É, ainda, alternativa insatisfatória ao utilitarismo, pois nunca vai além de intuições iniciais para mostrar como elas estão relacionadas ou para oferecer princípios mais sólidos que lhes dêem base e estrutura (Kymlicka, 2006:64).

Os utilitaristas são construtivistas porque adotam um único critério para solucionar problemas relacionados a critérios de justiça: a maximização do bem-estar, seja pela soma total, seja pela média, seja através de algum outro modelo de utilidade. Rawls, por sua vez, é

2. Álvaro de Vita e Samuel Scheffler discordam das críticas de Nozick e Sandel contra Rawls.

construtivista porque deixa de lado a utilidade e adota dois princípios e uma escala de prioridades entre eles.

A segunda característica comum apontada por Scheffler deriva da primeira: os preceitos do senso comum de justiça devem subordinar-se a um ou mais princípios superiores. É sabido que em Rawls seus dois princípios formam “o critério superior correto” (Rawls, 1999:268). Para os utilitaristas, esse critério superior é o princípio da utilidade. É essa a intenção de Bentham quando, negando os princípios do asceticismo e da simpatia ou antipatia, afirma a necessidade de um “critério externo”: “Todos eles recorrem à multidão de artifícios inventados com o propósito de fugir à necessidade de ir em busca de uma norma externa e de fazer o leitor acatar a convicção ou a opinião do autor como uma razão válida por si mesma. As expressões são diversas, porém o princípio é idêntico” (Bentham, 1972:16).

Por fim, o terceiro ponto de afinidade entre Rawls e os utilitaristas é o fato de que ambos são holísticos. Depois de sugerir uma

3. O segundo capítulo de *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação* (2005:14-15), de Bentham, trata dos princípios contrários à utilidade. O raciocínio é o seguinte: se o princípio da utilidade é em todos os casos correto, conclui-se que todos aqueles diferentes dele são incorretos. Logo, para refutá-lo, basta mostrar essa diferença, que pode dar-se de duas maneiras: (a) pelo fato de ser constantemente contrário; (b) pelo fato de às vezes ser-lhe contrário, às vezes não, conforme o caso. O primeiro é o princípio do *asceticismo*. O segundo pode ser designado, diz Bentham, de princípio da *simpatia* ou *antipatia*. O princípio do asceticismo é definido da seguinte forma: “Por princípio do asceticismo designo aquele princípio que, como o da utilidade, aprova ou desaprova qualquer ação de acordo com a tendência que tem para aumentar ou para diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em jogo; isto, contudo, de maneira inversa ao que ocorre no princípio da utilidade, pois o do asceticismo aprova as ações na medida em que estas tendem a diminuir a felicidade da parte em questão, desaprovando-as na medida em que tendem a aumentá-la”. O princípio da simpatia e da antipatia, por sua vez, que teria maior influência em matéria de governo, é definido da seguinte maneira: “Por esta expressão entendo o princípio que aprova ou desaprova certas ações, não na medida em que estas tendem a aumentar ou diminuir a felicidade da parte interessada, mas simplesmente pelo fato de que alguém se sente disposto a aprová-las ou reprová-las”.

simpatia de Rawls pelos utilitaristas, Scheffler nota que os dois princípios de justiça do primeiro formam um sistema de justiça procedimental pura em que, dada uma estrutura básica justa, qualquer distribuição de bens dela resultante é igualmente justa. Logo, considerações sobre a justiça dependem de algo mais amplo:

“Uma distribuição não pode ser julgada isoladamente do sistema do qual resulta ou do que os indivíduos fizeram de boa-fé sob a luz das expectativas estabelecidas. Se for perguntado, em tese, se uma distribuição de determinado estoque de coisas para certos indivíduos que conhecem seus desejos e preferências é melhor que outra, então simplesmente não há resposta a essa pergunta. A concepção dos dois princípios não interpreta o problema primário da justiça distributiva como um de ‘allocative justice’” (Rawls, 1999:76-77).

Os utilitaristas, por sua vez, embora não proponham um critério procedimental puro ou uma determinada estrutura básica, também fazem seu critério de justiça depender de um contexto mais amplo. Importa a maximização da satisfação, total ou média:

“A justiça ou injustiça de atribuir um benefício particular a alguém dependerá, para os utilitaristas, de que haja qualquer outro meio de alocação que levasse a uma distribuição com maior utilidade (total ou média). Isso dependerá, para Rawls, de que a atribuição seja parte de uma ampla distribuição produzida pela estrutura básica, de acordo com seus dois princípios. Nesse sentido, tanto Rawls quanto o utilitarista têm uma visão *holística* da justiça distributiva: ambos insistem em que a justiça de uma particular distribuição de benefícios sempre depende – direta ou indiretamente – da justiça da distribuição mais ampla de benefícios e obrigações na sociedade.” (Scheffler, 2005:445)

Em ambos, portanto, a questão da justiça não pode ser decidida em decorrência de uma ação isolada. São, nesse sentido, holísticas.

A esses pontos em comum entre Rawls e os utilitaristas, mencionados por Scheffler, deve-se ainda acrescentar um outro, não menos relevante: ambos são consequencialistas. O consequencialismo, como já mencionado acima, faz com que uma ação, regra ou instituição seja julgada pelas consequências que produz. No utilitarismo, importa o excedente de prazer. Em Rawls, importam as conseqüências dos arranjos institucionais, de acordo com seus princípios de justiça. Não é

tolerável qualquer diferença, mas apenas as que de alguma forma beneficiam os que estão na pior situação:

“O liberalismo igualitário é uma modalidade de reflexões normativas consequencialistas. Mas agora estamos percebendo os limites desse consequencialismo: se o arranjo institucional básico satisfaz as exigências da justiça, quaisquer resultados, estados de coisa e perfis distributivos que sob ele se produzam deverão também ser considerados justos. Esse é o ponto central da idéia de justiça procedimental pura aplicada à estrutura básica da sociedade.” (Vita, 1999:52)⁴

Rawls, quando explica em que sentido sua teoria é deontológica (em oposição ao teleologismo utilitarista), dizendo que esse adjetivo aplica-se à sua teoria porque interpreta o justo como maximizador do bem, salienta que não se trata de uma teoria não-consequencialista, pois “todas as doutrinas éticas que merecem nossa atenção levam em conta as conseqüências” ao julgar as ações, concluindo que uma que não fizesse isso “seria simplesmente irracional” (Rawls, 1999:26).

4. CONCLUSÃO

É, portanto, interessante notar que uma teoria como a de Rawls, que possui o objetivo declarado de opor-se ao utilitarismo, tenha tantos pontos em comum com esta. Trata-se de mais uma situação em que se nota a dificuldade de rotular uma teoria sem que se façam inúmeras considerações adicionais.

Há, ainda, um último aspecto que vale à pena mencionar e que serve para diminuir as diferenças entre as teorias utilitaristas e o liberalismo-igualitário, que é o fato de que aquelas teorias não são, pelo menos em boa parte de suas versões, teorias egoístas ou não-igualitárias por excelência.

Em Mill, por exemplo, o utilitarismo assume um lado mais igualitário. No texto *Utilitarismo*, critica aqueles que pensam que o utilitarismo “torna os homens frios e poucos solidários” (Mill 1998:151). Apesar de utilizar a famosa ideia de soma total de felicidade, está mais preocupado com sua distribuição, visível em diversas passagens.

4. VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 39, vol. 14, p. 52.

Embora continue a defender que a ação correta é aquela que produz maior felicidade, passa a adotar um critério menos preciso e mais amplo para defini-la (ou para não defini-la com exatidão), sem o mesmo grau de detalhamento do racionalismo exacerbado de Bentham.⁵ Como diz Berlin, Mill:

“Continuava a professar que a felicidade era o único fim da existência humana, mas sua concepção sobre o que concorreria para ela transformou-se em algo muito distinto do que defendiam seus mentores, pois passou a valorizar, sobretudo, não a racionalidade ou o contentamento, mas a diversidade, a versatilidade, a plenitude da vida (...).

