

35º Encontro Anual da ANPOCS
GT 38 Violência, Criminalidade e
Punição no Brasil
Positivismo Jurídico e Ceticismo:
elementos de ficção e acústica
Cesar Kiraly

Positivismo Jurídico e Ceticismo: elementos de ficção e acústica

Cesar Kiraly¹

“Por convenção (νόμοι) existe o quente, por convenção existe o frio, por convenção existe a cor, o doce e o amargo; segundo a verdade (etei), existe apenas o que é individual e o vazio²”.

Sexto Empírico

I

A proximidade entre o direito e a moral, mais ainda, a estreita relação entre o direito e a moral, não é incompatível com a tese da separação, de fato, entre os conceitos de direito e de moral. Pode ser que numa má compreensão do positivismo jurídico, ou em suas versões teóricas mais fracas, ou normativas, ou ainda na versão da preguiça intelectual de alguns advogados e juristas, exista alguma incompatibilidade. Mas, na tradição da filosofia da regra, e na leitura que empreende das obras de Hobbes, Hume e Austin, representada principalmente por Hart, e também na leitura que empreendi de seu pensamento, não há qualquer incompatibilidade³. Para o positivismo legal bem compreendido, a separação entre direito e moral é uma tese moral. Mas de que tipo? Trata-se de um exercício da virtude artificial da justiça, no âmbito das instituições políticas e do direito, segundo a qual as instituições são melhores, do ponto de vista moral, quando em seus processos de deliberação jurídica, distinguem o direito da moralidade.

A superioridade moral da separação entre direito e moral se deve a três razões bastante específicas: (1) Na separação entre o direito e a moral existe o benefício à política como campo deliberativo, ou seja, quando não existe a instituição do direito a tentar sanar um problema que ela mesma causa, a esfera pública é levada, natural e conflitivamente, à ativação política. (2) Na separação entre direito e moral, a teoria política exerce a função de criação de mundo, que é confundida quando os juristas deformam a tradição do pensamento político, submetendo-o a uma suposta pré-história da solução dos conflitos. Não seria estranho sermos levados a crer que não existe solução de um conflito, mas a invenção de limites mais amplos ou mais restritos a mundos novos. O conceito de mundo pode ser entendido como sistema de crenças. (3) Na separação entre

¹ Professor de Teoria Política e Pensamento Social Brasileiro no Departamento de Ciência Política da UFF. Editor das Revistas Estudos Hum(e)anos e Estudos Políticos e do periódico de ensaios curtos Breviário de Filosofia Pública. Coordenador Executivo do Laboratório de Estudos Hum(e)anos do PPGCP da UFF. Autor dos livros *Os Limites da Representação: um ensaio sobre a filosofia de David Hume* e *Guarda-Chuva de Regras: um ensaio sobre a filosofia de Herbert Hart*.

² Sextus Empiricus, *Against the logicians* (Cambridge: Hackett Publishing Company, 1985). VII. § 135.

³ Cesar Kiraly, *O Guarda-Chuva de Regras: um ensaio sobre a filosofia de Herbert Hart* (São Paulo: Giz Editorial, 2009).

direito e moral, a perspectiva sociológica é beneficiada, em detrimento da filosofia da história. O que nos leva ao saudável recurso político à composição das crenças, ao invés à retórica da finalidade.

Os três itens narrados, pelos benefícios da tese da separação entre direito e moral, que de forma geral preservam a vida política e a sua natureza instituinte, em contraposição à unicidade do direito e sua natureza constituinte, tornam clara a estrutura de irreduzibilidade da crença à regra, a qual também pode ser dita como irreduzibilidade da política ao direito. Ou seja, os elementos de composição da vida social e política, dentre outros aspectos, a crença, não podem ser reduzidos, sob pena de imoralidade, aos seus comportamentos, o que pode ser dito pela idéia de regularidade.

Duas são as finalidades contidas na falta de separação entre direito e moral. A primeira é a constitucionalização e a segunda é a judicialização. A tese da indiscernibilidade julga a moralidade como via produtora da constitucionalização e da judicialização. Por outro lado, estabelece na relação entre as duas finalidades algo como um monopólio sobre o conflito social. A judicialização seqüestra a política pelo direito e a constitucionalização retira a autoridade de qualquer resistência: porque todo direito é público. Em países muito conservadores com a Itália e o Brasil, a idéia de constitucionalização visa ocupar o lugar do controle de constitucionalidade, no sentido de fazer com que o direito ocupe o espaço exigido pelos movimentos sociais do ponto de vista político, na outra ponta a judicialização completou o controle do par moralidade e direito sobre a política. Não deixa de ser uma ação intuitiva, mas sábia, a desconfiança com que os principais movimentos sociais vêm a presença das instituições do direito, quando tendentes a mediadoras de conflitos sociais, e, da mesma forma, a presença como mortificação da demanda.

Assim, podemos notar duas imagens conceituais: (1) De um lado a separação entre o direito e a moral, na qual o privilégio sociológico, uma vez que os homens falam de coisas diferentes e olham para referências diferentes, quando falam de moral, discussões acerca do justo, ou de direito, quando pensam acerca do que é certo, e também o privilégio da perspectiva política ao se lidar com a esfera pública. Nesse contexto é que podemos dizer que não há separação sem irreduzibilidade da crença à regra, ou seja, a política não pode ser reduzida ao direito, tal como uma instituição não pode ser reduzida à constituição, por isso insistimos em falarmos de elementos compositivos da política e da sociabilidade. (2) Do outro, na indissociabilidade entre o direito e a moral, existe o privilégio da filosofia da história, no campo sociológico, ela aparece como uma sociologia de juristas, na qual os homens seguem uma *finalidade* ao oporem o direito à moral, mas a superam ao realizarem a *função* ética da inseparabilidade. Dessa forma, nota-se uma intensa valorização da

perspectiva jurídica ao se lidar com a esfera pública, tal como a análise da instituição se reduz aos elementos constituintes.

