

O NÃO COGNITIVISMO MORAL E SUA INFLUÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO EMPIRISMO JURÍDICO NORTE AMERICANO

Arthur Maria Ferreira

Neto¹

*O jovem Learned Hand dirigindo-se ao Justice Holmes: “Faça justiça, Magistrado!”
Justice Holmes respondendo, rispidamente, a Hand: “Esse não é o meu trabalho!”²*

*The hungry judges soon the sentence sign, And wretches hang that juryman may dine.
Alexander Pope*

Resumo

O presente texto pretende analisar as tradições filosóficas estudadas pela disciplina da Metaética, principalmente a distinção entre correntes cognitivistas e não cognitivistas, de modo a identificar os pressupostos teóricos que inspiram a escola de pensamento comumente denominada de Realismo jurídico Norte-Americano. A metodologia utilizada baseia-se na revisão crítica dos conceitos desenvolvidos pelos autores que melhor representam a tradição metaética não cognitivista de modo a reconstruir tais ideias dentro da matriz teórica do empirismo jurídico Norte-Americano.

Palavras-chave: Metaética. Empirismo Jurídico. Emotivismo no Direito.

INTRODUÇÃO

Toda tradição filosófica que se debruça sobre o problema referente ao critério que define a correta/adequada ou incorreta/inadequada ação humana assume e pressupõe uma noção de realidade moral (mesmo que seja essa representada de modo fragmentado ou, inclusive, como algo ilusório ou incapaz de ser conhecido pelos agentes humanos) que as

¹ Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenador do Departamento de Propedêutica Jurídica junto à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ministrando ainda as disciplinas de Direito Tributário, Direito Constitucional e Filosofia do Direito. Coordenador e professor da Especialização de Direito Tributário da PUC/RS-IET. Professor visitante da ESMAFE, Uniritter e Verbo Jurídico.
E-mail: aferreiraneo@yahoo.com.br

² O relato desse episódio consta de DWORKIN, Ronald. Justice in Robes. Inglaterra: Harvard University Press, 2006, p. 01.

peças almejam atingir ou representar quando promovem juízos de certo e errado com pretensão de inteligibilidade. Esse tipo de questionamento básico acerca da ação humana representa o objeto próprio da disciplina filosófica denominada de metaética, a qual assume a pretensão de fixar estruturas definicionais metateóricas que serão capazes de ilustrar os fundamentos mais elementares relacionados à justificação de uma ação como correta ou incorreta. Considerando a dimensão básica desse tipo de especulação acerca da ação humana impõe reconhecer que as conclusões que são alcançadas pela metaética assumem prioridade teórica em relação às outras áreas da filosofia prática, nessa incluída as diversas propostas filosóficas que pretendem explicar o fenômeno jurídico³.

Com efeito, partindo-se desse pressuposto, pode-se dizer que toda teoria jurídica assume – mesmo que de modo inconsciente ou não transparente – algum substrato metaético, na medida em que, invariavelmente, terá a pretensão de estabelecer critérios justificadores de uma ação humana como correta ou incorreta, sendo certo que tal tipo de questionamento reveste-se de natureza metaética. É por essa razão que a primeira grande divergência teórica que surge quando se pretende estabelecer e compreender o ponto de partida que é adotado por cada tradição jurídica toca, precisamente, no tipo compromisso metaético que cada teórico do direito estará assumindo quando do desenvolvimento da sua explicação acerca do fenômeno jurídico. Por isso, dentro desse contexto, o estudo e a classificação das diversas propostas metaéticas surgem como elemento prioritário na compreensão do fundamento que é adotado por determinada tradição jurídica. Desse modo, antes de se apresentar alguma crítica a uma proposta de fundamentação do direito, ou mesmo antes de se pretender compreendê-la adequadamente, mostra-se necessário, primeiramente, identificar e esclarecer o pressuposto metaético que essa determinada proposta teórica está assumindo. Para tanto, é imperativo saber, previamente, conceituar e classificar aquelas que, hoje, são definidas como as principais correntes metaéticas desenvolvidas na filosofia moral, o que permitirá, em um segundo momento, apontar possíveis influências que essas variadas tradições exercem na formação das mais destacadas e relevantes linhas de pensamento jurídico.

Nesse cenário, duas grandes vertentes metaéticas se apresentam como relevantes. De um lado, encontramos os defensores de posturas denominadas de cognitivista, os quais sustentam a existência de uma realidade moral objetiva, i.e., uma instância – criada ou real – a partir da qual juízos de certo e errado sobre a ação humana podem ser produzidos e comunicados com alguma inteligibilidade e, portanto, dotados de alguma objetividade. De

³ Neste trabalho, portanto, parte-se do pressuposto de que a filosofia do direito representa disciplina que integra o universo mais amplo da filosofia prática.

outro lado, encontramos os defensores de uma proposta metaética não cognitivista, a qual nega a possibilidade de se conhecer objetivamente juízo de certo ou errado. De acordo com tal proposta, deve-se rejeitar qualquer possibilidade de se falar em uma realidade moral objetiva, a qual não passa de uma ficção ou ilusão criada pelos seres humanos para permitir a mínima padronização das nossas condutas sociais.

É com base nessa classificação de propostas metaéticas que se pretende identificar os elementos de influência que estão presentes em uma das mais relevantes escolas de pensamento jurídico do Século passado. Neste trabalho, portanto, pretende-se averiguar qual postura metaética fundamenta o empirismo jurídico (costumeiramente denominado de “realismo” jurídico), sendo que será utilizado, como autor representativo dessa escola de pensamento, a proposta teórica do jurista Norte-Americano Oliver Wendell HOLMES JR. Cabe destacar que neste curto estudo não se assume a intenção de explorar os detalhes e as idiosincrasias das ideias particulares desse autor, mas pretende-se tão somente ilustrar a matriz teórica que inspira o empirismo jurídico norte-americano, o que facilitará a demonstração do tipo de influência metaética essa tradição teórica acaba incorporando na explicação e justificação do fenômeno jurídico.

Por fim, cabe mencionar que neste estudo a metodologia utilizada baseia-se na revisão crítica dos conceitos desenvolvidos pelos autores que melhor representam a tradição metaética não cognitivista, de modo a reconstruir tais ideias dentro da matriz teórica do empirismo jurídico Norte-Americano, buscando identificar no pensamento do jusfilósofo estadunidense acima mencionado os pressupostos metaéticos que inspiraram sua linha de pensamento no Direito.

A METAÉTICA COMO DISCIPLINA FILOSÓFICA

As teorias jurídicas que pretendem dar sentido ao fenômeno social que é estudado pelo direito jamais formulam as suas próprias premissas nem alcançam as suas conclusões partindo do zero. Isso porque qualquer pretensão teórico-explicativa mais profunda que seja elaborada no campo jurídico deverá ter algum interesse em defender um critério que explique como e porque utilizamos o vocabulário do certo/justo/bom e errado/injusto/mau aplicável à conduta humana. Isso, na verdade, é apenas um corolário necessário do fato de o direito ser um fragmento do campo maior da filosofia prática, ou seja, o ramo filosófico que se dedica a compreender, refletir e criticar os elementos necessários que compõem a ação humana (racionalidade, voluntariedade, emoções, intencionalidade etc...) e que justificam como produzimos, em relação a ela, juízos de valor. Assim, a filosofia do direito, que integra –

juntamente com a filosofia moral e a filosofia política⁴ – o universo teórico da filosofia prática, está, invariavelmente, engajada em definir critérios que facilitem o entendimento da ação humana e que permitam identificar o que é correto/bom/justo em relação a ações humanas que são realizadas dentro de determinado contexto qualificado como jurídico⁵. Portanto, estando a filosofia do direito abarcada pelo escopo mais amplo da filosofia prática, mostra-se relevante à compreensão do fenômeno jurídico as considerações teóricas que são desenvolvidas pela metaética.

Para se compreender o objeto próprio da disciplina denominada de metaética bastante esclarecedora é a definição apresentada por SMITH⁶. Para ele, a teoria ética – enquanto ramo autônomo da filosofia – pode ser dividida em ética normativa e metaética. A primeira representa a disciplina filosófica que teria como objeto próprio a análise das perguntas e respostas que os filósofos fornecem a questões práticas substanciais, tais como as questões éticas sobre aborto, eutanásia, pena de morte etc... Por outro lado, a metaética trata do conjunto de questionamentos prévios – acerca da composição essencial das propriedades éticas, dos enunciados externados nessa seara, dos juízos morais (se são meras falsificações, atitudes emotivas, manifestações opinativas individuais, reflexos de convenções sociais contingentes ou se são crenças que captam de modo verdadeiro ou falso uma realidade moral exterior e objetiva) – que devem ser respondidos para se entender como as perguntas éticas materiais podem ser respondidas a partir da perspectiva adotada pelas mais variadas tradições morais⁷.

Isso significa dizer que cada proposta metaética específica pretenderá sempre desenvolver e apresentar uma superestrutura da razão prática⁸. Assim, as diferentes visões metaéticas não representam, imediatamente, teorias éticas específicas, mas ilustram teorias sobre teorias éticas, de modo a permitir uma identificação mais clara e segura das estruturas primária que estão fundamentando uma proposta ética substancial específica⁹. Podem ser,

⁴ “... moral philosophy, political philosophy and legal philosophy are branches of practical philosophy each dealing with a different aspect of human life.” (RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2009, p. 11)

⁵ FINNIS, John. *Fundamentals of Ethics*. Estados Unidos da América: Georgetown, 1983, pp. 1-17.

⁶ SMITH, Michael. *The Moral Problem*. Estados Unidos da América: Blackwell Publishers, 2005, p. 2.

⁷ Para uma exposição das três fases históricas do desenvolvimento da metaética, vide PIETREK, Torsten. *Phänomenologische Metaethik*. Alemanha: Createspace, 2011, pp. 8-11.

⁸ AUDI, Robert. *The Architecture of Reason – The Structure and Substance of Rationality*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2001, p. 13.