(...) Sem a tolerância, as condições da crítica racional, da condenação racional, são destruídas. Portanto, defende a razão e a tolerância a qualquer custo.” (Berlin, 2000:XI e XXIII)

No *Utilitarismo*, vê-se que Mill dedica vários parágrafos à tese de que um sujeito menos egoísta e mais solidário, características presentes em um “espírito cultivado”, encontra a felicidade com mais facilidade. “Todo ser humano criado corretamente mostra que, em graus distintos, são possíveis afetos privados genuínos e um interesse sincero pelo bem público” (Mill, 1998:145). Diz que em um mundo imperfeito como o em que vivemos, a maior virtude de um homem é servir à felicidade do outro pelo absoluto sacrifício de si mesmo (Mill, 1998:147).

A crítica de Rawls, apesar de dirigir-se também a Mill, atinge as versões mais egoístas do utilitarismo. Uma teoria como a de Mill esforça-se em mostrar que a distribuição também tem a sua relevância: “(...) a moralidade utilitarista efetivamente reconhece nos seres humanos o poder de sacrificar seus maiores bens pessoais pelo bem de outros. Apenas se recusa a admitir que o sacrifício em si mesmo seja um bem” (Mill, 1998:148).

Embora todas as aproximações mencionadas acima não escondam as distinções entre as teorias utilitaristas e a rawlsiana, que são também evidentes, a ideia sugerida por Rawls, de contradição absoluta, ou ao menos muito acentuada, é bastante discutível.

5. Mesmo em Bentham é possível encontrar certa preocupação com a igualdade.

BIBLIOGRAFIA

- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril, 1972.
- BERLIN, Isiah. *Introdução: A liberdade – utilitarismo, de J. S. Mill*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FREEMAN, Samue. (ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. New York: Cambridge, 2005.
- HART, H. L. A. *Between utility and rights. The idea of freedom* (org. A. Ryan). Oxford: Oxford University Press, 1979.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism: on liberty and other essays*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- _____. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.
- SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits os justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- Sidgwick, Method of ethics. In: FIESER, JAMES (ed.). *Early responses to hume's moral, literary and political writings*. Bristol: Thoemmes Press, 1999.vol. 1.
- SCHEFFLER, Samuel. Rawls and utilitarianism. _____. (ed.). *The cambridge companion to Rawls*. New York: Cambridge, 2005, p. 426-459.
- VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 39, 1999. vol. 14, p. 41-59.
- _____. *Justiça liberal*. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

2

***Law and the Media: a theoretical and methodological critique.* Gies, Lieve. 2008.
Law and the media – The future of an uneasy relationship. Routledge-Cavendish/Glass House, 166 p.**

MARIA FRANCISCA CARNEIRO

Post-doctoral researcher on Philosophy, Universidade de Lisboa; PhD in Law, UFPR

This book is a theoretical and methodological critique, based also on case studies, of law and the contemporary media culture. It discusses the presence of the law in everyday life, which is attributed mainly to means of mass communication, including TV and the Internet.

The writing is fluent and clear, which makes the work a pleasure to read. The organization of the text into eight chapters is well balanced, dealing with topics of interest. The chapters can be read independently from one another; although there is a relationship between them, it is not a narrow, linear continuity.

The author starts out by depicting the disturbed relationship (Chapter 1, p. 1) which exists between the law and the media. There is an undeniable concern on the part of judges with the facts of law being transmitted by the mass media, causing an impact on the popular imagination, often in a distorted, sensational way. Headlines presenting a quick, superficial account of delicate, profound crises are an example of the tension which gives rise to the disturbed relationship existing between the law and the media. To make things worse, there are sometimes personal attacks on judges which are offensive and

unfair. For these reasons, the lack of accuracy by certain journalists, as well as sensationalism, have been the object of academic research, which also looks at the question of what the object of the law is.

One of the factors that explain the powerful effect of the media on the law is the fact that ordinary members of the public have no direct involvement with the laws, especially with those referring to the administration of justice. What they look for in the media about the law is basically information and entertainment, and as a result they approach the legal system amid impacts, symbolisms and possible distortions (p. 2). The frontiers between the law and the media thus need to be put into perspective, as popular legal imagination includes a wide range of notions about power, bureaucracy, justice and order (p. 5). Laws are unavoidable in everyday life, but the public's understanding of them can be deeply enigmatic, even mysterious (p. 7). There is thus a growing awareness among members of the legal profession with regard to the public, although sometimes it is difficult to pinpoint the way in which the media treatment of law affects the public's behavior (p. 9). The "media spectacle" should be considered a pejorative term, which takes in the worst evils and excesses of the media and demonstrates the triumph of emotion over reason (p. 11), but the construction of public opinion is not the work of the media alone (p. 14). The decline of the mass media and the advance of interactive means of communication are revealing new forms of relationship with the public. Thus various institutions of law and the administration of justice are taking advantage of advances in technology in order to improve their relationship with their audience.

The interdisciplinary view of research into everyday life provides the basis for interesting studies (Chapter 2, p. 19). The question is to what extent the media concerning law influence people's everyday life, and how far this alters their behavior and their awareness. For this purpose, the expression "legal consciousness" is introduced (p. 19). A central argument in the book is that we cannot understand the relation between laws and the media without considering the extent to which the law is part of the fabric of everyday life (p. 23). Law is part of people's everyday life, but at the same time it is a maze of forces in which people are involved (p. 25). In addition, there are mythical and

ideological characteristics that contribute to the concept of “legal consciousness”, which is also related to people’s identity (p. 29).

In the last two decades reality television has led the way in the growing complex of juridical entertainment (Chapter 3, p. 39). What is particularly noticeable about reality TV is the way in which everyday situations, events and incidents with ordinary people are the center of attention. However, the everyday events in reality shows do not happen spontaneously, as various situations are programmed and created previously by the entertainment’s producers (p. 40). As a cultural phenomenon, the enormous success of reality television represents a small fraction of the immense importance of everyday life, in which the boundaries between the public and private spheres are re-examined (p. 41), something which is also of interest to the law.

Social anxiety is strictly related to the responses of the audience (Chapter 4, p. 57), which tends to ignore the social and cultural complex in which the media operate. The contemporary media are creating expectations about their capacity to be more self-critical and not to confine themselves just to commercially viable activities.

Methodologically, there are aspects of the media and popular culture which remain unexploited, despite the wealth of epistemological methods involving this subject. For example, ethnographic studies of some specific segments have still not been sufficiently taken into account, and for some reason remain ignored by the academic world.

As well as finding suitable methods for the investigation, it is necessary to take into account the fact that there is a “moral hierarchy” (p. 60) underlying the normative instance of media culture. People tend to be defensive and apologetic about the more popular genres, but it is precisely there that the greatest number of distortions occur.

Audience research is customarily a long path (p. 60). From a historical perspective, the tradition is to consider that law media have a negative effect on the public, for example in the areas of criminology and sociology. This theoretical model can be traced to the first half of the 20th century, and is influenced by behaviorist psychology (p. 61).

However, the topic takes an unexpected turn when analyzed from the point of view of everyday life (p. 63). The favorite application of this method is in ethnography, but it is also relevant to law, as it considers people and the media as active, in their interactivity. Under the conceptual magnifying glass of this book, this methodological change focuses on the relation between the law and the media, from behaviorism to semiotics (p. 63).

The question, nevertheless, is how far audience creativity has corporative force. Underlying this is concern and criticism regarding excessive optimism, for which audience opinion could effectively build social policies, safeguarding public interest (p. 66).

It is worth pointing out that media studies employ a holistic methodology (p. 68), partly as a response to cultural approaches. The diversity of methods is even greater in the case of the socio-legal area. The same applies to studies of the relation between the media and the law. The author's suggestion is that, in order to understand this subject, it is essential not to see it from the standpoint of the media, but rather from that of everyday life (p. 69).

The best-known examples of the relation of the media with legal truth are judicial trials, the law court dramas, and crime fiction. However, the engagement with law cannot be reduced to sensational headlines, as its cultural involvement is much broader, including popular legal advice. Studies show strong evidence that media discourse influences people, and that they in turn often follow what the media propagate, even in terms of self-help (Chapter 5, p. 73). There is a wide variety of types of popular legal advice in the media, such that it is possible to speak of a culture of self-help in law.

Two characteristics can be pointed out concerning legal advice stemming from the media (p. 73). First, it is common to see lawyers advertising their services and professional skills, which serves to shape the image the public has of them. Secondly, new technologies in the field of communication and information, especially the internet, have given rise to a significant increase in self-help. In fact the internet has not only increased self-help but transformed it into a more attractive and realistic proposal (p. 74). The commonest types of legal

self-help are to do with residential property, employment, parenthood, marriage and consumer rights (p. 75). Certainly, legal advice in the media has an important role to play.