A norma, do privilégio à filosofia da história, retira a sua autoridade de certo desequilíbrio, suposto entre as faculdades da natureza humana, em especial do desnível entra a imaginação e o entendimento no que concerniria a relação com a razão, este descompasso poderia ser encontrado na história, que receberia a *finalidade*, e suas *funções*, como um retorno aos trilhos. Dessa forma, para sustentarmos a indissociabilidade entre moral e direito, só podemos fazê-lo se submetida à finalidade histórica, seja lá qual for.

A autoridade da regra, por outro lado, ao contrário da norma, é retirada apenas da crença a qual ela se refere, trata-se de uma história de outra ordem, sem finalidades dadas, apenas *coisa-posta*, cuja fundação não é outra senão a busca da natureza instituinte do mundo. A separação entre direito e moral é moral de um jeito vedado à inseparabilidade, por duas razões: (1) a primeira concerne ao esvaziamento teológico da idéia de regra relacionada à crença, segundo a qual a responsabilidade recai sempre sobre a natureza humana e nunca sobre a história. – Pois nada lembra mais um padre do que um jurista. – A natureza humana é responsabilizável na medida de sua vulnerabilidade, mas essa não pode ser dividida ou relativizada pela história e (2) a segunda concerne ao término do remetimento à natureza humana como categoria opaca. Se tanto a regra, quanto a norma participam do vocabulário moral do séc. XVIII, apenas o vocabulário da regra insiste em suas virtudes: percepção da natureza humana, enquanto entidade passional e imaginativa com capacidade de experimento da pluralidade de mundos.

Dessa forma, a moralidade está em se compreender o direito como uma não finalidade, mas como um sistema sociologicamente descritível, que procura em si asserções desprovidas de natureza moral. Da mesma maneira, quando o sistema dissimula asserções morais, ou claramente as utiliza, ele deve ser percebido como agindo de um modo imoral, uma espécie de má-fé, maus sentimentos, portanto; e deve ser politicamente combatido. A sociabilidade deve desconfiar quando os bons sentimentos vêm do lugar errado. Afirmar que tal interpretação do direito nada mais é do que interpretação consiste, como se pode perceber, em nada mais do que um truísmo⁴.

Num bom sentido de ardil, podemos dizer que a virtude política depende de certa artilosidade moral, o que significa dizer que a moral, para não ser capturada pela má-fé, deve criar para si um campo artificial, no qual não esteja presente, a moralidade prepara para-si a possibilidade de tirar férias,

⁴ Ronald Dworkin, "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política," in *A Justiça de Toga* (São Paulo: Martins Fontes, 2010). p. 200. Dworkin, por exemplo, parece conferir à tese de Hart um teor essencialista incompatível com o seu ceticismo. Parece que Dworkin pressupõe que apenas hermeneutas interpretam, mas cabe lembrar que não foi a hermenêutica que inventou a interpretação.

e nessas férias circunscritas, instiga o direito a se perceber com invenção política. No que concerne aos atores, a moral ardilosa permite que juízes e demais operadores se vejam estritamente como atores de uma ficção política útil, que deve ser alterada apenas quando não mais conseguir sustentar a sua instituição ficcional. Nesse sentido, o operador, que operador de uma ficção, interpreta o seu papel, eis o lugar o teatro público, mas sai de seu papel e participa da vida política como um pensador experimentado em ficção, mas nunca como o personagem que é na cena do direito. Ele atua o sacrifício moral de que precisa sustentar um personagem, para, na dramaturgia, permitir deixar ver a saúde ou a patologia da instituição, e tal comprometimento de não esconder a ficção com moralidade é o compromisso que lhe deve ser exigido sempre. Sem metáfora, o operador precisa saber ser ator. É nesse sentido que a magistratura e instituições da democracia, não podem deixar de se confundir com a operação dramática do direito. Ainda que isso custe o esforço de, não mais investido na cena, explicar a sociedade a ignonímia de seu papel, e o porquê de uma possível mudança. A distinção entre direito e moral exige do direito, e de suas instituições, um sacrifício. E não apenas um exercício de dissimulação.

Dentre os méritos de uma dramaturgia radical do direito – que implica numa não-dramaturgia radical da política, sobre a qual não poderemos tratar aqui – está a refutação da impossibilidade de se separar, ou indesejabilidade, direito e moral em função em função de certa ignorância positivista legal e ela concerne à percepção da natureza dramática do direito que não deve contaminar a política, numa das mãos, e que se estrutura entorno da idéia de circunstâncias de separação e operadores de ficção. Assim, a possibilidade de um estudo conceitual do direito não é tirada da cartola, mas concerne à percepção do direito como experimento de ficção moral. Por essa razão a crítica ao estudo descritivo do direito apenas se põe por filósofos relativamente confusos acerca de uma teoria da invenção política. Parece, esse será o modo pelo qual conduzirei minhas teses, que uma leitura atenta do artigo de Dworkin sobre Hart e a questão da filosofia política pode nos fazer notar a timidez filosófica de Hart para defender as suas fundações políticas para os argumentos de direito (timidez pontual, é verdade) e a eloqüente falta de uma teoria da descrição e de uma filosofia política nos argumentos de Dworkin. As minhas teses surgirão no que considero serem as fundações céticas para se compreender Hart, bem como, para a inteligibilidade conceitual da política, e do direito como a sua invenção. Depois acompanharemos o aprofundamento dessas teses naquilo que Hart denomina de sociologia descritiva, idéia que Dworkin, declaradamente, nunca pôde bem compreender.

Conceitos Políticos e Jurisprudência

Mas não seria demais afirmarmos uma compreensão da jurisprudência em Hart em termos de uma teoria humeana da ficção (e, portanto, da crença)? Parece que pode ser excessivo para uma sensibilidade patologicamente analítica, mais realista do que o rei, o que de todo não era o caso de Hart, mas não o é segundo a teoria da fonte enunciada por esse, e prontamente criticada por Dworkin:

De acordo com minha teoria, a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por meio de referência às fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais, os costumes sociais) e sem referência moral, a não ser nos casos em que o direito, assim identificado, tenha sido incorporado, ele próprio, critérios morais para sua própria identificação⁵.

