RODRIGO COSTA FERREIRA

INTERPRETAÇÃO DEÔNTICA E DIFUSA DAS NORMAS JURÍDICAS

João Pessoa, Paraíba

2014

RODRIGO COSTA FERREIRA

INTERPRETAÇÃO DEÔNTICA E DIFUSA DAS NORMAS JURÍDICAS

Tese apresentada ao Programa Integrado de Doutorado em Filosofia das Universidades Federais da Paraíba, Rio Grande do Norte e Pernambuco (UFPB/UFRN/UFPE) como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Filosofia.

Orientador:
Prof. Dr. Giovanni da Silva de Queiroz

João Pessoa, Paraíba

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

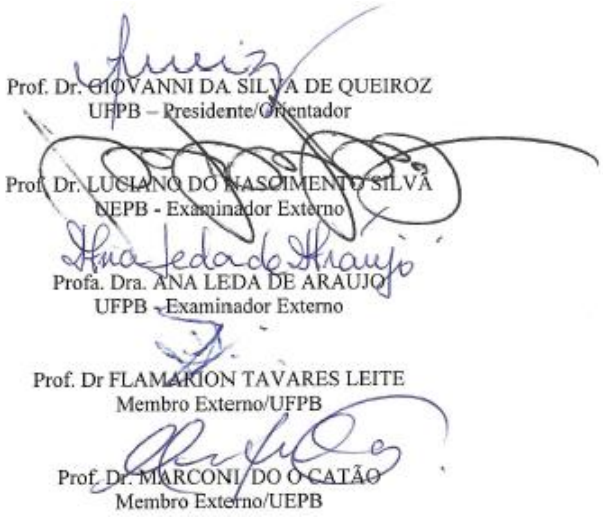
RODRIGO COSTA FERREIRA

INTERPRETAÇÃO DEÔNTICA E DIFUSA DAS NORMAS JURÍDICAS

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Filosofia, sob o título

"INTERPRETAÇÃO DEÔNTICA E DIFUSA DAS NORMAS JURÍDICAS",

defendida por Rodrigo Costa Ferreira, e aprovada 01 em Setembro de 2014, em João Pessoa, Estado da Paraíba, pela banca examinadora constituída pelos professores:



João Pessoa, Paraíba
2014

F383i Ferreira, Rodrigo Costa.

Interpretação deôntica e difusa das normas jurídicas / Rodrigo Costa Ferreira. - João Pessoa, 2014.

230 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Giovanni da Silva de Queiroz.

Tese (Doutorado) - UFPB/UFRN/UFPE/CCHLA

1. Filosofia do Direito. 2. Norma Jurídica. 3. Lógica Deôntica. 4. Paradoxos Deônticos. 5. Lógica Fuzzy. I. Título.

UFPB/UFRN/UFPE/BC CDU - 340.12(043)

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Sou grato a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho, em especial:

- Aos meus pais *Flávio Roberto* e *Ana-Sônia* pelo amor, incentivo e dedicação;
- Aos irmãos *Diego* e *Ana Carolina* pelo entusiasmo e amizade;
- À minha filha *Clara* e esposa *Francis Mary* pelo amor, pela preciosa ajuda e compreensão;
- Aos meus filhos *Gustavo* e *Maurício* pela alegria e companheirismo;
- Ao meu orientador *Giovanni Queiroz* pelas valiosas lições de lógica, de filosofia e de vida ao longo desses anos;
- Ao amigo e mestre *Flamarion Tavares Leite* que como grande mestre e "professor sedutor" mostrou-me o caminho do amor pela filosofia do direito.
- Aos demais membros da banca examinadora pela disponibilidade, atenção e por terem de algum modo contribuído para o meu crescimento pessoal e profissional.

Legis virtus haec est imperare vetare permittere punire.

Modestus (Libro I, Regularum)

RESUMO

A *lógica deôntica* contemporânea emprega além de operadores deônticos de obrigação, permissão e proibição também técnicas simbólicas e matemáticas modernas na análise de *discursos normativos*. Subjaz a abordagem lógica deste tipo de discurso, ainda hoje, as seguintes questões, a saber: (*i*) Qual é o significado da expressão "estar obrigado a"?; (*ii*) O que é obrigatório, é o caso?; (*iii*) O que é o caso, é permitido?; (*iv*) Podemos considerar a *lógica deôntica* tão somente como uma reformulação da *lógica modal*, ou seja, é possível converter todos os axiomas modais em axiomas deônticos correspondentes (igualmente válidos)?; (*v*) A "semântica de mundos possíveis" proposta por Kripke nos permite interpretar de modo adequado as proposições deônticas?; (*vi*) A semântica algébrica de fechos desenvolvida por McKinsey, McKinsey e Tarski e, ainda, Jónsson e Tarski nos permite interpretar corretamente as proposições deônticas?; (*vii*) Observada a necessidade de se entender o operador de obrigação em função da ideia de graus de verdade, não seria mais acertado interpretarmos este operador deôntico com estruturas semânticas da *lógica fuzzy* (ou *lógica difusa*)? Pretendemos ao longo desta tese apresentar respostas para cada uma destas questões. Como estratégia inicial, mostramos que a noção de obrigação pode ser melhor compreendida em função da ideia de gradação. Investigamos isto nos contextos da moral, da política, da legalidade e da lógica (*Capítulo 01* e *Capítulo 02*). A *lógica fuzzy* é capaz de formalizar expressões vagas. Este tipo de lógica admite vários graus de valor-de-verdade. Com base nisto, em seguida, propomos uma *semântica fuzzy* capaz de interpretar de modo mais adequado o operador deôntico de obrigação, que vincula de modo "mais ou menos forte" um agente à *norma jurídica obrigatória* (*Capítulo 03*). Esta interpretação revela-se profícua na medida em que permite (*i*) validar os esquemas de axiomas do sistema deôntico OS5, (*ii*) invalidar fórmulas não intuitivas e (*iii*) eliminar os seguintes paradoxos deônticos: "Paradoxo da obrigação Derivada", "Paradoxo do Compromisso" (Paradoxo de Prior), "Paradoxo do Dever versus Dever-ser" e "Paradoxo do Homicida Menor de Idade" (*Capítulo 04*).

Palavras-chave: Norma Jurídica; Obrigação; Lógica Deôntica; Paradoxos Deônticos; Lógica Fuzzy.

ABSTRACT

The contemporary deontic logic uses besides of the deontic operators obligatory, permitted e forbidden also modern symbolic and mathematical techniques in the analysis of normative discourses. In that sense, given the complexity of this type of discourse, even today, a series of s questions are raised, as follows here: (*i*) What is the meaning of the expression "to be obligatory"? (*ii*) What is obligatory is the case?, (*iii*) What is the case, is permitted?, (*iv*) Can we consider deontic logic as a mere extension of modal logic, i.e. is it possible to convert all modal axioms into deontic axioms (equally valid)?, (*v*) The "possible worlds semantics" proposed by Kripke allows us to interpret adequately, or even intuitively, deontic propositions?, (*vi*) The algebraic semantics of closures developed by McKinsey and Tarski Jónsson to interpret the modal system S4 enables correctly to interpret the deontic propositions?, (*vii*) Observing the necessity of to understand the obligation operator according to the idea of degrees of truth, it would be more correct interpret this deontic operator with semantic structures of the *fuzzy logic*? We intend throughout this thesis to present answers to each of these questions. As initial strategy, we show that the notion of obligatory can be better understood in terms of the idea of gradation. We investigate this in the context of morality, politics, legality and logic (*Chapter 01* and *Chapter 02*). The fuzzy logic is able to formalize vague expressions such as "more or less true". This kind of logic admits to the truth different degrees. Based on this, we propose a fuzzy semantic able to interpret more adequately the obligation deontic operator, which binds of form "more or less strong" an agent to perform the *obligatory legal norm* (*Chapter 03*). This approach proves itslef to be quite significant once it allows to (*i*) validate of axioms of the deontic formal system OS5, (*ii*) invalidate the formulas not intuitive, and (*iii*) eliminate the following deontic paradoxes: "Paradox of Derived Obligation", "Paradox of Compromise" (Prior's Paradox), "Paradox of the Minor Murderer" and "The Must versus Ought Dilemma" (Chapter 4).

Key-words: Legal Norm; Obligation; Deontic Logic; Deontic Paradoxes; Fuzzy Logic.

SUMÁRIO

Lista de Símbolos **6**

Introdução **8**

1 Filosofia Contemporânea do Direito e Lógica no Direito **14**

1.1 Filosofia Contemporânea do Direito: Quadro Geral 14

1.2 Nossa Linha de Pesquisa 18

1.3 Positivismo Jurídico Contemporâneo: Quadro Geral 19

1.3.1 Positivismo Jurídico Analítico 25

1.3.1.1 Positivismo Jurídico Analítico e Lógica das Normas Jurídicas 64

2 Motivações Filosóficas à Interpretação Fuzzy das Normas Jurídicas 75

2.1 Obrigação, Moralidade e Legalidade 77

2.1.1 Obrigação, Dever e Legalidade 78

2.1.2 Obrigação, Utilidade e Legalidade 102

2.1.3 Obrigação, Consentimento, Contratualismo e Legalidade . . . 122

2.2 Obrigação, Verdade e Legalidade 139

3 Lógica Deôntica e o Sistema OS5^{+} **177**

3.1 Sistema Lógico Deôntico OS5$^+$ 180

3.1.1 Descrição do Sistema Lógico Deôntico OS5$^+$ 181

3.1.1.1 Sintaxe: Linguagem e Axiomática 181

3.1.1.2 Consequência Sintática 182

3.1.2 Considerações Gerais Acerca do Sistema OS5$^+$ 183

4 Lógica Fuzzy, OS5 e Paradoxos Deônticos **187**

4.1 Semântica Algébrica Fuzzy e OS5 188

4.1.1 Sistemas *fuzzy* de lógica e Operadores Deônticos 188

4.2 Semântica Fuzzy e Paradoxos Deônticos 194

4.2.1 Alguns Paradoxos Deônticos 194

4.2.2 Leitura Fuzzy dos Paradoxos Deônticos Propostos 198

Considerações Finais **201**

Anexo **208**

4.1 Outras Semânticas Usadas para a Interpretação do Sistema OS5$^+$. 208

4.1.1 Semântica dos Mundos Possíveis 208

4.1.2 Semântica Algébrica 210

Referências **214**

LISTA DE SÍMBOLOS

A, B, C, ...	Variáveis proposicionais;
$\Box$, $\Diamond$	Necessidade, Possibilidade;
O, P	Obrigação, Permissão;
$\forall$, $\exists$	Universal, Existencial;
$\neg$, $\vee$, $\wedge$, $\supset$	Negação, Disjunção, Conjunção, Implicação;
(,)	Símbolos lógicos de pontuação;
$\vdash$, /	Consequência sintática;
$\mathbb{FOR}$	Conjunto de todas as fórmulas bem formadas do Cálculo Proposicional Clássico;
$\mathbb{FOR}_{\mathscr{O}}$	Conjunto de todas as fórmulas bem formadas do Cálculo Proposicional Deôntico;
Γ, Δ	Subconjuntos de $\mathbb{FOR}_{\mathscr{O}}$;
$\top$, $\bot$	Verdadeiro, Falso;
1, 0	Verdadeiro, Falso;
$=_{def}$	Igual por definição;
<	Menor;
>	Maior;
$\geq$	Maior ou igual;
$\leq$	Menor ou igual;
$\in$	Pertence;
$\notin$	Não pertence;
$\mathfrak{M}$	Modelo;
W	Conjunto de mundos possíveis;

R	Relação Binária;
V	Valoração;
$\mathfrak{M} \vDash_{w_i} A$	Satisfação de A em um mundo possível qualquer;
$[x]$	Classe de Equivalência de x;
$A_{/R}$	Conjunto Quociente de A;
$\equiv$	Relação de Equivalência;
$\mathbb{FOR}_{/\equiv}$	Conjunto Quociente de $\mathbb{FOR}$;
$\sqcup$	Máximo;
$\sqcap$	Mínimo;
^{c}, $^-$, $-$	Complemento;
$\varnothing$	Conjunto Vazio;
$\cup$	União entre conjuntos;
$\cap$	Interseção entre conjuntos;
$\neq$	Diferente;
$\subset$	Contido;
$\subseteq$	Contido ou igual;
$\subsetneq$	Contido e diferente;
inf	Ínfimo;
sup	Supremo;
$f : A \longmapsto B$	Função;
$f^{-1} : B \longmapsto A$	Função Inversa;
χ	Função Característica;
$\Longrightarrow$	Se ..., então ... ;
$\rightharpoonup$	Se ..., deve-ser ... ;
$\therefore$	Portanto ou C.Q.D..

INTRODUÇÃO

Este é um estudo da *norma jurídica* enquanto "significado de um enunciado normativo". Por "enunciados normativos", entendemos as leis, os decretos, as portarias administrativas, os contratos jurídicos, as jurisprudências, os pareceres oficiais, os atos e fatos relevantes à relação jurídica (ou seja, os *fatos jurídicos* e *atos jurídicos*), em fim, todos aqueles significantes que de alguma forma são essenciais ao processo hermenêutico de formulação da *norma jurídica*. A partir da interpretação destes enunciados, estipulamos uma série de *proposições* que fixam como obrigatória, permitida ou proibida certa ação ou omissão (*norma de conduta*) ou certa atribuição de poder (*norma de competência*). Estas proposições denotamos de *normas jurídicas*.

No nosso estudo da *norma jurídica* tomaremos como primitivo o *operador deôntico de obrigação*. O que significa dizer que os demais operadores são definidos em função deste. Assim, nesta tese analisamos, em especial, as proposições acerca de prescrições obrigatórias, ou seja, as *normas jurídicas* que se valem do *operador deôntico de obrigação*.

A norma jurídica é uma instância constitutiva importante do discurso jurídico. Quando o discurso jurídico é de cunho obrigatório, por fazer uso da noção de obrigação, encontramos inserido neste uma série de *normas jurídicas* nas quais o *operador deôntico de obrigação* está presente. Entendemos que uma melhor compreensão da arquitetura conceitual e da composição analítica deste tipo de discurso é possível pelo estudo filosófico, lógico e linguístico da *norma jurídica* e, em especial, do *operador deôntico de obrigação*.

Mesmo não sendo raro encontrarmos na literatura especializada estudos analíticos acerca da *norma jurídica*, até o presente momento, a investigação da ideia de obrigação (ou o estudo da expressão "estar obrigado a") – tão importante a uma compreensão mais precisa do *operador deôntico de obrigação* – é posta em segundo plano ou, na pior das hipóteses, é totalmente ignorada. Pretendemos com esta tese suprir esta lacuna.

A tese de que é possível conceber o *operador deôntico de obrigação* como *operador modal de necessidade* é corriqueira, e pode ser encontrada em trabalhos importantes como os de von Wright (1951), Anderson (1958, 1967) e Kanger (1971). Já sob uma ótica menos reducionista, na qual se enuncia propriedades particulares do operador de obrigação deôntico, algumas das quais não presentes no operador modal de necessidade, temos, por exemplo, Hilpinen (1971), Hanson (1971), van Eck (1982), Makinson (1999), Åqvst (2002), MacNamara (2006), Lewis (2000) e Segerberg (1982). Entretanto, trabalhos como de Hilpinen (1971), Åqvst (2002), MacNamara (2006), Lewis (2000) e Segerberg (1982) utilizam a todo instante aparatos lógicos usados com sucesso na *lógica modal* para compreender as proposições prescritivas da *lógica deôntica* e, consequentemente, seus operadores deônticos. No caso especial do *operador deôntico de obrigação*, vários autores fazem uso da *semântica dos mundos possíveis*, tal como formulada por Kripke (1959), e outros utilizam a *semântica algébrica* desenvolvida por McKinsey (1941), McKinsey e Tarski (1946) e Jónsson e Tarski (1951, 1952) para interpretá-lo, mas negligenciam o fato de que o *operador deôntico de obrigação* admite uma natureza filosófica própria e distinta da natureza filosófica do *operador modal de necessidade*. Não é de se estranhar, portanto, que este ponto de vista acarrete nos mais variados problemas.

Podemos mostrar, de antemão, com dois argumentos simples que a natureza filosófica do *operador deôntico de obrigação* é peculiar: primeiro, a estrutura lógica da *norma jurídica* pode ser descrita ora como uma *proposição hipotética* (em

símbolos, $A \rightharpoonup B$), na qual um *antecedente fático* (simbolizado, por exemplo, por A) se conecta a uma *consequência normativa* (simbolizada, por exemplo, por B) por intermédio de um vínculo especial: o *vínculo de imputação* (em símbolo, $\rightharpoonup$). Imputar significa atribuir ou conferir a alguém direitos e deveres que devem ser cumpridos. Um dever jurídico (ou uma obrigação jurídica) não é um *dever incondicional* (ou um *dever categórico*), ao qual o agente está vinculado de modo forte ou necessário[1], sendo-lhe impossível descumpri-lo, como preconizam as proposições que fazem uso do *operador modal de necessidade*; nem tão pouco é um mero conselho, é pois um dever que nos impele de modo "mais ou menos forte" a segui-lo. Diferentemente das *proposições modais de necessidade*, nas *proposições obrigatórias* o contrário é possível, ou seja, é possível desobedecê-las. Portanto, forçosa é a interpretação de que o *operador deôntico de obrigação* só pode vincular o agente de modo "mais ou menos forte", e não de modo necessário, uma vez que não admite um valor absoluto.

Segundo, ao assumirmos que uma *norma jurídica obrigatória* X vincula um agente a sua hipótese de ação de modo mais ou menos forte, afirmamos, em certo sentido, que esta pode não ser cumprida em algum caso possível, pois não é necessária (ou absoluta ou incondicional). Desta forma, há sempre uma discricionariedade por parte do agente que decide cumprir a norma X ou não cumprir a norma X, circunstância na qual, em particular, pode vir a obedecer uma outra norma jurídica obrigatória Y que colide com X. No caso das *antinomias jurídicas*, isto é, do conflito entre normas jurídicas obrigatórias, se supusermos que toda e qualquer obrigação vincula de modo forte ou necessário o agente, então não teria como o agente racional solucionar o conflito entre normas jurídicas obrigatórias, escolhendo uma delas para cumprir, pois estas teriam o mesmo valor (ou grau): o absoluto. Todavia, não é isto que ocorre. O agente considera que algumas normas jurídicas (ou outras normas do tipo moral, consuetudinária, política etc.) o vin-

[1]Para uma definição de necessário consultar Aristóteles, *Segundos Analíticos*, I, 2, 71b, 9-12: aquilo que é "impossível ser de outra maneira" (μὴ ἐνδέχεσθαι ἄλλως ἔχειν).

cula de modo mais forte do que outras normas jurídicas obrigatórias (ou normas não-jurídicas obrigatórias), o que nos leva a tese de que devemos admitir para as *normas jurídicas obrigatórias* a ideia de *graus de obrigatoriedade*, caso contrário não seria possível ao agente solucionar as *antinomias* existentes.

Mediante os argumentos acima, ainda que incipientes, já podemos vislumbrar que um estudo lógico-analítico conciso da *norma jurídica* não é possível se não assumirmos como pressuposto fundamental a ideia de que tanto a noção de obrigação como, por conseguinte, o *operador deôntico de obrigação* devem ser abordados segundo uma condição de gradação, e não sob a perspectiva de valores absolutos (o falso ou o verdadeiro). Observado isto, adotamos o uso de estruturas semânticas da *lógica fuzzy* (ou *lógica difusa*) para capturar esta exigência de gradação do *operador deôntico de obrigação*, já que para este tipo de lógica a verdade se diz em graus. Esta é a nossa tese fundamental.