It is important, however, to distinguish legal self-help on the internet from the online provision of legal services, since they are different activities from one another (p. 80). There are also online legal self-help forums, regarding which the author of this book asks whether lawyers can be seen as experts in lifestyle, because of the ways in which they influence people's attitudes, including the use of interactive activities. Whereas media culture develops mainly in academic and legal circles, legal self-help is based principally in the universe of everyday life (p. 88).

It should be noted that the concept of "media user" is not passive, silent and static, but dynamic and participative. The question leads to the debate about the differences between the traditional media audience and the present-day audience.

The author aims to demonstrate that the tensions between the media and the legal system are not expressed just in the concerns regarding the effects of the media on the public, but that they also have an institutional role based on the self-choice that the media make of their function as guardians of the common good and monitors of public life (Chapter 6, p. 91).

From this point of view, the media's relation with law is a vital topic for democracy, in which dominating forces of society operate. However, the author questions the orthodox position that considers that in principle the media are capable of offering the most accurate picture of the legal system. Regarding this she exploits the theory of autopoiesis, taking into consideration the possibility that there is a broad, opaque spectrum of questions in legal discourse, which are not translated by the media into distortions (p. 91).

Autopoiesis, as is generally known, claims that systems are self-generating and mutually impenetrable. The book thus focuses on the different criteria of validity and of the creation of reality by the media, as well as by the legal system.

However, there is an interdependence between the legal institutions and journalism as the Fourth Estate. The monitoring role of the

media includes scrutiny of the legal system, which allows for ample criticism of the courts of law and the judiciary.

Rather than considering autopoietic theory as a means of dehumanization, the author suggests that it can be considered as recognition of the complexity that exists in the relations between people and the systems that guide their communication in everyday life (p. 101), which feed each other reciprocally. It can thus be understood how the make-believe systems of law and the mass media are related to each other (p. 104), despite the differences with some liberal points of view.

The book also looks at how judges respond to the growing criticism from the media of their work (Chapter 7, p. 111), in common law and civil law. It asks whether, under pressure from the media, judges might change their behavior. For example, in the British media there is growing interest in the personal background of judges (p. 113). The portrait that the media paint of judges may be a barometer of public opinion, in which the media's distortions cause misunderstanding (p. 114). The book therefore analyzes the role of press judges and communication advisers in the Netherlands, as the product of a specific social and historical context. The author asks whether they have the function of mere transmitters or advisers (p. 119). The fact is that the media contribute to the image the public have of judges.

The question is whether the scales are tipped in the favor of the law or the media (Chapter 8, p. 130). The media's task is to exercise their institutional power of monitoring, while the law's task is to administer justice (p. 130). It is important to observe the future of this relationship, which takes place in the sphere of technology, increasingly involving the public's participation, trust, and day-to-day experience.

For all these reasons, reading Lieve Gies' book is not just necessary but indispensable for all who want to keep abreast with the issues of our times, especially those who work in the law and the media. More than recommended reading, this book is essential, up-to-date and highly illuminating.

My thanks to Dr Michael Alan Watkins for translating this review from Portuguese into English.

3

La gobernanza de internet

ANTONIO A. MARTINO

Ph.D. em Direito e Ciências Sociais pela Universidade de Buenos Aires. Professor de Ciências Políticas da Universidade de Pisa. Diretor Científico da Escola de Estudos Avançados para o Mercosul e membro da Associação Italiana de Inteligência Artificial.

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

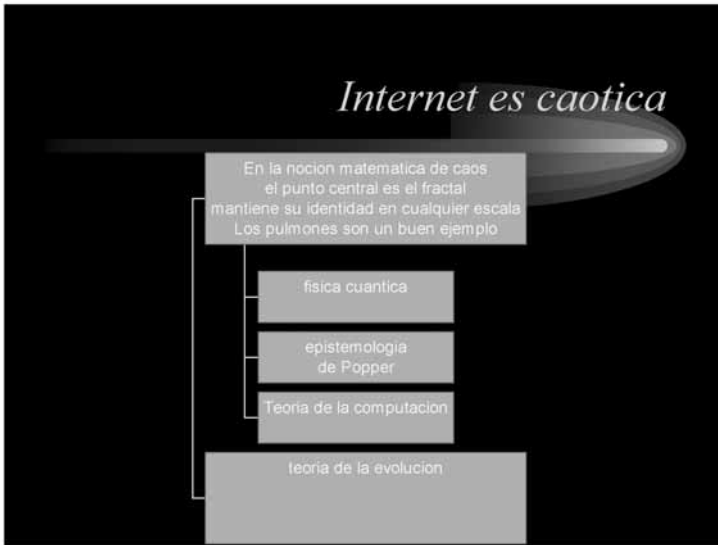
SUMÁRIO: 1. El mundo mágico de Internet – 2. La gobernanza – 3. La política en Internet – 4. El gobierno de la red – 5. Las reglas jurídicas de internet – 6. Un mundo que cambia – 7. Los temas centrales de la gobernanza de internet – 8. De lo más simple a lo mas complicado – 9. Qué decir de la seguridad – 10. Un Internet Bill of Right o mejor aun Una declaración de principios de Internet.

1. EL MUNDO MÁGICO DE INTERNET

Existe una extraña creencia, casi mágica y muy ingenua, la cual cree que Internet funciona así, por arte de magia, gracias a la anarquía. Esta creencia carece totalmente de fundamento. La anarquía, por definición, no funciona.

Internet funciona sustancialmente porque se siguen reglas. En primer lugar reglas técnicas para las conexiones, las formas de los mensajes y todos los niveles de seguridad, completitud e integridad que los mensajes deben respetar. Esta es la parte más restringidamente sintáctica, porque está relacionada con el funcionamiento de las máquinas, que es fundamental en el sentido primitivo del término, pero del cual no nos ocuparemos. Hay otras reglas que se refieren a los comportamientos humanos dirigidos a dar una organización mínima sin la cual la Red no podría funcionar. De estas nos ocuparemos nosotros, no en su totalidad ya que sobrepasa a un modesto cuaderno,

pero sí en la parte que consideramos relevante en el actual debate internacional sobre el tema. Las reglas sociales tienen no solo un aspecto sintáctico, sino también semántico – como veremos enseguida– y sustancialmente pragmático; las reglas tienen un solo destino: ser cumplidas.



2. LA GOBERNANZA

En materia politológica se hace una considerable diferencia, en la literatura dominante que es angloamericana, entre “gobierno”, “governabilidad” e “*governanza*”. La primera palabra en español quiere decir demasiadas cosas, pero en general en cualquier lengua la noción de gobierno puede referirse a la organización del Estado que en las constituciones es parte ineludible.¹

La governabilidad se asocia a la duración de los gobiernos (sobre todo en los sistemas parlamentarios) y en particular a la posibilidad de gobernar también en situaciones de minoría parlamentaria. Esto quiere decir que los partidos políticos y los actores políticos encuentran más importante hacer funcionar un gobierno – incluso como

1. Ver el párrafo “La política en Internet”

minoría— y así reforzar el sistema político antes que provocar una crisis e intentar tener ellos el gobierno debilitando el sistema político. Los ejemplos en Italia son numerosos.

La “gobernanza” en cambio consiste en todas las acciones de las administraciones necesarias para hacer hacer a los ciudadanos y a las empresas las acciones que necesitan para cumplir los propios fines. Por lo tanto, la “gobernanza” es positiva, como la gobernabilidad y se verifica cuando estas acciones administrativas tienden a la simplificación y a la calidad, por ejemplo hacer más fácil, más accesible, más transparente, más rápido la obtención de una información, el pedido de un certificado, las autorizaciones y sobretodo la interacción con la administración en aquellas acciones más complicadas que necesitan de dos actores.

En Toscana se escucha seguido “rigovernare la tavola”, “rigovernare la casa” e incluso “il fattore é andato a governare i buoi”. Estas acciones, muy alejadas de la parte celebrada y fotográfica del poder, son fundamentales para poder permitir realizar después todas las cosas que se deben hacer en la casa o en el campo. En un modo sencillo podría ser tomada como una buena definición de *gobernanza* “todas aquellas acciones que debe hacer el que detenta el poder para permitir a las personas y a las empresas de desenvolver la propia acción en la sociedad”.