A primeira asserção para a qual penso que devemos pressupor uma teoria cética da ficção está na identificação entre existência e conteúdo. Mas em que termos? Nos termos de que a existência do direito não pode ser indagada se não nas províncias de seu conteúdo, o que, em primeira instância, é análoga à afirmação de Hume de que a existência não altera essencialmente uma idéia, atrelada que pode ser à simples concepção de que “direito é direito inventado”. Se de um lado não podemos dizer pela ausência da idéia pela sua não-existência, do outro, devemos atrelar a idéia a seu conteúdo. O conteúdo do direito não é outro que não a sua crença, e sua crença não é outra senão aquela fornecida nas circunstâncias da imaginação política. O positivismo descreve certa ficção jurídica na província lingüística da crença – daí a sociologia analítica -, e essa percebe a efetiva separação entre o direito e a moral, na constituição mesma de suas crenças, ainda que a desejabilidade da separação não seja sempre levada em conta. Pois bem, a crença positivista da separação se deve à sensibilidade da natureza humana à composição da política e do direito.

Uma vez que se vê a separação na própria crença inventada, a prática jurídica deve seguir o que foi perscrutado. Ou seja, o positivista parte da idéia de que a prática jurídica é mais moral, quando segue sua própria ficção. As ficções de moralização do direito são simulacros de crença, porque se originam não na política, mas dos atores do direito não satisfeitos com os limites de sua dramaturgia, uma vontade de poder, que dentre outros resultados, intensifica o danoso aspecto dramático da representação política. A moralidade entra no direito pela política, se desejamos algum autenticidade nas instituições, e de nenhuma outra forma.

Dworkin, por exemplo, que recusa a percepção da sociologia analítica sobre o direito em função de uma essencialização holística da sociabilidade e da política – o que o faz, por vezes, identificar o direito, a política e a moralidade, tal como numa vida alheia ao mundo – defende a perspectiva hermenêutica e se satisfaz com a possibilidade de descoberta racional do princípio. Por certo que o

⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997). p. 269.

que nos leva a acompanhar as críticas de Dworkin a Hart, de modo a reposicionar o positivismo numa teoria da ficção, é justamente a identificação da consistência parcial de suas observações. Se formos duros com a filosofia do estadunidense é pela certeza de sua densidade. Por essa razão podemos dizer que ao assumir a perspectiva do direito, Dworkin procura obliterar silenciosamente as conseqüências políticas e morais de seu argumento, tornar o mundo atual o mundo-todo. De certa forma, a completa obliteração da imaginação política por sobre o futuro.

Contudo, e este é o contra projeto da nossa leitura hartiana das observações de filosofia política de Dworkin sobre Hart, descrever o direito em sua ficção é ser capaz de vê-lo; inclusive, em sua crueldade. O projeto de anestesiamento pela hermenêutica nada mais é do que uma estratégia de encobrimento da política pelo direito. Portanto, encobrimento da crueldade política por uma expansão da dramaturgia jurídica a campos que antes lhe eram vedados. A questão, nessa medida, é não encobrir a crueldade política pelo direito, ação epistemológica essa que serve para saber onde e como combatê-la. Noutras palavras: existe um forte componente de imoralidade na essencialização dramática da política apresentada por Dworkin. A proposição de modos de opacidade à crueldade política é sempre imoral⁶.

“Como Hart pode pensar que seu estudo conceitual é descritivo?” A pergunta que Dworkin não sabe responder, deve sê-lo nos seguintes termos:

A descrição das fontes se assenta na natureza ficcional do fenômeno jurídico, enquanto *coisa posta* desde a política. Nesse sentido, falar de um conceito não é descrever uma essência, mas uma imagem, historicamente circunscrita, formalmente válida. Dworkin não entende a descrição de objetos postos, mas apenas de objetos descobertos. E no que concerne à aliança hume-hartiana, a descoberta passa ao largo, e estamos imersos na experiência da invenção. O direito não é feito tautologicamente à sua existência, mas assume a forma e o conteúdo de suas fontes. Sendo a referencialidade sociológica, uma das características da regra de reconhecimento, nada mais justo do que pensar que em alguma proporção o direito siga a dinâmica das crenças. A fonte, inclusive, torna circunscrita a dramaturgia necessária à solução do conflito e impede o esvaziamento da vida pública. No outro pólo, a teoria da fonte é estabilizadora do componente ficcional do direito – não é estranho dizer que todo direito é ficção jurídica e política – e impede que a política seja arbitrária em suas invenções.

⁶ Dworkin, "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política." p. 206. "Portanto, divergimos não apenas sobre o modo de identificação do direito, mas também sobre que tipo de teoria constitui uma resposta geral a essa questão. Ele [Hart] acreditava que tal teoria é apenas e puramente uma descrição da prática jurídica que faz alegações morais e éticas e nelas se fundamenta".

⁷ ———, "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política." p. 206.

É justamente por conceber o direito como um conceito que Hart nota que ele é descrito em suas fontes. A natureza conceitual da coisa posta leva à descrição dos atributos. A narrativa conceitual sobre o direito pode ser comparada à narrativa conceitual sobre a política. Mas dissemos que o direito é distinto da moral, uma vez que o reconhecimento do direito difere da identificação da moral, mas explicamos também que o direito é mais moral quando suas instituições se movem segundo essa distinção; não haveria uma contrariedade entre a primeira e a segunda afirmação? Uma vez que vemos com valor algo que pode ser percebido objetivamente. Na verdade, o valor se encontra não na objetividade conceitual, e descritiva, do estudo do direito e da política, mas na percepção acertada, que ao orientar o direito e a política, segundo a natureza de seus conceitos, promove mais moralidade. A falta de percepção é aberta à imoralidade e a dramaturgia *na* política é plena de uma forte imoralidade.