Pretendemos investigar as seguintes questões relacionadas aos argumentos acima:

(*i*) Qual é o significado da expressão "estar obrigado a"?;

(*ii*) O que é obrigatório, é o caso?;

(*iii*) O que é o caso, é permitido?;

(*iv*) Podemos considerar a *lógica deôntica* como uma mera reformulação da *lógica modal*, ou seja, é possível converter todos os axiomas modais em axiomas deônticos correspondentes (igualmente válidos)?;

(*v*) A "semântica de mundos possíveis" proposta por Kripke (1959), que se mostrou apropriada na interpretação dos enunciados modais, nos permite interpretar de modo adequado as proposições deônticas?;

(*vi*) A "semântica algébrica de fechos" desenvolvida por Mckinsey (1941), Mckinsey e Tarski (1946) e Jónsson e Tarski (1951, 1952), que se configurou como

uma semântica bastante promissora para interpretar enunciados modais, antes do advento da interpretação de Kripke, nos permite interpretar corretamente as proposições deônticas?;

(*vii*) Observada a necessidade de se entender o operador de obrigação em função da ideia de graus de verdades, não seria mais acertado interpretarmos este operador deôntico com estruturas semânticas da *lógica fuzzy* (ou *lógica difusa*)?

Propomos respostas às questões acima ao longo de quatro capítulos.

Após uma breve exposição das vertentes contemporâneas da filosofia do direito, seguida da descrição da nossa linha de pesquisa e sua localização no pensamento filosófico contemporâneo do direito, apresentamos, brevemente, no *Capítulo 01* um quadro teórico do positivismo jurídico contemporâneo. Neste momento, discutimos com mais profundidade o positivismo jurídico analítico por entendermos que este, primeiro, relaciona-se de modo peculiar com a lógica deôntica e, segundo, dedica-se, como nenhum outro modelo de positivismo jurídico, ao estudo da estrutura lógico-linguística da *norma jurídica* e, em especial, ao entendimento da noção de obrigação jurídica.

No *Capítulo 02* investigamos a concepção de obrigação nos contextos da moral, da política, da legalidade e da lógica, em alguns momentos relacionando-os. No decorrer de cada uma dessas investigações buscamos justificar o argumento de que não devemos compreender a noção de obrigação de modo absoluto, mas com base na ideia de gradação, tanto ao que se refere à gradação como uma espécie de critério para a solução de conflitos entre obrigações, quanto ao entendimento de que a força vinculativa de uma prescrição obrigatória (ou norma jurídica obrigatória) se diz em graus. Determinamos, neste último sentido, como obrigatória a prescrição que por intermédio da sua sanção vincula de modo mais ou menos forte o agente ao comportamento nela prescrito. Esta vinculação ao modelo de conduta

proposto pela prescrição se dá pelo fato do agente admitir como desagradável a sanção (consequência punitiva que surge em decorrência do descumprimento da prescrição). Em função disto, o agente racional, cuja racionalidade prática acreditamos ter como pressuposto meta-ético condições *minimax*, ao tomar como variável em graus a sanção, passa a compreender também a obrigatoriedade de uma prescrição como uma questão de gradação.

No *Capítulo 03,* apresentamos uma descrição formal do sistema deôntico OS5^{+}. Em seguida, realizamos estudos acerca da axiomática de $OS5^{+}$, a partir dos quais já propomos algumas diretivas para uma interpretação adequada da *lógica das normas* como uma espécie de *lógica deôntica*. As mais importantes delas são, primeiro, a que nega $OA \supset PA$ como tautologia e, segundo, toma o sistema lógico deôntico $OS5$ (e não o sistema $OS5^{+}$) como cerne de nossas investigações.

No Capítulo 04, com fulcro na *lógica fuzzy*, propomos uma semântica formal constituída com estruturas lógico-difusas capazes de interpretar adequadamente os operadores de obrigação e permissão. Mostramos, na sequência, que a leitura difusa dos operadores de obrigação e permissão permite (*i*) validar todos os esquemas de axiomas do sistema deôntico OS5 compostos por P e O; (*ii*) invalidar as fórmulas não intuitivas $OA \supset A$, $A \supset OA$, $PA \supset A$, $A \supset PA$; e (*iii*) eliminar os seguintes paradoxos deônticos: “Paradoxo da Obrigação Derivada”, “Paradoxo do Compromisso” (Paradoxo de Prior), “Paradoxo do Dever versus Dever-ser”, “Paradoxo da Obrigação Contrária ao Dever”e “Paradoxo do Homicida Menor de Idade”.

1 *FILOSOFIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO E LÓGICA NO DIREITO*

1.1 FILOSOFIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO: QUADRO GERAL

Dado o fato de estarmos vivenciando a contemporaneidade não temos como, sob um ponto de vista privilegiado da história do direito, delimitarmos com precisão as correntes que constituem o atual quadro da filosofia do direito. No entanto, ainda que de modo não definitivo, e até mesmo esquemático e simplificado, vamos propor uma agenda geral das tendências da *filosofia contemporânea do direito*. Com este objetivo, como passo inicial, em vista das incertezas que suscita o adjetivo "contemporânea", assumiremos como termo *a quo* os anos 60 do século XX como início da *filosofia contemporânea do direito*, momento marcado, por exemplo, pelos trabalhos de Hans Kelsen (2003), Herbert L. A. Hart (1992, 2005, 2010) e Norberto Bobbio (2007).

Nos últimos anos teses jusfilosóficas tradicionais passaram a ser vistas com desconfiança. A consequência disto é clara: passamos a atribuir uma relevância acessória às escolas clássicas do pensamento jurídico-filosófico ocidental (*Escola do Direito Natural*, *Escola da Exegese Jurídica*, *Escola Histórica do Direito*, *Escola da Jurisprudência dos Conceitos*, entre outras). Desde então, observamos a consoli-

dação de uma série de novas correntes, tendências e até mesmo modismos que se entrecruzam e se multiplicam.

O "alto grau de interdisciplinaridade" é uma condição marcante do quadro filosófico-jurídico contemporâneo. A interdisciplinaridade promoveu, nos últimos anos, uma significativa ampliação das temáticas pesquisadas e inovação de estratégias de investigação, o que permitiu abordar velhos problemas sob novas perspectivas.

Ao lado de investigações que vão da *teoria da norma* à *teoria do ordenamento jurídico* ou da *teoria das fontes jurídicas* à *teoria da hermenêutica jurídica*, já consagradas na tradição da *filosofia do direito*, o filósofo do direito vem se empenhando cada vez mais em tratar de temas específicos de caráter interdisciplinar. Deste modo, com frequência, o jusfilósofo contemporâneo firma parcerias investigativas com profissionais de outras áreas: o médico (*Biodireito*), o biólogo (*Autopoiese do Sistema Jurídico*), o matemático (*Teoria dos Jogos e Decisão Jurídica*), o economista (*Análise Econômica do Direito*), o programador de computador (*Inteligência Artificial e Decisão Jurídica*), o lógico (*Lógica das Normas Jurídicas como Lógica Deôntica*), e assim por diante.

Um bom exemplo desta tendência, em especial, são os problemas propostos no âmbito da *lógica aplicada ao direito* ou "lógica jurídica": (*i*) Qual é a estrutura lógica da norma jurídica enquanto proposição?; (*ii*) A noção de verdade pode ser aplicada ao direito?; (*iii*) O que pretendemos dizer quando afirmamos certa prescrição jurídica como obrigatória?; (*iv*) Em que circunstâncias um conjunto de normas jurídicas pode ser considerado consistente? etc.

Toda esta diversidade, especialidade e fluidez da *filosofia contemporânea do direito* que, por um lado, tanto contribui para enriquecê-la, por outro, gera uma complexidade que dificulta o seu entendimento. Porém, mesmo diante desta dificuldade, compreendemos que é possível oferecer uma abordagem didática do quadro

contemporâneo da filosofia do direito a partir do seguinte procedimento: agrupemos o conhecimento filosófico-jurídico produzido ao longo dos últimos cinquenta anos em quatro grandes linhas de pesquisa[1]:

(*i*) *Teorias Contemporâneas Jusnaturalistas*;

(*ii*) *Teorias Contemporâneas Juspotestativas*;

(*iii*) *Teorias Contemporâneas Críticas do Direito*;

(*iv*) *Teorias Contemporâneas Juspositivistas*.

Compreendamos, agora, brevemente, as vertentes acima. O programa jusnaturalista tem como pressuposto teórico a noção de *direito natural*. Hoje, para o *jusnaturalismo contemporâneo* a única condição que entende ter herdado do direito natural (direitos universais, eternos e suprapositivos, justos em si mesmos, cuja existência se dá de modo independente da vontade humana) e que ainda a toma como um norte metodológico é a da *suprapositividade*: algo que se coloca como superior ao direito positivo e que nos permite avaliá-lo ou mesmo corrigi-lo. Deste modo, por exemplo, falamos de certas condições supralegais: (*i*) de um *discurso ético* (ou de uma *moralidade democrática*[2]); (*ii*) de um *ditame da práxis humana*, como sugere Finnis (1980); ou ainda (*iii*) de uma *justiça política*(HÖFFE, 2006). Todas estas, de algum modo, reivindicam o primado daquilo que é equitativo sobre o positivamente dado, sendo estas condições, via de regra, não compreendidas tecnicamente, mas ora pragmaticamente ou ora eticamente. Ou seja, tanto uma

[1]Segundo Mascaro (2010, p. 310 ss.), a *filosofia contemporânea do direito* pode ser melhor compreendida sob três grandes vertentes: (*i*) *Filosofia Contemporânea Positivista do Direito*; (*ii*) *Filosofia Contemporânea Potestativa do Direito*; (*iii*) *Filosofia Contemporânea Crítica do Direito*. Mesmo sendo possível inserirmos os atuais estudos sobre a *racionalidade jurídica* (presentes nas *teorias da argumentação jurídica*, *teorias da interpretação jurídica* e *lógica jurídica*) na primeira vertente, esta classificação não comporta os contemporâneos estudos jusnaturalistas. Deste modo, optamos por acrescentar na classificação de Mascaro (2010) uma quarta vertente: o *jusnaturalismo contemporâneo*.

[2]Como defendem Rabenhorst (2001) e Rorty (2005, p. 199–223) ao tratarem das temáticas da dignidade humana e dos direitos humanos.

moralidade democrática, como a razão prática e uma justiça política como pensamentos jusnaturalistas consistem na tentativa de se assumir uma perspectiva política ou moral adequada em face do direito estatutário.

Já as *teorias contemporâneas juspotestativas* tomam a categoria "poder" como pressuposto filosófico suficiente à compreensão do fenômeno jurídico. Por outras palavras, os representantes desta vertente reduzem o direito à concepção de poder, de tal modo que o direito passa a ser entendido como uma manifestação de um poder social (ou poder político). Cumpre, assim, aos juristas apenas trazer a tona as relações de poder subjacentes às normas jurídicas. Seguem esta linha de raciocínio, por exemplo, o *decisionismo* de Carl Schmitt (2006) e a *microfísica do poder* de Michel Foucault (2010, p. 179–182).

As *teorias contemporâneas críticas do direito*, por sua vez, têm como inspiração a filosofia crítica da "Escola de Frankfurt", cujos representantes mais ilustres são Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse e Jürgen Habermas. Esta teoria do direito não fica restrita à crítica do papel do poder na constituição e aplicação do direito (como ocorre com o juspotestativismo) ou a um entendimento econômico do direito nos moldes de um "marxismo vulgar", fundado num "materialismo dialético reducionista que analisa os elementos super-estruturais da formação social inteiramente em termos de suas relações causais com os elementos da infra-estrutura econômica" (RUSH, 2008, p. 27). Antes, pretende sob entendimentos filosófico-críticos mais amplos esclarecer as razões que determinam o funcionamento do direito consagrado pela sociedade, objetivando promover, em especial, a emancipação do sujeito histórico submerso em determinada normatividade repressora[3]. Inseridos nesta vertente, por exemplo, estão os trabalhos de Kirchheimer (1999), Neumann (1986) e, em especial, a pioneira *Teoria Geral do Direito e Marxismo* do jurista russo Evgeny Pachukanis (1988).

Por fim, as *teorias juspositivistas* têm uma visão normativa, burocrática e

[3]Para mais detalhes consultar: Wolkmer (2002, p. 16–20).

técnico-estatal do direito. Isto significa dizer que, na atualidade, em geral, para os positivistas jurídicos o direito deve ser entendido como um conjunto de regras jurídicas estatutárias, cujas suas interpretações (as normas jurídicas) comportam certas "relações lógicas" entre si (hierarquia, cronológica, espacial, tipológica, entre outras). Ou seja, ao final, estes percebem o direito como uma espécie de "sistema de normas jurídicas". Os juspositivistas analíticos entendem que as normas jurídicas são proposições que surgem da interpretação realizada por agentes competentes de algum texto jurídico (regra jurídica) produzido também por um autoridade competente. Tanto às regras jurídicas quanto às normas jurídicas conferem tratamento analítico, lógico e linguístico, sugerindo estruturas linguísticas e lógicas particulares, como podemos observar em Hans Kelsen (2003), Alf Ross (2007), Herbert L. A. Hart (2005), Norberto Bobbio (2007), Robert Alexy (2008), dentre outros.

1.2 NOSSA LINHA DE PESQUISA

Não pretendemos na presente tese realizar: (1) uma abordagem do direito como *justiça política* (ou *ditame da práxis humana*) como defendem os jusnaturalistas contemporâneos; ou (2) aos moldes dos juspotestativistas compreender o direito a partir da noção de *poder*; ou ainda (3) identificar as estruturas internas do direito que servem de entrave ou promoção à emancipação do gênero humano, como fazem os teóricos críticos do direito, mas, antes, almejamos estudar certos aspectos linguísticos e lógicos do *discurso jurídico* ou, particularmente, da *norma jurídica* – uma instância importante deste tipo de discurso.

Dito isto, elaboramos as nossas pesquisas no contexto, em especial, do *positivismo jurídico analítico contemporâneo* e da *lógica jurídica*. Com efeito, na presente tese estudamos o *discurso jurídico* sob um olhar analítico e lógico, reconhecendo como núcleo deste tipo de discurso a *norma jurídica*. Neste momento, duas questões são tomadas por nós como norteadoras: (*i*) Quais são as estruturas

linguísticas e lógicas da norma jurídica? (*ii*) O que significa a expressão "estar obrigado a"? Estas questões vão ser respondidas, em parte, ao longo dos debates promovidos pelo *juspositivismo analítico contemporâneo*. Daí decorre a importância de realizarmos o estudo desta linha de pensamento (ver adiante a *Seção 1.3*). Uma vez definida a estrutura linguística da norma jurídica e a natureza filosófica do operador de obrigação (ver o *Capítulo 02*), passaremos a traduzi-los na forma de estruturas lógicas da *lógica deôntica* (ver o *Capítulo 03*).

1.3 POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: QUADRO GERAL

Não é tarefa fácil definir o "positivismo jurídico". Afinal, hoje, deparamo-nos com uma série de diferentes teorias positivistas do direito, as quais, cada uma a sua maneira, parecem fixar pontos que consideram essenciais à identificação do positivismo jurídico como pensamento jusfilosófico. Não é de se estranhar, assim, que a expressão "positivismo jurídico" comporte uma significativa polissemia em nossa literatura atual. Entretanto, mesmo existindo diferenças relevantes entre estas teorias juspositivistas, não podemos negar o fato de que estas comportam conteúdos em comum, pois, caso contrário, não seria admissível classificá-las sob uma mesma categoria. Na verdade, como observaremos, tais teorias apresentam mais elementos em comum (ou pontos de intersecção) do que, em geral, imagina-se. Observado isto, autores como em Bobbio (2006, p. 131–134), Hart (2005, p. 287–288) e Dworkin (2002), propõem diversos pontos de corte que nos permita modelar o atual quadro do positivismo jurídico. Destaquemos os seguintes:

(*i*) O direito é composto por regras jurídicas (significantes jurídicos) e normas jurídicas (significados jurídicos ou proposições jurídicas/interpretações jurídicas) formuladas por agentes estatutários competentes, sendo estas últimas também construídas por estudiosos do direito pertencentes a comunidade ju-

rídica;

(*ii*) As normas jurídicas funcionam como "esquemas de interpretação" que apontam para um ou mais modelos de dever-ser;

(*iii*) Em geral, as normas jurídicas têm caráter obrigatório (vinculativo), devendo estas serem cumpridas. A coação estatal visa garantir a adesão do agente a "norma jurídica obrigatória";

(*iv*) As normas jurídicas apresentam-se de acordo com certas relações lógicas (tempo, espaço, especialidade, hierarquia, tipologia etc.), por intermédio das quais os juristas estipulam uma espécie de "sistema jurídico", o qual deve ser coerente e completo (ou ao menos complementável por integração);

(*v*) O "sistema jurídico" submete as suas normas jurídicas a testes de validade: "testes de vigência"; "testes de efetividade" e "testes axiológicos"(deste que os valores estejam de algum modo já reconhecidos pela seara jurídica, o que de certo modo garante a independência do direito com relação a moral);

(*vi*) A aplicação das normas jurídicas por agentes estatutários competentes se dá mediante uma arte hermenêutica e/ou filosofia jurídica da interpretação de cunho intersubjetivo e do tipo político-judiciária.

Observadas as características acima, sugerimos como vertentes importantes do atual positivismo jurídico as seguintes:

(*i*) *Positivismo Jurídico Procedimental*;

(*ii*) *Positivismo Jurídico Decisionista*;

(*iii*) *Positivismo Jurídico Neo-institucional*;

(*iv*) *Positivismo Jurídico Analítico*.

Analisemos, brevemente, cada uma delas. Discutimos com mais detalhes o positivismo jurídico analítico por considerá-lo de grande importância para o desenvolvimento deste trabalho, como mostramos melhor na subseção a seguir.

O *positivismo jurídico procedimental* pretende apresentar "procedimentos adequados" à produção de um discurso jurídico logicamente bem estruturado e legítimo. Estes procedimento jurídicos são elucidados por teorias da argumentação jurídica. As *teorias da Argumentação Jurídica* têm como objeto de reflexão os argumentos produzidos no âmbito da decisão jurídica, ou seja, toda a argumentação que surge no contexto da prática jurídica em que há a aplicação das normas jurídicas como medidas de solução de casos jurídicos. Toda *teoria da argumentação jurídica* deve preocupar-se, primeiro, com a aplicação adequada das normas jurídicas e, segundo, com a correção racional dos argumentos empregados nos discursos jurídicos de justificação destas normas. Uma série de procedimentos são oferecidos para cumprir esta dupla condição. Ao longo deste trabalho, a título de exemplo, citaremos certas *regras de justificação interna e externa* propostas ao longo das *teorias da Argumentação Jurídica* de Neil MacCormick (2006) e Alexy (2011).

A teoria da argumentação jurídica pode ser ainda entendida como um esquema procedimental de aplicação/interpretação das normas jurídicas, dos enunciados da dogmática, da estrutura lógica das proposições normativas, em fim, de todos os aspectos relevantes dos argumentos utilizados para a fomentação das decisões judiciais. Destacam-se, nestes termos, as *teoria da argumentação jurídica* de Theodor Viehweg (2008), Chaïm Perelman (2002), Neil MacCormick (2006), Robert Alexy (2011) e Manuel Antienza (2003).

Já o *positivismo jurídico decisionista* admite variantes baseadas nas tradições do realismo jurídico americano, realismo jurídico escandinavo e analítica jurídica. Seja como for, todos os modelos decisionistas compartilham da tese de que o juiz desempenha um papel primordial: constitui ou reconhece o direito, ao final,

por meio da sua decisão jurídica. Dois temas importantes desenvolvido por esta vertente são o da discricionariedade e o do poder discricionário (o poder de criar o direito, observados certos graus de possibilidade de criação).

Alguns juristas filiados ao positivismo decisionista entendem que o direito oferece ao juiz certo grau de discricionariedade para que possa decidir com certa liberdade e criatividade os casos jurídicos mais complexos. Mas há situações em que mesmo a discricionariedade fornecida pela técnica jurídica não permite aplicar um preceito jurídico pré-existente ao caso. Neste momento estes positivistas sugerem que o juiz, como não pode denegar a justiça, motivado por razões apropriadas, deve decidir de acordo com "padrões extrajurídicos" (razões morais, razões de justiça, razões políticas, razões econômicas, juízos de valor social etc.). Entretanto, juristas como Dworkin (2002, p. 159–163) observam que uma vez que seja necessário utilizar tais padrões para apresentar uma resposta democrática ao caso jurídico, preservando assim a segurança jurídica, estes devem ser, sem exceção, reconhecidos como implícitos à seara jurídica ou compatíveis com ela.