Sustancialmente se trata de reglas jurídicas pero, dada la actual orientación de la doctrina en materia política y social, no tenemos ningún problema en tratar las *practicies* sociales y las direcciones políticas que desde los distintos países van a la Red y viceversa. Entendámonos, cada práctica social, la cual debería poder ser enunciada con palabras, es una regla social. No queremos sin embargo meternos en problemas de definición y demarcación de territorio normal entre las ciencias y dentro de las ciencias sociales. La misma palabra “Gobernanza” que hace uso el título del Forum podría ser objeto de un doctorado de investigación en ciencias políticas. En italiano hay grandes resistencias – divididas— en traducir *gobernanza* en “gobierno” por las múltiples acepciones que esta palabra tiene en la política italiana. Los españoles se la rebuscan muy bien con “gobernanza”, distinta de “gobierno” y de “governabilidad”.²

3. LA POLÍTICA EN INTERNET

Es en términos políticos un problema de poderes: quién hace las reglas, cómo las hace, buscando qué objetivos, quien las interpreta para aplicarlas, cuál derecho es aplicado, quién es la autoridad que dirige si hay conflictos, quién controla los controladores.

En otros términos los problemas tocados en el gobierno de la red son muy similares a aquellos constitucionales: una constitución tiene dos partes: una necesaria relativa a la distribución de los poderes, las facultades y las jurisdicciones; la otra, no necesaria, pero más importante: la declaración de los valores que serán sostenidos y que apuntalarán toda la estructura jurídica. Si se quiere, la declaración de los derechos fundamentales.

Entonces, las dos partes son discutidas en este momento y forman parte del tema: quien hace las reglas de Internet, como las hace, cuales son los aplicadores y reguladores, cuales los objetivos que se deben preestablecer con el fin de llegar a soluciones universales, generalmente aceptadas y que hagan funcionar de la mejor manera a la Red.

Algunos problemas tienen sus raíces en la más antigua tradición jurídica. Y aquí un primer preanuncio: si Internet es planetaria habrá una pluralidad de culturas jurídicas en competencia – por lo tanto las soluciones deben tener en cuenta los contextos y las costumbres. Por esta razón el primer derecho a afirmarse en Internet es aquel relativo a los mercados, la *lex mercatoria*. Porque todos hacen uso de ella antes y después de Internet. Pero la Red creó situaciones que se enfrentan también en este campo, como por ejemplo la ley y la jurisdicción aplicable. En un principio nos manejábamos mucho con la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional. Luego, las empresas (sobretudo norteamericanas, que son aquellas que más utilizan el comercio electrónico) empezaron a entender que al imponer la propia ley y la propia jurisdicción al comprador representa para ellos una seguridad en tanto se mantenga un monopolio. Ni bien las primeras empresas (menores, algunas pequeñas empresas) empezaron a ofrecer

2. Al parecer Maquiavelo usó la palabra “governismo”, pero esta es una cita de segunda mano de una conferencia del Presidente de la Región Toscana, Martini, en Buenos Aires.

la aplicación de la ley y la jurisdicción del comprador, éste no tuvo dudas, incluso con sobreprecio se sentía más tranquilo comprando en estas condiciones. Hoy podemos decir que la ley férrea del mercado transformó aquellas excepciones en regla y en cambio las empresas que imponen su ley y su competencia son la excepción.

Esto sin embargo, provocó una discriminación entre países, injusta desde el punto de vista de la igualdad ideal, razonable en cuanto a los comportamientos concretos. Una cláusula que vemos seguido dice que el tal producto no se venderá en los países X, Z o W. Y es razonable que, si un país no tiene leyes estables ni tribunales confiables, los mercados no se fían y por eso no vendan ahí.

Crédito deriva de “creer” y siempre cada vez más triunfan aquellas comunidades y aquellos sectores donde la palabra tiene sentido, no obstante las ventajas innegables de las firmas digitales y cualquier otros requisitos posibles.

4. EL GOBIERNO DE LA RED

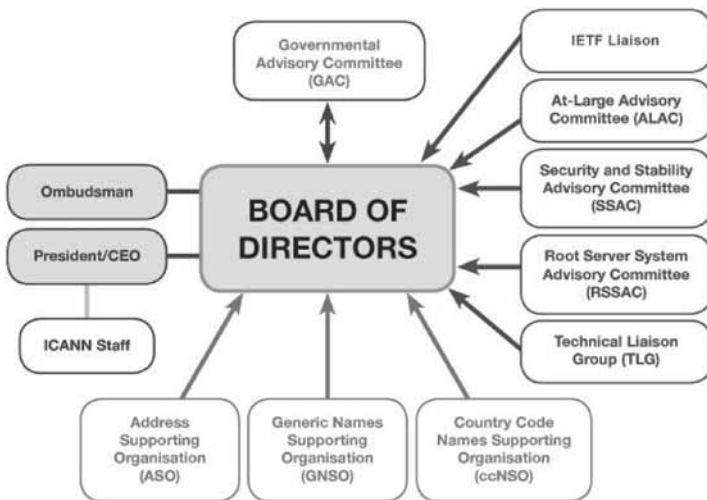
Quien dicta las normas de organizaciones (constitutivas o constitucionales) de Internet y cómo lo hace es objeto de debate: para la historia particular de esta red, el Departamento de Comercio de los Estados Unidos es uno de los sostenedores y reguladores; después surgió interés de parte de otras organizaciones, sobretudo de tipo intergubernamental, en el cual están representados todos los gobiernos. Hay una vía intermedia que sostiene el acuerdo entre países pero no excluyendo el servicio privilegiado de los Estados Unidos, de otro modo cualquier cambio significaría una dura batalla. Y el objetivo más importante es mantener el funcionamiento, la difusión y el crecimiento de la Red.

Internet es una red de redes; por eso se la llama “la madre de todas las redes” o “la Red” con mayúscula. Todo Internet funciona gracias al hecho de que hay protocolos TCP/IP y, en un sentido más preciso de *gobernanza* pero también de gobierno de la red, gracias a la gestión del sistema de inscripción que es el único que permite la unidad garantizada de un fenómeno global. Los actores principales son el

ICANN,³ ISOC, WIPO e ITU. Sobre estos actores y sobre los representantes de los gobiernos nacionales gira la posibilidad de intervenir para fijar los criterios que permiten a la Red funcionar, a través de la mejor colaboración de los entes mencionados.

ICANN, el organismo que gobierna Internet es sumamente complejo y seguidamente hacemos ver su estructura. Pero debemos recordar que contiene a todos los creadores de hardware, de software, a los representantes de 180 gobiernos, a las asociaciones de consumidores y a las representaciones nacionales de ISOC, que son organizaciones sin fines de lucro que sostienen y colaboran con las representaciones nacionales, sin por ello estar subordinadas, ni seguir ciegamente sus directivas.

Trato de mostrar en un simple grafico la compleja organización del gobierno de ICANN que como se puede ver, además de los grupos de trabajo fundamentales para establecer estándares tiene figuras que mas se parecen a un Estado Nacional que a una organización sin fines de lucro como el Ombudsman.



3. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers [www.icann.org].

En sentido amplio la *gobernanza* de Internet se refiere a todos los problemas jurídicos que son enfrentados localmente por los estados nacionales, y globalmente a través de estructuras supranacionales, o directamente a través de tratados. La colaboración y la competencia van de la mano y es necesario encontrar soluciones que satisfagan los intereses contrapuestos que se disputan la nueva isla, pero que al mismo tiempo se sostienen frente a las duras réplicas de la historia (en el decir de Hegel). Si para un país es muy difícil encontrar el “interés común”, imaginémoslo para una comunidad global. Aquí los actores son la UNESCO, el Internet gobernanza Forum de la Onu, la OECD, el W3C, además de los ya citados. Pero podríamos generalizar a muchas de las asociaciones nacionales que se ocupan del tema específico de la reglas de Internet y más ampliamente a todas las organizaciones jurídicas y me atrevería a decir los juristas que están interesados en este nuevo derecho que las nuevas tecnología hicieron nacer.