⁹ “Der Auftrag der Metaethik ist es, linguistische Strukturen und Eigenschaften ethischer Propositionen zu überprüfen. Sie befasst sich mit der Abtrennung von moralischen von nicht-moralischen Erscheinungen und mit dem Fundament sittlicher Ansichten bezüglich der Erkenntnistheorie, der Ontologie und der Sprachphilosophie. Eine wichtige Grundfragstellung der Metaethik ist die, ob sittliche Ansichten in der Lage sind, einen allgemeinen Geltungsanspruch zu stellen. Die Metaethik gehört nicht zum Obergriff der Ethik, sondern ist eine Art Abzweigung, die insbesondere Bezug auf die ethischen Propositionen einen neutralen

desse modo, visualizadas, segundo WALDRON, como formando uma torre de babel da ética, na qual transitam, em um mesmo plano, as mais distintas tradições filosóficas¹⁰. Com efeito, enquanto a ética normativa pretende responder e justificar “o que é correto/bom/justo a ser fazer no caso X?”, ou seja, o conteúdo do fenômeno moral, a metaética busca esclarecer “o que é ou o que forma um juízo correto/bom/justo?”, ou seja, qual a estrutura fundamental do fenômeno moral ou ainda como utilizamos a sua linguagem específica¹¹. A metaética trataria, pois, das perguntas que são prévias ao enfrentamento de qualquer problema moral, já que envolveria o conjunto de questões propedêuticas referentes às perguntas éticas que o filósofo pretende responder quando desenvolve sua atividade teórica. Considerando que a metaética pretende esclarecer perguntas relacionadas a perguntas éticas posteriores, assume ela uma espécie de prioridade epistemológica em relação à ética normativa¹². Por isso, segundo FRANKENA, a maioria das propostas éticas desenvolvidas pelas diferentes tradições filosóficas pode até encontrar grande concordância em relação ao que é certo e errado em termos de ética normativa, mas cada uma manterá grandes divergências fundamentais no que diz respeito ao desenvolvimento dos seus respectivos “esquemas de moralidade”¹³.

Em síntese, seguindo PIETREK¹⁴, a metaética pretende responder cinco problemas fundamentais, os quais teriam, respectivamente, natureza ontológica, epistemológica, lógica, praxiológica e linguística, quais sejam:

- i. “Como se dá a relação entre fatos e valores?”
- ii. “Qual é o grau de objetividade que um valor poder assumir?”
- iii. “Qual é a relação mantida entre a lógica em geral e a lógica dos valores?”
- iv. “Qual é a conexão entre o valor e a motivação?”

Standpunkt ausübt.” (HILBER, Wolfgang (Coord.). *Lexicon der Philosophie*. Alemanha: 7Hill, 2006, pp. 269-70)

¹⁰ WALDRON, Jeremy. *The Irrelevance of Moral Objectivity*. In *Natural Law Theory – Contemporary Essays*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 1994, p. 166.

¹¹ BIRNBACHER, Dieter. *Analytische Einführung in die Ethik*. Alemanha: Walter de Gruyter, 2ª edição, 2007, p. 58.

¹² Em sentido semelhante, segue a diferenciação promovida por KUTSCHERA, o qual divide a teoria ética em ética descritiva ou Fenomenologia da Moral (que se dedica a analisar, empiricamente, os códigos morais específicos ou os sistemas de valores concretos, abrangendo, por exemplo, a história da ética e a antropologia ética), ética normativa (que discute, não o que é moralmente vigente, mas o que deve ser ou é para ser visto como correto e bom) e metaética, sendo que essa última se ocupa: “nicht nur auf normative Prinzipien, sondern zeigen sich schon in den Auseinandersetzungen über die Bedeutung moralischer Terme, über Status und Funktion ethischer Aussagen, über Möglichkeit, Grenzen und Methoden der Begründung normativer Sätze”. (KUTSCHERA, Franz von. *Grundlagen der Ethik*. Alemanha: WdeG, 1982, pp. 39/42). Sobre a Fenomenologia da Moral, vide, ainda, BIRNBACHER, Dieter. *Analytische Einführung in die Ethik*. Alemanha: Walter de Gruyter, 2ª edição, 2007, p. 57.

¹³ FRANKENA, William. *Moral Philosophy at Mid-Century*. In *The Philosophical Review*, n. 60, 1951, p. 44-55.

¹⁴ PIETREK, Torsten. *Phänomenologische Metaethik*. Alemanha: Createspace, 2011, p. 12.

v. “Qual é a função comunicativa que exerce uma proposição moral?”

Não se desconhece a crítica que questiona a própria legitimidade da metaética como uma disciplina filosófica autônoma. Tal crítica mostra-se, sem dúvida, plausível, na medida em que toda reflexão prática mais elaborada e profunda pressupõe, simultaneamente, o adequado desenvolvimento de uma proposta teórica que esclareça os elementos estruturais, existenciais e normativos da ação humana, bem como que indique (ou, ao menos, aponte para) respostas materiais concretas acerca do modo correto/justo/bom de se agir em determinada circunstância. Em uma perspectiva clássica, a filosofia prática (*philosophia moralis*) já qualificaria a ética – considerada como um todo – como a disciplina filosófica que teria como objeto o esclarecimento integral de todos os elementos estruturais e materiais que seriam constitutivos da atividade que, uma vez realizada concretamente, seria capaz de direcionar o ser humano a sua adequada realização¹⁵. Com efeito, nessa perspectiva, não se mostraria esclarecedora nem didaticamente viável a postura de se fragmentar a filosofia prática em questionamentos prévios e estruturais da ação humana, de um lado, e questões relacionadas aos problemas morais substancialmente considerados. O responder, com inteligibilidade, o segundo, exige reflexão sobre o primeiro e o estruturar o primeiro exige ter-se em mente os problemas substanciais que terão de ser respondidos pelo segundo. Assim, qualquer tese ética com alguma pretensão real de dispor sobre a existência humana irá desenvolver a sua proposta metaética já pré-determinando, ao menos em parte, as conclusões que deverão ser alcançadas quando do desenvolvimento das questões de ética normativa.

Mesmo que assim seja, não se pode negar que a noção de que a metaética deva ser vista como uma disciplina prática autônoma e propedêutica goza de amplo consenso entre os promotores da filosofia contemporânea. Além disso, não se pode perder de vista que a divisão disciplinar que visualiza a metaética como ramo filosófico independente facilita, em alguns casos, a compreensão estrutural de teses éticas mais complexas, sem mesclar tais considerações formais com as respostas éticas materiais que podem ser justificadas com base nelas, principalmente considerando o fato de haver constante divergência e grande dissenso em relação a tais debates morais, o que, por certo, pode ser um obstáculo da compreensão daqueles traços primários e fundantes de uma teoria ética.

Assim, partindo-se da perspectiva que é adotada pela metaética, no próximo capítulo pretende-se diferenciar os elementos formadores das posturas cognitivistas e não cognitivistas, de modo a ilustrar as diferenças existentes entre as suas premissas básicas. E será com base

¹⁵ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Reino Unido: Oxford University Press, 2000; e Aquinas. *Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2004, p. 21.*

nessas considerações que se pretende, neste trabalho, identificar e esclarecer os pressupostos metaéticos que são adotados pelo empirismo jurídico (costumeiramente denominado de “realismo” jurídico, denominação essa, porém, que será aqui submetida à crítica). De qualquer modo, cabe ressaltar que essa limitação temática não impede que o esquema conceitual aqui desenvolvido possa ser aplicado em relação a outras linhas de pensamento jurídico não abarcadas neste estudo.

COGNITIVISMO E NÃO COGNITIVISMO MORAL

As linhas de pensamento que se adéquam ao cognitivismo moral afirmam de antemão que é possível – e comum entre seres humanos dotados, em maior ou menor extensão, de racionalidade – produzir, conhecer e comunicar, com algum grau de objetividade, juízos de certo e errado referentes à ação humana. O cognitivista assume, pois, que os predicados morais possuem significado que pode ser comunicado com objetividade, já que se reportam a algo referível a determinado objeto contido na realidade¹⁶. Já para o não cognitivista, não há qualquer sentido em se falar em fatos morais ou verdades relevantes ao campo da ação humana¹⁷. Isso porque, para ele, juízos morais são, invariavelmente, falsos ou apenas expressões de sentimentos ou atitudes emocionais que representam a motivação que uma pessoa adota para agir de determinado modo, inexistindo qualquer critério objetivo prévio que possa ser invocado para mensurar o conteúdo dessa ação.

O cognitivismo, portanto, trabalha com um pressuposto, fortemente, escorado no modo como seres humanos normalmente agem e interagem diante da realidade, pressuposto esse que é assumido, sem maiores contestações, pela maior parte das pessoas (ressalvando-se apenas a objeção teórica idealizada pelos acadêmicos não cognitivistas). Isso porque a postura cognitivista preserva elementos da linguagem comum sobre como usamos os termos certo e errado em relação à ação humana. Ordinariamente, seria assumida como incontroversa a veracidade da afirmação de que “o infanticídio é errado”. Por outro lado, para o não cognitivista não seria possível atribuir qualquer valor de verdade a essa proposição, já que ela representaria apenas um enunciado que pode provocar ou não uma atitude emocional em alguém. Assim, por meio da afirmação apresentada, estar-se-ia apenas descrevendo um contexto fático no qual a ação descrita (infanticídio) provoca uma sensação de repúdio ou de desagrado naquele que emitiu a frase “o infanticídio é errado”. E se há uma concordância geral

¹⁶ SMITH, Michael. *The Moral Problem*. Estados Unidos da América: Blackwell Publishers, 2005, p. 9.

¹⁷ SMITH, Michael. *The Moral Problem*. Estados Unidos da América: Blackwell Publishers, 2005, p. 10. Vide, ainda, KUTSCHERA, Franz von. *Grundlagen der Ethik*. Alemanha: WdeG, 1982, pp. 47-48 e 87-103.

em relação a essa frase é apenas porque, para o não cognitivista, as pessoas, contingentemente, compartilham do mesmo sentimento de repúdio em relação a esse tipo de ação.

Com efeito, para o cognitivista os debates morais sobre o que é certo ou errado a se fazer em determinada situação prática pressupõem que exista uma resposta correta (ou, ao menos, a resposta mais adequada que é possível de ser alcançada, dado o contexto em que o debate foi realizado), a qual é acessível e pode ser descoberta por aqueles dotados de alguma capacidade racional (o que não significa dizer que essa será, necessariamente, alcançada). Afinal, se não existisse, entre as propostas alternativas que estariam em disputa no debate moral sendo travado, nenhuma que pudesse ser revestida de um mínimo de veracidade, a própria atividade discursiva seria sem sentido¹⁸ e aqueles que estariam interagindo no debate deveriam compreender a sua função como inócua ou como meramente lúdica. Se não há veracidade que possa ser, pelo menos, aproximada ou tornada mais clara por meio do debate, qual seria o sentido de se debater? E essa é precisamente a visão que o não cognitivista assume diante de um debate moral: a atividade de discussão é um fim em si, sendo executada independentemente de qualquer resposta objetiva que possa ser esclarecida, sendo o vencedor de uma disputa moral aquele que impõe, por força ou violência, a sua visão ou que consegue, retoricamente, melhor sensibilizar o auditório ou o júri.