O essencialismo de Dworkin o impede de ver a descrição do conceito, dentre algumas razões, porque lhe é vedada a hipótese do reconhecimento da natureza conceitual de objetos inventados. Depois, por assim dizer, com mais motivo, lhe é vedada a descrição de aspectos circunstanciais dos objetos inventados. Não há valor no conceito de direito ou de política, mas há valor na identificação da relevância de se descrever o conceito, e tal admissão não contamina em nada a objetividade, apenas a promove, dentro do contexto da imaginação social.

Parte da crítica de Dworkin ao agulhão semântico é verdadeira e deve ser aproveitada para finalidades por ele não previstas, existe sim um fetichismo da regularidade da linguagem, o que também se traduz num fetichismo da regra, e Hart, no direito, e Isaiah Berlin, na política, fazem parte do que se pode denominar de pensadores de uma filosofia da regra, em oposição à filosofia da norma, de Kelsen (e do próprio Dworkin, ainda que seja um filósofo normativo não positivista). Contudo, existe uma verdade na linguagem que não pode ser ignorada, ela funciona como plano de sustentação do conceito, da mesma forma como a cor serve de plano de sustentação da imagem, a linguagem é plano e matéria prima do conceito, não há, portanto, uma essência do conceito, mas é na regularidade da linguagem que o conceito se mostra. A verdade da tese do “agulhão semântico” repousa na identificação de que a regra não pode ser todo o conceito, mas tão somente uma de suas partes. Hart e Berlin sabem disso – o agulhão decorre muito mais da vulgarização, natural é verdade, da figura do discípulo do que de qualquer outra coisa – muito embora, para tanto mostrar, remetiam ao fim da regra e à necessidade de novos estudos. Como Berlin trabalhava sobre a história das idéias políticas, o limite da regularidade da linguagem estava sempre em questão, ainda que não fosse feito tema, tal como na regra de reconhecimento de Hart, observar a lógica intrínseca à obediência e à liberdade, enquanto pontos fundacionais do conceito de política, e para isso

utilizar os autores modernos, não é de nenhuma forma esgotar um assunto, mas indicar regularidades discursivas predominantes na política⁸. Hart, por outro lado, porque evitava a *diaphonia* da história das idéias políticas, e seus inevitáveis falsos problemas, ou pelo menos evitou mais fortemente n'Ó Conceito de Direito, precisou mostrar logicamente o fim da regra⁹.

Para Hart, como sabemos, as regras descritas pela sociologia analítica são de dois tipos: primárias ou secundárias. O primeiro tipo de regra concernindo às obrigações e o segundo dizendo respeito à regulamentação das obrigações. A política, por exemplo, em suas instituições, pode ser descrita como conglomerado de situações de obrigações identificáveis pela regulamentação circunscritora. A ação de integrantes de um partido também pode ser bem descrita dessa maneira analítica pensada por Hart. Para a descrição do conceito de direito, Hart, todavia, encontra a necessidade de ultrapassar os limites regulares do direito. Por essa razão, ele pensa um tipo específico de regra secundária, que ao mesmo tempo em que está com um pé no direito, e na sua habitualidade dramática, tem o outro pé na política, em sua dimensão cognitiva. A essa segunda forma de regra secundária, ele chama a atenção para o espelhamento do conhecer e do reconhecer.

A regra de reconhecimento, como chamada por Hart, evidencia, na regularidade, o que é mais "interior" do que a regra. Hart explica que esse tipo específico de regra se mostra na ação certa de saber onde o direito está; se outras práticas sociais, com a política, são estruturadas, justamente, pelo aspecto difuso de seus reconhecimentos, o direito é uma situação política, em que o reconhecimento é organizado entorno da concentração cognitiva. Podemos dizer que a natureza do fenômeno político concentra o conceito de direito, e, nisso, faz dele o fenômeno ideal para se entender todas as outras regras sociais, porque há no direito, de modo concentrado, o que toda a sociabilidade mostra de modo difuso.

Assim, este "saber reconhecer o direito" é o que torna a regularidade jurídica tão distinta das outras, ou seja, é o reconhecimento mais a regularidade específica do reconhecido que produz a identidade do direito. Entretanto, cabe-nos a pergunta, que fenômeno é esse que reconhece na regularidade, que é

⁸ Isaiah Berlin, "A política como ciência descritiva," in *Idéias Políticas na Era Romântica: ascensão e influência do pensamento moderno* (São Paulo: Companhia das Letras, 2009). p. 79. "[N]o coração da filosofia política propriamente dita está o problema da obediência, e que é no mínimo conveniente ver as questões tradicionais do assunto em termos desse problema". Agora, uma citação de Dworkin sobre Berlin, que torna o conflito entre regra e norma ainda mais evidente. Dworkin, "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política." p. 207. "Porém, insiste Berlin, a própria definição, segundo a qual as leis contra a violência realmente comprometem a liberdade, não é um juízo de valor: não é uma aceitação, uma crítica ou uma atenuação da importância da liberdade, mas apenas uma afirmação politicamente neutra do que a liberdade devidamente entendida realmente é".

⁹ Todavia, cabe lembrar o quão sedutoras são as notas sobre história da filosofia n'Ó Conceito de Direito, basta lembrar as rápidas, mas brilhantes indicações sobre sua leitura de Hume e Hobbes, na seção dedicada ao conteúdo mínimo do direito natural.

encontrado de modo concentrado no direito, mas que é encontrado de modo difuso na sociabilidade? A crença é o nome desse fenômeno.

Parte da crítica ao aguilhão semântico é verdadeira, mas parte é falsa. Falsa, sobretudo, no que concerne aos principais alvos de Dworkin, estranhamente existe uma filosofia de redução da crença à regra, mas essa não foi praticada nem por Hart e nem por Berlin. Os dois representam facetas distintas da descrição de aspectos de crenças, ainda que não elaborem, como Hume, teorias da crença. Se Dworkin pratica a opacidade da crença, própria à hermenêutica filosófica, Hart exerce a descrição de abstrações, em termos de reconhecimento e regras, e Berlin pratica o retratismo da crença, o que faz com que Hart se aproxime de Hume e Berlin de Pierre Bayle.