A ideia de um "positivismo discricionário" é amplamente difundida a partir de duas obras importantes do positivismo jurídico: a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (2003) e *O Conceito de Direito* de Herbert L. A. Hart (2005). Kelsen (2003, p. 387–397) tratar da discricionariedade como condição da hermenêutica jurídica no último capítulo da sua *Teoria Pura do Direito*, já Hart (2005, p. 143–154) abordar esta problemática ao estudar as noções de *textura aberta* das regras jurídicas e de *caso difícil*. O primeiro quando afirma que as normas jurídicas comportam "molduras" a serem preenchidas pelo juiz. Já o segundo quando admite que o juiz na solução de um caso jurídico difícil vai se deparar ou com regras jurídicas, escritas numa linguagem natural, que apresentam "texturas abertas" ou com a não existência de regras jurídicas aplicáveis ao caso ou, ainda, com a hipótese de fatos controvertidos que não permitem aplicar diretamente as regras jurídicas em vigor, ao menos como originalmente formuladas. Nestes termos, o juiz estando

obrigado a integrar o direito, por intermédio do seu poder discricionário, pratica política judiciária[4].

O juiz, portanto, parece gozar de uma ampla liberdade para decidir os casos jurídicos de acordo com sua apreciação. Com isto, não é raro que este expresse a sua maneira um "ato de vontade" acerca da matéria discutida. Todavia, Dworkin (2002, 2005) entende que esta liberdade é mais restrita do que se imagina, uma vez que os juízes devem estar vinculados a certa tradição e realizam uma interpretação intersubjetiva do direito.

O *institucionalismo jurídico*, por sua vez, parte do pressuposto de que é possível conferir a vida social, em geral, certas regularidades. Por conta disto, pressupõe a existência de certa ordem, a qual pode ser de um tipo muito particular: uma "ordem normativa". Esta tem por finalidade *ordenar* ou *organizar* a sociedade, criando regularidades ou modificando e extinguindo outras tantas. É, justamente, a *sociedade ordenada* (conforme o fim a que impõe o direito) e organizada (como meio para realizar a ordem) por regras, e, em especial, por *regras jurídicas*, que institucionalistas clássicos como Santi Romano (*apud* BOBBIO, 2007, p. 08) a chama de "instituição". Portanto, a instituição é um ente jurídico que existe e vive tão somente por razão e por meio de regras. Com fulcro nas filosofias da linguagem de G. E. M. Anscombe (1958) e John Searle (1969), MacCormick (1986, 1999) introduz uma série de novos elementos à teoria institucional do direito, tais como a noção de *fato institucional jurídico* e as concepções de *regras institutivas*, *regras de consequência* e *regras terminativas*, dando-lhe, assim, uma nova configuração. Estas inovações trazidas ao institucionalismo jurídico clássico vão dar origem, num

[4]A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar, a "correta", não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema de teoria do direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas (KELSEN, 2003, p. 393).

sentido amplo, ao *positivismo jurídico neo-institucional*.

No século XX, o positivismo jurídico aproxima-se do *positivismo sociológico* de Max Weber; do *positivismo lógico* do *Círculo de Viena*[5]; da *filosofia analítica* de Bertrand A. W. Russell, Alfred N. Whitehead, Ludwig Wittgenstein, entre outros; da *linguística* de Ferdinand de Saussure; e da *epistemologia*. Neste momento, temos como fundamento à *doutrina do direito positivo* uma análise filosófico-linguística e/ou simbólico-lógica do direito positivo. Nascem teorias analíticas do direito que pretendem fazer afirmações claras sobre o direito posto, através de estudos lógicos da linguagem jurídica nos quais se propõe uma rigorosa separação entre direito e moral, bem como entre proposições empíricas e proposições sobre as *normas jurídicas*, como podemos observar, neste último sentido, em Ross (2007). Seja como for, no discurso epistemológico ao direito de Kelsen (2003), na concepção de ordenamento jurídico de Bobbio (2007), ou ainda na visão sistemática do direito positivo de base sociológica weberiana e analítica da linguagem de Hart (2005), para citarmos apenas estes, ganha grande destaque os entendimentos analíticos da norma jurídica como uma proposição prescritiva, que comporta uma estrutura lógica deontológica, e do direito como uma espécie de sistema de normas jurídicas. Analisamos na subseção 1.3.1 cada uma das teorias do direito dos autores aqui citados pertencentes a vertente juspositivista analítica, observados certos recortes epistemológicos.

[5]A partir de 1910, Hans Hahn, Phillipp Frank e Otto Neurath, e posteriormente M. Schlick e R. Carnap, formaram um grupo de pesquisadores: o "Círculo de Viena", que ambicionaram construir uma "filosofia da ciência", com "uma linguagem científica que, evitando todo pseudo-problema, permitiria enunciar prognoses e formular as condições de seu controle por meio de enunciados de observação" (NEURATH *apud* MORA, 2001, p. 3019). Hahn (*apud* MORA, 2001, p. 3019) destacava neste projeto o uso da lógica simbólica como instrumento de análise, cujas maiores referências entendia ser os trabalhos de Peano, Frege, Russell, Whitehead e Wittgenstein. Por isso, os "vienenses" são reconhecidos como "positivistas lógicos" ou, oportunamente, "empiristas lógicos". Em especial, temos Hans Kelsen (2003) como membro do Círculo de Viena representando os juristas.

1.3.1 POSITIVISMO JURÍDICO ANALÍTICO

(A) Positivismo Jurídico Analítico de Hans Kelsen

A *Teoria Pura do Direito* (2 ed., 1960) de Hans Kelsen (2003) é no mínimo o resultado de quarenta anos de estudos. Afinal, esta vem sendo elaborada já desde o ensaio *Problemas Relevantes de Teoria do Direito e do Estado* (*Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, 1911), culminando nos anos 30 na primeira edição da *Teoria Pura do Direito* (*Reine Rechtslehre*, 1934). Anos depois, esta teoria sofreu alterações significativas com as publicações da *Teoria Geral do Direito e do Estado* (*General Theory of Law and State*) em 1945 e da sua edição francesa *Théorie Pure du Droit* em 1953. O "burilamento final" da *Teoria Pura do Direito* só veio com a publicação da sua segunda edição em 1960. A nossa breve abordagem do pensamento epistemológico e jurídico de Hans Kelsen se concentra nas últimas configurações teóricas enunciadas na *Teoria Pura do Direito* publicada nos anos de 1953 e de 1960.

A construção de uma identidade epistemológico para o direito proposta na *teoria pura do direito*, pode ser considerada uma das mais relevantes contribuições de Hans Kelsen à teoria do direito. Nesta importante obra examina as condições de possibilidade do conhecimento jurídico (condições metateóricas), ao mesmo tempo que estipula "princípios de pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico" com os objetivos de modelar o direito, primeiro, como um tipo de ciência e, segundo, como uma "ciência autônoma", isto é, uma ciência independente das demais ciências sociais (condições constitutivas e de corte)[6].

[6]Neste sentido *vide* Rabenrost (2005, p. 119).

(A.1) Teoria Pura do Direito e seus Princípios da Pureza

Para Hans Kelsen a sua *teoria pura do direito*, enquanto *teoria geral do direito* – "teoria do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica específica" (KELSEN, 2003, p. 1), representa a tentativa de reconhecer algo de científico no direito: conceitos, categorias, tipos, estruturas, princípios, métodos *etc*. compartilhados pelos mais diversos sistemas jurídicos e suas instituições. Ou seja, Kelsen nesta obra pretende realizar uma leitura epistemológica do direito. Com este objetivo enuncia certos "princípios de pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico" sem os quais entende não ser possível dizer o direito como ciência. São eles:

(*i*) *Neutralidade*;

(*ii*) *Formalismo*; e

(*iii*) *Validade*.

Estes princípios da pureza indicam, em poucas linhas, que o direito-saber (a "ciência do direito" ou talvez a "metodologia jurídica") (1) deve ser enunciado por um agente que tem a capacidade de dizer o "direito como ele é", sem se valer para tanto de juízos de valor extrajurídicos; (2) deve apresentar um formalismo conceitual e lógico-estrutural; (3) deve propor uma série de testes que permitam validar ou invalidar as normas jurídicas, sendo estes de ordem técnica (vigência) ou de ordem factual-social (eficácia).

Analisemos na sequência com mais detalhes esta "metodologia da pureza".

(A.1.1) Neutralidade

Ao depararmo-nos pela primeira vez como o curioso título "Teoria Pura do Direito", com o qual Hans Kelsen nomeia o seu "projeto jurídico epistemológico", somos tomados de imediato pela dúvida: afinal, o que é uma "teoria pura" do direito? Por outro lado, é possível ainda que questionemos: por que Hans Kelsen não denotou a sua pesquisa acerca do caráter científico do direito como uma teoria do "direito puro"?

Para que entendamos porque Kelsen não adotou o título "teoria do direito puro" para a sua investigação sobre o *staus* científico do direito, devemos antes esclarecer a distinção entre as modalidades de "estudo descritivo" e de "estudo prescritivo".

No ensaio *A Objetividade do Conhecimento nas Ciências Sociais e na Política (1904)*, presente na obra *Ensaios sobre a Teoria da Ciência* (publicada em 1922), Max Weber apresenta uma distinção entre *julgamentos de realidade* e *julgamentos de valor*. Os primeiros são estabelecidos de forma objetiva (julgamentos claros, unívocos, verdadeiros) pelo cientista por meio de um "saber empírico" de validade incontestável, já os do segundo tipo são de ordem subjetiva (julgamentos de valor variável, fluídos, plausíveis) por estarem fundamentados nas crenças, valores, tradições ou hábitos culturais dos indivíduos. Aqueles que se valem de *julgamentos de realidade* para desenvolver certo estudo, realizam um *estudo descritivo*. Por outro lado, os que fundamentam um estudo em *julgamentos de valor*, produzem um *estudo prescritivo*. Para Weber, apenas os estudos descritos gozam de legitimidade científica.

Seguindo esta linha de raciocínio weberiana, Hans Kelsen fixa como primeiro "princípio da pureza" (ou condição de possibilidade do conhecimento científico jurídico) a "neutralidade do cientista". Para este filósofo do direito só é possível

modelar uma "ciência do direito" (*direito-saber*) ao se expurgar do conhecimento jurídico todos os elementos que lhe são estranhos e subjetivos: juízos psicológicos, juízos éticos, juízos teológicos, juízos políticos, entre outros[7]. Estes surgem como "juízos de valor" enunciados por psicólogos, filósofos, teólogos, cientistas políticos *etc*. ao longos das suas investigações sobre o direito. Assim, por exemplo, filósofos por meio da lente da filosofia podem prescreve o direito como uma "teoria da justiça"[8].

Kelsen entende que os não-juristas (como os psicólogos, filósofos, teólogos, sociólogos, entre outros) falham na tentativa de dizer "o que o direito é", justamente, por prescreverem o objeto de estudo, dizendo-lhe o que ele deve ser, ao acrescentar-lhe elementos que não pertence a sua verdadeira natureza, ou seja, elementos que não são propriamente jurídicos. São tais elementos, portanto, impurezas epistemológicas. Conclusão: o agente que consegue suspender todo e qualquer juízo de valor e não se deixa influenciar por suas convicções pessoais, hábitos, costumes, crenças e formação intelectual está apto a descrever o direito como ele é. Em geral, Kelsen parece admitir que este agente é o jurista, o qual não se deixar influenciar por pontos de vistas que não aqueles produzidos exclusivamente pelos meios jurídicos. Logo, a exigência de uma "neutralidade" passa a ser considerada condição *sine qua non* ao *direito-saber* (ou à "teoria pura"), mas, por outro lado, já uma leitura do *direito-objeto* não a admite.

Observado o exposto, é fácil perceber que Kelsen toma como inapropriada qualquer tentativa de construção de uma "teoria do direito puro". Afinal, ao concebermos o *direito-objeto* (conjunto de normas jurídicas estatutárias) – o qual deve ser

[7]"Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental" (KELSEN, 2003, p. 1).

[8]"A teoria pura do direito a qual apresenta o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto; ela é a indagação do real e do possível, e não do direito justo" (KELSEN, 2011, p. 81).

estudado pelo direito-saber – como um "direito puro", estaremos reconhecendo que este (o direito posto) é tão somente um conjunto de prescrições de caráter científico ou de ordem dogmática estabelecidas exclusivamente a partir do *modus operandis* dos juristas ou pela neutralidade de pensadores que não lhe atribuem elementos constitutivos extrajurídicos (impurezas) advindos da moral, dos costumes, da política ou de outras práticas. Isto, evidentemente, não condiz com a nossa realidade, já que, na verdade, o *direito-objeto* também nasce em meio à política, à moral, aos costumes *etc*., estando este imerso numa multiplicidade de aspectos da vida social que não podem ser reduzidos aos procedimentos do direito.

(A.1.2) Formalismo e Estrutura Lógica da Norma Jurídica

Quanto ao *Formalismo*, diz-se, com frequência, que toda ciência exige certo formalismo de linguagem. Já no século XVII, por exemplo, quando Galileu elegeu como condição formal à física a linguagem matemática, não o fez desmotivadamente. A matemática mediante símbolos e regras demonstra relações, enunciando que estas se dão de determinada forma, fazendo silêncio sobre se isto é bom ou mau, justo ou injusto, belo ou feio. Com a matemática, a física abandonou os valores e manteve, provisoriamente, o *princípio da neutralidade* em segurança[9]. Além disto, o uso da matemática como linguagem científica oferece como vantagem uma abordagem mais enxuta das teorias, bem como uma melhor manipulação das leis.

Observada algumas particularidades, o formalismo é utilizado por Hans Kelsen (2003, p. 80 ss.) num sentido semelhante. Constatamos isto em certo momento da sua *teoria pura do direito* quando Kelsen se vale de algumas noções lógicas para resguardar duas condições epistemológicas importantes à formulação

[9]Entendemos que o *princípio da neutralidade* caiu por terra por meados do século XX com os trabalhos de Werner Heisenberg (1927, p. 174–175) e Thomas Kuhn (1970). O primeiro liquida este princípio ao formular o *princípio da incerteza* no âmbito da física quântica, já o segundo inviabiliza o referido princípio em razão da sua noção de "paradigma".

da ciência do direito: o *princípio da neutralidade* e o *princípio da universalidade*.

Kelsen parece garantir o *princípio da universalidade* como a seguir. Inicialmente, estipula como objeto de estudo do conhecimento jurídico a *norma jurídica*, determinando-a como um "esquema de interpretação" da realidade: "o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa" (KELSEN, 2003, p. 02). Nestes termos, a *norma jurídica* como "norma jurídica de conduta", por exemplo, pode ser entendida como uma prescrição (esquema de interpretação) situada no plano do *dever-ser*, fruto do ato de vontade de um agente estatal competente que indica como obrigatória, permitida ou proibida uma conduta ao cidadão.

Esta modalidade de norma jurídica (*Rechtsnorm*), como formulada pelo legislador, é um signo (ou significante) a partir do qual é inferido um ou mais significados ou "proposições prescritivas" por parte de outros interpretes (magistrados, promotores, advogados, cidadãos *etc.*), como afirma Hans Kelsen (2003, p. 80–81):

> Proposições jurídicas [*Rechtssatz*] são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas [*Rechtsnorm*], por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder e competência.

Toda norma jurídica goza de um aspecto técnico, inexistente, por exemplo, nas normas morais, nas normas consuetudinárias e nas normas de decoro. Este caráter técnico é configurado por condições técnicas (testes de vigência, normas jurídicas de competência, normas jurídicas do processo legislativo, normas jurídicas processuais *etc*.) produzidas pela tecnologia burocrática das nossas instituições estatais responsáveis pela criação, aplicação/interpretação do direito. Outra característica singular da norma jurídica (ou talvez, em especial, da "norma jurídica de conduta"), enquanto ato de conhecimento ou como proposição jurídica, é a sua estrutura lógica hipotética.

A *proposição jurídica* como proposição hipotética tem a seguinte estrutura: dado A, deve-ser B. Por exemplo, a partir da leitura do artigo 121 do nosso Código Penal que tipifica o *homicídio simples*, *ipis liris*, como: "Matar alguém; *Pena* – Reclusão, de seis a vinte anos", o agente pode extrair a proposição hipotética "Se X mata Y, deve-ser X preso". Em símbolos, podemos escrever a proposição anterior na forma $A \rightharpoonup B$, na qual "$\rightharpoonup$" representa o *princípio da imputação* (se..., dever-ser...) que associa o antecedente fático "A" (tipo legal, *facti species*) ao consequente jurídico "B" (sanção[10])

O *princípio da imputação* pode ser entendido como um espécie de "conectivo precário" que identifica quais atos e fatos são jurídicos com base nos direitos e deveres jurídicos que podem ser atribuídos a alguém. Conforme Kelsen (2003, p. 84–102), por outras palavras, este princípio representa a possibilidade de se punir alguém pela sua conduta (ação ou omissão), a qual é regulamentada por direitos e deveres. Dizemos que o *princípio da imputação* é um "conectivo precário", já que que na proposição jurídica "Se X mata Y, deve-ser X preso" o antecedente fático "X mata Y" se liga de modo mais ou menos forte ao consequente jurídico "X preso". Isto ocorre porque, primeiro, esta "proibição" (ou indicativo de conduta) pode ou não ser praticada (não há um determinismo) ou pode não gerar os efeitos desejados – por exemplo, mesmo que X tenha matado Y é possível que X não esteja preso, pois ele pode, por exemplo, ter fugido da prisão ou contratado um advogado habilidoso o suficiente para protelar o processo até o crime prescrever. Não há uma ligação necessária (ou forçosamente) entre o antecedente fático e a consequência jurídica.

Já numa *proposição lógica*, por exemplo, do tipo "Se 'Sócrates é homem' e 'Todos os homens são mortais', então 'Sócrates é mortal' ", o *vinculo lógico da*

[10] "As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações [sanção positiva]. Estas, porém, não constituem característica comum a todas as ordens sociais a que chamamos Direito nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação [sanção negativa]" (KELSEN, 2003, p. 37).

implicação (se..., então ...) existente entre o antecedente e o consequente é forte (ou necessário), indicando, portanto, que é impossível pensar a conclusão de outra forma (dado o antecedente, segue-se por necessidade o consequente). No direito não há uma razão lógica para que uma pessoa venha a ser condenada, mas, sim, uma razão jurídica. Esta, por sua vez, expressa-se por meio do ato de vontade de um agente competente que fixa uma espécie de vínculo especial entre entre o antecedente fático e a consequência jurídica: a imputação (ou um *dever-ser*).

Outro elemento importante da estrutura lógica da proposição jurídica é a *sanção*. A consequência jurídica B expressa uma *sanção*, com a qual, em parte, é possível motivar o cumprimento de uma norma jurídica[11].

As normas jurídicas obrigatórios não podem ser consideradas meras sugestões de conduta (ou conselhos), mas antes devem ser entendidas como prescrições que vinculam, na medida do possível, os agentes às suas hipóteses normativas, de tal modo que estes se sentem fortemente comprometidos a praticá-las. Para garantir o cumprimento destas normas na maioria dos casos (a obrigatoriedade), geralmente, o Estado se vale de "sanções negativas" que se revelam a nós na forma de

> ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros –, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto. Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal (KELSEN, 2003, p. 35–36).

Por fim, notemos que a estrutura lógica $A \rightharpoonup B$ é aplicável para toda situação

[11]Segundo Kelsen o "desejo de evitar a sanção intervém como motivo na produção desta conduta, deve responder-se que esta motivação constitui apenas uma função possível e não uma função necessária do Direito, que a conduta conforme o Direito, que é a conduta prescrita, também pode ser provocada por outros motivos e, de fato, é muito frequentemente, provocada também por outros motivos, como sejam as ideias religiosas ou morais" (KELSEN, 2003, p. 38)

material, isto é, "seja qual for o conteúdo dos fatos, sejam quais forem os atos concebidos pelo direito" (KELSEN, 2011, p. 87). Por exemplo, no Brasil o juiz pode sentenciar um homicídio com a pena restritiva de liberdade, enquanto no Estado Americano do Colorado o juiz pode vir a conferir a um homicídio a "pena de morte". No Brasil temos a proposição jurídica "Se X mata Y, deve-ser X preso"; já no Estado Americano do Colorado temos a proposição jurídica "Se X mata Y, deve-ser (ou pode ser) condenado à pena capital". Seja como for, estas *concepções de justiça* (procedimentos de dar a cada um os seus direitos) podem ser expressas formalmente da mesma maneira: $A \rightharpoonup B$. Com isto, o *princípio na universalidade* pode ser aplicado ao direito como ciência (ou ao *direito-saber*).