O cognitivismo moral ainda preserva uma explicação plausível para os erros e equívocos que podemos cometer quando participamos de um debate específico sobre o certo e o errado. Isso porque, partindo-se do pressuposto que há uma resposta, minimamente, verdadeira por trás de todo debate moral (mesmo que essa não seja atingida ou esclarecida em cada discussão concreta que seja travada), o critério último para se analisar e identificar o certo e errado é exterior ao e independente do intelecto, bem como à vontade daqueles que estão discutindo um problema moral específico. Assim, a possibilidade de se aproximar da resposta verdadeira referente a determinado problema prático pressupõe a adequação do intelecto do debatedor aos elementos objetivos (propriedades e fatos morais) relevantes para se identificar o plano de ação que deve ser seguido. Com efeito, inúmeros fatores particulares podem prejudicar o acesso à resposta verdadeira referente a uma questão prática, os quais vão, desde o tempo reduzido para deliberação e a restrição informativa, até a ignorância parcial dos partícipes do debate ou as suas eventuais deficiências de caráter que tornam o ambiente de debate inviável. Já para o não cognitivista, considerando que juízos morais são ou ilusórios ou

¹⁸ “Wenn aber das Sittlichsein nicht als die Vernünftigkeit von Praxis verstanden wird, (...) dann wird die Ethik zum rationale Teilausschnitt eines selbst irrationalen Ganzen, und die methodische Analyse der Philosophie ist für die Qualität des Handeln letztlich bedeutungslos.” (HÖFFE, Otfried. *Ethik und Politik – Grundmodelle und –problem der praktischen Philosophie*. Alemanha: Suhrkamp Taschen, 1979, p. 59)

apenas atitudes emocionais que representam a motivação que uma pessoa adota para agir de determinado modo, inexistente qualquer critério objetivo prévio que possa ser invocado para analisar e separar um juízo bem sucedido de um equivocadamente elaborado. Assim, como certo e errado representam apenas motivações sentimentais para realizar determinado comportamento individual, não existe nenhuma medida comum que se preste a mensurar o juízo bem sucedido, de modo a diferenciá-lo dos juízos falhos. Para o não cognitivista, não há, portanto, como diferenciar um bom argumento moral de um equivocado, pois todos os argumentos disponíveis se colocam em posição de perfeita equidistância uns dos outros, na medida em que são todos falsos e ilusórios ou são apenas manifestadores da atitude emotiva daquele que pretende motivar o seu agir.

Além disso, considerando que cada ser humano está habilitado a externar os seus próprios sentimentos e emoções, independentemente de qualquer reflexão mais elaborada, todo indivíduo, para o não cognitivista, é um critério absoluto para determinar o motivador de sua ação, o que leva à pressuposição de que todos os indivíduos possuem a mesma autoridade e maturidade para discorrer sobre o certo e o errado. É por isso que, dentro do projeto não cognitivista, não há espaço para se falar propriamente em conhecimento moral. Para o não cognitivista, os juízos morais não são crenças que possam ser avaliadas em termos de verdade e falsidade, já que eles sequer almejam representar qualquer estado de coisas. Nesse contexto, não se pretende compreender qualquer realidade moral que poderia ser dotada de objetividade. Na verdade, como se viu, para o não cognitivista, os juízos sobre uma ação humana servem apenas para externalizar uma emoção, um sentimento, ou seja, servem para expressar os comprometimentos individuais adotados por uma determinada pessoa que deseja executar um plano de ação, comprometimentos esses, porém, que não podem ser analisados, objetivamente, por terceiros nem comunicados aos demais. Por outro lado, para o cognitivista, um juízo moral representa apenas um tipo específico de crença, a qual, dependendo do conteúdo que ela agrega, pode ser tida como verdadeira ou falsa. Por essa razão, juízos de valor sobre o certo e o errado podem ser definidos como verdadeiros ou falsos, os quais poderão ser justificados e certificados (os métodos de justificação e certificação são, por sua vez, também alvo de ampla divergência e, como se verá, dependerão da corrente interna do cognitivismo que estiver sendo defendida). É essa possibilidade de refletir, fixar e transmitir juízos verdadeiros sobre ação humana que faz com que seja possível, para o cognitivista, falar-se em conhecimento moral. Como se vê, para o cognitivista moral há uma diferença epistemológica entre um juízo moral verdadeiro e o processo de justificação que, posteriormente, poderá ser utilizado para se convencer os demais da veracidade de tal proposição moral. Por isso, a filosofia moral

cognitivista pressupõe uma teoria da verdade e uma teoria da argumentação, que devem ser diferenciadas, mas que são, entre si, comunicáveis, enquanto que a não cognitivista pressupõe apenas a análise descritiva de comportamentos humanos, para fins de fixação de estimativas acerca das reações mais prováveis, o que é promovido, em grande medida, pela averiguação empírica ou por meio de análise psicológica.

Entre não cognitivismo e cognitivismo também há uma grande distância relativamente à compreensão que possuem acerca da dimensão ontológica da realidade. O não cognitivismo moral reflete uma ontologia bastante simplificada (muito mais simplificada que aquela sustentada pelo cognitivismo), já que compreende a realidade como sendo apenas aquela dimensão de fatos naturais, cujas propriedades podem ser, integralmente, analisadas e verificadas pelas ciências empíricas. Assim, a dimensão empírica dos fatos naturais, nessa visão não cognitivista, é a totalidade da nossa realidade física e nada mais pode ser a ela acrescentado. Em contrapartida, a ontologia na qual se escora o cognitivismo é mais complexa e exigirá uma reflexão mais profunda sobre o que é existente, pois exigirá a explicação de uma camada adicional da realidade, qual seja, aquela referente aos fatos morais e às propriedades que a eles atribuem composição (sendo importante reconhecer que propriedades morais possuem uma essência diferenciada das propriedades naturais, mesmo que ambas possam ser conhecidas em sentido objetivo)¹⁹.

Por fim, deve-se destacar que há uma fundamental diferença entre as duas tendências aqui analisadas em relação ao critério que explica a normatividade que pode vincular alguém a cumprir determinada obrigação (moral ou jurídica). Para o não cognitivista não existe um fundamento exterior que possa justificar a normatividade de um determinado padrão de conduta, ou seja, não há uma razão última que nos leva a seguir plano de ação geral e abstrato e não há nada que nos vincule, objetivamente, ao conteúdo de uma determinação universal sobre o agir humano. Como não há, no mundo, juízos de valores que possam ser dotados de objetividade, a normatividade que pode ser identificada em determinado princípio ou regra deverá ser atribuída ao arbítrio daquele que confeccionou o respectivo padrão normativo, o qual será sempre contingente e convencional. Assim, para o não cognitivista, dizer que algo é justificável, correto ou bom é apenas indicar que há motivos estratégicos favoráveis para

¹⁹ Nesse ponto, encontra-se importante bifurcação entre as tradições cognitivistas e não cognitivistas que foi bem explorada por G. E. MOORE (Principia Ethica, p. 16-7.) ao apresentar a forma de argumentação que ele acabou denominando de falácia naturalística. Tal falácia seria cometida sempre que se pretendesse definir o conteúdo de termos morais, os quais, para MOORE, seriam sempre simples e não-analisáveis. Assim, dizer que algo é bom significaria atribuir a um objeto uma propriedade que é simples, i.e. não redutível a outras propriedades, e que é inverificável, pois não pode ser analisada pelas nossas experiências sensoriais. Com efeito, tal propriedade é diferente de todas as demais propriedades que estão presentes na nossa experiência

trilharmos o caminho compatível com o convencional. No entanto, é irreduzível e inexplicável o que nos leva a assumirmos esse esquema motivacional específico. Desse modo, o arbítrio na atribuição de normatividade a determinado padrão de conduta irá corromper ou tornar inócuo todo esforço de justificação posterior, já que inexistirá um critério comparativo entre proposições normativas adequadas e inadequadas, tendo em vista a impossibilidade de se falar em juízos morais verdadeiros e a inexistência de critérios comparativos para diferenciá-los dos juízos morais falsos. Conforme já se destacou, para o não cognitivista todo juízo de valor tem o mesmo peso e a mesma pretensão de validade, já que dependem apenas da expressão emotiva daquele que o produz, inexistindo qualquer metacritério expressivo ou emotivo que permita avaliar e diferenciar tais juízos particulares.

Diante dessas considerações, pode-se perceber que, caso sejam analisados a partir de uma perspectiva ampla e abstrata, o cognitivismo e o não cognitivismo são, mutuamente, excludentes, já que um pode ser visto como a negação total do outro. Há, pois, uma enorme distância entre posturas cognitivistas e não cognitivistas, na medida em que os compromissos teóricos iniciais que cada uma assume são, entre si, contraditórios. A premissa que é adotada por uma corrente é, abertamente, rejeitada pela corrente rival, que adota premissa oposta como ponto de partida. Diria o cognitivista: há sentido falar-se em certo e errado com um mínimo de objetividade, há pelo menos um sentido em que se pode falar em realidade moral que restringe o espaço de interação humana e podemos assumir o conceito de verdade (como critério de aferição de objetividade que é cognoscível e comunicável) como relevante e aplicável ao campo da ação humana. Por outro lado, o não cognitivista, adotando uma teoria ética negativa²⁰, rejeitaria, como suas premissas, cada uma dessas considerações.

É por causa dessa radical oposição entre premissas adotadas que podemos identificar uma rivalidade, aparentemente, intransponível entre cognitivistas e não cognitivistas. Cada uma dessas tradições, ao estruturar seu sistema filosófico a partir de elementos fundantes e conceitos básicos acerca da epistemologia, da natureza humana e do espaço social de convivência humana, acaba por assumir princípios primeiros do raciocínio que lhe são próprios e particulares (idiossincráticos, inclusive). Assim, na maior parte das vezes, aquele que assume, como ponto de partida de sua reflexão, os elementos fundantes indicados por um paradigma filosófico enfrentará sérias dificuldades no que diz respeito à transmissão dos seus argumentos àqueles que, expressa ou tacitamente, compartilham dos conceitos básicos que forjam a moldura epistêmica oriunda de uma tradição filosófica rival. Tal dificuldade, por

consequência, também prejudica o efetivo convencimento dos interlocutores que partem de outros paradigmas filosóficos, o que, por sua vez, mina as chances de obtenção de consenso acerca dos questionamentos filosóficos mais básicos. Não é por outro motivo que Alasdair MACINTYRE, tendo identificado no mundo ocidental contemporâneo essa extrema segmentação epistêmica, acaba diagnosticando que vivemos, atualmente, em um momento histórico de radical desacordo no que diz respeito aos questionamentos filosóficos (mesmo aqueles mais básicos), o que, possivelmente, levaria a visualização de uma instância de incomensurabilidade (*incommensurability*) e de intraduzibilidade (*untranslatability*) entre as distintas tradições filosóficas²¹. Como consequência desse diagnóstico, ressalta o filósofo escocês que se torna possível à maioria das pessoas concluir que, no que diz respeito a tradições filosóficas rivais, “there is and can be no independent standard or measure by appeal to which their rival claims can be adjudicated, since each has internal to itself its own fundamental standards of judgment.”²² Tal pré-compreensão acaba levando a sensação – corrente no período contemporâneo – de que os grandes debates filosóficos, em especial, os de ordem prática²³, encontram-se fadados ao fracasso, já que trilham caminhos intermináveis de desencontros argumentativos, em que a visão que parte de premissas oriundas de um paradigma filosófico passa a ser compreendida, pelos partícipes de uma tradição filosófica rival, como sendo uma mera opinião daquele interlocutor, sem qualquer pretensão de objetividade²⁴.