Berlin não podia ser um arquimediano em filosofia política, pois sua narrativa pressupunha o retratismo da crença, a paisagem da crença (existem, de modo menos intenso, fragmentos montaigneanos em Berlin), e, nesse contexto, a extração de regularidades conceituais¹⁰. Não há arquimedianoismo, pois os sistemas de crenças, porque alteráveis em densas seqüências históricas, alteram os pontos de alavanca. A análise da regularidade, pode-se afirmar, passa ao largo da norma, pois não utiliza nenhum suposto equilíbrio entre as faculdades da natureza humana, e não pressupondo desequilíbrio, não oferece qualquer fonte de origem a finalidade histórica. Não há norma, e há regra, mas está não explica a si, pois é remetida ao reconhecimento difuso ou concentrado. Ou melhor, vemos o reconhecimento difuso, porque vemos o concentrado.

A idéia perscrutável pela concepção de regra de reconhecimento é que existe inteligibilidade da vida social em função da regularidade dos fenômenos, em virtude da regularidade concentrada do direito, podemos perceber o fim da regra, de alguma forma, um fim cíclico, envolvente, portanto, do locus do reconhecimento, aquilo que a tradição célica chama de território da crença. O mais interessante, contudo, se notarmos bem, é que a política institui a concentração que servirá de regra para que possa ser vista. Esse é um dos sentidos pelos quais a concepção de direito do positivismo jurídico, uma vez que vê melhor, pode ser dita mais moral do que outras, porque toma o direito como necessário para inteligibilidade da política, na medida em que não exerça sobre ela efeitos encobridores, tais como os exercidos pela moral abstrata e pela religião. O direito além de promover o certo, tem, no seu reconhecimento, a obrigação de permitir a inteligibilidade política da justiça.

Pois bem, a sociologia analítica trata de limites, mais especificamente dos da narrativa sobre regras e envolve o lugar da crença, seu modo de relação com as regras a que dão origem. Contudo, ela não trata do problema ontológico da composição da crença, o que a faz bastante consciente acerca de seus próprios

¹⁰ ———, "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política." p. 329.

limites discursivos. A crença é objeto da filosofia política e da sociologia teórica, excedendo, portanto, a descrição de regras. Dworkin gosta de perceber a si mesmo como filosoficamente denso, diante de um despreparado Hart, que descreveria regras, por mais não poder fazer, em virtude de suas limitações intelectuais¹¹. Mas o caso é que a sofisticação hartiana, a Dworkin escapa. Pois, por mais que a regra de reconhecimento, por nós agora denomina de concentrada em oposição ao caráter difuso de outros jogos sociais, passa a ser explicada pela regularidade da convenção; e o consenso que é capaz de expressar a investigação “interna” da crença, demanda aquilo que Hume chamou de ciência da natureza humana, que, por definição, é mais ampla do que a ciência da política e do que a jurisprudência¹².

Dessa forma, a crença demanda algo de especulativo que é vedado à jurisprudência, mas que tem as suas circunscrições por ela indicada. Por mais que precisemos admitir o caráter alucinatorio da crença, quando imersos na investigação da natureza humana, sabemos que a *necessidade* da crença não é alucinatoria, e uma das evidências é a circunscrição regular que aponta o lugar da crença¹³. Se o vício do agulhão semântico consiste na ignorância acerca do lugar da crença na criação da experiência política, no beneficiamento do que chamamos de redução da crença à regra, o oposto correlativo dworkiniano também não é melhor, a opacidade sobre o direito, pois na hermenêutica ele é tudo e não é nada, também não é esclarecedora. Propomos, nessa medida, a província do direito determinada pela regra de reconhecimento, como inauguradora de uma tradição virtuosamente capaz de revisitar a temática própria ao ceticismo filosófico. Mas por quê? Porque a regularidade jurídica e social – nas invenções políticas – faz melhor sentido, quando vista no contexto da instituição.

Sendo supostamente um bom metafísico, Dworkin comete algumas impropriedades, dentre as quais a de julgar que enunciados conceituais não podem compreender a si mesmos como enunciados morais – por certo que Hart e Berlin julgam que descrever um objeto é melhor para o mundo do que não descrevê-lo –, de modo que toda asserção sobre a natureza discursiva das coisas deveria ser sempre feita por um parvo, que julga que seu enunciado não possui força instituinte, diante do objeto sobre o qual fala. Dworkin contrapõe, ao parvo positivismo legal, o filósofo interpretativo que dissimula em seu enunciado algo que se aproxima do consenso. Mas se a dissimulação é um fato da linguagem, parece-nos que essa admissão não nos priva da possibilidade de

¹¹ Ronald Dworkin, "Os Conceitos de Direito," in *A Justiça de Toga* (São Paulo: Martins Fontes, 2010). p. 329.

¹² ———, "Trinta anos depois," in *A Justiça de Toga* (São Paulo: Martins Fontes, 2010). p. 269. “A convenção se constrói sobre o consenso, não sobre a divergência”.

¹³ Cesar Kiraly, *Os Limites da Representação: um ensaio desde a filosofia de David Hume* (São Paulo: Giz Editorial, 2010). p. 64.

descrever, com rigor, aquilo que aparece, admitindo, inclusive, que o rigor descritivo faz parte da moralidade com que nos aproximamos dos objetos¹⁴.

Existe, por outro lado, a parvonic metafísica, segundo a qualquer teoria da construção de objetos é uma ação de impossibilidade descritiva. Pois bem, devemos então estabelecer certa radicalidade ao nos opormos, não à metafísica, mas à parvonic metafísica, contraponto à narratividade opaca a relação de penumbra existente na regra que denuncia a localização da crença. A neutralidade descritiva não se pretende natural, espontânea ou apenas possível em sua ingenuidade parva.