(A.1.3) Validade, Norma Fundamental e Sistema Dinâmico de Normas Jurídicas

Como proposto na *Teoria Pura do Direito*, uma norma jurídica é válida quando cumpre dois modelos de validade jurídica: o *modelo de vigência* e o *modelo de eficácia*[12]. A "norma jurídica tem *vigência*" (*validade formal* ou *validade técnica*) quando "ela própria é produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação de uma outra norma" (KELSEN, 2011, p. 04). Ou seja, para que uma norma seja juridicamente válida deve cumprir uma bateria de testes (testes de validade ou requisitos técnico-normativos) sugeridos por normas jurídicas do *ordenamento jurídico*[13]. Por exemplo, tomemos a norma do processo legislativo

[12]Por que Hans Kelsen na sua *teoria pura do direito* estabelece além do modelo de vigência, o modelo de eficácia e nega o modelo axiológico? Ao seguir a agenda proposta pelo positivismo científico, Kelsen parece entender que é possível realizar um estudo científico (estudo objetivo) dos fatos, ao descrevê-los, por exemplo, como dados estatísticos (p. ex., 70% dos agentes cumprem a lei e 30% não a cumprem), o que já não pode ser feito na seara dos valos, por entender que existe aí um relativismo ético.

[13]Por *ordenamento jurídico* entendemos todo conjunto de normas jurídicas que comportam entre si certas relações (de hierarquia, de tipo, cronológica, espacial *etc.*) descritas também por normas jurídicas que permitem entender o todo não como uma mera coleção, mas como uma estrutura que comporta uma lógica subjacente.

do Art. 22, I, da nossa Constituição. Este dispositivo legal elucida que é de competência privativa da União legislar sobre, por exemplo, direito do trabalho. Isto significa dizer que apenas os agentes públicos da União, como deputados federais e senadores, podem regulamentar esta matéria. Portanto, mesmo que um vereador tenha a melhor das intenções ao propor uma lei, por meio de projeto-lei, que crie o décimo quarto salário, esta lei é inválida, pois este não é competente, isto é, não tem prerrogativa de função.

Outro tipo de critério de vigência importante apontado por Hans Kelsen na sua *teoria pura do direito* é aquele estabelecido pela "norma fundamental" (*Grundnorm*).

Hans Kelsen afirma que o fundamento de validade de uma norma jurídica não é o "poder do povo" ou uma condição metafísica como "um sentimento de justiça", por exemplo, mas que "o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior" (KELSEN, 2003, p. 215). O que leva este filósofo do direito a reafirmar a tese de adolf Merkl: o direito deve ser visto como "sistema de elaboração de forma escalonada".

O direito como um "sistema escalonado de normas jurídicas" se comporta como uma unidade, na medida em que todas as normas jurídicas (as suas partes) tem o mesmo fundamento de validade. O fundamento de validade de uma ordem normativa é, na opinião de Kelsen, a "norma fundamental", pois desta se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Deste modo, "uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na *norma fundamental* dessa ordem" (KELSEN, 2011, p. 33).

Sabemos até aqui que a norma jurídica que representa o fundamento de

validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Todavia a indagação do fundamento de validade de uma norma jurídica não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, proceder até o infinito. Tem de terminar numa norma jurídica que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, é designada por Kelsen (2003, p. 217) como "norma fundamental".

Dito isto, fica fácil compreendermos que a "norma fundamental" não se confunde com a Constituição de um país, devendo aquela ser o fundamento de vigência desta[14]. Mas, afinal, qual é a natureza jurídica da *norma fundamental*? Ela de alguma forma já está enunciada nos preceitos constitucionais, tal como aquele que diz que "todo poder emana do povo"? Se, por exemplo, admitirmos a afirmação "a Constituição extraí a sua validade do poder do povo" como adequada e entendermos ainda que o fundamento de validade da Constituição é a *norma fundamental*, podemos chegar a conclusão de que esta norma se confunde com o "poder do povo". Com isto conferimos-lhe um conteúdo político, metafísico e moral. No entanto, no contexto da TPD, Kelsen (2011, p. 125) não reconhece que um argumento como este possa servir de fundamento legítimo à norma fundamental, devendo esta, por outro

[14] "[A] norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembleia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior" (KELSEN, 2003, p. 221).

lado, ser tomada tão somente como uma regra procedimental desprovida de qualquer conteúdo, segundo a qual são produzidas as normas do ordenamento jurídico. Logo, por exemplo, não devemos confundir a norma fundamental com o "poder do povo", a "vontade do presidente" ou com um "sentimento de justiça".

O direto para Kelsen (2003, p. 219) é um *sistema dinâmico de normas jurídicas*. Este sistema se caracteriza por ter como fundamento de validade um único princípio que confere unidade ao todo ao vincular as suas partes: a *norma fundamental*[15]. Conforme a leitura que fizemos, esta norma não deve admitir qualquer conteúdo (moral, político, religioso, metafísico, e assim por diante), uma vez que se apresenta como um ato institucional produtor de normas que atribui poder a uma autoridade legislativa ou como uma regra que determina como devem ser criadas as normas jurídicas do ordenamento. Observamos com isto um duplo movimento. Se tivermos em mente o direito como um sistema escalonado, no qual uma norma jurídica extraí validade da norma jurídica que lhe é superior, no sentido de cima para baixo percebemos uma atribuição de poderes (ou de competência), já no sentido de baixo para cima notamos o compromisso de obediência aos ditames das normas superiores.

Por outro lado, num "sistema estático de normas" os critérios de validade de suas normas são o axiológico e o dedutivo. As normas deste sistema são válidas em razão da dedução lógica dos seus conteúdos, os quais são legitimidade por pertencerem a uma ordem moral ou a certa tradição social[16]. A norma fundamental,

[15]Lembremos de Kant (2008, p. 657): "Por sistema entendo a unidade das formas diversas do conhecimento sob uma única ideia" (*Crítica da Razão Pura*, A 832/B 860).

[16]Por exemplo, observa Tomás de Aquino na sua *Suma Teológica*, Q. 95, Art. II, que uma prescrição de direito positivo quando justa (ou válida) é derivada da *lei natural*, primeiro, por *conclusão* a partir de premissas ou, segundo, por meio de *determinação* de certas generalidades, como explica: "a primeira é igual àquela pela qual, nas ciências, as conclusões demonstradas são inferidas dos princípios; enquanto o segundo modo equipara-se àquele pelo qual, nas artes, as formas gerais são particularizadas em detalhes; desse modo, o artífice necessita determinar o aspecto geral de uma casa em certa forma específica. Logo, algumas coisas derivam dos princípios gerais da lei da natureza por meio de conclusões; por exemplo, que *não se deve matar* pode ser derivado como uma conclusão do princípio de que *não se deve fazer mal a nenhum homem*. Outras derivam por determinação; por exemplo, a lei da natureza dispõe que o malfeitor seja punido; mas que ele seja punido

aqui, funciona como princípio que unifica as partes do todo que pode ter conteúdo moral, político, metafísico, entre outros. A moral é um exemplo deste tipo de sistema.

Já quanto ao segundo modelo de validade tratado na *teoria pura do direito*, afirmamos que a "norma jurídica tem *eficácia*" (efetividade ou validade social) quando percebemos no mundo dos fatos (ou no âmbito das práticas sociais) que esta é realmente aplicada e praticada. Por exemplo, recentemente em alguns Estado da nossa Federação foram promulgadas leis que proíbem o uso de celular no interior dos bancos, talvez como medida protetiva contra assaltos à caixas de banco. Poucas pessoas cumprem, de fato, estas leis. Logo, estas leis gozam de pouca eficácia social.

Para Kelsen (2003, p. 12) há uma correlação importante entre a vigência e a eficácia de uma norma jurídica. A norma jurídica vigente deve comportar um "mínimo de eficácia", sem o qual ela corre o risco de se tornar uma "letra morta" (ou seja, de existir apenas num sentido formal) ou de deixar de existir, caso em que, por exemplo, por meio de uma revolução social todo o ordenamento jurídico é substituído (há uma troca global das normas jurídicas que fundamental a vigência).

(B) Positivismo Jurídico Analítico de Norberto Bobbio

Norberto Bobbio (2007) ao longo dos anos elabora uma complexa teoria positivista do direito, a qual, em geral, pode ser dividida em dois blocos de estudos: (*i*) um que toma isoladamente a norma jurídica como objeto de estudo, e (*ii*) outro que reconhece que as normas jurídicas só existem num contexto de normas jurídicas que têm relações específicas entre si. Este contexto costuma ser

desta ou daquela maneira é uma determinação (...)".

denominado pelos juristas como "ordenamento jurídico" (ou "sistema de normas jurídicas"). Ao primeiro conjunto de estudos, Bobbio dedica, em especial, a obra *Teoria da Norma Jurídica* (*Teoria della Norma Giuridica*, 1958), na qual apresenta uma série de análises acerca da estrutura lógica da norma jurídica, bem como sugere classificações às normas jurídicas inspiradas em distinções conceituais das proposições lógicas estudadas pela lógica clássica. Já a segunda coletânea de estudos é desenvolvida na sua *Teoria do Ordenamento Jurídico* (*Teoria dell' Ordinamento Giuridico*, 1960), na qual realiza pesquisas sobre as relações existentes entre as normas jurídicas, observando para tanto algumas condições dogmáticas e lógicas.

(B.1) *Teoria da Norma Jurídica*

(B.1.1) Norma Jurídica em Sentido Formal

Norberto Bobbio, na sua *Teoria da Norma Jurídica*, formula um estudo da norma jurídica do ponto de vista formal, no qual, primeiro, denota a norma jurídica como uma proposição prescritiva, momento em que analisa sua estrutura lógica e critérios para a sua valoração e, segundo, trabalha a seguinte classificação das normas jurídicas: *normas gerais*, *normas abstratas*, *normas individuais*, *normas concretas*, *normas afirmativas* e *normas negativas*.

Para Bobbio (2007, p. 52–57), a norma jurídica deve ser compreendida como uma *proposição* pertencente à categoria geral das *proposições prescritivas*, as quais fazem uso da "função linguística prescritiva", própria da linguagem normativa, que consiste em "dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, de modo a influir no comportamento alheio e modificá-lo e, em suma, em levar a fazer"

(BOBBIO, 2007, p. 57–58).

As normas jurídicas enquanto *proposições prescritivas* são expressas como comandos (ou imperativos) cuja forma lógica pode ser hipotética. Segundo Bobbio (2007, p. 75), a norma jurídica que estabelece, por exemplo, que a doação deve ser feita por um ato público pode ser formulada na forma hipotética: "Se você quer realizar uma doação, deve realizar um ato público". Um imperativo hipotético deste tipo não tem "sentido natural"[17], mas deontológico, no qual o dever proposto pela norma jurídica imputa uma ação possível e obrigatória.

Para Bobbio (2007, p. 76) as normas jurídicas obrigatórias são aquelas que possuem uma alta força vinculativa. Essa alta força vinculativa se exprime dizendo que o comportamento previsto pelo imperativo é obrigatório, ou, em outras palavras, que o imperativo gera uma obrigação na pessoa a quem é destinada.

Ainda do ponto de vista formal, Norberto Bobbio (2007, p. 49) conclui que devemos atribui à norma jurídica uma "estrutura lógico-linguística própria, que pode ser preenchida com os mais diversos conteúdos", na qual a estrutura formal é "Se é A, deve ser B". Com efeito, por exemplo, esta estrutura comporta a proposição prescritiva "Se você pisou na grama, deve pagar a multa" ou a proposição prescritiva "Se você matou por motivo fútil, deve cumprir pena de doze a trinta anos".

Quanto ao critério de valoração das normas jurídicas, Bobbio (2007, p. 61)

[17]Bobbio utiliza a expressão "sentido natural" da seguinte forma: "A norma técnica: 'Se quiser ferver a água, você deve aquecê-la a 100 graus', em que a fervura é o fim e o aquecimento é o meio, deriva da proposição descritiva: 'A água ferve a 100 graus', onde o calor de 100 graus é a causa e a fervura é o efeito. Ora, se o imperativo tem a função de produzir na pessoa a quem se dirige uma obrigação de comportar-se de um determinado modo, não se vê qual obrigação deriva de um imperativo hipotético dessa espécie (...) o comportamento que dele deriva não pode ser considerado obrigatório, porque é necessário, no sentido de uma necessidade natural (...) Se eu quiser ferver a água, o ato de aquecê-la a 100 graus não é a consequência de uma norma jurídica, mas uma lei natural, que não me obriga, mas me constrange a comportar-me daquele modo" (BOBBIO, 2007, p. 74). Embora Bobbio tenha defendido, já aqui, a ideia de que as *leis naturais* (leis necessárias segundo as quais os agentes, a elas submetidas, não tem outra opção a não ser segui-las) vinculam os agentes de modo muito forte em relação ao que ocorre com as normas jurídicas, cuja vinculação é mais ou menos forte (como apontaremos no *Capítulo 02*), faz isto sob uma noção equivocada de que as "leis naturais" são necessárias, talvez com base numa compreensão *standard* do princípio da causalidade. Outros exemplos da noção de necessidade, que acreditamos serem menos problemáticos, serão apresentados no *Capítulo 02*, *Seção 2.2*.

afirma que das proposições descritivas pode-se dizer que são verdadeiras ou falsas, mas entende que das prescrições não se pode dizer o mesmo. Portanto, para este jurista faz sentido perguntar se a proposição "Brasília é a capital da Mongólia" é verdadeira ou falsa; por outro lado, não parece fazer sentido perguntar se a prescrição "Favor limpar os sapatos antes de entrar" é verdadeira ou falsa. A propósito das normas jurídicas, este fala da valoração segundo a *justiça* ou a *injustiça* e, ainda, segundo a *validade* e a *invalidade*.

O critério com que se avaliam as *proposições descritivas* para aceitá-las ou rejeitá-las é a "correspondência com aos fatos (*critério de verificação empírica*) ou aos postulados auto-evidentes (*critério de verificação formal*), conforme se tratam de proposições sintéticas e analíticas" (BOBBIO, 2007, p. 61). Já as *proposições prescritivas* (ou as normas jurídicas) admitem como critério de valoração, que nos permite aceitá-las ou rejeitá-las, a "correspondência aos valores últimos (*critério de justificação material*) ou a derivação das fontes primárias de produção normativa (*critério de justificação formal*)"[18] (BOBBIO, 2007, p. 61).

(B.1.2) Tipologia das Normas Jurídicas

São possíveis muitas distinções entre as normas jurídicas. Segundo Norberto Bobbio (2007, p. 159), existem distinções que se referem ao conteúdo das normas, como a distinção entre normas materiais e normas processuais, ou entre normas de comportamento e normas de organização. Outras distinções referem-se ao modo como as normas são postas, como a distinção entre normas consuetudinárias

[18]Também, neste sentido, afirmará Kelsen (2003, p. 82): "as proposições normativas [*Rechtssatz*] formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, podem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas jurídicas [*Rechtsnorm*] de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verídicas ou inverídicas mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas".

e normas legislativas. Outras ainda se referem aos destinatários, como a distinção entre as normas primárias e as secundárias etc. Todavia, essas distinções não serão estudadas por Bobbio, importando-lhe apenas examinar o critério formal de distinção das normas jurídicas, o qual denota como aquele que "diz respeito exclusivamente à estrutura lógica da proposição prescritiva" (BOBBIO, 2007, p. 159–160). Para desenvolver este critério, o jusfilósofo se serve de algumas distinções fundamentais e tradicionais da *lógica clássica*. Vejamos.

A distinção entre proposições universais e proposições singulares é uma destas distinções elementares facilmente encontradas nos tratados modernos de lógica. Chamam-se *universais* as proposições em que o sujeito representa uma classe composta por vários membros, tal como em "Todos os homens são mortais"; e *singulares*, aquelas em que o sujeito representa um sujeito singular, como "Sócrates é mortal". Esta distinção permite estabelecer a classificação inicial e geral das normas jurídicas em *normas universais* e *normas singulares*.

Toda proposição prescritiva é composta por dois elementos constitutivos: o sujeito, a quem a norma se dirige, ou seja, o destinatário, e o objeto da prescrição, isto é, a ação prescrita. Deste modo, é possível a Bobbio (2007, p. 161) obter quatro tipos de proposições jurídicas: *prescrições com destinatário universal*, *prescrições com destinatário singular*, *prescrições com ação universal*, *prescrições com ação singular*.

Ao chamar de "gerais" as normas jurídicas que são universais em relação aos destinatários, e de "abstratas" aquelas que são universais em relação à ação, Norberto Bobbio (2007, p. 162) passa a denotar de *normas jurídicas gerais* aquelas que se dirigem a uma classe de pessoas, e de *normas jurídicas abstratas* aquelas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). Às primeiras se contrapõem as que têm por destinatário um indivíduo singular, isto é, as *normas individuais*, já às segundas se contrapõem as que regulam uma ação singular, isto é, as *normas*

concretas.

Uma outra distinção tradicional da *lógica clássica* que pode ser aplicada às proposições prescritivas (ou às normas jurídicas), afirma Bobbio (2007, p. 165), é aquela que distingue as proposições afirmativas das proposições negativas. Tomemos a seguinte prescrição afirmativa universal: (*i*) "Todos devem fazer X". Com o uso do conectivo "não", obtemos outros três tipos de prescrições: (*ii*) negando a universalidade no todo, temos a prescrição "Ninguém deve fazer X" (ou "Todos não devem fazer X"); (*iii*) negando a universalidade em parte, temos a prescrição "Nem todos devem fazer X" (ou "Alguns não devem fazer X"); (*iv*) usando as negações (*ii*) e (*iii*), obtemos "Nem todos devem não fazer X".

O tipo de prescrição (*ii*) não é outro senão uma *prescrição negativa*, isto é, uma *proibição*. A proposição prescritiva em (*iii*) isenta alguns do dever de fazer, permitindo-lhes não fazer, e por isso corresponde a uma norma do tipo *permissiva negativa*. Por fim, a prescrição (*iv*) dispensa alguns do dever de não fazer, permitindo-lhes fazer, deste modo pode ser classificada como *permissiva positiva*. Se aplicar à primeira proposição o operador deôntico de obrigação O, então as outras três podem ser simbolizadas, na ordem, deste modo: $O\neg$ (leia-se: obrigatório não fazer, ou *proibido*); $\neg O$ (leia-se: não obrigatório fazer, isto é, *permissão negativa*); $\neg O\neg$ (leia-se: não obrigatório não fazer, isto é, *permissão positiva*).

Ainda, conforme Bobbio (2007, p. 168), se partirmos de uma norma permissiva positiva, aplicando-a o operador de permissão P, obtemos: $P\neg$ (leia-se: permissão de não fazer, ou seja, permissão negativa); $\neg P$ (leia-se: não permissão de fazer, ou seja, *proibição*); e $\neg P\neg$ (leia-se: não permissão de não fazer, ou seja, *obrigação*). Entre os operadores de obrigação e permissão existem as seguintes relações de equivalência: $O \equiv \neg P\neg$ (leia-se: *deve-se fazer* equivale a *não se pode não fazer*); $O\neg \equiv \neg P$ (leia-se: *deve-se não fazer* equivale a *não se pode fazer*); $\neg O \equiv P\neg$ (leia-se: *não é obrigatório fazer* equivale a *é permitido não fazer*); $\neg O\neg \equiv P$ (leia-se: *não é*

obrigatório não fazer equivale a *é permitido fazer*).

Ao definirmos o operador deôntico de obrigação como primitivo às normas jurídicas obrigatórias, temos: (*i*) as normas O e $\neg O$ como contraditórias; (*ii*) as normas $O\neg$ e $\neg O\neg$ como contraditórias; (*iii*) as normas O e $O\neg$ como contrárias; (*iv*) as normas $\neg O\neg$ e $\neg O$ como contrárias; (*v*) as normas O e $\neg O\neg$ como subalternas; (*vi*) as normas $O\neg$ e $\neg O$ como subalternas. Posteriormente, como veremos, Bobbio (2007, p. 219–254) na sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, em particular, no Capítulo 03, irá retomar estas relações lógicas ao tratar do problema das antinomias (conflitos entre normas jurídicas).