Por outro lado, ao se colocar lado a lado os pressupostos cognitivistas e não cognitivistas, tem-se também a pretensão de se projetar um espectro todo abarcante (mesmo que ainda mantenha certo grau de indeterminabilidade) que seja capaz de englobar as mais variadas tradições éticas e jurídicas. Isso porque qualquer esquema de explicação da nossa ordem prática assumirá, necessariamente, ou elementos cognitivistas ou traços não

²⁰ MACKIE, J. L. The subjectivity of values. In SAYRE-MCCORD, Geoffrey (editor). *Essays on Moral Realism*. Estados Unidos da América: Cornell University Press, 1988, p. 98.

²¹ “Such systems are incommensurable, and the terms in and by means of which judgments is delivered in each art so specific and idiosyncratic to each that they cannot be translated into the terms of the other without gross distortion.” (MACINTYRE, Alasdair. *Three Rival Versions of Moral Enquiry: Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*. Estados Unidos da América: University of Notre Dame, 1990, p. 06).

²² Op. cit., p. 06.

²³ MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice? Which Rationality?*: Estados Unidos da América: University of Notre Dame, 1988.

²⁴ “Every one of the arguments is logically valid or can be easily expanded so as to be made so; the conclusions do indeed follow from the premises. But the rival premises are such that we possess no rational way of weighing the claims of one as against another. (...) It is precisely because there is in our society no established way of deciding between these claims that the moral arguments appears to be necessarily interminable. From our rival conclusions we can argue back to our rival premisses; but when we do arrive at our premises argumenst ceases and the invocation of one premise against another becomes a matter of pure

cognitivistas, inexistindo uma terceira alternativa teórica que possa se afirmar como sendo mais ampla ou totalmente independente das outras duas antes definidas. Desse modo, defende-se aqui que toda e qualquer teoria ética ou teoria jurídica estará aderindo a pressupostos (mesmo que parciais) cognitivistas ou não cognitivistas. Dito de outro modo, deve-se reconhecer que não há explicação teórica da nossa realidade prática que não assuma (mesmo que implicitamente) ou pressupostos cognitivistas ou pressupostos não cognitivistas.

Com isso, diante dessa matriz teórica intransponível, pretende-se identificar quais os pressupostos metaéticos que fundamentam o empirismo jurídico. Esse é, portanto, o objetivo do tópico que segue.

EMPIRISMO JURÍDICO: NÃO COGNITIVISMO EMOTIVISTA COM CÉTICISMO JURÍDICO

A impropriedade na nomenclatura “realismo jurídico”

O Século XX apresentou como expoente teórico para a explicação do direito, juntamente com a influente escola do positivismo jurídico, corrente de pensamento que pretendeu justificar e esclarecer o fenômeno jurídico a partir de uma leitura, exclusivamente, sociológica dessa área do conhecimento prático. De acordo com essa visão, a prática jurídica deveria ser explicada por meio da metodologia científica típica das ciências naturais, ou seja, observando-se a evidência empírica acerca daqueles elementos que influenciam as pessoas com autoridade (i.e., juízes) para, efetivamente, produzir, em última instância, os comandos jurídicos que restringem e determinam a nossa ação rotineira. Por isso, a verdadeira compreensão do direito não pressupõe nenhum tipo de esforço especulativo para se definir princípios gerais que permitem deduzir comandos objetivos que nos forneçam respostas para os nossos problemas práticos concretos. Na verdade, a definição do conteúdo do direito pressupõe apenas saber quais fatores externos influenciam e afetam sensitivamente a formação das preferências e dos gostos pessoais da figura concreta do magistrado que decidirá um determinado caso, na medida em que será essa pessoa específica que irá, em última instância, coagir todos nós a nos portarmos de determinado modo na nossa vida diária. Não é de se estagnar porque, frequentemente, tal postura teórica é representada por meio de uma caricatura, muitas vezes vinculada ao pensamento de FRANK²⁵, segundo a qual a decisão proferida pelo

assertion and counter-assertion.” (MACINTYRE, Alasdair. *After virtue*. Estados Unidos da América: University of Notre Dame, 2ª edição, 1984, p. 08).

²⁵ “Of course, no one, except jocularly, has ever proposed explaining all or most decisions in terms of the
vol.09, n.º 03, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1426

juiz diante de um caso concreto depende apenas de como foi o seu café da manhã²⁶. Seria o que PATERSON veio a denominar de teoria gastronômica do Direito (gastronomical jurisprudence)²⁷. Isso significaria reconhecer que um julgador que teve uma refeição prazerosa irá, com grande probabilidade, decidir os seus casos judiciais com bom humor e, supostamente, de modo mais favorável a um dos litigantes²⁸.

Esse movimento teórico – desenvolvido no século passado principalmente nos Estados Unidos da América e no norte da Europa²⁹ – se dedica a difundir doutrina jurídica que se propõe a elaborar método de apreciação de elementos jurídicos que podem ser evidenciados e coletados a partir da observação da realidade empírica que contextualiza o direito. Desse modo, o fenômeno jurídico pressupõe, não processos formais que levam ao surgimento do direito, mas apenas os elementos empíricos que, rotineiramente, acabam influenciando a formação das preferências daqueles que são responsáveis pela produção dos comandos jurídicos definitivos³⁰.

judge's digestive disturbances. Yet, at times, a judge's physical or emotional condition has marked effect. (...) Out of my own experience as a trial lawyer, I can testify that a trial judge, because of overeating at lunch, may be so somnolent in the afternoon court-session that he fails to hear an important item of testimony and so disregards it when deciding the case." (FRANK, Jerome. *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 1973, p. 162)

²⁶ "As an English judge said in 1882, 'the state of a man's mind is [for a court] as much a fact as his digestion". (FRANK, Jerome. *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 1973, p. 155). Vide, ainda, FISCHER III, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas. *American Legal Realism*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 1993, p. xiv.

²⁷ PATERSON, Edwin Wilhite. *An Introduction to Jurisprudence* (2ª Edição, 1946). Apud FRANK, Jerome. *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 1973, p. 161.

²⁸ Aparentemente, a tese empirista veio a ser, indiretamente, demonstrada por meio de pesquisa científica divulgada pela National Academy of Sciences, por meio da qual foram submetidas à análise estatística a deliberação e a tomada de decisão de oito juízes israelenses, no que se refere a processos decisórios envolvendo a concessão ou não de liberdade condicional. A pesquisa demonstrou que, no período de um dia, a média geral de deferimento de pedido ficou em 35%, sendo que tal percentual aumentava, expressivamente, para 65% de concessões de liberdade condicional, no período, imediatamente, posterior a uma refeição. Interessantemente, tal percentual de deferimento caía progressivamente até o momento da próxima refeição do dia. (Vide KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. Estados Unidos da América: Farrar, Straus and Giroux, 2011). Importante notar que, mesmo sendo verdadeiro o resultado de tal pesquisa empírica, ela não diz nada sobre o modo correto ou desejável para juízes decidirem casos concretos. Certamente ninguém admitiria ser julgado com base na situação alimentar do magistrado responsável pelo seu caso. Na melhor das hipóteses, nos fornece tal pesquisa evidências sobre a necessidade de termos instrumentos adicionais para garantir a imparcialidade do juiz diante de situações de desgaste (por exemplo, um maior de intervalos de descanso entre um período e outro de julgamento). (Vide KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. Estados Unidos da América: Farrar, Straus and Giroux, 2011)

²⁹ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 01.

³⁰ Segundo DWORKIN, os "realistas" sustentam que "judges actually decide cases according to their own political or moral tastes, and then choose an appropriate legal rule as rationalization" (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Estados Unidos da América: Harvard University Press, 1978, p. 03). Já para SCHAUER, os "realistas" defendem que "the legal decision-makers are largely unconstrained by forces external to their own decision-making preferences." (SCHAUER, Frederick. *Playing By the Rules: A*

Tais propostas explicativas do fenômeno jurídico são, comumente, vinculadas ao movimento teórico que acabou recebendo a alcunha de “realismo jurídico”, expressão essa invocada para qualificar a tese empirista norte-americana (“realismo americano”) e a tese sociológica da “escola de Upsala” (“realismo escandinavo”)³¹. Essa denominação, porém, deve, aqui, ser submetida à análise crítica e, considerando-se o escopo do presente trabalho, deve ser substituída por outro termo mais compatível com os efetivos pressupostos metaéticos que são compartilhados por aqueles que adotam essa visão acerca do direito.

Não se está aqui pretendendo desprezar a larga tradição jurídica que se vale do termo “realismo” para se reportar à tendência teórica que pressupõe uma espécie de primazia do fato na compreensão do direito. No entanto, a tradição jurídica muitas vezes denominada de “realismo jurídico” assume, como enfoque central, não uma concepção ontológica e densa de realidade, mas sim uma visão de que a “realidade” restringe-se a sua dimensão física e empírica, de modo que são apenas tais elementos fáticos que são capazes de influenciar a formação do direito. Em termos metaéticos, o “realismo jurídico” não defende nenhuma forma de realidade moral objetiva, mas apenas a existência de elementos exteriores que estimulam aqueles com autoridade para criar o direito. Na verdade, o “realismo jurídico” defende uma concepção restritiva de realidade, uma vez que somente é considerado real aquilo que pode ser fisicamente verificado e é, portanto, manipulável pelo agente. Por isso, conforme se verá, esse suposto “realismo” aplicável ao direito, não guarda nenhuma semelhança com a corrente do cognitivismo definida como “realismo moral”. Por essa razão, entende-se que a expressão “empirismo jurídico” seja mais compatível com o movimento doutrinário que é manifestado por meio do conjunto de tais ideias. Assim, neste tópico, a expressão “empirismo jurídico” será aqui aplicada para se referir ao, comumente, denominado “realismo jurídico”.

Feito tal esclarecimento terminológico, cabe aqui analisar, com o intuito de exemplificar a tese metaética proposta neste trabalho, a visão de um autor que pode ser visto como sendo um fiel representante do empirismo jurídico. Para tanto, pretende-se analisar a proposta teórica desenvolvida, no início do século passado, nos Estados Unidos da América, por Oliver Wendell HOLMES Jr.

O Empirismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr.

Philosophical Examination of RuleBased Decision-Making in Law and in Life. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 1991, p. 191).