Y los temas que deben ser tratados son todos los temas que tienen una base jurídica y tienen que ver con Internet. Por ejemplo, ¿Una reunión de pedófilos en Second Life es delito? En caso afirmativo, ¿Dónde? ¿Juzgado con qué leyes? Pero también: ¿Qué tengo que conservar de mis datos bancarios para tener derecho a la devolución si hay un hacker? ¿Cuál es la responsabilidad civil del banco? ¿Con qué pruebas puedo probar una transferencia electrónica de fondos?

Todas las intervenciones sobre el derecho en Internet tienen un aspecto altamente técnico, por lo tanto conviene no intervenir sin consultar antes con expertos en el sector. Si se considera la normativa introducida en la ley de presupuesto italiana destinada a “Remoción de los casos de oferta en ausencia de autorización a través de redes telemáticas que se aplica a los proveedores de la conectividad en la Red” el propósito de la ley es impedir a quien no recibió la autorización de la Administración Autónoma de Estado a tener sitios para jugar on-line. Por tal fin la Administración ofrece una lista de sitios que los *provider* de acceso deben filtrar y hacerlos inaccesibles cambiando el *record* de registro en el área de direcciones (dominios), pero la única manera de hacer invisible una información que debe ser autorizada es impedir el acceso (a través de direcciones IP filtradas) a los nombres dados por los registros autorizados y de este modo el filtro “IP” impide el acceso a enteros servers que necesitan autorización para

centenares de otros destinos; y por lo tanto inaplicable porque obstruiría centenares de otros servicios, además del que se quiere realmente oscurecer,⁴ como sostiene la Asociación ISOC Italia. En el vigésimo primer siglo no hay espacio dentro de la gobernanza nacional para errores de tipo técnico tales que hagan inaplicable una norma jurídica. El legislador no tiene más esos márgenes de tiempo que en el pasado se le daba para corregir errores incluso groseros. La velocidad es una parte integrante importante de la noción de Sociedad de la Información y esto implica límites de tolerancia a la equivocación sea tanto pública como privada o de la sociedad civil.

5. LAS REGLAS JURÍDICAS DE INTERNET

El tema central está formado por las reglas, ¿Qué contenidos deben tener? ¿Quién las hace cumplir? Y si no son cumplidas ¿Cuáles son las sanciones? También en este campo se pretende normalmente hacer elegir entre soluciones contrapuestas. Esto parecería verdaderamente fácil. En cambio, las elecciones es necesario encontrarlas en el universo de los grises que van de una solución ya descontada a otra, opuesta, también descontada con una miríada de posibilidades intermedias que son -generalmente- las más aplicables. Tratándose de un fenómeno global⁵ esto trae consigo muchos problemas de contextualización del derecho e internacionalización –donde sea posible- de esto. La *lex mercatoria* es un buen ejemplo, pero el derecho evoluciona velozmente al compás de las transformaciones sociales y de las nuevas tecnologías no sólo en el derecho comercial, sino también en el administrativo y cada vez más en una zona intermedia que va cancelando los viejos límites entre público y privado, como por ejemplo los derechos del consumidor.

Internet tiene una propia historia que determinó – como sucede seguido en los sistemas jurídicos- una forma de gobierno y un modo de gobernar.

Contemporáneamente, la ampliación a medio de comunicación universal de lo que nació como red académica, soporta tantos y tales

4. Postura de la sección italiana de Internet Society (ISOC Italia) con respecto al filtro de sitios que ofrecen “gambling on line”
5. No vamos a discutir si hay o no hay globalización. Pensemos que el solo hecho de que exista Internet da cuenta de globalización.

profundos cambios que vale la pena preguntarse dónde estamos y la infaltable pretensión de saber donde querríamos estar.

El multilingüismo es un hecho y más países se han comprometido masivamente, más urgente se vuelve el problema. El multilingüismo no puede evitarse y contemporáneamente deben ser encontrados los medios de inserción para la vasta gama de idiomas hablados en Internet. Otro problema no pequeño consiste en dar un tratamiento jurídicamente correcto a las nuevas figuras que nacen a partir de Internet: los *providers*, los *host*, las páginas web, los *blog*. Y como catalogar con las viejas teorías los nuevos problemas. Por ejemplo ¿Existe un delito informático? Y en caso afirmativo, cuál es el bien jurídico protegido. O más bien debe hablarse de los viejos delitos que ahora son cometidos a través de la red, como la estafa del *phishing* etc.

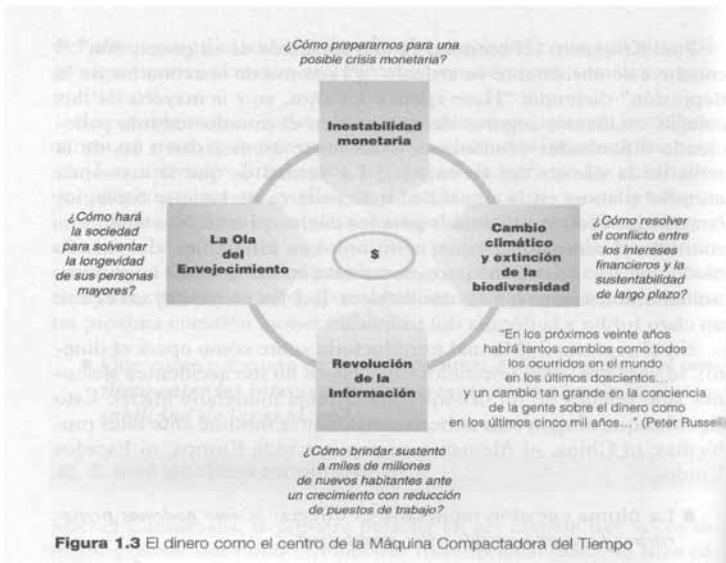
Pero sin dar más vueltas, los temas urgentes continúan siendo: ¿Quién gobierna Internet? ¿Con qué tutela? ¿Con qué posible o probable propósito? ¿Cómo se expresan las relaciones de las políticas nacionales y supranacionales? ¿Y qué efecto tienen sobre el interlocutor privilegiado que es el gobierno de la Red?

En el medio hay una miríada de temas que surgen como consecuencia de esta nueva situación de un medio que sobrepasa las fronteras de la soberanía nacional. Un levantamiento de escudos de soberanía nacional pondría fin a Internet, pero Internet tiene los medios técnicos para perforar el escudo de la soberanía nacional. Se tiene que llegar a un acuerdo: es un caso curioso de fuerzas contrapuestas de diferente naturaleza que no se pueden equilibrar ni dar una batalla final.

In primis los nuevos derechos y deberes – siempre considerando que, si hay un derecho, alguien está obligado a hacer algo, de otro modo se trataría de una mera declaración. Pero los nuevos derechos nacen así: al principio son declaraciones; después en la práctica van encontrando las propiedades específicas que las conflictivas antologías jurídicas van permitiendo. El tema es de primaria importancia debido al número de personas implicadas y debido a la coherencia que estas exigen como condición para la expansión de la red.

6. UN MUNDO QUE CAMBIA

La velocidad es un elemento que se ha impuesto en nuestra sociedad. Es inútil discutir aquí cuanto de dañoso es, cuanto de necesario. Por el momento es un dato de hecho con el cual debemos hacer frente. Pensemos solo en los últimos años lo que han incidido los factores que muestro en el cuadro que sigue y que tiene objetivos simplemente económicos, o si se quiere los mas “fácilmente resolubles”



Y estamos hablando solo de crisis monetaria por la repercusión que ha tenido el crack de las bolsas mundiales, pero pensemos que detrás de ese crack hay problemas de crisis jurídicas, políticas y de valores, mucho más profundas de las que mostramos. La gobernanza de Internet no puede resolverlas pero tiene que asumir que deberá medirse con ellas.

7. LOS TEMAS CENTRALES DE LA GOBERNANZA DE INTERNET

Los temas centrales de la gobernanza de Internet tienen que ver con sus recursos y pueden ser agrupados de esta manera:

Su estudio involucra a diversas disciplinas que se relacionan con Internet como:

- Recursos Críticos de Internet
- Seguridad en Internet
- Apertura y acceso
- Economía
- Regulación de Internet y Telecomunicaciones
- Marco legal nacional e internacional
- Acceso
- Género

Hasta hace pocos años sobre la gobernanza de Internet está destinado a examinar el control limitado del núcleo central de la red: el sistema de direcciones IP que proporcionan la red para mantener su singularidad.