(B.2) *Teoria do Ordenamento Jurídico*

Com a sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Norberto Bobbio (2007, p. 187 ss.) mostra, em parte, como é possível percebemos o direito como uma espécie de sistema de normas jurídicas. Se isto é possível, então em sua opinião o direito deve de alguma forma se aproximar das condições lógicas que constituem um sistema formal (ou sistema dedutivo), típico das *ciências formais*, como a matemática e a lógica. Bobbio propõe, assim, um estudo do "sistema jurídico" (ou "ordenamento jurídico") em paralelo à noção de sistema formal. De início, determina três problemas fundamentais e norteadores para este "estudo comparativo": (*i*) *problema da unicidade*; (*ii*) *problema da coerência*; e (*iii*) *problema da completude*.

Em termos jurídicos, o *primeiro problema* (o da unicidade) consiste em saber o seguinte: o que faz uma norma jurídica ser o que ela é? Como as normas jurídicas constituem uma unidade? O problema da unicidade pode ser traduzido segundo os problemas da identidade e da hierarquização das normas jurídicas. O *segundo problema* inquere se o direito, além de uma unidade, também seria um sistema consistente. Neste ponto, em particular, Bobbio (2007, p. 219-254) realiza

uma investigação acerca da colisão (ou compatibilidade) entre normas jurídicas (*antinomias jurídicas*), usando de modo peculiar os operadores deônticos de obrigação, permissão e proibição em sua análise. O *terceiro problema* considera o sistema jurídico como completo quando integrado por normas jurídicas com as quais se é possível julgar casos jurídicos. Ou seja, deve existir uma norma jurídica que "sancione" ou "não sancione" certa conduta. O problema fundamental que aqui se discute é, portanto, o das chamadas *lacunas* do direito.

(B.2.1) Unidade

Quanto à *unidade*, pode-se se colocar a seguinte questão: como saber quais normas podem ser denotadas como jurídicas? Para Bobbio (2007, p. 218) a "juridicidade de uma norma não se determina através do seu conteúdo (nem da forma, ou do fim e assim por diante), mas por sua pertinência ao ordenamento, pertinência que, por sua vez, se determina remontando da norma inferior à norma superior até a norma fundamental." Adota, assim, o jusfilósofo italiano a "teoria da construção gradual do ordenamento jurídico", já proposta por Adolf Merkl *apud* Hans Kelsen (2003, 2011). Essa teoria admite que as normas de um ordenamento jurídico não estão todas no mesmo plano, existindo normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores derivam das superiores. Partindo das normas inferiores e passando por aquelas que estão acima, chega-se por último a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento: a *norma fundamental*.

A pertinência de uma norma em um ordenamento é denominada de *validade*, a qual pressupõe algumas condições (ou testes) que, quando cumpridas, permitem dizer que uma norma é válida. Essas condições servem justamente para se constatar se uma norma é ou não jurídica, ou seja, se ela pertence ou não ao or-

denamento jurídico. Tais condições devem ser observadas; se atendidas por determinada norma, a denotamos como uma norma jurídica, ou seja, como pertencente ao ordenamento jurídico. Uma dessas condições, por exemplo, consiste em saber se a norma foi promulgada por autoridade competente. Esta legitimidade é garantida por uma norma superior, também legítima. Mas de onde deriva essa norma superior? De grau em grau, chegamos ao poder supremo de criação das normas jurídicas (poder constituinte), cuja legitimidade é dada por uma norma além da qual não existe outra: essa é a *norma fundamental*.

Para Bobbio (2007, p. 208-211), esta norma última só pode ser aquela da qual deriva o poder primeiro: o poder constituinte, com o qual se faculta a produção de normas jurídicas. Mas, afinal, em que esta se fundamenta? A norma fundamental, segundo Bobbio, não tem nenhum fundamento, pois é

> um pressuposto do ordenamento: ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que estão destinados os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas de que se deduzem as outras, mas que por sua vez não são dedutíveis. Ela é uma convenção ou, se se preferir, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema, para que todas as normas possam se reduzir-se a ela (BOBBIO, 2007, p. 211).

Por outras palavras, é o "fundamento subentendido de legitimidade de todo o sistema. Embora não expressa, é o pressuposto de nossa obediência às leis que derivam da Constituição e à própria Constituição" (BOBBIO, 2007, p. 209).

(B.2.2) Coerência

Quanto à *coerência* do ordenamento jurídico, Bobbio afirma que é, justamente, a não possibilidade de coexistência entre normas jurídicas incompatíveis no direito (normas jurídicas com conteúdos normativos opostos no todo ou em parte) que lhe dá o caráter de "sistema", num sentido bem particular, a saber:

> Se num ordenamento passam a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, significa que as normas de um ordenamento têm certa relação entre si, e essa relação é compatibilidade. Observa-se, porém, que dizer que as normas devem ser compatíveis não significa dizer que tenham implicação uma com a outra, ou seja, que constituam um sistema dedutivo perfeito. Neste sentido, o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, é um sistema num sentido menos significativo que exclui a incompatibilidade de suas partes singularmente consideradas. Portanto, não é correto falar, como frequentemente acontece, de coerência do ordenamento jurídico no seu todo: pode-se falar de existência de coerência somente entre as partes singularmente consideradas desse ordenamento. Num sistema dedutivo, caso haja uma contradição, todo o sistema desmorona. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não o colapso de todo sistema, mas apenas de uma das duas normas ou, no máximo, de ambas (BOBBIO, 2007, p. 227).

Entretanto, se o direito é um sistema dinâmico, no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder na medida em que "uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até se chegar à uma autoridade suprema, que não tem nenhuma autoridade acima de si" (KELSEN, 2003, p. 219), então reconhece Bobbio que este tipo de sistema deve admitir contradições, a princípio, já que a autoridade competente pode promulgar normas contraditórias. Poderia o direito, ainda assim, ser considerado uma espécie de sistema? Partindo da concepção clássica que um sistema não pode comportar contradições e da noção de validade, Bobbio (2007, p. 228) atesta que além do fato de se provar que as normas jurídicas devem ter certa compatibilidade com relação aos atos de vontade das autoridade, "é preciso examinar o conteúdo delas; não basta referir-se à autoridade que as emanou" (BOBBIO, 2007, p. 222).

O direito como "sistema" não deve conter normas contraditórias, isto é, *antinomias*. O termo "antinomia" designa, especificamente, primeiro, que não é possível termos o encontro de duas proposições incompatíveis ambas "verdadeiras" e, segundo, com referência ao sistema normativo, que não é admissível termos normas rivais ambas aplicáveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo

âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material)[19]. Bobbio (2007, p. 230) aponta três casos em que há incompatibilidade entre normas: (*i*) O *vs.* $O\neg$ (contrários); (*ii*) O *vs.* $\neg O$ (contraditórios); (*iii*) $O\neg$ *vs.* $\neg O\neg$ (contraditórios). Ou seja, em (*i*) há incompatibilidade entre uma norma que comanda fazer alguma coisa e outra que proíbe fazê-lo (contrariedade); em (*ii*) temos o conflito entre uma norma que comanda fazer e uma que permite não fazer (contrariedade); já em (*iii*) a colisão das normas se dá entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer (contrariedade).

Bobbio (2007, p. 237–242) propõe três critérios, hoje bastante conhecidos, para solucionar antinomias: critério de hierarquia (*lex superior derogat inferior*); critério da especialidade (*lex especialis derogat generali*) e critério da cronologia (*lex posterior derogat priori*). Observemos que estes enquanto regras podem colidir, isto é, pode ocorrer entre eles antinomia. A solução seria propor *metacritérios*, como Bobbio (2007, p. 250–258) discute. Duas condições, especiais, como observa Bobbio (2007, p. 233–234), devem ser ainda levadas em consideração com relação a solução de antinomias para além deste modelo *standard* proposto por Bobbio: primeiro, as normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. Caso não pertençam, entre os ordenamentos deve existir algum tipo de relação (critério), tal como, por exemplo, coordenação ou subordinação (este é, pois, um problema de completude!), que permita solucionar antinomias; segundo, as normas devem ter o mesmo âmbito de

[19]Para Kelsen (2003, p. 229) este conflito não é uma contradição lógica no sentido estrito da palavra. Com efeito, os princípios lógicos, e particularmente o princípio da não-contradição, são aplicáveis a afirmações que podem ser verdadeiras ou falsas; e uma contradição lógica entre duas afirmações consiste em que apenas uma ou a outra pode ser verdadeira; em que se uma é verdadeira, a outra tem de ser falsa. Uma norma, porém, não é verdadeira nem falsa, mas válida ou não válida. Contudo, a asserção (enunciado) que descreve uma ordem normativa afirmando que, de acordo com esta ordem, uma determinada norma é válida, e, especialmente, a proposição jurídica, que descreve uma ordem jurídica afirmando que, de harmonia com essa mesma ordem jurídica, sob determinados pressupostos deve ser ou não deve ser posto um determinado ato coercivo, podem ser verdadeiras ou falsas. Por isso, os princípios lógicos em geral e o princípio da não-contradição em especial podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem normas de direito e, assim, indiretamente, também podem ser aplicados às normas jurídicas. Não é, portanto, inteiramente descabido dizer-se que duas normas jurídicas se "contradizem" uma à outra. E, por isso mesmo, somente uma delas pode ser tida como objetivamente válida. Dizer que A deve ser e que não deve ser ao mesmo tempo é tão sem sentido como dizer que A é e não é ao mesmo tempo. Um conflito de normas representa, tal como uma contradição lógica, algo sem sentido.

validade temporal, espacial, pessoal e material.

(B.2.3) Completude

Quanto à *completude*, Bobbio entende esta como a "propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso. Tendo em vista que a ausência de uma norma costuma ser chamada de '*lacuna*', *completude* significa *ausência de lacunas*" (BOBBIO, 2007, p. 259). Se preferirmos uma definição mais técnica de completude, poderemos dizer que um "ordenamento é completo quando nunca se verifica o caso de que nele não se possa demonstrar a pertinência nem de uma determinada norma nem da norma contraditória" (BOBBIO, 2007, p. 259). Dada esta definição, constata-se que há um importante nexo entre o problema da coerência e o problema da completude, a saber: dizemos que um sistema jurídico é incoerente se neste existe, por exemplo, tanto uma norma que proíbe um comportamento quanto outra que o permite; por outro lado, dizemos que um sistema jurídico é incompleto se nele, por exemplo, não existe nem a norma que proíbe certo comportamento nem a que o permite.

Bobbio (2007, p. 274 ss.) propõe, a partir das noções de *norma geral exclusiva* e *norma geral inclusiva*, duas abordagens distintas do problema da incompletude. O primeiro tipo destas normas jurídicas[20] exclui a tipicidade de todos os comportamentos que não fazem parte daqueles previstos pelas normas jurídicas. Isto significa dizer que quando um caso é regulado pelo direito, é denotado de "caso jurídico" (ou "caso juridicamente relevante"), por outro lado, um caso não regulado pelo direito, pertence à esfera de livre manifestação da atividade humana, isto é, a esfera do juridicamente não regulamentado (ou juridicamente irrelevante). Neste

[20] O artigo 5º, inciso II, da nossa Constituição Federal representa um bom exemplo de *norma geral exclusiva* ao afirmar que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (*princípio da legalidade*).

último sentido, diz-se que há o "espaço jurídico vazio" ou a ausência de lacuna no sistema jurídico, já que as atividades são indiferentes ao direito, prevalecendo, aqui, o adágio: "o que não é proibido, é permitido".

Sob outra ótica, a que nega a completude, o ordenamento jurídico que não possui normas jurídicas que regulamente, particularmente, certo caso ou conduta, deve se utilizar de uma *norma geral inclusiva*, pertencente a este, cuja função é a de integrá-lo ou de complementá-lo, preenchendo as suas lacunas com normas capazes de solucionar o caso em questão[21]. Estas normas aplicadas pertencem, a princípio, a outros sistemas prescritivos, tais como o da moral, o dos costumes, o das regras de decoro, o das regras políticas etc., sendo em seguida integralizadas ao sistema jurídico por intermédio do julgamento de uma autoridade competente, tornando-se as mesmas, assim, jurídicas, ou seja, pertencentes ao direito.

Se um sistema jurídico admite a *norma geral exclusiva* e a *norma geral inclusiva* como soluções ao problema da completude, cabe ao intérprete decidir qual dessas ele deve aplicar no caso de lacuna; entretanto, dado o fato de que tal sistema não deixa claro, em geral, qual dessas é preferível, ainda assim, neste sentido, parece prevalecer uma lacuna. Logo, a verdadeira lacuna ("lacuna sistemática") "se verifica não pela ausência de uma norma expressa para a regulamentação de um determinado caso, mas pela ausência de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, aquela exclusiva e aquela inclusiva, deva ser aplicada" (BOBBIO, 2007, p. 279).

[21]Temos como exemplo de *norma geral inclusiva* no nosso ordenamento jurídico o artigo 4º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINB/1942) que determina que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

(C) Positivismo Jurídico Analítico de Herbert L. A. Hart

Na obra *O Conceito de Direito* (*The Concept of Law, 1961*), Herbert Lionel Adolphus Hart (2005, p. 300–301) apresenta uma teoria geral e descritiva do direito. "Geral", no sentido em que aborda o direito como instituição social e política complexa, regida por regras jurídicas, independentemente de qualquer entendimento jurídico particular, mesmo a despeito das muitas variações encontradas em diferentes culturas e tempos. Ou seja, esta "compreensão formal" do direito pretende capturar as "estruturas gerais" compartilhadas por estas instituições. "Descritiva", no sentido em que esta pretende construir um olhar moralmente neutro do direito, não se valendo de juízos de valor.

A teoria do direito de Hart pretende responder as seguintes questões: (*i*) O que é o Direito?; (*ii*) Como se deve aplicar o direito?; e (*iii*) Como o direito se justifica? Hart (2005, p. 301) expõe uma série de definições jurídicas importantes, a saber, que irão modelar a sua acepção de direito: regras que impõem deveres, regras que conferem poderes, regras de reconhecimento, regras de alteração, pontos de vista interno e externo do sistema jurídico, casos difíceis, casos fáceis, textura aberta, poder discricionário, entre outras. Estas são fruto da reflexão da análise de perguntas importantes acerca da natureza geral do direito, entre as quais: o que são regras jurídicas? Como diferenciar as regras jurídicas de meros hábitos ou de regularidades de comportamento? Há tipos radicalmente diferentes de regras jurídicas? Como se relacionam as regras jurídicas? Como estão relacionadas as regras jurídicas com as autoridades e os civis? O que é preciso para que as regras formem um sistema? Como devemos julgar os casos jurídicos? O que é uma obrigação jurídica?

O conceito de direito de Hart, como veremos, ao minimizar a importância

de institutos jurídicos ligados as ideias de poder e violência, tais como os de "coerção", "comando" e "obediência habitual do direito", supera dificuldades teóricas importantes postas pelos positivismos de Austin (1995) e Kelsen (2003), em especial, aquelas relacionadas à natureza lógica das regras jurídicas e à obrigação jurídica, fornecendo, assim, ao que parece, um exame mais adequado das nossas instituições e práticas jurídicas.

Apresentamos apenas os pontos da teoria do direito de Hart que consideramos importante para o nosso estudo: (*i*) Primeiro, a classificação de *regra jurídica primária* e *regra jurídica secundária*. Investigamos, neste momento, os efeitos dessa classificação à fomentação da ideia de "sistema jurídico"; (*ii*) Segundo, as noções de visão interna e externa do sistema jurídico. A partir destas analisamos o entendimento hartiniano de *obrigação jurídica*.

(C1) *Regras Jurídicas Primárias e Regras Jurídicas Secundárias*

O direito, em certo sentido, pode ser compreendido como um fenômeno normativo, na medida em que a existência do direito está diretamente atrelada à hipótese de que toda a vida social pressupõe uma regulamentação normativa[22] que lhe possibilite promover uma situação de bem-estar social. Nesta perspectiva, o conceito de direito requer uma apreensão mais precisa das concepções de regra jurídica e de "sistema de regras jurídicas" (ordenamento jurídico), como é possível aferir em *O conceito de Direito* de Herbert L. A. Hart (2005).

A análise do direito surge no pensamento de Hart, inicialmente, como crítica à teoria positivista do direito de John Austin, autor da *Província da Jurisprudência Determinada* (*Province of Jurisprudence Determined*, 1832). Conforme Austin

[22]Neste sentido, afirma o velho brocardo jurídico: *Ubi societas, ibi ius*, ou seja, "Onde está a sociedade, aí está o direito". Para consultar este e outros brocardos jurídicos: Xavier (1999, p. 214–275).

(1995), na referida obra, o direito representa um modelo de ordens coercitivas de caráter geral promulgadas por um soberano (pessoa ou grupo de pessoas determinado ao qual outras pessoas habitualmente obedecem, mas que não tem o hábito de obedecer a ninguém). Por outras palavras, para Austin temos uma obrigação jurídica se nos encontramos entre os destinatários de alguma ordem de caráter geral do soberano e se corremos o risco de sofrer uma sanção caso não a obedeçamos.

Ao positivismo jurídico de Austin foram levantadas muitas objeções, das quais duas parecem fundamentais. Primeiro, o pressuposto-chave de Austin que afirma ser possível encontrar em cada comunidade um determinado grupo ou instituição (soberano) que, em última instância, controla todos os outros grupos, parece não se aplicar às nossas complexas sociedades, uma vez que em nossos governos modernos o controle político é pluralista, mutável e demasiadamente complexo, formado por cooperação, compromissos e alianças, de forma que é praticamente impossível identificar se há certo grupo ou pessoa que detenha um controle absoluto. Segundo, a análise de Austin não permite diferenciar ordens de caráter geral de direito daquelas ordens de caráter geral de um fora-da-lei, porque define uma obrigação como sujeição à ameaça da força e, desse modo, fundamenta a autoridade do direito inteiramente na capacidade e na vontade do soberano de causar dano aos que desobedecem[23].

Já Hart (2005) rejeita as teses (*i*) de que o direito só admite uma espécie de regra jurídica: as regras primárias (ou regras de conduta) e (*ii*) que a regra jurídica se configura como um tipo de ordem obedecida, exclusivamente, em razão da imputação de uma sanção (negativa). Vejamos.

Hart (2005, p. 101–103) nos convida a imaginar uma sociedade sem um legislativo, um executivo, ou mesmo autoridades judiciais de qualquer tipo. Nesse estágio "primitivo" (ou simples) do desenvolvimento social, não há instituições específicas que criem ou apliquem as regras jurídicas – um legislativo ou juízes, por

[23]Para mais detalhes: Dworkin (2002, p. 30 ss).

exemplo. As únicas regras que existem têm "natureza simples", exigem que os seres humanos pratiquem certos atos ou se abstenham de praticá-los, ou seja, elas impõem deveres e obrigações de conduta (regras de conduta). No decorrer do tempo, essa "comunidade simples" vai se tornando mais complexa passando a enfrentar gradualmente os seguintes problemas: (*i*) *Incerteza de obediência*: os membros dessa comunidade não sabem ao certo quais regras devem ser seguidas, justamente por não saberem quais delas devem ser consideradas válidas. Neste momento, não se pode apelar, por exemplo, a uma autoridade competente ou mesmo a um texto escrito, como uma lei ordinária ou uma Constituição, para se saber quais regras devem ser obedecidas. Portanto, nesta fase pré-jurídica não existem nesta comunidade regras que identificam quais regras pertencem ao direito; (*ii*) *Caráter estático das regras*: a alteração das regras desta comunidade se dará apenas por um processo, em geral lento, de observação dos costumes (tradição), deste modo há uma extrema dificuldade de se mudar as regras. A ninguém neste estágio pré-jurídico é permitido criar novas regras ou alterar as já existentes por intermédio de processos técnicos, tais como os processos legislativos de produção da lei, pois não há regras que permitam isso; (*iii*) *Aplicação das regras*: quanto à aplicação do direito, poderiam surgir entre os membros dessa comunidade as seguintes questões: quem deve aplicar as regras jurídicas? Como aplicar tais regras? Haveria, afinal, uma ineficácia de "sanção difusa", isto é, a incerteza que repousa na pressão social contra a não observância da regra.