³¹ CATENACCI, Imerio Jorge. Introducción al derecho. Astrea, 2006, pp. 217-8.

Possivelmente, o autor que é mais lembrado quando se fala no empirismo norte-americano é Oliver Wendell HOLMES Jr. (1841-1936). HOLMES é visto, por muitos, como sendo o primeiro dos empiristas no direito ou como sendo o próprio pai do “realismo jurídico”³². Para se compreender o empirismo jurídico defendido por HOLMES, deve-se definir qual o objeto do direito, identificar-se a perspectiva de análise do fenômeno jurídica, para depois delimitar-se a metodologia aplicável à ciência do direito.

Primeiramente, segundo HOLMES, compreender o objeto do direito pressupõe definir quais são, precisamente, os seus limites³³. Para ele, o direito é, rotineiramente, preenchido por um tipo de “fraseologia” que é tipicamente extraída da “moral”, de modo que a leitura, superficial do fenômeno jurídico poderia passar a impressão de que ele é dotado, necessariamente, de um conteúdo ético. Aliás, seria possível identificar-se uma “continuidade linguística” entre Moral e Direito. No entanto, caso fosse observado de forma mais aprofundada, seria possível verificar que o direito, mesmo manifestando uma dimensão linguística extraída da moral, não haveria qualquer coextensão entre os respectivos sistemas de regras, sendo apenas que confusão no uso de tal linguagem³⁴, a qual estaria obscurecendo o conhecimento do direito e dificultando a previsibilidade das decisões a serem tomadas pelos tribunais³⁵. Assim, para HOLMES, o processo ideal de compreensão do direito exigiria banir completamente a linguagem moral do seu campo de aplicação³⁶.

Com efeito, para superar a obscuridade na definição das fronteiras da Moral e do Direito seria, antes de mais nada, necessário identificar-se a perspectiva relevante daquele que será capaz de estabelecer o critério de diferenciação desses dois campos. E, para HOLMES, tal perspectiva pressupõe compreender o tipo de raciocínio prático que é desenvolvido por aquele que não atribui qualquer valor ao eventual conteúdo moral que o direito pode, linguisticamente, manifestar. Assim, o elemento comum que haveria entre o homem bom (good man) e o homem mau (bad man) seria o fato de ambos terem medo de sofrer as

³² FISCHER III, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas. American Legal Realism. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 1993, p. 3.

³³ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The Path of the Law. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 11.

³⁴ “... although the law starts from the distinctions and uses the language of morality, it necessarily ends in external standards not dependent on the actual consciousness of the individual.” (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The Common Law. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 130).

³⁵ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The Path of the Law. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 12.

³⁶ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The Path of the Law. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 19.

consequências negativas de uma sanção que pode ser imposta pelo direito³⁷. Assim, para HOLMES, a perspectiva do chamado homem bom não teria qualquer relevância na diferenciação entre Moral e Direito, já que esse, supostamente, daria cumprimento espontâneo às regras éticas e às regras jurídicas, ambas com a mesma intencionalidade e com o mesmo estado de consciência. O homem bom seria capaz de atender a exigências morais, inclusive aquelas que restringem a sua liberdade – ao diminuírem as suas opções de ação –, existindo ou não uma pressão relacionada a elementos exteriores de coerção. Isso ocorreria porque o homem bom seria dotado de um “senso moral”, ou seja, uma capacidade que permitiria ao indivíduo estabelecer limites das suas liberdades por força de prescrições que são ditadas por sua própria consciência³⁸. A moral, portanto, seria definida como sendo o campo que “trata dos reais estados internos da mente de um indivíduo, envolvendo o que ele realmente tem a intenção de realizar”³⁹. Por outro lado, analisando-se regras sociais pela perspectiva do homem mau, ter-se-ia uma perspectiva útil para definir-se o efetivo objeto do direito, uma vez que o homem mau é identificado como sendo aquele que não dá a mínima atenção para as regras éticas, na medida em que essas, mesmo que observada pelos demais, podem ser descumprida sem que haja qualquer risco “de se ter que pagar qualquer quantia em dinheiro ou de se ter que ir para a prisão”⁴⁰. A perspectiva do homem mau, portanto, seria o ponto de partida para se o que é, efetivamente, o direito, livre das considerações obscuras típicas da moral. O homem mau seria relevante, pois ao analisar o seu modo de raciocinar e agir, pode-se definir, pragmaticamente, quais são as consequências negativas e positivas de se cumprir uma regra social, fornecendo, assim, dados que permitem prever, com maior precisão, o que será decidido pelos tribunais.

Como se vê, o primeiro elemento da fundamentação do direito seria a sua dependência nas inclinações instintivas daqueles que se submetem às normas jurídicas sancionatórias, de modo que interessaria ao analista do fenômeno jurídico visualizar o tipo de ação daquele que não vê motivos objetivos para os cumprimentos das regras sociais a não ser o receio de sofrer consequências negativas caso seja flagrado descumprindo tais padrões de conduta. Por isso, o

³⁷ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 10.

³⁸ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 11.

³⁹ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 17.

⁴⁰ “If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.” (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 11)

critério epistemológico aplicável ao direito pressupõe, antes de qualquer coisa, a análise dos fatores psicológicos que predeterminam a ação das pessoas, de modo a diferenciar o direito daquilo que não é o direito, distinção essa definida, não pelo seu conteúdo, mas pelos efeitos que o seu não cumprimento pode causar.

Partindo-se da perspectiva do homem mau, seria possível perceber que o sistema jurídico de modo algum poderia ser justificado a partir da dedução de princípios éticos, pois, como, supostamente sabemos, o homem mau, quando age, não está nem um pouco preocupado em formular deduções a partir de premissas éticas, mas apenas quer saber o que o tribunal local está decidindo sobre determinada questão que lhe afeta. Para HOLMES, seria, pois, falaciosa a pressuposição de que haveria alguma “lógica” que estivesse coordenando a prática do direito⁴¹. Inexistiria, portanto, qualquer proposição objetiva que pudesse ser considerada autoevidente, de modo a garantir algum fundamento último ao sistema jurídico. Inexistiria, do mesmo modo, qualquer ato jurídico que pudesse ser considerado, em si, como dotado de valor objetivo⁴². Na verdade, o conteúdo do direito estaria sempre na dependência de elementos instintivos e intuitivos daqueles que tem encargo de dizer o conteúdo final do direito diante de um caso concreto, razão pela qual o conteúdo do direito jamais poderia ser definido por mecanismos racionais que pretendessem antecipar, objetivamente, o teor de uma decisão judicial⁴³. Aliás, essa visão veio a ser, expressamente, manifestada por HOLMES quando da apresentação do seu famoso voto divergente no caso *Lochner v. New York*: “General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgement or intuition more subtle than any articulate major premise. (...) Every opinion tend to become a law.”⁴⁴ Assim, a vida do direito não é lógica, mas sim depende da vivência empírica que se tem nele. Desse modo, muito mais que um silogismo que permitiria a dedução de regras jurídicas, o aplicador do direito deveria observar as necessidades de cada tempo, as intuições que formam políticas públicas e – mais importante – os preconceitos que juízes possuem em comum com os demais cidadãos, os quais podem ser manipulados de modo a influenciar a produção de um resultado

⁴¹ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 20.

⁴² “All acts are indifferent per se.” HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 32.

⁴³ “Every important principle which is developed by litigation is in fact and at the bottom the result of more or less definitely understood views of public policy; most generally, to be sure, under our practice and traditions, the unconscious result of instinctive preferences and inarticulate convictions, but none the less traceable to views of public policy in the last analysis.” (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 16).

⁴⁴ *Lochner v. New York* (1905).

favorável ao interesse específico daquele aplicador do direito⁴⁵. Por isso, não existindo qualquer fator racional que possa ser invocado na elaboração do direito, seria possível que qualquer parcela do ordenamento jurídico em vigor fosse radicalmente modificada, em qualquer situação e a qualquer momento, bastando, para isso, uma mudança nos hábitos da “opinião pública”⁴⁶.

Dessas considerações, HOLMES define o tipo de metodologia que melhor resolveria os problemas práticos que surgem no direito e que permitiriam a construção de uma espécie de ciência jurídica. Para ele, quando estudamos o direito, não estamos tratando de nada que seja misterioso nem altamente especulativo⁴⁷, mas estamos apenas desenvolvendo uma atividade profissional simplesmente técnica, em que observamos o que devemos fazer para que possamos nos apresentar diante dos tribunais de modo a obtermos algum tipo de êxito. Por isso, uma pessoa que consulta um advogado não está interessada em conhecer os fundamentos de determinado instituto jurídico nem de obter esclarecimentos acerca de um conceito legal, mas busca apenas saber como deve agir “para se manter longe do judiciário”⁴⁸. Isso ocorre porque todas as pessoas desejam saber em que situações o Estado poderá, legitimamente, se valer do uso coercitivo da força contra elas. Essas pessoas, portanto, querem poder prever quais riscos que podem assumir, sem que haja perigo de sofrerem a imposição de força por parte do Ente Público. Por essa razão, a atividade jurídica não é outra coisa senão a de garantir previsibilidade em relação àquilo que os tribunais irão decidir. O estudo do direito, portanto, exige que o profissional saiba instrumentalizar, da forma mais precisa possível, “profecias” sobre o que será efetivado, no futuro, por meio de decisões judiciais⁴⁹. O estudo do direito não teria, nesse contexto, nenhum outro propósito senão o de angariar informação sobre decisões passadas, de modo a permitir sejam feitas profecias sobre decisões futuras⁵⁰, colecionando esse material em leis e livros doutrinários, visando, com isso, a permitir a elaboração de fórmulas

⁴⁵ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 3.

⁴⁶ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 22.

⁴⁷ “The law did not begin with a theory” (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 33).

⁴⁸ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 07.

⁴⁹ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 07.

⁵⁰ Opondo-se a tal visão, veja FRANK: “By studying how judges so responded in past cases, lawyers could know just how judges would act in future cases. That was sophisticated but glib nonsense, as anything more than a casual look at behaviorism was bound to reveal.” (FRANK, Jerome. *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 1973, p. 159)

gerais que poderão tornar as profecias jurídicas futuras mais precisas⁵¹. Interessante notar que, nessa compreensão, os direitos individuais e os deveres jurídicos também devem ser compreendidos como um tipo de profecia jurídica, já que com base na invocação de um direito ou de dever torna-se possível prever as consequências que serão esperadas diante de um tribunal que for chamado a restaurar/resguardar tal direito ou impor tal dever⁵².