Más recientemente, el Gobierno de Internet se identifica con el desarrollo y aplicación de normas, procedimientos y programas compartidos que impulsan la evolución de la Internet, de acuerdo con los principios del multilateralismo, de múltiples partes interesadas, democrático y transparente, donde las funciones y responsabilidades de interesados, que se dividen en tres categorías - gobierno, sector privado y la sociedad civil - estén bien definidas. La gobernanza de Internet, y hoy no sólo incluye los temas puramente técnicos, sino también los económicos, sociales y políticos y hasta el establecimiento de normas que rigen el funcionamiento de la Red.

Hoy la red es muy diferente a lo que fue originalmente hay millones de personas que lo utilizan a diario, se propagó por todo el mundo, hablar idiomas distintos del Inglés, el software que se utilizan para la mayoría de los productos comerciales son más libre y no los paquetes disponibles en los círculos científicos. Y, sin embargo, finales de los años 90, con el compromiso de la Internet y con la posibilidad de la ubicuidad de acceso a una enorme cantidad de información (noticias, entretenimiento) y servicios (administraciones públicas, las

escuelas, los servicios de salud), la red se ha convertido en una infraestructura de comunicación", que es diferente de todos los anteriores sistemas de telecomunicaciones y los acuerdos económicos y sociales que se expresaron.

Nos encontramos en un momento crucial para la red, y cada vez más en el futuro sería, porque hoy en día Internet es el motor de la sociedad y debe ser preservado, defendido y dirigido a garantizar un mayor desarrollo en los intereses de todos.

- Recursos Críticos de Internet (Direcciones IP, DNS, Servidores Raíz) Seguridad en Internet y lucha contra el cibercriminológico Apertura y acceso Marco legal nacional e internacional de Internet La perspectiva de Género en Internet El papel de ICANN, RIRs, ccTLDs, gTLDs, IDNs La transición entre IPV4 e IPV6 y su impacto regional Los aspectos jurídicos de la privacidad en Internet Temas relacionados con la libertad de expresión, comercio electrónico, nuevas oportunidades de negocios Protección de la propiedad intelectual Brecha digital y sus repercusiones en el desarrollo de Internet y su futuro

8. DE LO MÁS SIMPLE A LO MÁS COMPLICADO

ICANN por el pasado norteamericano de la antecesora de Internet Arpanet, debe vérselas con el Ministerio de Comercio estadounidense que todavía sobreentiende a los temas de Internet. Pero más allá de la vehemencia brasileña al tratar este tema – justa vehemencia podría decirse - El Ministerio norteamericano del Comercio se está comportando con una inusual corrección y envía permanentemente cuestionarios a todos los que, de una u otra manera, estamos ligados a la gobernanza de Internet. A decir verdad no interfiere en lo más mínimo y acepta como ineluctable el pasaje total de poderes a la ICANN.

No podemos ser tan ingenuos y no ver con cuanta aprensión se van a deshacer de un trozo de control sobre un elemento que fue esencialmente norteamericano y que aun por cantidad de *providers*, de usuarios, de tráfico, etc. Constituye una parte no indiferente de la economía norteamericana.

El problema no está aquí, afortunadamente. El problema está en prevenir, anticipar, resolver y remediar los conflictos que necesariamente nacen de una acción que cubre todo el globo.

Empecemos por lo más sencillo: las direcciones de IP. No existe ningún arcángel que se ocupe que los mensajes que se envían a alguien le lleguen realmente a su computadora. Mucho más prosaicamente se convinieron un número extraordinario de números que correspondían cada uno a una dirección IP. Por ello se pensó en los años 70/80 un número talmente alto de asegurar las direcciones de correo electrónico per *omnia seculum seculorum*: nace así el Pv 4. Dicho de una manera muy grosera la 4 potencia de 4 cifras. Y bien, con el advenimiento de los hindúes y los chinos a internet en muy poco tiempo (tal vez meses) las direcciones de Internet van a ser insuficientes.

Se imaginan Uds. ¿Qué significa esto para una empresa que vende en todo el mundo a través de Internet? Que estará dispuesta a comprar en el mercado negro cualquier dirección de correo electrónico libre o cuyos dueños quiera deshacerse de ella.

No estaba previsto que Internet resultara la red de las redes de la cual no se puede hacer a menos. Por eso ICANN tuvo que prevenir, inventar un nuevo sistema el Pv6 (brutalmente la sexta potencia de seis cifras) hacia el cual estamos migrando. El tema es pequeño y simple porque pertenece a la parte sintáctica que siempre es la más sencilla. Aun así no es tan sencillo como pareciera pues las nuevas direcciones del Pv6 tienen características mucho más completas que las del Pv4 y una migración completa llevara muchos años, muchos errores y muchos conflictos.

Más complejo: el modelo ICANN es un modelo de gobierno manejado por privados con una “ligera intervención estatal”. Muchos estados, en cambio quieren revertir el modelo y convertirlo en uno con mucha más intervención estatal y una “ligera participación privada”. El tema supera los actuales conflictos entre “Estado y mercado” pues aquí se trata de dos cosas: 1. Que por ninguna razón Internet cese de funcionar o tenga agujeros funcionales en países o regiones. 2. El sistema, manejado sobre todo a nivel técnico por expertos que resuelven, prevén y reparan problemas técnicos, no puede ser dado a políticos nacionales que tienen sus intereses locales muchos más fuertes de cuando signifique, el interés general de Internet que es más bien abstracto y visto políticamente (sobre todo para ciertos regímenes) peligroso.

O Internet tiene una gobernanza que tiene como valor principal la libertad y esta para que funcione la eficiencia o iremos hacia grandes problemas internacionales. No hay reglas, esta vez las reglas las hacemos al andar y a medida que aparecen los problemas hay que resolverlos, pero velozmente. Un descredito, una falta de confianza hacia internet nos paralizaría. Ya estamos muy avanzados en esta dirección (no vale la pena discutir si buena o mala) como para poder retroceder siquiera un poco. Esto significa la centralidad de los problemas de los estándares, cosa bien diferente de las políticas locales.

Pero sería también ingenuo no ver que hay una terrible exclusión con aquellos que no tienen acceso no solo a Internet, sino a una computadora y, peor aun, a la electricidad. Y no son casos ni aislados ni pequeños. La gobernanza de Internet no puede ignorarlo pero tampoco puede ser tan arrogante de pensar que puede resolverlo. Hete ahí un dilema sin aparente visión final.

9. QUÉ DECIR DE LA SEGURIDAD

Desde el 11.09.2001 vivimos el incubo de la inseguridad y todos quieren obtener la seguridad total. La seguridad total no existe, hay muchas maneras de obtener formas de seguridad relativa. El tema es que las seguridades que quieren imponer los gobiernos distan mucho de las seguridades que permiten funcionar a pleno a Internet.

Además hay un problema específico: en materia de protección de datos sensibles hay diversidades insostenibles entre los diferentes gobiernos y cada uno quisiera hacer valer su soberanía⁶. Las asociaciones nacionales que sostienen ICANN, los ISOC nacionales deben librar verdaderas batallas frente a políticos ignorantes de las consecuencias gravísimas que una normativa local daría a un problema de seguridad local.

Es hora de decirlo, Internet muestra con claridad que necesitamos un nuevo *Jus gentium*. Ya existe un derecho común en materia comercial que pasa por encima de las regulaciones nacionales y quien queda fuera de esta regulación, queda fuera del mundo del comercio.

6. Creo que hemos dado un valor exagerado a la noción de soberanía de Locke en adelante: ahí se trataba de constituir el Estado moderno, hoy se trata de convivir en un mundo plural con interferencias impensables 3 siglos atrás.

Otro tanto sucede en materia de derechos del consumidor y de los derechos humanos tratados en general y en particular en el campo penal.

10. UN INTERNET BILL OF RIGHT O MEJOR AUN UNA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS DE INTERNET

La última afirmación no fue hecha a la ligera, hay muchos campos en los cuales ya rige de hecho un *jus gentium*: toda la materia comercial, la bancaria, los transportes, los derechos del consumidor,

No es descabellado que ya haya quien ha pensado a una Carta Magna de derechos de Internet para reforzar esa parte de declaraciones derechos y garantías a que hacía mención cuando comparaba la gobernanza de Internet con una moderna constitución.