Herbert Hart (2005, p. 104–109) especula que a "sociedade simples" viu-se obrigada a admitir ao seu "direito" as *regras jurídicas secundárias* omo soluções aos problemas apontados acima. Neste momento de integração, a sociedade deixa a fase pré-jurídica e caminha rumo à fase jurídica, passando a identificar o direito (antes entendido como uma mera coletânea de regras de conduta) como um sistema jurídico. Esta ideia nos oferece a mais importante e singular das construções teóri-

cas de Herbert Hart: o direito é um "sistema de regras jurídicas"[24] constituído por *regras primárias* e *regras secundárias*, cuja condição de sistematicidade se dá em função desta última espécie de regra.

As *regras primárias* "dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não fazer" (HART, 2005, p. 104), já as *regras secundárias* são "meta-regras" que estão num plano diferente das regras primárias. Estas pretendem "extinguir ou modificar as regras [primárias] antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação" (HART, 2005, p. 91). Por outro lado, como as regras secundárias são também regras de competência, têm como alvo órgãos, instituições ou funcionários públicos – juízes, conselhos administrativos, deputados federais, entre outros – que irão aplicar, interpretar, produzir, modificar e extinguir as regras primárias. Isto é, "as regras do primeiro tipo impõem deveres, [enquanto] as regras do segundo tipo atribuem poderes públicos ou privados" (HART, 2005, p. 91).

Hart (2005, p. 104–109) classifica as regras secundárias em três espécies:

[24] O vocábulo *sistema* é de origem grega, significando aquilo que é construído (*synistemi*), isto é, uma totalidade cujas partes apontavam, na sua articulação, para uma ordem qualquer. Platão, Aristóteles e os Estoicos empregaram-no, os primeiros, no sentido de algo organizado e os segundos, para designar o conceito de cosmos, de ação deliberadamente planejada e racional (*techné*), visto como um sistema de regras que se obtém pela experiência ou a posteriori, visando o exercício de uma ação repetível, que almejava a perfeição e que não se submetia à natureza, nem se abandonava ao acaso. Não chegaram a usar a palavra no sentido empregado nos dias atuais. Os romanos não utilizaram o termo, que era por eles desconhecido, tanto é que falavam em *corpus juris civile* e não em *systema juris civile*. A palavra só veio a aparecer por volta dos séculos XVI e XVII com a teoria da música e com a teologia, na qual falava-se em *Summa theologica*; impôs-se no século XVIII, através do Jusnaturalismo e na ciência em geral, por abra de Christian Wolff, que falava em sistema como *nexus veritatum*, apoiando-se na correção formal e na perfeição da dedução. Lambert, nos *Fragmentos de sistematologia*, estabelecia o sistema como um conceito geral e abstrato, como um modelo mecânico, em que o todo é a soma das partes e em si mesmo fechado, no qual as suas relações com as partes e as relações das partes entre si estavam determinadas por regras próprias. Sendo que, para Kant, esse todo não seria a soma das partes mas as precedia de algum modo, não permitindo composição e decomposição sem a perda da unidade central, distinguindo o sistema da mera agregação. Hegel e Eisler empregam o vocábulo objetivamente como interdependência totalizante e ordenada de partes, onde a determinação das partes pelo todo ou do todo pelas partes varia de concepção para concepção e logicamente, como ordenação de uma pluralidade de conhecimentos numa totalidade do saber, aproximando o termo sistema à ideia de método, sendo que até hoje a palavra sistemático tomada muitas vezes no sentido de metódico. Heck liga ao sistema a noção de ordem. A palavra sistema, portanto, toma conta da terminologia científica do século XVIII, e passa para o século XX. (FERRAZ JR, 1997, p. 123–128).

(*i*) *Regras de Reconhecimento* (*rules of recognition*); (*ii*) *Regras de Alteração* (*rules of change*); e (*iii*) *Regras de Julgamento* (*rules of adjudication*).

A Regra de Reconhecimento identifica as regras primárias que devem participar do ordenamento jurídico ou de um ramo específico do direito. Esta "identificação" se dá em função de uma série de "testes de validade", isto é, por intermédio de regras secundárias de alteração do ordenamento jurídico[25]. Ou seja, este tipo de regra funciona como uma espécie de unidade que vincula a si outras regras jurídicas[26]. As *Regras de Alteração* (ou de transformação) regulam o processo de transformação das regras primárias, sua criação, revogação ou ab-rogação, enquanto que as *Regras de Julgamento* disciplinam ou orientam a aplicação das *regras primárias*[27].

(C.2) *Visão Interna e Externa do Sistema Jurídico*

O argumento de Hart consiste em afirmar que o positivismo de Austin compreende mal a natureza obrigatória do direito, de maneira que a afirma como algo imposto de modo apenas externo (heterônomo) às nossas vontades e percepções

[25]Segundo Hart (2005), a *regra secundária de reconhecimento* não deve se subordinar a nenhum critério posto de validade, uma vez que, por hipótese, ela representa a última instância de uma cadeia de regras jurídicas, não podendo, portanto, satisfazer os "testes de validade" que determinam que as regras devem estar em conformidade com uma regra mais fundamental. Estes testes de validade são definidos por regras secundárias que estipulam, por exemplo, (*i*) uma condição de hierarquia institucional, e não de conteúdo moral ou justo, entre as regras primárias (regras secundárias de reconhecimentos que tratam da organicidade das regras primárias), (*ii*) a matéria a ser tratada na formação de uma regra primária em relação a outras regras dessa espécie (regras secundárias de transformação do processo legislativo), (*iii*) competência de autoridade para propor projeto de formação de regras primárias, isto é, projeto de lei (regras secundárias de transformação do processo legislativo). Por fim, entende Hart que a regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende apenas de sua aceitação, tendo esta uma natureza fática ou empírica, não sob uma perspectiva meramente moral, mas social-institucional, posto que diz respeito ao funcionamento de um aparato governamental, composto por um legislativo, tribunais, órgão públicos etc..

[26]Lembremos de Kant (2008, p. 657): "Por sistema entendo a unidade das formas diversas do conhecimento sob uma única ideia" (*Crítica da Razão Pura*, A 832/B 860).

[27]Para mais detalhes: Hart (2005, p. 104–109).

pessoais. Em contrapartida, Hart defende que essa obrigatoriedade pode ser oriunda de um efeito interno (ou *ponto de vista interno*) que promova a substituição, por exemplo, dos termos "dominação", "coerção", "comando", "obediência habitual do direito", "força" e "poder" pela concepção subjetiva de "adesão às regras". Dito de outra forma, Austin ao seguir uma *metodologia descritiva*, limitou-se a entender as regularidades observadas como comandos sustentados por punições (coações), a que as pessoas eram exortadas a fazer isso ou aquilo, deixando de levar em conta os processos mentais dos cidadãos que vivem dentro de um sistema jurídico (*visão interna*).

O *ponto de vista externo* adotado por Austin e outros positivistas corresponde àquele em que um observador externo registra descritivamente com "imparcialidade" (visão neutra), por considerar-se comprometido com certa abordagem científica, práticas sociais de um grupo ao qual não pertence, o que lhe permite referir-se do exterior ao modo como os participantes desse grupo estão afetados pelas suas regras, sem que ele próprio esteja vinculado a elas ou mesmo as aceite. Ou seja, o observador "contenta-se apenas em anotar as regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras jurídicas, e das demais regularidades, na forma de reações hostis, de censuras e castigos" (HART, 2005, p. 99) . No entanto, Hart afirma que apenas a condição descritiva externa é insuficiente à compreensão do direito como um todo, uma vez que as regras não são e não podem ser absolutamente entendidas sob esse único aspecto, já que há, ainda, a necessidade de se entender o sistema jurídico (ou a regra jurídica) de modo subjetivo, ou seja, sob um *ponto de vista interno*.

Por outro lado, se as pessoas raciocinam em função de regras ao emitirem juízos sobre suas hipóteses abstratas de ações (*fatos-tipo*), então o estudioso que adere apenas ao *ponto de vista externo* corre o risco de descrever o direito de forma incompleta, já que passa a observar apenas as regularidades de conduta, de predições, de probabilidades e de sinais. Neste sentido, tal ponto de vista será seme-

lhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, limita-se a dizer que, quando as luzes passam a vermelho, há uma probabilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um sinal de que as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um sinal de que virá chuva. Ao fazer isto, escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa, uma vez que, para esses, a luz vermelha não é apenas um sinal de que outros vão parar: encaram tal como um sinal para eles pararem, e, por isso, como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformam o ato de parar, quando a luz está vermelha, num padrão de comportamento e numa obrigação. Mencionar isso é trazer para o relato do observador a forma como o grupo encara o seu próprio comportamento. Significa, portanto, referir-se ao aspecto interno das regras jurídicas (HART, 2005, p. 99–100).

O aspecto interno do sistema normativo se refere à consciência do participante, sujeito que vivencia o conjunto de regras e, por isso, as recebe como sendo direcionadas a ele. O participante não reconhece a regra como um sinal descritivo, mas como um padrão de comportamento admissível, tanto é que esse também espera que os demais ajam em conformidade com a regra, exercendo uma pressão social, juntamente com os demais que a respeitam, para que, ao final, todos a sigam. A regra jurídica passa a ser compreendida, neste ponto de vista, como um padrão público de comportamento.

O observador externo não é capaz de chegar a uma compreensão plena do direito, ou das regras jurídicas, se apenas observa à distância aquilo que estuda, pois tão somente poderá descrever as regularidades e as probabilidades de determinadas consequências quando essas regularidades são quebradas. Esse observador, por não participar do sistema, isto é, por não ter uma visão interna do direito, não conseguirá derivar das suas observações os modos pelos quais os indivíduos que vivenciam as regras percebem-nas, nem tampouco será capaz de entender de

forma ampla as relações de dever ou obrigação. Para que o observador de fora possa compreender as normas jurídicas de uma sociedade como algo mais do que meras regularidades de comportamento social (ou seja, para que fossem percebidas como regras às quais os sujeitos se sentem vinculados), ele precisa ser capaz de entender, por outro lado, o sentido do "jogo da linguagem"[28] dessa sociedade, em especial, aquele apresentado pela sua linguagem jurídica.

Dentro do instrumental teórico fornecido pela teoria dos "jogos da linguagem" de Wittgenstein (2002), Hart afirma que as regras jurídicas são escritas com uma linguagem natural composta por um universo de termos (ou expressões) que admitem diferentes usos linguísticos, os quais são interpretados de diferentes formas por seus usuários. Deste modo, a postura do destinatário da regra jurídica (participante do sistema) pode assumir mais de uma compreensão acerca do que a regra jurídica pretende. Por outras palavras, o *ponto de vista interno* pode ser tomado como um pressuposto à compreensão da obrigação jurídica na medida em que essa visão interna permite estabelecer *regras constitutivas* da gramática do jogo da linguagem jurídica: regras que criam e regulamentam uma ação juridicamente obrigatória[29].

Isto significa dizer que a compreensão efetiva das regras de um determinado sistema jurídico não é possível se o observador não for capaz de participar do jogo. Por exemplo, aqui no Brasil é incomum ver alguém nas grandes cidades

[28]A expressão "jogos de linguagem" foi introduzida pelo filósofo Wittgenstein (2002) em seus cursos e registrado em suas *Investigações Filosóficas* (*Philosophical Investigations*, 1953, § 7 ss.) para entender como se dá a produção linguística nos mais diversos âmbitos da linguagem. Para se entender uma linguagem, afirma ele, é preciso saber como ela funciona. Entender uma palavra numa linguagem não é de antemão uma atividade *a priori* de compreensão do seu significado, mas antes um saber acerca do seu uso, do funcionamento, em um entre outros tantos "jogos de linguagem" (finalidades, contextos – "formas de vida" – ou práticas associados a palavra). A linguagem não é para Wittgenstein (2002) uma trama de significações independentes da vida de quem a usa: é uma trama integrada à trama de nossa vida. A linguagem é um complexo de atividades regidas por regras ("regras do jogo"). Por isso, falar uma linguagem é parte de uma atividade, ou de uma forma de vida. São exemplos desses jogos, entre outros: dar ordens e obedecê-las; formular e verificar uma hipótese; perguntar; agradecer; saudar; pedir; informar sobre um acontecimento.

[29]Para mais detalhes: John Searle (1969, p. 33–34), Anscombe (1958, p. 69–72) e Joseph Raz (2010, p. 104).

parar no sinal vermelho depois da meia noite, talvez por medo de ser assaltado. O estudioso ao se valer do ponto de vista externo registra esta ocorrência como uma espécie de ilícito que contraria a regra: "é obrigatório parar quando a luz do semáforo estiver vermelha" (entendimento quantitativo). Entretanto, aquele que analisa esta situação sob um ponto de vista interno perceberá que esta ação em questão não se trata de uma simples desobediência, por ter acesso as razões que levam o agente a não considerar a regra como obrigatória (entendimento qualitativo). Neste caso, em especial, suponhamos as seguintes razões ou linha de raciocínio do agente: observado o fato da região x ser conhecida como local onde é recorrente a prática de assaltos a partir da meia-noite, conclui-se: "dada a alta probabilidade de se ser assaltado no local x a meia-noite, não se deve parar neste local mesmo quando a luz do sinal de trânsito estiver vermelha".

Podemos afirmar, por fim, que o entendimento adequado do direito deve se dá mediante as compreensões dos aspectos externos e internos de um sistema jurídico por parte daqueles que se submetem às suas regras. Numa análise externa, uma regra é relevante quanto às consequências do comportamento dos que a ela se submetem, o que implica dizer que isso acarreta num padrão de conduta regular da maioria, isto é, num grau de conformidade entre a exigência de uma regra e o comportamento das pessoas, de modo independente à opinião sobre a regra daqueles que a ela se submetem. Já numa análise interna, o que distingue as "regras jurídicas" dos costumes, hábitos, convenções etc., mas não da moral, é o fato destas implicarem numa "resposta subjetiva", na qual "é preciso haver uma atitude crítico-reflexiva diante de certos tipos de comportamento como padrão comum" (HART, 2005, p. 66).

(C.3) *Obrigação Jurídica*

O direito têm uma característica especial: cria obrigações, ou seja, torna certas condutas não opcionais (ou quase não opcionais). As regras jurídicas que impõem obrigações, segundo Herbert Hart (2005, p. 92–101), apresentam três características distintas. A *primeira* é a *seriedade da pressão social*, conforme Hart (2005, p. 96):

> As regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se.

A pressão social que Hart tem em mente, primeiro, parece consistir no apelo às consciências das pessoas ou aos seus sentimentos de vergonha, remorso ou culpa pelo o que ela faz ou está inclinada a fazer. Segundo, a pressão social parece tomar a forma de pressões externas, tais como sanções ou punições físicas.

A *segunda* característica, decorrente da primeira, afirma Hart (2005, p. 97), é a *importância dos valores* promovidos por sua observância:

> As regras apoiadas por essa pressão séria são consideradas importantes, porque se crê que são necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto desta altamente apreciado.

Sendo assim, casos típicos de regras obrigatórias são aqueles relativos ao combate contra a violência à pessoa, à fraude e à quebra de promessa, ou também às regras que especificam "o que tem de ser feito por quem desempenha um papel ou função diferenciado no grupo social" (HART, 2005, p. 97).

A terceira característica, também subsidiária da primeira, é a *possibilidade de conflito entre obrigação e desejo*, como sugere Hart (2005, p. 97):

> (...) é geralmente reconhecido que as condutas exigidas por essas regras podem, ao mesmo tempo em que beneficia outros, entrar em

> conflito com o que a pessoa que está vinculada pelo dever pode desejar fazer. Por essa razão, considera-se que as obrigações ou deveres costumam envolver sacrifício ou renúncia, e [há uma] possibilidade permanente de conflito entre obrigação ou o dever e o interesse [próprio] (...)

Com base nessas três características, Herbert Hart afirma sermos capazes de explicar o que significa para alguém ter, ou estar sujeito a uma obrigação. No entanto, Hart (2005, p. 97) chama atenção para o fato de que "não devemos cair na concepção errada de que a obrigação consiste essencialmente num sentimento de pressão ou compulsão interiorizado por aqueles que têm obrigações". A pressão social, aqui, também parece definir a obrigação sob um *ponto de vista externo* ao propô-la em termos de "probabilidade de que o castigo cominado ou a reação hostil se seguirão ao desvio de umas linhas de conduta" (HART, 2005, p. 98). Portanto, a ideia de obrigação jurídica de Hart deve ser percebida conforme uma tensão entre o aspecto interno e o aspecto externo das regras jurídicas, já que existe aqueles que, por um lado, "aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras, e assim vêm o seu próprio comportamento e das outras pessoas em termos de regras e os que, por outro lado, rejeitam as regras e atendem a elas apenas de um ponto de vista externo como sinal de possível castigo" (HART, 2005, p. 100).

(D) Positivismo Jurídico Analítico de Joseph Raz

Joseph Raz, em seu livro *Razão Prática e Normas* (*Pratical Reason and Norms*, 1975) pretende responder as seguintes questões não elucidadas por Herbert L. A. Hart (2005): existiria uma conexão conceitual entre a obrigação jurídica e a obrigação moral que vincula o agente a um determinado curso de ação? Haveria um significado "prescritivo" para o conceito de dever jurídico? Seria possível fazer tal conexão sem abandonar as duas premissas básicas do positivismo jurídico, segundo as quais o direito tem fontes sociais e o direito está conceitualmente separado da

moralidade?

A estratégia de Raz (2010) para enfrentar tais problemas é complexa. Mas, de modo geral, pode ser entendida a partir da elucidação da: (*i*) noção de *autoridade*; (*ii*) tese de que as normas impositivas (normas do raciocínio prático) são, tão somente, uma *razão excludente* para não agir por determinadas razões conflitantes ou uma *razão de primeira ordem* para realizar uma ação normatizada; (*iii*) ideia de que são dois os tipos de regras que são *razões excludentes*, a saber, as *regras da experiência* e as *regras promulgadas pela autoridade* (regras jurídicas).

Conforme Raz (2010, p. 54), Mill (*A System of Logic*, 6, 12, 3) resume admiravelmente duas razões muito comuns para haver regras:

> Um profissional prudente, assim, irá sempre considerar as regras de conduta como provisórias. Tendo sido feitas para a maioria dos casos, ou para aqueles de ocorrência mais comum, elas indicam a maneira menos perigosa de agir, quando não houver nem tempo nem meios para uma análise das circunstâncias particulares do caso, ou quando não pudermos confiar em nosso julgamento para estimá-las.

As regras são assim justificadas como mecanismos para economizar tempo e trabalho, bem como para evitar um cálculo equivocado quanto à decisão do que deve ser feito. Com base nesta passagem, Raz afirma que uma regra é uma "razão para a ação": "seguir uma regra implica a sua aceitação como uma *razão excludente* para não agir baseado em razões conflitantes" (RAZ, 2010, p. 55).

Se uma regra é justificada, o agente age por uma razão quando nela se baseia. Entretanto, tendo em vista que este não é capaz de examinar todos os métodos possíveis de justificação, Raz (2010, p. 57) opta por explicar a regra como mecanismo de economia de trabalho e de tempo, bem como um esquema de eliminação de erros, de tal modo que essas regras não cumprem os seus propósitos a menos que sejam tratadas como *razões excludentes*. Portanto, se tais regras de fato existem, elas não podem ser tomadas como *razões de segunda ordem* (razões que versam sobre como se relacionar com outras razões) que quando em conflito

com *razões de primeira ordem* (razões para se fazer ou deixar de fazer algo) são eliminadas.