Como se vê, para HOLMES, o direito não consiste em outra coisa senão uma série de profecias acerca do que os tribunais irão decidir, inexistindo qualquer lógica na experiência jurídica, mas apenas o controle de expectativas jurisdicionais⁵³. Toda a legislação que é positivada e que, muitas vezes, é compreendida como elemento essencial do fenômeno jurídico, seria para HOLMES apenas um fator acidental e não determinante para a compreensão do direito. Isso porque, não importando o modo como as leis são positivadas em códigos, o determinante para se entender o seu sentido efetivo não está nos termos e conceitos que delas constam, mas apenas na forma como os juízes decidiram, no passado, acerca do seu significado⁵⁴. As leis, portanto, não necessitam ser consistentes nem coerentes entre si⁵⁵, pois apenas ilustram palavras que o juiz poderá utilizar para mascarar, *ex post facto*, uma decisão que ele já tomou, tendo em vista as suas inclinações e preferências pessoais.

Em síntese, o direito, como disciplina que integra o campo do conhecimento prático, exigiria, basicamente, uma sistematização de previsões acerca daquilo que será decidido pelos tribunais, tendo em vista os fatores psicológicos e sensoriais que afetam as emoções e as preferências pessoais dos magistrados. Desse modo, a pessoa que quisesse fazer valer uma pretensão jurídica na condução dos seus negócios diários, não deveria buscar compreender padrões racionais e universais que poderiam determinar uma decisão objetiva, mas deveria apenas ser capaz de profetizar quais consequências seriam esperadas de um tribunal que viesse a se manifestar sobre o seu caso⁵⁶.

⁵¹ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 8.

⁵² "... a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right." (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, pp. 8-9).

⁵³ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 13.

⁵⁴ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 16

⁵⁵ "Statutory law need not profess to be consistent with itself, or with the theory adopted by judicial decisions. Hence there is strictly no need to reconcile such a statute with principles which have been explained." (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 27)

⁵⁶ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 9.

Os pressupostos metaéticos do Empirismo Jurídico

Como se viu, o chamado “realismo jurídico” (*rectius*, empirismo jurídico) reduz o objeto do direito a sua dimensão factual e o seu método de pesquisa àquele que seria típico das ciências naturais, na medida em que pressupõe que seja possível definir e antecipar o conteúdo do direito por meio de simples observação das evidências empíricas acerca daquilo que afeta sensitivamente a figura do juiz. Mesmo que o empirismo jurídico tenha sido tratado com desprezo por muitos filósofos e tenha sido, frequentemente, marginalizado, principalmente no Século em que foi proposto pela primeira vez⁵⁷, não se pode desprezar o fato de que as suas colocações são, de modo informal, aceitas como verdadeiras por aquele que trabalha, diariamente, com o direito. Por isso, não seria exagero afirmar-se que, hoje, todos assumimos, em parte, certa descrença diante da possibilidade de existirem critérios objetivos que sejam independentes da emoção que impulsiona a tomada de decisão por parte do juiz. Assim, o empirismo jurídico forma, em grande medida, a intuição popular sobre como o direito é, efetivamente, criado. Exatamente por isso, mostra-se relevante, ainda hoje, analisar-se quais seriam os pressupostos metaéticos que dariam substrato moral às considerações teóricas que são defendidas pelos empiristas jurídicos.

Segundo LEITER, o empirismo jurídico é melhor compreendido, seguindo-se uma epistemologia naturalista de estilo quineano, a partir do qual três teses filosóficas são elaboradas, quais sejam:

- (i) Os fatos são determinantes para a definição da postura filosófica que se adota;
- (ii) A filosofia é um esforço contínuo em relação à ciência empírica, de modo que deve assumir o mesmo método pesquisa; e
- (iii) A aplicação das conclusões filosóficas seguem uma orientação pragmática, ou seja, pauta-se apenas na eficiência das conclusões alcançadas e não em um pressuposto objetivo de veracidade⁵⁸.

A partir dessas proposições epistemológicas, afirma LEITNER que o empirismo adotaria quatro pressupostos teóricos fundamentais à explicação do fenômeno jurídico, quais sejam: (i) a necessidade de uma teoria descritiva que pudesse definir a natureza das decisões judiciais, de acordo com a qual (ii) os juízes exerceriam uma discricionariedade ilimitada no que tange ao conteúdo definitivo do direito, (iii) por meio da qual alcançariam eles,

⁵⁷ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 01.

⁵⁸ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 04.

primeiramente, conclusões judiciais que são baseadas nos seus valores e gostos pessoais, (iv) para, posteriormente, encontrarem um modo de racionalização de tais conclusões com base em regras e princípios jurídicos⁵⁹.

Essas características estruturais da proposta teórica que compõe o empirismo jurídico permitem identificar as duas matrizes filosóficas que inspiram esse tipo de pensamento: **(a)** o determinismo naturalista e **(b)** o pragmatismo ético⁶⁰. Será com base nelas, portanto, que se pretende identificar, mais adiante, os elementos metaéticos que fornecem o substrato ontológico, epistemológico e moral que fundamentam o pensamento jurídico empiricista. Vejamos cada ponto em separado.

Deve-se esclarecer, em primeiro lugar, as concepções ontológica e epistemológica que são adotadas pelo defensor do naturalismo. Em termos ontológicos, o naturalismo pressupõe uma concepção fiscalista do mundo, ou seja, aquela que afirma que o conjunto total de objetos constitutivos da realidade é composto, exclusivamente, por itens físicos, dotados de natureza corpórea, inexistindo qualquer elemento imaterial que possa evidentemente existir em sentido pleno. Assim, só existe no mundo aquilo que possa ser sensorialmente captado e nós, que habitamos essa realidade, somente somos afetados por objetos que podem física e causalmente determinar a direção da nossa conduta. Essa visão fiscalista da realidade, ou seja, só é real, existente e verdadeiro aquele objeto que possui dimensão corpórea e que pode ser identificado com base no seu substrato físico, acarreta sempre um certo tipo ceticismo ontológico⁶¹, uma vez que, de acordo com essa postura, não existem propriedades essenciais na realidade, mas apenas conceitos artificiais por nós fabricados que permitem categorizar aqueles elementos físicos, os quais, em si considerados, se apresentam, no mundo real, em completa desordem. Essa concepção fiscalista repercute no modo como o empirista define o direito e a função que esse deve assumir. Isso porque, se a realidade está adstrita apenas aquilo que possui

⁵⁹ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 16.

⁶⁰ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 21.

⁶¹ HART definia os empiristas como sendo cético em relação a regras jurídicas (rule-skeptic), na medida em que não seria possível falar-se em uma espécie de padrão normativo que iria, objetivamente, predeterminar a forma pela qual os tribunais irão decidir determinado caso. “The most skeptical of these critics – the loosely named “Realists” of the 1930’s – perhaps too naively accepted the conceptual framework of the natural sciences as adequate for the characterization of law and for the analysis of rule-guided action of which a living system of law at least partly consists. But they opened men’s eyes to what actually goes on when courts decide cases, and the contrast they drew between the actual facts of judicial decision and the traditional terminology for describing it as if it were a wholly logical operation was usually illuminating; for in spite of some exaggeration the “Realists” made us acutely conscious of one cardinal feature of human language and human thought, emphasis on which is vital not only for the understanding of law but in areas of philosophy far beyond the confines of jurisprudence”. (HART, Herbert. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Estados Unidos da América: Harvard Law Review, Vol. 71, 1958, pp. 529-593)

composição física, o direito – não sendo, por óbvio, dotado de corporalidade física – deveria ser visto como algo, integralmente, artificial (i.e., convencional), o que criaria, no universo jurídico, um determinismo artificial. Interessante notar que dentro dessa visão de mundo, haveria um eterno estranhamento entre a “realidade” e o “direito”, os quais jamais seriam, naturalmente, compatíveis, mas estariam sempre em conflito, exatamente por causa das rupturas originadas por meio da fabricação artificial do direito. Esses fatores fazem com que o direito seja visto como fruto do simples arbítrio de alguém, o qual, possuindo liberdade para manipular as formas normativas que deseja impor, é responsável pela criação desse determinismo artificial, cujo conteúdo não pode ser submetido à avaliação racional⁶², já que essa atividade criativa seria apenas uma projeção emotiva ou instintiva daquele responsável pela criação do direito⁶³. Veja-se que, nesse cenário fisicalista, há uma discricionariedade ilimitada do juiz, na medida em que não existe qualquer amarra pré-convencional que possa restringir o seu processo decisório, no que tange ao conteúdo do direito que será definido diante de um caso. Para o empirismo jurídico, portanto, representa verdadeiro absurdo qualquer proposta que pressupõe que existam elementos pré-convencionais e universais – i.e., verdadeiros e válidos independentemente de qualquer contexto histórico e social – que possam determinar o conteúdo efetivo do direito⁶⁴.

A segunda conclusão que se extrai dessa visão fisicalista é que o direito assume uma função totalmente instrumental, ou seja, o exercício da atividade jurídica representa sempre um meio para atingir qualquer fim (sendo esse totalmente indeterminado, podendo agregar qualquer conteúdo desejado pelo magistrado). É precisamente nesse ponto que entrará em cena o substrato pragmático que o empirismo jurídico pressupõe.

Em segundo lugar, em termos epistemológicos, o naturalismo pressupõe que o conhecimento integral do mundo deve ser decifrado por meio do método seguro das ciências empíricas. Isso porque acredita o empirista que aquilo que não pode ser observado e verificado por meio de evidências empíricas deve ser excluído, completamente, do universo de

⁶² “This process has been largely unconscious.” (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 16)

⁶³ “The law can ask no better justification than the deepest instinct of man” (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007, p. 41)

⁶⁴ “Thus the philosopher has sought to construct theories of law and theories of lawmaking and has sought to unify them by some ultimate solving idea equal to the task of yielding a perfect law which should stand fast for forever.” (POUND, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law*. Estados Unidos da América: BiblioBazaar, 2009, p. 19)

conhecimento do cientista. Essa postura, bem conhecida pela virada naturalista proposta por QUINE, faz com que todo tipo de epistemologia seja substituída por uma teoria da evidência⁶⁵.

Desse traço epistemológico do naturalismo extrai-se, ainda, uma postura antifundacionalista, o que significa negar que qualquer teoria possa ser justificada a partir de uma crença primária que seja o fundamento inaugural de todo o conjunto de crenças que formam um determinado campo de conhecimento. Isso ocorre porque, se se aceita que a realidade somente pode ser conhecida por meio de evidências empíricas que dela extraímos, devemos aceitar que nenhuma crença isolada formada a partir da captação dessa realidade física pode assumir uma prevalência em relação a todas as demais crenças empíricas. Por isso, levando-se essa ideia ao campo do fenômeno prático, deve-se assumir que jamais haverá evidência empírica sobre um primeiro princípio ou uma norma dotada de valor absoluto e universal que pudesse fundar a totalidade de um sistema moral ou jurídico. Com efeito, já que inexistente qualquer ponto de partida fundamental que possa esclarecer a relação causal entre as evidências (o input) e a teoria (o output), todo tipo de proposta normativa seria falsa e deveria ser substituída por um empreendimento teórico puramente descritivo⁶⁶. Desse traço antifundacionalista pode-se qualificar o empirismo jurídico como uma espécie de não cognitivismo moral. Isso porque o empirismo, ao adotar uma postura antifundacionista, pressupõe que não existem crenças morais evidentes em si, mas apenas crenças empíricas inferenciais, i.e., uma crença cujo conteúdo deve ser extraído de alguma evidência empírica já estabelecida⁶⁷.