No se me escapa que es la parte más compleja, discutible, llena de sorpresas y emboscadas y al mismo tiempo sea ineludible.

Y no estamos hablando de temas etéreos: ya en la reunión de Rio del 2007 se planteo con fuerza el tema y dos países: el anfitrión Brasil e Italia hicieron un primer esbozo de Carta.

Algunos autores, entre ellos distinguidos colegas de este consenso de FIADI han publicado sesudas intervenciones destinadas a suscitar las más encontradas reacciones de adhesión y de rechazo.

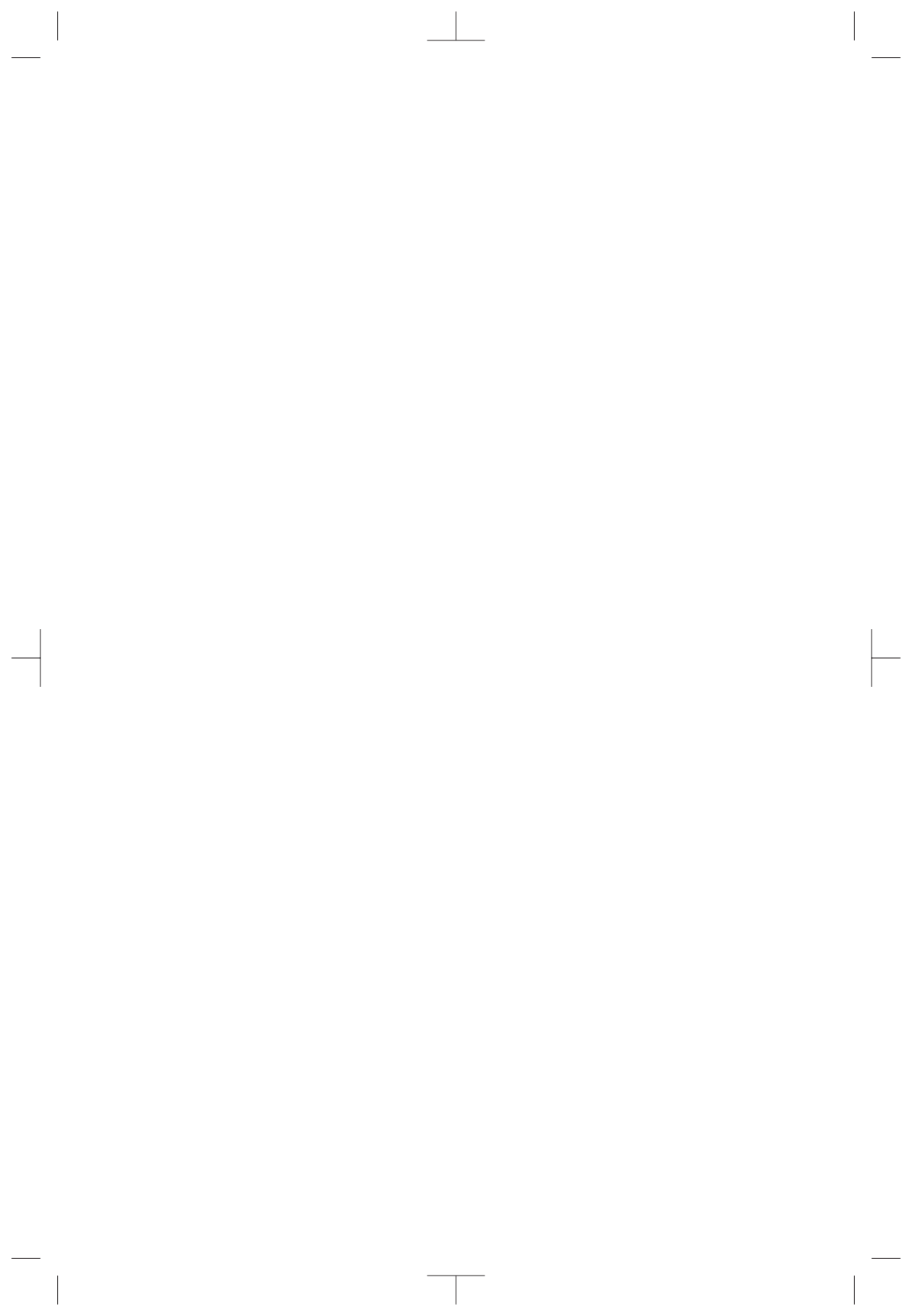
El tema es urgente, es ineludible, pero estamos lejos de un consenso siquiera a nivel mínimo de culturas para entender qué quiere decir el otro cuando defiende un derecho como derecho humano en Internet.

Necesitamos consensuar (y en tiempos breves) una cantidad pequeña pero significativa de principios basilares de Internet sobre los cuales luego se asienten todas las demás regulaciones. Es una tarea improba pero como todo lo ineluctable va afrontada.

¿Qué hacer? ¿Quedarse cruzado de brazos? ¿Esperar alguna intervención milagrosa? Personalmente creo que es tiempo de afrontar el problema con todas nuestras fuerzas y nuestra capacidad de entender a los demás, antes que gritar para imponer nuestro criterio. Pero creo también que algún consejo, mi provecsta edad me permite darlo: cualquier cosa que se haga debe ser muy breve. Muy breve. Máximo un decálogo de no más de dos renglones cada uno para que sea

realmente incisivo y se pueda recordar en el tiempo como hoy se recuerda después de 800 años la Carta Magna.

El que pueda redactar una expresión tan incisiva como el *habeas corpus* (no un *habeas data*, que ya está) con la sencillez y la fuerza que tuvo la original Carta, que de un paso al frente. Lo esperamos y lo necesitamos.