Na sequência, Raz (2010, p. 59) define *autoridade* como a capacidade de ter suas ordens tratadas como *razões excludentes*. Em outras palavras, ter autoridade é ter capacidade de criar *razões excludentes* para outras pessoas:

> A autoridade só pode garantir a coordenação se os indivíduos em questão se submetem aos julgamentos dela e não agem com base na ponderação entre razões, mas com base nas instituições da autoridade. Isto garante que todos farão parte do plano de ação e que a ação será coordenada. Mas isto exige que as pessoas considerem as declarações da autoridade como sendo razões excludentes, como razões para não agir com base na ponderação entre razões como entendem tais razões, ainda quando as pessoas estiverem corretas. Aceitar uma autoridade por esses fundamentos não é agir de modo irracional ou arbitrário. A necessidade de haver uma autoridade pode estar muito bem fundamentada na razão. Mas essas razões são de um tipo especial. Elas estabelecem a necessidade de considerar as declarações da autoridade como sendo razões excludentes.

Isto se dá em virtude de dois modelos comuns e importantes de justificação: autoridade prática baseada no conhecimento e na experiência, e a autoridade prática baseada nas exigências da cooperação social. Quanto ao segundo modelo, Raz (2010, p. 59) afirma que se a autoridade deve ser justificada por exigências de coordenação, temos que considerar as declarações da autoridade como razões excludentes. Afinal, as declarações da autoridade só podem garantir a coordenação se os indivíduos se submetem aos julgamentos destas e não agem com base na ponderação entre razões, mas com base nessas instruções da autoridade. Isto garante que todos farão parte de um plano de ação e que a ação será coordenada.

Entretanto, Raz (2010, p. 193) alerta que a atitude daqueles que aceitam a legitimidade de uma autoridade é, necessariamente, uma atitude de confiança justificada. Temos razões para tomar as regras oriundas da *autoridade* como uma evidência de que existem razões adequadas para agir conforme somos instruídos. As ordens oriundas da autoridade tornam-se nossas razões. Embora a aprovação da autoridade seja baseada na crença de que suas ordens sejam bem fundadas,

entende-se que elas produzem o benefício que deveriam produzir apenas se nós, de fato, confiarmos nelas e não nos nossos próprios julgamentos sobre os méritos de cada um dos casos a que elas se aplicam. Este é o principal motivo para acreditar que o poder de tomar decisões deveria estar nas mãos da *autoridade*.

Por fim, com cautela, conclui Raz (2010, p. 194–195) que o raciocínio a partir das regras é equivalente ao raciocínio a partir de *razões protegidas* (isto é, uma combinação sistemática de razões para realizar o ato que alguém se comprometeu a realizar ou o ato requerido pela regra) e *razões excludentes*. De modo algum Joseph Raz estabelece, categoricamente, que seja sempre justificado raciocinar com fulcro numa regra impositiva, nem que toda autoridade seja legítima, mas apenas pretende demonstrar que as regras podem ser válidas, e que, por conseguinte, pode haver circunstâncias em que as razões protegidas sejam válidas. Este é, em especial, o caso no qual entendemos as "regras oficiais", emitidas por uma autoridade competente, como vantajosa.

1.3.1.1 POSITIVISMO JURÍDICO ANALÍTICO E LÓGICA DAS NORMAS JURÍDICAS

Autores como Bobbio (1965) entendem, num sentido lato, que a "*lógica jurídica*" parece ocorrer, primeiro, como uma análise da estrutura lógica das normas jurídicas e do ordenamento jurídico (*lógica do direito* ou *lógica das normas jurídicas*) e, segundo, também ora como um estudo dos raciocínios e argumentações feitas pelos juristas (*lógica dos juristas* ou *teoria da argumentação jurídica*). Destacamos como fundamental na primeira ocorrência da *lógica jurídica* como *lógica deôntica* (neste sentido, uma *lógica das normas*), já na segunda ocorrência da *lógica jurídica* evidenciamos, a título de exemplo, as teorias da argumentação jurídica (ou *lógica Informal dos argumentos jurídicos*) de MacCormick (2006) e Alexy (2011).

(A) Lógica da Normas Jurídicas como Lógica Deôntica

A julgar pelos textos conservados até os nossos dias, podemos dizer que *Aristóteles* foi o primeiro a estudar as *inferências práticas* que, hoje, denominamos de inferências normativas ou deônticas[30], as quais denotava como *silogismos práticos* (οἱ συλλογισμοὶ τῶν πρακτῶν)[31]. Estas inferências se apresentam sob um duplo aspecto: filosófico[32] e lógico (formal). O Estagirita, contudo, desenvolveu apenas uma teoria filosófica do *silogismo prático*. Tomemos os seguintes exemplos de *silogismos práticos*[33], na sequência, contidos nos tratados aristotélicos *Sobre o Movimento dos Animais* (710 a 4-33) e *Ética à Nicômaco* (1147 a 30 ss):

(*i*) *Devo produzir todo bem suscetível de satisfazer todas as minhas necessidades.*
A casa é um destes bens.
Portanto, devo construir uma casa.

(*ii*) *Tudo que é doce deve ser provado.*
Isto é doce.
Deve ser provado.

Segundo Aristóteles os silogismos (*i*) e *(ii)* descrevem inferências realizadas pelo homem em vias de determinar o seu comportamento. Estas inferências se compõe de duas premissas e uma conclusão, de tal modo que a premissa maior é uma norma universal, a menor um juízo individual e a conclusão uma norma individual do agente que sugere uma ação, segundo o caso.

[30]"O verbo grego δέομαι (déomai) significa 'obrigar'. Relacionado com este termo está o verbo impessoal δεῖν (dein), que pode ser traduzido como 'dever'. A forma substantiva deste verbo impessoal é dita τό δέον (tó déon), isto é, 'o que deve ser', 'é o dever' ou, ainda, 'é obrigatório'. O advérbio δέοντως (déontos) significa, aproximadamente, 'devidamente' ou 'como deveria ser' " (von WRIGHT, 1970, p. 144).

[31]Cf. *Ética à Nicômaco*, 1144 a 31.

[32]Para mais detalhes: Ross (1971).

[33]Na passagem 100a 30 do tratado *Tópicos*, Aristóteles propõe o raciocínio dialético como um espécie de argumento cujas premissas partem de "opiniões geralmente aceitas", aquelas em que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas.

Posteriormente, no século XIII, *Tomás de Aquino* retoma e amplia as teorias aristotélicas da ação e, implicitamente, do silogismo prático em sua *Suma Teológica* (*Summa Theologica*, 1268–1272).

Na *Suma Teológica*, no *Tratado da Lei* (I e II), Aquino distingue quatro diferentes tipos de leis, a saber: a *lei eterna* (*lex aeterna*), a *lei natural* (*lex naturalis*), a *lei humana* (*lex humana*) e a *lei divina* (*lex divina*).

Conforme o escolástico, todas as coisas são reguladas e medidas pela *lex aeterna* ou pela razão divina, que, por sua vez, não pode ser conhecida em si mesma, mas tão somente em parte, por intermédio de seus efeitos (*Suma Teológica*, Q. 90, Art. III). Seres inanimados, irracionais e racionais (o homem) participam desta de modos diferentes: enquanto os primeiros estão submetidos de modo forte as desígnios da lei eterna, os homens participam desta mediante a sua razão, recepcionando-a livremente. A participação do homem na lei eterna é chamada de lei natural (*Suma Teológica*, Q. 91, Art. II). Entretanto, aqui, a *lex naturalis* não deve ser interpretada como uma lei subjetiva da alma (relacionada ao livre-arbítrio), como podemos constatar em Santo Agostinho, mas como uma grandeza objetiva que representa, ao mesmo tempo, a comparticipação intelectual (não voluntária) dos seres dotados de razão na *lex aeterna* e o produto do discernimento próprio da razão humana capaz de subir das particularidades à universalidade.

Apesar da "razão humana não poder participar plenamente do ditame da razão divina, exceto de acordo com o seu próprio modo, e imperfeitamente" (*Suma Teológica*, Q. 91, Art. III), há em nós o conhecimento de certos princípios (primeiros) da razão prática, dirigida para a ação, que nos permite apreender o *bem*. Como consequência disto, afirma Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, Q. 94, Art. II):

> o primeiro princípio da razão prática é aquele baseado na ideia de bem, a saber, que *bem é aquilo que todas as coisas procuram obter*. Por isso, este é o primeiro preceito da lei: *o bem deve ser praticado e procurado, e o mal, evitado*. Todos os outros preceitos da lei natu-

> ral estão baseados neste; de modo que tudo o que a razão prática apreende naturalmente como bem (ou mal) do homem pertence aos preceitos da lei natural como algo a ser feito ou evitado.

Dito isto, Aquino enuncia como "princípio supremo do direito natural" o que afirma que "o bem deve ser praticado e procurado, e o mal, evitado" (*Suma Teológica* Q. 94, Art. II), a partir do qual todas as leis naturais (ou leis justas) devem ser extraídas.

Tomás de Aquino reconhece que tanto a *lex divina* e a *lex humana* se encontram escritas. A primeira, contida nas sagradas escrituras, consequentemente sempre justas, surge em razão da necessidade do homem "ser dirigido de uma maneira mais elevada. Daí a lei adicional dada por Deus, pela qual o homem compartilha de maneira mais perfeita da lei eterna" (*Suma Teológica*, Q. 91, Art. IV). Já a segunda, é arbitrada pela razão humana ou pela vontade humana livre, não estando esta necessariamente conectada à lei natural ou à lei divina, e, por conseguintes, à lei eterna.

Como Agostinho, Aquino vincula a validade do direito positivo ao direito natural, ao afirmar que "aquilo que não é justo não parece ser lei; portanto, a força de uma lei depende da extensão de sua justiça", e acrescenta: a lei que se desvia da lei natural, é "uma destruição da lei", uma lei corrupta (*Suma Teológica*, Q. 95, Art. II).

Mas, observa Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, Q. 95, Art. II) que uma prescrição pode derivar da *lei natural*, primeiro, por *conclusão* a partir de premissas ou, segundo, por meio de *determinação* de certas generalidades:

> A primeira é igual àquela pela qual, nas ciências, as conclusões demonstradas são inferidas dos princípios; enquanto o segundo modo equipara-se àquele pelo qual, nas artes, as formas gerais são particularizadas em detalhes; desse modo, o artífice necessita determinar o aspecto geral de uma casa em certa forma específica. Logo, algumas coisas derivam dos princípios gerais da lei da natureza por meio de conclusões; por exemplo, que *não se deve matar* pode ser derivado como uma conclusão do princípio de que *não se deve fazer mal a nenhum homem*. Outras derivam por determinação; por exemplo, a lei da natureza dispõe que o malfeitor seja punido; mas que

> ele seja punido desta ou daquela maneira é uma determinação (...) ambos os modos de derivação se encontram contidos na lei humana. No entanto, aquelas coisas que são derivadas da primeira maneira estão contidas na lei humana de tal forma que tiram sua força não apenas dela, mas também da lei natural. Entretanto, aquelas coisas derivadas da segunda maneira não têm outra força a não ser a da lei natural.

O *silogismo prático* possivelmente sugerido por Aquino na passagem acima pode ser apresentado da seguinte forma:

Não se deve fazer mal a nenhum homem.

Matar alguém é um mal.

Logo, *não se deve matar.*

Infere-se, assim, do *princípio geral da lei natural* "*Não se deve fazer mal a nenhum homem.*" (*premissa maior*)[34], com o auxílio da *premissa menor* "*Matar alguém é um mal.*", a *conclusão* "*Não se deve matar.*". Esta *conclusão* representa uma prescrição que indica a melhor ação (ou a ação justa) a ser realizada pelo agente, a qual, por essa razão, será tomada por Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, Q. 95, Art. II) como critério de validação da *lei humana*, seja ela jurídica, política ou moral. Entretanto, como podemos observar, Tomás de Aquino preocupa-se muito mais em apresentar uma *teoria da ação* nos moldes de uma doutrina filosófica-cristã, do que propriamente uma teoria do silogismo prático, que é tão somente desenvolvida em sua filosofia, ao que parece, de modo secundário (ou tímido).

Um desenvolvimento mais expressivo da *lógica do dever* só se deu por volta do século XVII, em particular, com o trabalho *Definição de Justiça Universal* (*Definitio Iustitiae Universalis*), versão incompleta dos *Elementos de Direito Natural* (*Elementa Iuris Naturalis*), do filósofo e matemático Gottfried Wilhelm Leibniz. Neste pequeno texto, expõe um esboço da sua *teoria entre as relações modais deônticas e modais aléticas*, na qual afirma que todas as composições, transposições e

[34]Este, por sua vez, decorrente do *princípio primeiro da lei natural* que afirma que "*O bem deve ser praticado e procurado, e o mal, evitado.*".

oposições das noções modais aléticas podem ser traduzidas, em certo sentido, por noções modais deônticas (ou jurídicas), como enunciou o filósofo alemão no esquema a seguir, conforme Kalinowski (1975, p. 37):

Iustum, licitum		*Possibile*	
Injustum, Illicitum	*est quicquid*	*Impossibile*	*est fieri a viri bono*
Aequm		*Necessarium*	
Indebitum		*Omissibile*	

Isto é,

Justo, Lícito		*Possível*	
Injusto, Ilícito	*é algo*	*Impossível*	*para ser feito por um homem bom.*
Equitativo		*Necessário*	
Indébito		*Omissão*	

Leibniz conclui: "consequentemente, todas as combinações, transposições e oposições das noções modais, demonstradas por Aristóteles e outros, podem ser transcritas como outras noções modais jurídica", de tal modo que "não há nenhum teorema lógico pertencente a teoria da conversão e teoria da oposição, ou melhor, teorias das figuras, dos modos e dos silogismos que podem definir um teorema jurídico" (*apud* KALINOWSKI, 1975, p. 37). Com isto, Leibniz demonstra determinado número de teoremas da teoria da oposição das noções deônticas, teoremas como "nada justo é injusto", e vice-versa, bem como formula várias teorias relacionando as noções modais deônticas com as noções modais aléticas, tais como "todo o justo é possível", "o que é impossível é injusto", entre outras.

Embora, com Leibniz, a *lógica das normas* como *lógica deôntica* tenha avançado, consideravelmente, em muitos aspectos, esta como a concebemos hoje é, sem dúvida, fruto dos séculos XIX e XX. A tradição costuma apontar três grupos

de autores da segunda metade do século XIX e início do século XX como precursores da moderna *lógica das normas*. Ao primeiro grupo pertencem B. Bolzano, A. Höfler, E. Husserl e alguns outros como G. E. Moore e E. Westermarck, cujas obras contêm alguns elementos filosóficos da *lógica das normas*. O segundo grupo é integrado por J. Bentham, P. Lapie, E. Mally e K. Menger, estes dois últimos, criadores da *lógica da vontade* e da *lógica dos costumes*[35]. O terceiro grupo é formado por lógicos que publicaram seus trabalhos entre os anos de 1925 e 1950. Estes lógicos, conhecidos como *lógicos deônticos*, desenvolvem, particularmente, os aspectos formais da *lógica das normas*, deixando os problemas filosóficas fundamentais deste tipo de lógica em segundo plano.

Entre 1937 e 1939, Jørgen Jørgensen (*Imperative and Logic*, 1937–1938), Karl Menger (*A logic of the Doudtful – On Optative and Imperative Logic*, 1939) e J.C.C. McKinsey (*On the Logic of Imperatives*, 1930) também escreveram textos nesta temática. No entanto, os estudos das décadas de 1920 e 1930 tinham algum tipo de insuficiência quanto à elaboração formal de algumas ideias lógicas.

A partir do ano de 1951, uma formalização expressiva da *lógica das normas* como *lógica deôntica* é realizada pelo lógico e filósofo finlandês *George Henrik von Wright*, com a publicação do artigo *Lógica Deôntica* (*Deontic Logic*, 1951). Neste importante artigo, von Wright constrói um sistema formal para a *lógica deôntica*, designado, hoje, "sistema *standard* da lógica deôntica".

O *sistema deôntico padrão* de von Wright (1951), fundamenta-se sobre duas teses. A primeira, de certo modo já presente no pensamento Leibniz, e nos posteriores estudos de A. Höfler, J. Ray e K. Menger, reside na analogia das noções de "obrigação" e "permissão", respectivamente, com as noções de "necessidade" e "possibilidade" desenvolvidas na *lógica modal*. A segunda consiste na transposição das expressões deônticas (ou normativas) em enunciados lógico-simbólicos. Trata-se, pois, do estudo lógico da "normatividade" em uma linguagem formal. Neste sen-

[35]Para mais detalhes consultar: Kalinowski (1975, p. 39-52).

tido, podemos compreender a *lógica deôntica* como uma extensão da *lógica clássica*, de modo que nela são empregadas além dos conhecidos *operadores lógicos clássicos*, os *operadores deônticos*.

Von Wright considera as ações como sendo simples (expressas na forma de fórmulas atômicas, por exemplo, "A" e "B", as quais representam os nomes das ações) ou compostas (representadas por fórmulas moleculares bem formadas, por exemplo, $\neg A$, $A \wedge B$, $A \vee B$, $A \supset B$, $OA \supset \neg P \neg A$ etc., as quais denotam relações entre ações ou "nomes de ação"). Ele propõe, ainda, os *operadores deônticos* como: "P" para "... está permitido"; "F" para "... é proibido"; "O" para "... é obrigatório"; e "I" para "... é indiferente". O *sistema deôntico padrão* (OK) de von Wright (1951, p. 13) toma como primitivo o operador deôntico "P", já que introduz os demais operadores em função deste, como a seguir:

Df. *F* $FA =_{def} \neg(PA)$;

Df. *O* $OA =_{def} \neg(P\neg A)$;

Df. *I* $IA =_{def} PA \vee P\neg A$.

O sistema deôntico OK é construído segundo o método de matrizes (matrizes que impõem condições de validade às fórmulas bem formadas de um sistema lógico). Von Wright (1951, p. 13 –15) propõe os seguintes teoremas para OK:

$\mathbf{T}_1$ $PA \equiv \neg(O\neg A)$;

$\mathbf{T}_2$ $OA \supset PA$;

$\mathbf{T}_3$ $O(A \wedge b) \equiv (OA \wedge OB)$;

$\mathbf{T}_4$ $P(A \vee B) \equiv (PA \vee PB)$;

$\mathbf{T}_5$ $O(A \vee B) \supset (OA \vee OB)$;

$\mathbf{T}_6$ $P(A \wedge B) \supset (PA \wedge PB)$;

$\mathbf{T}_7$ $[O(A \supset B) \wedge OA] \supset OB$;

$\mathbf{T}_8$ $[O(A \supset B) \wedge PA] \supset PB$;

$\mathbf{T}_9$ $\{O[A \supset (B \vee C)] \wedge [\neg(PB) \wedge \neg(PC)]\} \supset \neg(PA)$

$\mathbf{T}_{10}$ $\neg\{O(A \vee B) \wedge [\neg(PA) \wedge \neg(PB)]\}$

Posteriormente, von Wright (1956, 1964, 1965) e outros pesquisadores, como Prior (1962), Chisholm (1963), Ross (1971), van Eck (1982), Bulyng (1991), McNamara (2006), entre outros[36], constatam que o sistema padrão da lógica deôntica (*OK*) dá origem a "paradoxos deônticos"[37]. Isto, certamente, motivou a construção de novos sistemas lógicos deônticos.

O próprio von Wrigth, já em 1956, propõe um sistema deôntico diádico. Em 1964 e 1965, o lógico finlandês apresenta uma versão mais concisa do seu modelo deontológico diádico. Este novo sistema toma a expressão $O(.../...)$ como primitiva, devendo os espaços em branco serem preenchidos por fórmulas proposicionais bem formadas. Por exemplo, a expressão $O(A/B)$ significa que A descreve algo obrigatório, sob a condição B. Ademais, descreve em similitude $P(A/B)$ equivalente a $\neg O(\neg A/B)$, tal que a segunda ocorrência da negação, por razões sintáticas, deve dar-se imediatamente antes da variável A. Já a fórmula $F(A/B)$ tem definição usual, como equivalente a $\neg P(A/B)$. Os axiomas deste sistema são os seguintes:

A 1. $\neg[O(A/C) \wedge O(\neg A/C)]$;

A 2. $O(A \wedge B/D) \equiv O(A/D) \wedge O(B/D)$;

A 3. $O(A/D \vee E) \equiv O(A/D) \vee O(A/E)$.