Além disso, o naturalismo pressupõe a possibilidade de uma explicação causal de todos os elementos empíricos que formam a nossa realidade física, de modo que aquilo que não for reconduzido a uma relação causal representa elemento que está fora do ambiente de explicação teórica. Com isso, o naturalismo assume uma premissa metaética behaviorista⁶⁸, ou seja, assume-se o pressuposto – tipicamente humeano – de que o comportamento humano é, invariavelmente, fruto de um estímulo externo e que o conteúdo desse movimento humano não pode ser, racionalmente, esclarecido ou justificado, mas apenas descrito por meio de análise psicológica dos fatores externos que serviram de gatilhos para um determinado impulso. Nesses termos,

⁶⁵ “Epistemology, or something like it, simply falls into place as a chapter of psychology and hence of natural science. It studies a natural phenomenon, viz., a physical subject.” (QUINE, W.V.O. *Epistemology naturalized*. In *Ontological Relativity and other Essays*. Estado Unidos da América: Columbia University Press, 1969).

⁶⁶ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 39.

⁶⁷ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 48.

⁶⁸ “As act is always a voluntary muscular contraction, and nothing else.” (HOLMES JUNIOR, Oliver

não há se falar em ação humana intencional e livre, mas apenas em uma condução humana determinada pelos fatores positivos e negativos que impulsionam o seu movimento em determinada direção. Por essa razão, o empirismo jurídico representa uma forma de concretização do não cognitivismo moral, o qual se especifica em um tipo de emotivismo. O **emotivismo**⁶⁹, também denominado de **expressionismo**⁷⁰, representa postura ética que se localiza dentro do espectro do não cognitivismo, mas que não assume a meta de negar por completo toda e qualquer possibilidade de uma experiência moral dotada de sentido. Representa, na verdade, uma linha de pensamento que continua negando a possibilidade de haver efetiva objetividade no campo moral, mas o faz, não invocando apenas uma dimensão falsificadora ou meramente ilusória da experiência moral como um todo, mas sim partindo do pressuposto de que os juízos de valor não são capazes de se referirem a qualquer estado de coisas ou situação de fato, prestando-se apenas a refletirem uma emoção ou atitude (pró ou contra) do emissor desse enunciado valorativo⁷¹. Desse modo, considerações morais, para o emotivista, não são sempre falsas, mas vem apenas a acatar um estado emotivo ou sensitivo daquele que as produz. Com isso, a estrutura básica de qualquer consideração moral será sempre constituída a partir da noção de um desejo que é manifestado pelo agente.

O segundo critério metaético que esclarece o empirismo jurídico é o seu viés pragmático. O pragmatismo representa uma atitude teórica antiespeculativa, na medida em que não pressupõe nenhum critério de veracidade ou de objetividade⁷², mas preocupa-se apenas com o que é útil e com os fatores que são capazes de produzir, eficientemente, um resultado previamente definido e almejado⁷³. O pragmatismo mais uma vez ilustra o traço não cognitivista que fundamenta o empirismo jurídico, uma vez que uma atitude pragmática rejeita qualquer possibilidade de se falar em fatos ou propriedades morais que poderiam predeterminar, objetivamente, a nossa realidade prática e que poderiam definir o conteúdo

Wendell. The Common Law. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 39)

⁶⁹ MACINTYRE, Alasdair. After virtue. Estados Unidos da América: University of Notre Dame, 2ª edição, 1984.

⁷⁰ SHAFFER-LANDAU, Russ. Moral Realism – A Defence. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2009; SMITH, Michael. The Moral Problem. Estados Unidos da América: Blackwell Publishers, 2005, p. 20.

⁷¹ “Für den Emotivismus steht der expressive Gehalt, der Ausdruckcharakter moralischer Urteile im Vordergrund. Eine Handlung als moralisch richtig oder eine Person als moralisch gut zu bezeichnen, ist für ihn primär Ausdruck einer momentanen oder länger anhaltenden Einstellung, und zwar einer wertenden, einer Pro- oder Kontra-Einstellung.” (BIRNBACHER, Dieter. Analytische Einführung in die Ethik. Alemanha: Walter de Gruyter, 2ª edição, 2007, p. 344-5).

⁷² Para HOLMES, o Direito é não pode ser deduzido de axiomas, tal como se fosse uma ciência matemática. (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The Common Law. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 3)

correto e incorreto da ação humana, de modo independente das preferências pessoais daquele que decide sobre ação adequada em um caso concreto. Com efeitos, crenças morais e fatos morais, os quais não irão contribuir para a produção de determinado resultado prático, não devem sequer ser levados em consideração quando da análise dos fatores que podem determinar um caminho a ser seguido. O pragmatismo levado à compreensão do direito exige, portanto, apenas que se analisem os elementos externos que poderão motivar o juiz a decidir um caso de determinada forma, sendo irrelevante citarem-se princípios jurídicos ou conceitos teóricos que não são influentes em relação ao magistrado que irá tomar uma decisão.

Não se poderia deixar de mencionar que o pragmatismo, levado às últimas consequências – i.e., buscar um fim desejado ou preferido a qualquer custo –, poderia permitir que fosse atribuído ao empirismo jurídico certos traços que o aproximariam, não do emotivismo, mas sim da versão mais crua de não cognitivismo que poderia ser classificada como amoralismo⁷⁴. Aliás, essa constatação não se distancia do argumento de HOLMES, no sentido de que a perspectiva necessária para se compreender o fenômeno jurídico seria a do homem mau, ou seja, daquele que não vê qualquer sentido em se cumprir regras jurídicas, a não ser a sua opção estratégica de não desejar receber as consequência negativas que podem ser esperadas em razão do descumprimento do direito. Mesmo que o empirismo seja caracterizado como uma forma de amoralismo, não se pode aceitar, pacificamente, a proposta de HOLMES, no sentido de que o direito somente é bem compreendido a partir do momento em que se vislumbra o tipo de atitude e de raciocínio que é desenvolvido por aquele que rejeita qualquer valor objetivo ou intersubjetivo no cumprimento do direito.

Primeiramente, do fato de determinado tipo de pessoa não ser capaz de promover corretamente determinados raciocínios práticos não se extrai qualquer prova de que juízos práticos (i.e. juízos de certo e errado sobre o agir humano) não possam ser dotados de validade e veracidade. Ora, a veracidade de uma teoria (ética ou de outra natureza) não depende da habilidade de determinada pessoa ou grupo de pessoas conseguir formular, para si, os

⁷³ “The substance of the Law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient.” (HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Common Law*. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005, p. 3)

⁷⁴ WILLIAMS, Bernard. *Morality: An introduction to ethics*. Estados Unidos da América: Cambridge, 1993, p. 3. Não seguimos aqui o conceito mais específico de amoralista adotado por SHAFFER-LANDAU (*Moral Realism – A Defence*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2009, p. 145), em que essa figura poderia ser vista, conceitualmente, como sendo um tipo de internalista que apenas não seria motivado por seus juízos morais. Também adota essa definição SUPERSON, ao afirmar que “the amoralist simply denies that moral reasons motivate him, but he might nonetheless act morally for nonmoral reasons, such as when self-interested reasons also justify moral actions” (SUPERSON, Anita. *The moral Skeptic*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2009, p. 227). Entendemos ser mais adequada a utilização da

raciocínios que são indispensáveis para a correta compreensão dessa mesma teoria. Dito de outro modo, a veracidade de uma teoria não é tornada falsa apenas porque uma pessoa concreta não vê nela valor, não é capaz de captar a sua relevância ou simplesmente não possui o hábito de formular determinado tipo de raciocínio.

Em segundo lugar, a perspectiva do homem mau é, extremamente, reducionista, na medida em que pressupõe ser um ponto de vista privilegiado aquele adotado por quem age sempre de modo pragmático, visando apenas a evitar estrategicamente consequências a ele prejudiciais. Tal visão reducionista despreza o fato de que o ser humano, na sua vida comum, respeita, espontaneamente, mesmo que de modo inconsciente, a maior parte das regras jurídicas em vigor⁷⁵. Por isso, o homem mau é sempre o caso mais excepcional que podemos identificar em nossa prática rotineira do direito, sendo, pois, contraintuitivo pensar que o fenômeno jurídico possa ser melhor compreendido quando visualizado a partir da sua situação excepcional. Além disso, não se pode desprezar o fato de que muitas vezes o direito exerce uma função instrutiva e pedagógica em relação àqueles que não sabem ainda como agir em determinado contexto, na medida em que as normas jurídicas podem auxiliar no direcionamento da ação daquele indivíduo que deseja agir de modo adequado, mas pode estar em situação de ignorância sobre a forma correta de agir. Nessas situações, a perspectiva do homem mau não terá qualquer utilidade nem relevância.

Dessas considerações, verifica-se que o empirismo jurídico não tem a pretensão de fornecer uma definição para o direito nem para os seus conceitos fundamentais, mas busca apenas descrever o caminho que é percorrido pelo juiz quando esse toma uma decisão. Diante disso, afirma o empirista que o juiz é, essencialmente, um agente que responde a estímulos externos e as decisões que esse toma são apenas uma resposta aos fatos que são a ele apresentados. Com isso, poder-se-ia dizer que o juiz, primeiro, recebe uma série de impulso sensoriais que o levam a alcançar, intuitivamente, uma determinada decisão (produzindo juízos práticos enquanto afetação), para, somente depois, localizar quais são os argumentos jurídicos que podem bem maquiara a conclusão judicial que já foi por ele alcançada. Por isso, segundo LEITER, o juiz é sempre reativo a fato (responsive-to-facts) e nunca reativo a formas

expressão amoralista para descrever aquela figura que não acredita na possibilidade de certo e errado, pelo simples e bom motivo de que não existem ações que possam ser qualificadas de morais ou imorais.