Seria um reducionismo imenso temer o silêncio do positivismo jurídico sobre o tema da imaginação social, tendo-o como eloquente de uma suposta anuência com a secura da teoria social. Por outro lado, se expandirmos a nossa interrogação para além de Hart e Kelsen, veremos que não se sustenta a falta de imaginação dos positivistas com relação à política. De uma perspectiva metatéorica não há como não nos espantarmos com o utilitarismo teológico de Austin, trata-se de uma teoria da sociedade profundamente imaginativa, ou, mesmo, aquilo que Hobbes precisa construir, para criar a autonomia do direito, é, na verdade, um belo instante de imaginação. Assim, não seria obtuso admitir que o positivismo jurídico é uma tese de filosofia política, prioritariamente liberal, se quisermos brincar de pasteurização histórica, mas, sobretudo, de moralidade política.

A obra de Dworkin confunde a inexorabilidade da invenção de mundo, com a normatividade da descrição. Por certo que toda vez que enunciados são feitos, algo é fabricado, em alguma parcela, no mundo. E até mesmo buscar não inventar o mundo, em paráfrase a Aristóteles, é fazê-lo em dimensão negativa. Pode-se dizer que há algum comum entre construir e cavar. Mas isso não significa ter consciência de um dever, e, para além disso, na inexorabilidade da invenção do mundo pela descrição, não está em jogo, e efetivamente não acontece, a norma sobre o mundo¹⁵. Na descrição o mundo será inventado e minha descrição se parecerá comigo, mas não mais do que qualquer outro enunciado. Dessa forma, a relação que o positivista tem com o direito é a de descrevê-lo e não a de inventá-lo, apenas na proporção em que isso é possível ao mundo da natureza humana¹⁶. E tal se dá em virtude de uma concepção ampla de moralidade, segundo a qual é melhor fazê-lo. Saber da jurisprudência como atividade descritiva, e ainda conceber a superioridade moral da descrição sobre a normatividade hermenêutica, não equivale a conceber a alteração do

¹⁴ Dworkin, "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política." p. 210.

¹⁵ ———, "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política." p. 211. "Os mais densos conceitos políticos de liberdade, igualdade e democracia desempenham o mesmo papel na argumentação política, e as teorias sobre a natureza desses conceitos também são normativas".

¹⁶ Como podemos ver nos comentários de Hart sobre a imoralidade privada. H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (Stanford: Stanford University Press, 1965). p. 38.

objeto na descrição e nem julgar que a descrição não altere o mundo. Mas apenas que a atividade descritiva, ao apontar a separação entre o direito e a moral, aplica sobre o mundo um contraste, que ao mesmo tempo em que estimula a inteligibilidade da separação, aguça o interesse pelos seus efeitos, dentre eles, a revivescência da esfera pública e política.

Seria tolo se o positivista jurídico não percebesse a agência política de suas teses, mas até nesse ponto foram mais hábeis em exercitar o olho descritivo e circunstanciado sobre o direito, pelo menos nos casos de Hart e Kelsen, ou, de Hobbes e Austin. Não devemos esquecer a intensidade ficcional do ensaio *Are There Any Natural Rights?*, no qual Hart organiza um sistema de imagens políticas para abrigar a habitualidade política da liberdade, em sua afinidade com o exercício da decisão na vida ordinária; não há com não ver nesse ensaio, a circunscrição de uma política, na qual o direito poderia ser descrito de modo autônomo¹⁷.

Contudo, o que a percepção do positivismo jurídico, e sua jurisprudência, – enquanto pressupondo uma teoria social que permita ao filósofo político especular acerca da natureza instituinte do lugar do direito – torna clara é a diferença entre enunciados normativos e inexorabilidade da mudança do mundo. O positivismo jurídico não olvida a mudança provocada no mundo, mas percebe que a contribuição do direito para esse processo é negativa, na moralidade, e ativa, na imoralidade, de modo que deve se retirar do espaço público o mais que puder, para que ele possa aparecer, enquanto plano disponível à instituição.

Sei bem que os filósofos da justiça céticos – os que argumentam que a justiça está apenas nos olhos do espectador, ou que as alegações de justiça não passam de projeções de emoções – muitas vezes supõem que suas próprias teorias são neutras¹⁸.

Já vimos o porquê da falsidade do enunciado precedente. Mas admitindo que há componente teórico na fabricação dos mundos, podemos ainda indicar que um cético compreende a justiça no campo da moralidade. Por causa da moralidade política representada por esse pertencimento. Existe, pois, um enfrentamento com os normativos de atrelamento do direito à justiça, no incentivo de uma excessiva amplitude à moralidade, fazendo-a tudo e nada. A posição cética é, antes tudo, contrária à vulgarização da moral. Por isso, não há qualquer contradição no fato do cético encontrar na vida cotidiana, justamente aquilo que defende; chamemos tal ocorrência de *a sorte do cético*, semelhante ao fato de desejar a pluralidade dos mundos, antes mesmo de poder vê-la.

O que poderia ser dito para salvar a norma é dizê-la pertencente a uma gramática filosófica outra, distinta, evidentemente, do positivismo jurídico.

¹⁷ H. L. A. Hart, "Are there any natural rights?," *The Philosophical Review* 64(1955).

¹⁸ Dworkin, "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política." p. 211.

Para uma gramática filosófica que pressuporia uma filosofia da história, quando não uma filosofia da natureza. Assim, as confusões hermenêuticas praticadas por Dworkin cederiam se camuflariam por uma indistinção entre gramáticas. Ou seja, sua filosofia seria uma tentativa de demonstração da normatividade de enunciados regulares, enquanto inviabilizadora da filosofia política orientada por razões do positivismo jurídico e sua jurisprudência, nas suas muitas acepções. Pela simples razão de inventarem o mundo que descrevem. Todavia, essa tentativa de salvamento, bem intencionado, da filosofia da norma, não se sustenta, como já dito, em virtude da distinção profunda entre gramáticas, e, nesse caso, em virtude da diferença entre ver um objeto e ver um objeto que se quer ver. Em última instância, o problema com o enunciado normativo se deve ao próprio conceito de norma, incamuflável, quimérico como ele só, uma vez que para mudar o mundo não preciso admitir que seja da essência do mundo histórico ser mudado. Ou mudado de tal ou qual forma. Até quando digo que X é melhor do que Y, não é em função da normatividade, mas da relação de X com o valor atrelado a boa existência humana e a crença de que ela pode ser perseguida.