MEMBROS DA DIRETORIA DO IBF E DA FUNDAÇÃO NUCE E M. REALE

INSTITUTO BRASILEIRO DE FILOSOFIA

Prof. Celso Lafer – Presidente

Prof. Tercio Sampaio Ferraz Júnior – Vice-Presidente

Prof. Ary Marcelo Sólon – Secretário Geral

Prof. Juliano de Souza Albuquerque Maranhão – Tesoureiro

Prof. Miguel Reale Júnior – Diretor de Publicações

Prof. Antonio Paim – Diretor de Cursos e Conferências

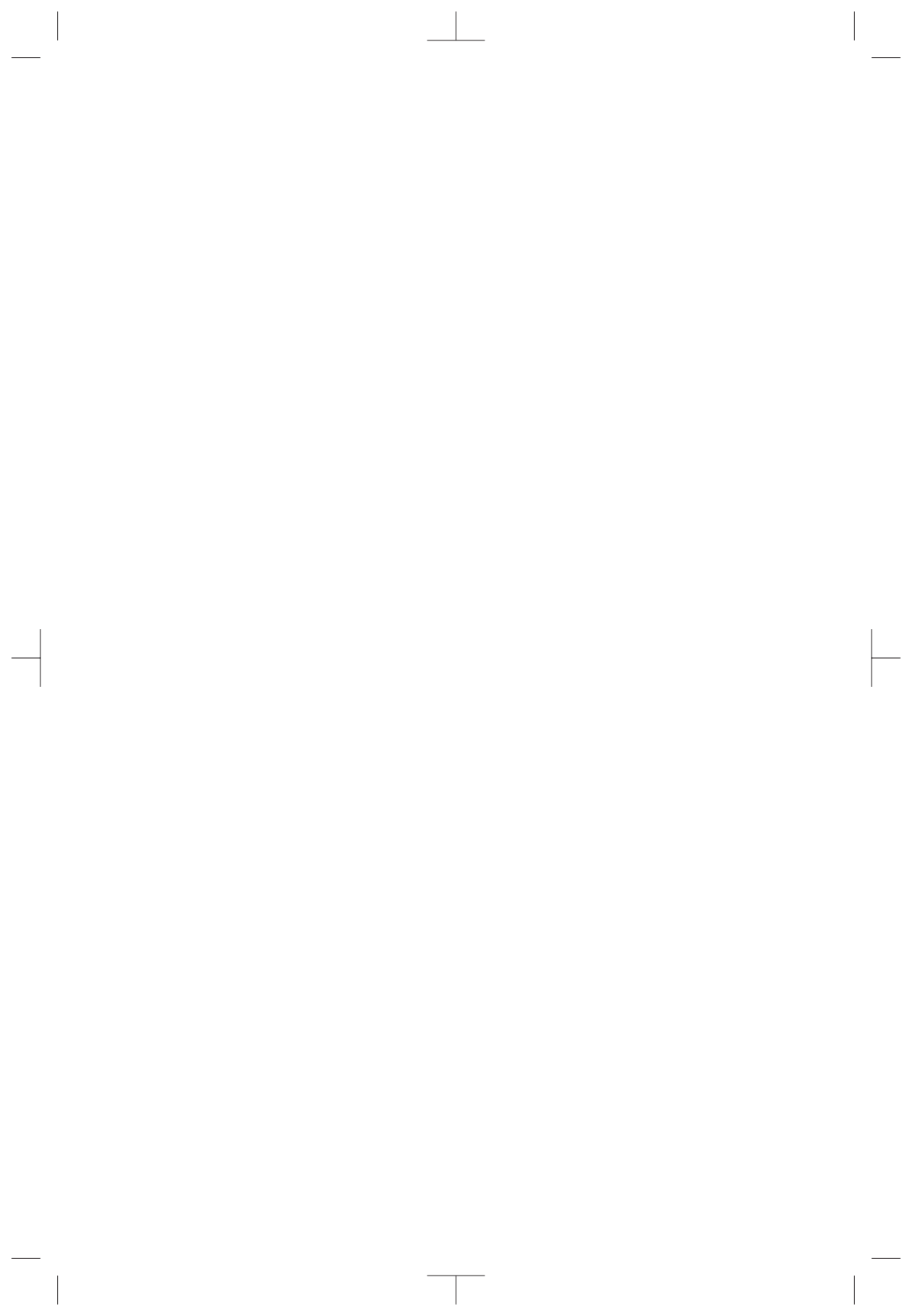
FUNDAÇÃO NUCE E MIGUEL REALE

Dr. Ruy Martins Altenfelder Silva – Presidente

Prof. Milton Vargas – Vice-presidente

Prof. Cláudio de Cicco – Secretário

Dr. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro – Tesoureiro



MEMBROS EFETIVOS DO INSTITUTO BRASILEIRO DE FILOSOFIA

Antonio Paim
Newton Carneiro da Costa
Jorge Jaime de Souza Mendes
Washington Bolivar de Brito
Ubitaran D' Ambrosio
Vamireh Chacon
Luiz Fernando Coelho
Leodegário A. de Azevedo Filho
Zeno Veloso
Machado Paupério
Mario Vieira de Mello
Mario Barata
Claudio de Cicco
Ricardo Velez Rodriguez
Jorge Cintra
Elyana Barbosa
Creusa Capalbo
Gilda Maciel de Barros
Constança Marcondes Cesar
Maria do Carmo Tavares de Miranda
Ana Maria Moog
Mariluze F. A. Silva
José Carlos Moreira Alves
Flamarion Tavares Leite
José Amado do Nascimento
Ubirajara Calmon Carvalho

José Oswaldo de Meira Penna
Vicente Barreto
Italo da Costa Jóia
Paulo Nader
João Alfredo S. Montenegro
Senvino Malfatti
Aquiles Cortes Guimarães
Leonardo Prota
Leonidas Hegenberg
Luiz Fernando Whitaker da Cunha
Paulo Condorcet
José Eduardo de Oliveira Faria
José Maurício de Carvalho
Carlos Henrique Cardim
Oswaldo Porchat
Shozo Motoyama
Paulo Dourado de Gusmão
Mario Bruno Sproviero
João Ricardo Moderno
Ronaldo Poletti
Dante Pacini
Francisco Martins de Souza
Emmanuel Carneiro Leão
Paulo de Freitas Mercadante
Ernildo Stein
Francisco dos S. Amaral Neto
Benedito Nunes
João Maurício Adeodato
Irineu Strenger
Ascendino Leite
Iulo Brandão
Antonio Carlos Moreira
Antonio Celso Mendes
Fernando Bastos
Antonio Brito da Cunha
Milton Vargas
Miguel Reale Júnior

Celso Lafer
Gilberto de Mello Kujaswki
Amauri Mascaro Nascimento
Gumercindo Dórea
Alino Lorenzon
Nelson Saldanha
Ives Gandra Martins
Raimundo Bezerra Falcão
Cláudio Souto
Joaquim Clotet
Tercio Sampaio Ferraz Júnior
Joaquim Carlos Salgado
Fernando Arruda Campos
Eduardo Rocha Virmond
Newton Sucupira
Pinto Ferreira
Silvino J. Lopes Neto
Mario Lins
Oliveiros Litrento
Benedito Eliseu Leite Cintra
João de Scantimburgo
Dinorah Araújo C. Castro
Renato Ribeiro

MEMBROS INTERNACIONAIS

Antonio Braz Teixeira – Portugal
Julio Chiappini – Argentina
Italo Paolinelli Monti – Chipe
Cristiana A. de Soveral
Roberto José Vernengo – Argentina
Luigino Valentini – Itália
Lino Arias Rodrigues Bustamante – Venezuela
Miguel Angel Ciuru Caldani – Argentina
Marcela Varejão – Itália
Wolf Paul – Alemanha

Orlando Vitorino – Portugal
Pierangelo Catalano – Itália
Luiz Taul Rossi Baethen – Uruguay
Olsen A. Ghirardi – Argentina
Mário Losano – Itália
Angeles Mateos García – Argentina
Enrico Pattaro – Itália
Jaime Brufau Prats – Espanha
Francisco Olmedo Llorente – Equador
Augustin Squella Narducci – Chile
Gustavo Fraga – Portugal
Carlos Eduardo Pacheco Amaral – Portugal
Joaquim Domingues – Portugal
Francisco Miró Quesada – Peru
Jean-Marc Trigeaud – França
Zdenek Kourim – França
Lino Arias-Bustamante – Venezuela
Domingo Garcia Belaunde – Peru
Pedro Calafate – Portugal
Leonel Ribeiro dos Santos – Portugal
Javier Garcia Medina – Espanha
Martín Laclau – Argentina
Manuel Cândido Pimentel – Portugal
Renato Epifânio – Portugal
Celeste Natário – Portugal

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

1. Os trabalhos encaminhados para publicação nos periódicos ou em outro repositório, em qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica, editados pela *Editora Revista dos Tribunais* deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local. Uma vez publicados pela Editora, estes trabalhos consideram-se licenciados para a *Editora Revista dos Tribunais* com exclusividade, pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares desde que após autorização prévia e expressa da *Editora Revista dos Tribunais*, citada a publicação original como fonte, constando o nome da editora, a cidade, o ano de publicação, título e volume do periódico e respectivas páginas.

2. Os trabalhos devem ser enviados preferencialmente pelo correio eletrônico, para o endereço: editorial.revista@rt.com.br, ou ainda, por via postal, em arquivos gravados em disquetes de 3,5 polegadas (recomendamos a utilização do processador de texto *Microsoft Word* 97. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF, que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto), obrigatoriamente acompanhados de prova impressa para a Editora Revista dos Tribunais, aos cuidados do Editorial de Periódicos, na Rua do Bosque, 820, Barra Funda, São Paulo, SP (CEP 01136-000).

3. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na RT, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar impreterivelmente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, fax e e-mail, relação da produção intelectual anterior e declaração de ineditismo (a autorização de publicação será solicitada posteriormente em caso de aprovação do artigo).

5. As referências bibliográficas deverão conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.

6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

7. Deverão ser destacadas as palavras-chave limitadas ao número de 05 (cinco) também em português e em outra língua estrangeira (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

8. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. *Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico. A introdução e a bibliografia, no sumário, não deverão ser numeradas.

9. Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos em nossas revistas ou qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica (Internet, CDRom, e-book etc.). Em contrapartida, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado ou do produto digital quando contido em suporte físico.

10. Os trabalhos que não se atenderem a estas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Todos os trabalhos serão primeiramente lidos pelos coordenadores das Revistas que os distribuirão, conforme a matéria, para os conselheiros ou ainda para pesquisadores que não sejam conselheiros da Revista mas tenham reconhecida produção científica na área. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-lo e reencaminhá-lo para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise dos trabalhos. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