⁷⁵ Não é absurdo dizer que cumprimos espontaneamente a regra constitucional que proíbe a prática de tortura (artigo 5º, inciso III, da Constituição de 1988), não porque temos receio das consequências negativas que o descumprimento poderia gerar, mas porque acreditamos que a prática de tortura seja ato, não apenas contrário ao direito, mas também moralmente deplorável. Não soaria saudável a pessoa que dissesse que não pratica a tortura, no dia a dia, apenas por medo das sanções que seriam a ele aplicáveis caso assim agisse. Aliás, por coerência, o empirista deveria reconhecer como verossímil e compatível com a sua tese que, caso

normativas (responsive-to-rules)⁷⁶. Dessa constatação, extrai-se a possibilidade de construção de uma teoria jurídica empírico-descritiva, por meio da qual se busca antecipar quais são os elementos externos que influenciam o direcionamento dos juízes antes de decidirem, de modo que, uma vez identificados todos esses elementos, tornar-se-ia possível prever e antecipar os rumos que o decisor iria tomar em determinado caso. A teoria do empirismo jurídico é uma teoria da previsão de como os tribunais irão decidir⁷⁷.

Assim, a fórmula que identifica o tipo de influência que causa uma decisão judicial favorável seria, não “Regra + Fatos = Decisão”, como afirmaria um normativista, mas sim “Estímulos que afetam o juiz + Traços de personalidade do Juiz = Decisão”⁷⁸. Os fundamentos do direito não são razões objetivas que possam ser identificadas, analisadas e comunicadas a terceiros, mas são sempre razões não jurídicas que afetam sensitivamente os processos internos que levará o juiz a tomar uma determinada decisão. Por isso, segundo HOLMES, o processo decisório que forma o direito não é, propriamente, consciente e intelectual, mas apenas intuitivo e ilustrativo de elementos que influenciam o juiz, mas que não fazem parte do direito⁷⁹. Isso faz com que se torne aceitável reconhecer que o direito é formado por um pleno voluntarismo judicial, na medida em que o conteúdo de uma decisão judicial não é outra coisa senão o resultado final de uma soma de impulsos externos – em parte indetermináveis e incontroláveis – e de fatores psicológicos ou sociológicos – também inalcançáveis, plenamente, por meio de crítica racional. No final das contas o empirismo fornece apenas uma teoria do chute acerca das decisões judiciais (hunch theory of judicial decision⁸⁰). Não se pode deixar de anotar a clara contradição explicativa que há pressuposição de que o direito tem seu conteúdo definido por meio de um fator instintivo e inconsciente do juiz que decide o caso, mas assumir-se, por outro lado, que seria possível preterdeterminar quais fatores inconscientes seriam esses, de modo a construir algum tipo de ciência de predestinação jurídica. Ora, se o modo definitivo de se preencher o conteúdo do direito não é racionalmente controlável,

fosse revogada essa regra constitucional, a prática de tortura passaria a ser aceitável e de ocorrência mais frequente, simplesmente por não mais existirem as consequências negativas atreladas a tal prática.

⁷⁶ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 23/4.

⁷⁷ Por isso, Jerome FRANK dizia que “a forma de se ganhar o caso é fazer com que o juiz queira decidir em seu favor para então, e somente então, citar precedentes que venham a justificar determinada decisão.” (Apud LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 25).

⁷⁸ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 25.

⁷⁹ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 45.

⁸⁰ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy*. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 45.

inexiste critério racional que permitiria ordenar tais fatores previamente, de modo a tentar antecipar tais resultados. Dito de outro modo, caberia questionar como seria possível estabelecer-se um método jurídico probabilístico, se os fatores constitutivos do fenômeno jurídicos são sempre contingentes, aleatórios e, conceitualmente, impassíveis de escrutínio racional.

Com base em todo o exposto, não há dúvida de que o empirismo jurídico possui uma inspiração metaética não cognitivista, que adota contornos emotivistas, no que diz respeito ao modo de formação dos juízos práticos que levam à produção do direito. Além disso, o empirismo jurídico adota uma espécie de ceticismo global no que diz respeito à possibilidade de se identificar um critério objetivo para a justificação e legitimação do direito.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, pretendeu-se demonstrar que toda tradição filosófica que pretende definir e justificar o critério para uma ação humana correta/adequada ou incorreta/inadequada assume determinadas pressuposições metaéticas que tocam em problemas práticos de primeira ordem, como, por exemplo, a existência ou não de uma realidade moral, a possibilidade ou não de se falar em fatos morais e a necessidade de organizarmos nossa linguagem moral por meio do uso de proposições que podem ser qualificadas como verdadeiras ou falsas. Para demonstrar que esses pressupostos metaéticos estão implícitos em qualquer teoria moral, mostrou-se necessário conceituar e classificar aquelas que, hoje, são definidas como as principais correntes metaéticas desenvolvidas na filosofia moral.

Em um segundo momento deste estudo, buscou-se apontar as possíveis influências que essas variadas tradições metaéticas exercem na formação de uma das mais destacadas e relevantes correntes do pensamento jurídico, a qual exerceu grande influência principalmente no Século passado, qual seja o empirismo jurídico (costumeiramente denominado de “realismo” jurídico, denominação esta que não foi adotada neste estudo).

Neste artigo, utilizou-se a proposta teórica de Oliver Wendell HOLMES JUNIOR⁸¹ para demonstrar que esta visão empirista sobre o fenômeno jurídico pressuporia, em termos metaéticos, um não cognitivismo emotivista que acabaria, ao final, dando abertura para a instauração de uma espécie de ceticismo jurídico, uma vez que:

- i. reduziria o objeto do direito a sua dimensão factual e delimitaria o seu método de pesquisa àquele que seria típico das ciências naturais, na medida em que pressupõe que seja possível definir e antecipar o conteúdo do direito por meio de simples observação das evidências empíricas acerca daquilo que afeta sensitivamente a figura do juiz;

⁸¹ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007.

- ii.defenderia um determinismo naturalista, o qual parte de um ceticismo ontológico e adota uma concepção fiscalista da realidade, a qual afirmaria que seria apenas real e existente aquilo que possui composição física, de modo que o direito – não sendo, por óbvio, dotado de corporalidade física – deveria ser visto como algo, integralmente, artificial (i.e., convencional). Neste cenário, o operador do direito – principalmente o juiz – poderia agir com discricionariedade ilimitada no que tange à definição do conteúdo definitivo do direito;
- iii.adotaria um pragmatismo ético, de modo que o direito assume uma função totalmente instrumental, ou seja, o exercício da atividade jurídica representa sempre um meio para atingir qualquer fim (sendo esse totalmente indeterminado, podendo agregar qualquer conteúdo desejado pelo magistrado);
- iv.admitiria que o juiz é, essencialmente, um agente que responde a estímulos externos, de modo que as decisões que toma não são outra coisa senão uma resposta emotiva ou sensitiva aos fatos que são a ele apresentados, razão pela qual a prática do direito seria apenas uma tentativa de fazer um prognóstico acerca daqueles fatores que irão afetar o juiz na hora de decidir.

THE NON-COGNITIVIST MORAL TRADITION AND ITS INFLUENCE ON THE JUSTIFICATION OF NORTH AMERICAN LEGAL EMPIRICISM

Abstract

This paper aims to analyze the philosophical traditions studied by the discipline called Metaethics, especially the distinction between Non-cognitivist and cognitivist postures, in order to identify the theoretical presuppositions that inspire the school of thought commonly known as North American Legal Realism. The methodology applied is based on the critical review of concepts developed by the authors that best represent non-cognitivist metaethics, allowing the reconstruction of the fundamental ideas that were developed within the theoretical framework of the North-American Legal Empiricism.

Keywords: Metaethics. Legal empiricism. Emotivism in Law.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUDI, Robert. **The Architecture of Reason – The Structure and Substance of Rationality**. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2001;

BIRNBACHER, Dieter. **Analytische Einführung in die Ethik**. Alemanha: Walter de Gruyter, 2ª edição, 2007;

CATENACCI, Imerio Jorge. **Introducción al derecho**. Astrea, 2006;

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Inglaterra: Harvard University Press, 2006;

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Estados Unidos da América: Harvard University Press, 1978;

FINNIS, John. **Fundamentals of Ethics**. Estados Unidos da América: Georgetown, 1983;

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Reino Unido: Oxford University Press, 2000; e Aquinas. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2004;

FISCHER III, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas. **American Legal Realism**. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 1993;

FRANK, Jerome. Courts on Trial. **Myth and Reality in American Justice**. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 1973;

FRANKENA, William. Moral Philosophy at Mid-Century. In **The Philosophical Review**, n. 60, 1951;

HART, Herbert. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Estados Unidos da América: Harvard Law Review, Vol. 71, 1958;

HILBER, Wolfgang (Coord.). **Lexicon der Philosophie**. Alemanha: Area Verlag, 2006;
HÖFFE, Otfried. **Ethik und Politik – Grundmodelle und –problem der praktischen Philosophie**. Alemanha: Suhrkamp Taschen, 1979;

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Estados Unidos da América: Nu Vision Publications, 2007;

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The Common Law**. Estados Unidos da América: Digireads.com, 2005;

KAHNEMAN, Daniel. Thinking, **Fast and Slow**. Estados Unidos da América: Farrar, Straus and Giroux, 2011;

KUTSCHERA, Franz von. **Grundlagen der Ethik**. Alemanha: WdeG, 1982;

LEITER, Brian. **Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in legal philosophy.** Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011;

MACINTYRE, Alasdair. **Whose Justice? Which Rationality?:** Estados Unidos da América: University of Notre Dame, 1988;

MACINTYRE, Alasdair. **Three Rival Versions of Moral Enquiry:** Encyclopaedia, Genealogy and Tradition. Estados Unidos da América: University of Notre Dame, 1990;

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue.** Estados Unidos da América: University of Notre Dame, 2ª edição, 1984

PIETREK, Torsten. **Phänomenologische Metaethik.** Alemanha: Createspace, 2011;

POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law.** Estados Unidos da América: BiblioBazaar, 2009;

QUINE, W.V.O. Epistemology naturalized. In **Ontological Relativity and other Essays.** Estado Unidos da América: Columbia University Press, 1969;

SAYRE-MCCORD, Geoffrey (editor). **Essays on Moral Realism.** Estados Unidos da América: Cornell University Press, 1988;

SCHAUER, Frederick. **Playing By the Rules: A Philosophical Examination of RuleBased Decision-Making in Law and in Life.** Estados Unidos da América: Oxford University Press, 1991;

SHAFFER-LANDAU, Russ. **Moral Realism – A Defence.** Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2003;

SMITH, Michael. **The Moral Problem.** Estados Unidos da América: Blackwell Publishers, 2005;

SUPERSON, Anita. **The moral Skeptic.** Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2009;

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms.** Estados Unidos da América: Oxford University Press, 1999;

WALDRON, Jeremy. **The Irrelevance of Moral Objectivity. In Natural Law Theory – Contemporary Essays.** Estados Unidos da América: Oxford University Press, 1994;

WILLIAMS, Bernard. **Morality: An introduction to ethics.** Estados Unidos da América: Cambridge, 1993.

*Trabalho enviado em 09 de março de 2016.
Aceito em 16 de junho de 2016.*