A fonte da normatividade, como dissemos, é o conflito entre as faculdades da natureza humana e efeito que a razão tem sobre as faculdades em desequilíbrio, provocando, dentre outras conseqüências, certo condicionamento da história, que pode ser chamado de finalidade. Outra fonte derivada da normatividade é o esforço reflexivo feito pela natureza humana para chegar a todas essas conclusões sobre a história, bem como, a reflexão sobre a finalidade humana na historicidade do mundo. O argumento cético que apresentamos à hipótese da normatividade se dá nos termos da admissão da imaginação, enquanto inventora do mundo social, e, inclusive, das ditas faculdades, até mesmo, do suposto conflito; nesse contexto, descarta-se a normatividade. Se entrarmos um pouco mais na discussão da normatividade, teremos que argumentar que não precisamos da razão a dizer ao entendimento e à imaginação a norma pela qual o nosso conflito interno deveria ser resolvido, não havendo essa primeira norma fundamental, o vínculo normativo com a história não é estabelecido e não teremos como dar uma resposta normativa para a questão da finalidade humana. A única resposta que o cético encontra para o problema da finalidade é a crença. A finalidade da natureza humana é suportar as crenças que lhe dão mundos. Dentre esses mundos, a moral e seus conteúdos mínimos a sustentar o direito, que se esforça para não interromper a política, por que outro nome não pode ser dado à necessidade da natureza humana de instituir mundos.

Mas se ainda quisermos salvar a norma, podemos ressaltar a tolice da oposição entre descritividade e normatividade. Não porque toda descrição seja normativa, mas porque a norma é incapaz de descrever. Não há oposição, mas apontamento da inadequação da gramática normativa para lidar com a política

e a moralidade (ou deveremos esquecer que Rousseau nos recomenda o afastamento do fato, para pensarmos a norma?). Assim, quem descreve o faz por uma relação entre crenças e regras, o que significa a não-naturalidade dos fatos, pois toda descrição é inventiva e tal não se confunde com a norma. A normatividade completa se dá numa suspensão do juízo à crença (o transcendental é o programa de tal *epoché*). Por essa razão a norma é incapaz de descrever, porque ela não vê o certo, num determinado sistema de crenças, ela quer estar certa em sua filosofia da história. Descrever implica numa virtude moral não-normativa, na recusa de uma gramática, mas implica também em mudança, aquilo que não se quer mudar não se deve descrever, porque a descrição acrescenta coloração aos objetos, e, até mesmo, os inventa. Assim, é certo que todo enunciado conceitual possui um valor, tal como toda descrição é valorativa e até mesmo a neutralidade é um valor, nem que seja o valor conceitual. Mas quando descrevemos um objeto não simplesmente participamos da mudança das regularidades, e, conseqüentemente, de sua crença, mas dos esforços de vislumbamento do quê na crença pode mudar, e, mais ainda, vê-la mudando.

Se pensarmos nas crenças políticas que sustentam a experiência da autonomia do direito, mais especificamente, ao evocarmos o seu vocabulário, e encontrarmos termos que denotam os conceitos de liberdade, democracia e justiça, não só teremos que nos perguntar sobre as circunstâncias do artifício, quanto acerca de seus critérios de verdade. Dessa maneira, a verdade do direito, da democracia e da liberdade será uma questão de província, e nunca de essência, questão essa que nos coloca diante da necessidade de inventar uma linguagem capaz de sustentar essas expectativas. A invenção de uma linguagem, nesse caso, corresponde à invenção de um mundo. Mas se ainda assim estivermos a descrever em um mundo que não sustenta uma eloqüente linguagem da liberdade, um bom início para se permitir que um dia possa fazê-lo é encontrar a região arquimediana da distinção entre direito e moral. Talvez essa seja a dobra que permitirá que tal ou qual linguagem possa mais em matéria política, que seja mais ou menos instituinte.

Mas por que interpelar essa região de fronteira? Porque nela a significação da linguagem política é forçada à transfiguração, nela o filósofo político exercita o poder de definição, nela os valores são feitos em conceitos. A analiticidade na política e na jurisprudência é complementar, porque a primeira inventa a possibilidade moral da autonomia da segunda. Quando Berlin percebe a liberdade e a igualdade como pontos de sustentação da descritividade da política, ele não quis com isso defender uma definição pela ausência de dúvidas, como nos leva crer Dworkin em seu ataque à filosofia da linguagem, mas procura enfrentar a indistinção enquanto oportunidade conceitual. Julgo que Berlin via pouco, ou não suficientemente longe, no que concerne ao conceito de política, mas é inegável que igualdade e liberdade tencionem a

indiscernibilidade entre moral, política e jurisprudência¹⁹. Assim, o esforço de definição, de analiticidade descritiva, também é esforço de invenção de mundos. Nesse caso, de invenção de contornos para o mundo político, e, portanto, de circunscrição negativa à moral e à política. Mas se trata de esforço não-normativo, de modo semelhante a se poder falar num não-objeto ou numa não-dramaturgia, pois, nesse assunto específico, não existe evidência, nem vinda do passado, nem vinda do futuro, mas tão somente a aplicação de contraste sobre uma distinção que não se vê.

Dworkin parece seguro ao afirmar que a “liberdade como valor não depende da invenção, da crença ou da decisão de ninguém²⁰”. Mas antes mesmo de ficarmos absortos com esse enunciado, devemos perguntar: - Por que valores sociais inventados, e dependentes de crenças, seriam menos reais do que outras entidades? Por certo que não há diferença entre a realidade e o aspecto inventado dos valores sociais, num primeiro momento a descoberta e a invenção se equivalem. Todavia, apenas a invenção nos dá inteligibilidade sobre a mudança social e a localidade da moral. Apenas projetos inventados se modificam, os objetos *reais*, ou naturais, apenas se transformam. Ao aplicarmos a vontade de transformação sobre a realidade, vemos apenas a intuição e nunca uma coisa. Dessa forma, a diferença é que a realidade dos valores inventados é dependente de sua irreabilidade. Ou seja, ao inventarmos valores, aquilo que não percebemos, o que não foi descrito, mesmo inconscientemente, faz parte da nossa vida. Assim, seria absurdo *ter* a realidade do que é inventado. Dworkin, nesse sentido, não tem uma teoria social e isso o permite tirar normas da casaca. O engajamento e o conceito não são contrários à neutralidade e à descrição²¹.

A tese da descoberta da justiça, como entidade que tem um valor “comparavelmente fundamental [...] à estrutura do metal”, não só é ilógica, quanto inaceitável. Pela simples razão de apontar a elementos de decisão comparáveis à genialidade. Nesse contexto, a melhor decisão possível será sempre tautológica e a legitimidade do juiz tão circular quanto. Em circunstâncias sociais de adesão religiosa, esclarecida ou não, pode existir alguma sensação de segurança em enunciados tais como: “eu sou aquele que é”. Mas em qualquer outra dimensão exigiremos razões descritivas para aderir ao ser. Por essa razão é que enunciados sobre liberdade e justiça são sempre precários. A precariedade enunciativa é um fundo falso que esconde os conjuntos enunciativos e as cristalizações de valores. Há uma irracionalidade no medo à petição de princípio, é o preço que Dworkin paga por recusar os séculos de teoria social. Além do que, se ainda insistirmos em nossa crença no gênio, não quereremos que ele apareça no judiciário. Há coisas melhores para um gênio fazer pela humanidade.

¹⁹ ———, “O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política.” p. 218.

²⁰ ———, “O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política.” p. 219.

²¹ ———, “O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política.” p. 220.

Ao vencermos o medo da petição de princípio, uma vez que na relação social entre crenças e regras nada é simplesmente o que é, podemos até mesmo interrogar o valor de um valor, mas o que encontramos são os hábitos que permitem os valores e a estabilidade que permite que seja feito em instituição. A duração de um fenômeno instituinte é assombrosamente circular, mas como essa circularidade, por assim dizer, enferruja a instituição, a coloração assumida pelos valores que penetram no tempo, exercitando a conservação, ao invés de passar com o tempo, sempre surpreende o cientista social na perscrutação dos limites da moralidade.

Autores como Dworkin, ou até mesmo Rawls, recomendam-nos compreender a justiça, a democracia e a liberdade, porque com um vislumbamento consensual de essências podemos viver melhor, mas só podemos entender a boa fé do conselho se a ele concedemos o benefício da parvonicidade do algoz. Por vezes, alguns modos de ingenuidade são franqueados apenas aos algozes, e apenas quando a vítima no lugar dele se coloca, é que pode compreender as suas razões. Mas este exercício é um tanto imoral. Porque apenas numa perspectiva muito segura poderia nos ser exigido nos colocarmos no lugar daquele que *tem* o conceito e que julga que a descrição de uma prática é dispensável. Noutras palavras, apenas segundo a parvonicidade do algoz uma crença descritiva pode parecer uma norma, para o resto de nós, existem apenas conflitos entre crenças.

Quando Berlin procura ser analítico, por outro lado, e isola a relação entre liberdade e igualdade, ele ensaia uma saída à parvonicidade do algoz. Ele, de alguma forma, contrapõe a essa cegueira uma atenção aos elementos compositivos da política. Parece que Berlin não se equivoca na direção escolhida, o duplo, liberdade e servidão, é mesmo uma constante em qualquer instituição política. Mas se pensarmos bem, e aceitando a direção correta, não só o duplo, liberdade e servidão, sugerido por Berlin, mas o duplo, liberdade e igualdade, muito embora acertem o foco do olho, fraquejam em agudeza.

O duplo, liberdade e servidão, presente no Tratado Político de Spinoza, descreve o lugar da igualdade, enquanto preenchido pela vontade de realização da liberdade, ou de menos servidão. Dessa forma, existe no estudo das relações entre moral, política e jurisprudência a necessidade de uma sabedoria prática da profundidade. É preciso saber até onde podemos desencobrir para termos o aspecto fundacional da experiência vista, mas também precisamos saber o limite. Mas por que o limite nos interessa? Porque depois de certo ponto de agudeza do olho, o objeto político se desfaz numa infinidade de fragmentos homológicos. Até mesmo saber do limite, para provocá-lo, é interessante, pois as distinções podem ser feitas tão estáticas, que o único modo de voltar a pensar é redescobrir homologias.

Assim, é necessário ultrapassar um pouco o olho de Berlin, mas nos interrompermos antes da homologia. Penso que devemos avançar para além da liberdade e da servidão, parece que a crueldade é um elemento de fundação mais relevante à política. Um pouco mais profundo, por assim dizer. O reconhecimento da distinção entre moralidade e direito se deve a isso, o direito, ainda que manifeste elementos semelhantes à moralidade, ele faz parte dos modos de exercício da crueldade e não dos modos de atenção, tal como a moralidade. É o caso de começarmos a delinear a distinção da crueldade política da crueldade da jurisprudência.

Ainda que a moralidade apresente aspectos repressivos, esses funcionam como barreiras ao aprofundamento da crueldade. A perscrutação moral é útil pela atenção aos elementos encobridores da crueldade, ou seja, aqueles que soterram a sua visibilidade, permitindo, assim, o seu arraigamento na sociedade. Existe oposição entre a moralidade e a jurisprudência, ainda mais quando nos interessamos pelo aspecto da invenção política.