O axioma **A1** nega que tanto A quanto $\neg A$ possam ser obrigações absolutas. Segundo **A2**, se existe uma obrigação conjuntiva, sob a condição D, então cada membro da conjunção é obrigatório, sob D. O axioma **A3** é interpretado por von

[36]No *Capítulo 04* desta tese tratamos com mais detalhes dos seguintes paradoxos deônticos: "Paradoxo da Obrigação Derivada" (Von WRIGHT, 1951; Van ECK, 1982, p. 269), "Paradoxo do Compromisso" (PRIOR, 1962, p. 224-225), "Paradoxo do Dever versus Dever-ser" (McNAMARA, 2006, p. 244) e "Paradoxo do Homicida Menor de Idade" (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2003).

[37]A tese segundo a qual existiria um conjunto x, tal que $x \in x$ e $x \notin x$ é o célebre paradoxo de Russell, que evidenciou a inadequação do sistema construído por Frege para fundamentar a aritmética. Este paradoxo é uma contradição, cuja demonstrabilidade no referido sistema mostra que há ali algo de errado, no que diz respeito à noção de pertencer ($\in$). Visto que o sistema-padrão *OK* é correto e consistente, nele nenhuma contradição é teorema. Portanto, no sistema-padrão, não há paradoxos como o de Russell. Entretanto, nesse sistema surgem dificuldades importantes que, numa acepção bem mais fraca, são chamadas de paradoxos deônticos (GOMES, 2008, p. 18).

Wright (1964, p. 175) da seguinte forma: “a obrigatoriedade de que se feche uma janela, em caso de chuva ou trovão, equivale à obrigatoriedade de fechá-la, em caso de chuva e em caso de trovão”.

O sistema deôntico diádico de von Wrigth (1964, 1965) revela-se em certos aspectos como um sistema interessante. Por exemplo, de um modo geral, neste, os paradoxos da obrigação derivada e do compromisso[38] não ocorrem. Entretanto, o novo sistema de Wrigth não está isento de problemas, como defende Føllesdal e Hilpinen (1971).

Segue-se, desde então, uma série de desdobramentos a partir do sistema deôntico *OK* de von Wrigth (1951, 1956). Por exemplo, neste sentido, o eminente lógico e jurista sueco Lennart Ernst Åqvist (2002) apresenta em seu conhecido artigo *Deontic Logic*, além do sistema padrão *OK*, sistemas deônticos decorrentes, mas distintos como os OK^{+}, OM^{+}, $OS4^{+}$, OB^{+}, $OS5^{+}$[39].

Considere a seguinte lista de esquemas de axioma:

(A0) Todas as tautologias dos Cálculo Proposicional Clássico;

(A1) $PA \equiv \neg O \neg A$;

(A2) $O(A \supset B) \supset (OA \supset OB)$;

(A3) $OA \supset PA$;

(A4) $OA \supset OOA$;

(A5) $POA \supset OA$;

(A6) $O(OA \supset A)$;

(A7) $O(POA \supset A)$.

A partir desta lista, Åqvist (2002, p. 207) descreve os sistemas deônticos OK^{+}; OM^{+}, $OS4^{+}$, OB^{+}, $OS5^{+}$ como: $\mathbf{OK}^{+} = A0 - A3; \mathbf{OM}^{+} = A0 - A3, A6; \mathbf{OS4}^{+} = A0 - A3, A4, A6;$ $\mathbf{OB}^{+} = A0 - A3, A6, A7;$ $\mathbf{OS5}^{+} = A0 - A5.$

[38] Estes paradoxos serão detalhados no *Capítulo 4*.

[39] Este último é por nós estudado no *Capítulo 03*, *Seção 3.1.*

Lógicos e juristas contemporâneos vêm relacionando e interpretando as estruturas lógicas da *lógica deôntica* por intermédio de técnicas e estruturas lógicas (ou lógico-matemáticas) da *lógica da ação*, *lógica modal*, *lógica algébrica*, para citarmos apenas estas[40], aprimorando, assim, também, em particular, a *lógica normas jurídicas* como uma *lógica deôntica*. Tomemos, observado este quadro, os seguintes exemplos: Lars Lindahl (*apud* Faralli, 2006, p. 61) desenvolveu uma *teoria das condições jurídicas* (*legal positions*) na qual com o uso combinado da lógica deôntica e lógica da ação formaliza "conceitos jurídicos fundamentais", como o de dever, responsabilidade, poder etc.. Segundo Faralli (2006, p. 62), em contribuições mais recentes, Lindahl (*Norms. Meaning Postulates and Legal Predicates*, 1997) analisa "conceitos jurídicos intermediários", como os de "posse", "proprietário", "cidadão" etc., os quais no interior de um sistema normativo "fazem mediação" e estabelecem conexões particulares entre condições descritivas relativas a fatos e específicas consequências jurídicas. Lindahl propôs uma definição formal de tais conexões jurídicas, mostrando que elas se referem as estruturas conceituais complexas e, tecnicamente, assumem a forma de relações entre reticulados algébricos. Pioneiramente, já na década de 1970, Hansson (1971) usa a *semântica dos mundos possíveis* de Kripke (1959) na interpretação do sistema deôntico diádico de von Wrigth (1964). Já autores atuais como Åqvist (2002, p. 208) e McNamara (2006, p. 213-216) aplicam a *semântica dos mundos possíveis* de modo bastante profícuo à interpretação de vários sistemas lógicos deônticos. Seja como for, hoje, a *lógica deôntica* avança interdisciplinarmente.

[40]Seguindo esta vertente, também pretendemos com esta tese dinamizar a *lógica das normas jurídicas* como uma *lógica deôntica* com a aplicação de outras técnicas e estruturas lógico-matemáticas que são usualmente utilizadas para interpretar *OK*. Com efeito, nos *Capítulo 03* e *Capítulo 04* trataremos de interpretar o sistema deôntico *OS*5 com aparatos semânticos da *lógica fuzzy*.

2 MOTIVAÇÕES FILOSÓFICAS À INTERPRETAÇÃO FUZZY DAS NORMAS JURÍDICAS

O conceito de obrigação é central na *lógica da normas jurídicas* (uma espécie de *lógica deôntica*), afinal esta lógica tem como cerne o estudo lógico dos discursos normativos que, com frequência, fazem uso desta noção. Daí decorre a importância de entendermos ao certo o significado da expressão "está obrigado a", para só então podermos traduzi-la em termos lógicos.

Em linhas gerais, a etimologia da palavra "obrigação" nos revela que esta noção está associada à ideia de ligação, elo, ou vínculo. O termo "obrigação" deriva do termo latino *obligatio* que significa "por ligar", já que a proposição "*ob*" pode ser traduzida como "por" e "*ligatus*", particípio passado do verbo *ligo* (ligar, atar, amarrar, unir[1]), como "ligar"[2]. Observado isto, se uma prescrição é reconhecida como obrigatória pelo agente, então dizemos que este deve estar vinculado a ela, caso contrário esta não seria uma obrigação, mas um mero conselho cujo cumprimento lhe seria facultativo.

É importante percebermos que o agente ao admitir uma ação como obrigatória, justifica-lhe a obrigatoriedade conforme uma série de razões ou crenças de ordem pessoal, moral, política, social, jurídica etc. Consequentemente, pode-

[1]Cf. Ovídio, *Metamorfose*, 3, 575, *apud* Faria (1991, p.316).

[2]Cf. Cícero, *Verrinas*, 2, 78, *apud* Faria (1991, p. 366).

mos admitir ao termo "obrigação" certa polissemia de significados, uma vez que podemos falar, por exemplo, de "obrigação moral", "obrigação política" e "obrigação legal".

Nas seções e subseções a seguir, analisamos certos problemas relacionados à definição de "obrigação" e à vinculação (moral, política, social e jurídica) dos agentes as ações obrigatórias, bem como apresentamos uma série de argumentos filosóficos de ordem moral, legal e lógica no intuito de mostrarmos que a noção de obrigação pode ser melhor compreendida quando relacionada com a ideia de gradação: primeiro, no que concerne a gradação como mecanismo de solução de conflitos entre obrigações; segundo, no que tange à gradação como parâmetro de medição da obrigatoriedade de uma prescrição. Neste último aspecto, no qual acreditamos que a avaliação da força vinculativa das obrigações (nos mais diversos contextos: moral, político, legal e lógico) deve ser registrada em graus, definimos a *obrigação de uma norma jurídica* como a seguir (ver *Seção 2.2* deste *Capítulo*):

> Uma norma jurídica (ou prescrição) é obrigatória se, e somente se, vincula de modo mais ou menos forte o agente a sua hipótese de ação. Esta vinculação (ou obrigatoriedade) se dá por intermédio da sanção, ônus que o agente racional acredita: (*i*) existir no caso de descumprimento da prescrição obrigatória; e (*ii*) em especial, ser fortemente insuportável.

A nossa definição de obrigação acima, não deve ser compreendida exclusivamente como uma teoria do direito, já que em geral ela é uma teoria prática, o que significa dizer, por outras palavras, que esta pode ser generalizada para outros tipos de normas, como as normas consuetudinárias ou as normas morais. Mostramos também, neste *Capítulo*, que a fixação da obrigatoriedade se dá por uma condição meta-ética, meta-legal, meta-política etc., a qual denotamos de *condição minimax de ação*. Após mostrarmos que a ideia de "está obrigado a" (obrigação) só pode ser bem apreendida a partir da noção de graus, no *Capítulo 03* traduzimos esta logicamente de acordo com algumas estruturas da *lógica fuzzy*.

2.1 OBRIGAÇÃO, MORALIDADE E LEGALIDADE

A *moralidade* pode ser entendida como um conjunto de assertivas individuais sobre o que deve ser feito ou evitado em ocasiões gerais e específicas: por exemplo, sempre ajudar aqueles que necessitam, ou jamais infligir dor a alguém. Às vezes assertivas como essas ocorrem em grupos e constituem uma perspectiva ou sistema moral. Quando isso ocorre, é possível falar de uma *moralidade* ou de uma ética – como a moralidade cristã, ou uma ética política. Uma moralidade, dito isso, é um corpo de teses morais que normalmente expressam certo tipo de preocupação ou compromisso. É possível, mas não necessário, que uma moralidade seja acompanhada por um ou mais princípios, por referência aos quais se justificam asserções específicas. A articulação de tais princípios dentro de uma estrutura sistemática é o que constitui uma *teoria moral* (HALDANE, 2007, p. 529–530). Aqui, é importante notarmos o valor das *teorias morais*.

Em sua origem o termo "teoria" (θεωπία) expressa a ação de "olhar", "observar". No entanto, este olhar não é um olhar desinteressado, mas antes um olhar atento ou contemplativo (θεωπέω) que visa explicar os fatos observados, estabelecendo-lhes relações. Portanto, de um modo bem geral, as teorias são uma espécie de pano de fundo das descrições que fazemos do mundo, visto que a nossa percepção das coisas não se dá em meio a um vazio intelectual. Ao contrário, quando contemplamos os fatos, conferimos a estes sentidos e ordem que provêm dos nossos próprios esquemas conceituais (teorias), o que significa dizer que a teoria não é algo que se contrapõe à realidade, mas ela é exatamente aquilo que configura e estrutura a realidade como tal (RABENHORST, 2005, p. 195–201). Caso contrário, teríamos apenas fatos que em si mesmos são carentes de sentidos, os quais são determinados e organizados (modelados) tão somente por uma teoria.

O agente que deseja praticar boas ações ou as melhores a serem praticadas age por intermédio de um "esquema conceitual do agir" (que pode ser uma *teoria*

moral) que justifica a sua prática como plausível (ou no caso das teorias morais, como moral). Admitindo esta condição, toma o que deve ser como o que é. Por exemplo, todo pai tem em mente um modelo sobre o que é a educação ou sobre qual é a melhor educação para o seu filho (como a educação deve ser); a partir deste modelo compreensivo estabelece uma prática: "educo o meu filho deste modo e não daquele, porque entendo que isto é o melhor a ser feito". Por outras palavras, como *agente racional* age conforme uma teoria (*modelo*) que condiciona a sua tomada de decisão. Logo, se uma prescrição é obrigatória, o é porque determinada teoria (interpretação), que pode ser de cunho moral, justifica-lhe o caráter vinculativo.

A seguir, investigamos a relação entre as teorias morais de Sócrates, estoica, cristã, de Kant, utilitaristas e contratualistas com as noções de "obrigação legal", "obrigação política" e "obrigação social".

2.1.1 OBRIGAÇÃO, DEVER E LEGALIDADE

O Exemplo Emblemático de Sócrates

No ano 399 a.C, o tribunal dos heliastas, constituído por cidadãos provenientes das dez tribos que compunham a população de Atenas e escolhidos por meio de sorteio, reuniu-se com 501 membros. Difícil tarefa aguardava esses juízes: julgar o controvertido Sócrates. Cidadão admirado e enaltecido por alguns, particularmente pelos jovens, e criticado e combatido por outros, que nele viam uma influência perniciosa à juventude, uma verdadeira ameaça para as tradições da cidade.

Conforme o ato de acusação relatado por diferentes fontes (Platão, *Apologia*, 24 b–c; Xenofontes, *Memoráveis*, I, 1; Diógenes Laércio, *Vidas e Doutrinas dos Filósofos Ilustres*, II, 40), diante do tribunal popular, Sócrates é acusado, primeiro,

por Meleto que falava em nome dos poetas, segundo, pelo rico curtidor de peles, influente orador e político Anitos, representando os artesãos e políticos, e, terceiro, por Lição, ligado aos oradores, de "não reconhecer os deuses do Estado, introduzir novas divindades e de corromper a juventude" (*Apologia*, 24c). Embora ao longo do julgamento Sócrates tenha demonstrado publicamente a inconsistência dos argumentos de seus acusadores, e tenha ainda manifestado com consciência e tranquilidade a sua inocência, por 220 votos a seu favor e 281 contra, o filósofo é considerado culpado, sendo-lhe posteriormente fixada a pena (pena capital ou a multa de 30 minas).

Conforme Platão no diálogo *Críton* (43 ss.), Críton, velho amigo de Sócrates, vai visitá-lo na prisão dois dias antes de sua morte. Na ocasião, Críton propõe a Sócrates a fuga da cidade, mas este recusa, propondo-lhe uma reflexão da sua proposta e das consequências decorrentes no caso de aceitá-la.

Neste exame, Sócrates defende princípios essenciais de sua filosofia e de sua própria história de vida – imprescindíveis à alma filosófica que anseia pelo caminho do bem e pelo contato com o divino – tal como, em especial, aquele que diz que "jamais é bom e belo praticar a injustiça" (Platão, *Críton*, 49 a)[3]. Na condição política de cidadão ateniense, Sócrates afirma que sempre aceitou as leis da cidade que regem o nascimento, a alimentação, a educação, o casamento, a criação dos filhos, e o "jogo da cidadania": permitindo-lhes a participação política nas Assembleias a todos os cidadãos, proposição de leis, a discussão e votação destas (cf. Platão, *Críton*, 50 ss.). Uma vez insatisfeito com as leis vigentes na cidade, defende Sócrates, cabe ao cidadão, em vez de afrontá-las – rompendo um pacto (acordo) firmado com estas, e assim cometendo uma injustiça – persuadir para que tais leis sejam alteradas. Nas palavras de Sócrates (Platão, *Críton*, 50, a-c):

> – A partir disso, então, repare: se nós saímos daqui sem ter persua-

[3]Em similitude: "o homem ou a mulher nobre e bom é feliz, enquanto o injusto e perverso é miserável" (Platão, *Górgias*, 470 e) e "é preferível sofrer o que quer que seja, a cometer uma injustiça" (Platão, *República*, I, 353e-354a: οὔτε ἄλλο ὁτιο υν πὰσχειν πρὸ το υ ἀδικε ιν.).

> dido a cidade, estamos fazendo mal a alguns (a quem menos se deve fazer isso), ou não? E nós nos conservamos fiéis ao que foi reconhecido de comum acordo como sendo justo, ou não? (...)
> Vamos, examine deste modo. Se sobre nós, prestes a escapulir, viesse se postar as leis e o interesse comum da cidade, e perguntassem: "Diga-me, Sócrates: o que você tem em mente fazer? Em alguma outra coisa você pensa, com esse ato que tenciona praticar, a não ser às leis – a nós! – destruir e, da parte que lhe toca, à cidade toda? Ou tem condições – lhe parece – de continuar a existir e de não virar aquela cidade na qual as sentenças dadas não têm força alguma, mas antes se tornam, pela ações de homens simples, não- soberanas e corrompidas?"

Sócrates, fiel aos argumentos acima, não aceita a fuga por acreditar que este ato poderia ferir as leis da cidade, colocando em risco o contrato social estabelecido pelos cidadãos, pois a sua afronta é o mesmo que causar uma doença à cidade. Deste modo, o filósofo ateniense aceita a sua execução, não como vítima das leis, mas do mau julgamento realizado pelos homens, porque esse é o caminho que lhe aponta a divindade.

Mas, afinal, qual é o significado do enunciado "Sócrates toma como obrigatória a ação de cumprir as leis de Atenas"? Quem se diz obrigado a obedecer à lei o faz pelo dever moral de cumpri-la? Sócrates entenderá a "obrigação legal" como "obrigação moral", isto é, como uma dever cívico moral, o qual o agente não deve se eximir de cumprir, por se tratar de um compromisso racional prático ligado à justiça, único caminho possível à realização da finalidade da vida humana: o "bem viver" (εὐδαιμονία), excelência que coloca em boa condição e desempenho a alma.

Sócrates, assim, convence-se da obrigatoriedade (ou do dever cívico) de cumprir as leis da cidade ao apresentar razões que fundamentem isto. Estas, em suma, podem ser reunidas em quatro argumentos. Em primeiro lugar, afirma que a sua longa permanência em Atenas mostra que ele entrou em um acordo com as leis atenienses e comprometeu-se a obedecê-las (*Críton*, 50 a ss.). Em segundo lugar, reconhece que deve seu nascimento, nutrição e educação, entre outros bens, às leis de Atenas, deste modo reconhece sua gratidão a estas. Em terceiro lugar, sugere que a desobediência seria um tipo de mau-trato aos seus concidadãos – como afirma

à Críton: "se nós saímos daqui sem ter persuadido a cidade, estamos fazendo mal a alguns (a quem menos se deve fazer isso), ou não?" (*Críton*,50 a). E por fim, Sócrates (*Críton*,50b) apresenta o seguinte argumento:

> Em alguma outra coisa você pensa, com esse ato que tenciona praticar, a não ser às leis – a nós! – destruir e, da parte que lhe toca, à cidade toda? Ou tem condições – lhe parece – de continuar a existir e de não virar aquela cidade na qual as sentenças dadas não têm força alguma, mas antes se tornam, pela ações de homens simples [particulares], não-soberanas e corrompidas? [4].

Ao valer-se de um raciocínio dialético, o filósofo ateniense formula hipóteses (como as razões acima elencadas) que funcionam como "pontos de partida e trampolins" que permitem a razão prática "elevar-se até o princípio universal que já não pressupõe condição alguma" (Platão, *República*, 511 b), o qual, em particular no *Críton*, é expresso da seguinte forma: "jamais é bom e belo praticar a injustiça" (Platão, *Críton*, 49 a). A partir desta máxima, forçosamente, este decide não fugir, assumindo como dever – ação a qual não se deve se eximir, sejam quais forem as consequências decorrentes desta: eis, aqui, uma definição mais estrita de dever – o cumprimento da lei. Se assim for, uma vez conhecido o princípio universal como parâmetro norteador das nossas ações, o agente passa a ter como "dever inexorável" todas as "consequências que dele dependem e desde assim até a conclusão, sem recorrer a nenhum dado sensível, mas tão somente às ideias" (Platão, *República*, 511 b). Daí, cumprindo essa necessidade da condição humana, ou seja, da racionalidade da alma, enquanto consciência, diz Sócrates que ninguém pratica o mal intencionalmente (πάντες οι τὰ αἰσχπὰ καὶ καχά ποιοῦντες ἄκοντες ποιῦσι)[5], pois aquele que conhece o bem, por esse caminho, não pode necessariamente negá-lo, se pratica o mal é por ignorância, isto é, é porque desconhece o bem e seus princípios universais.

[4] Segundo Richard Dagger (2010, p. 3), posteriormente, na contemporaneidade, estes argumentos darão origem, conforme a ordem acima apresentada, as seguintes "teorias da obrigação política": *teoria do contrato social ou do consentimento*; *teoria da gratidão*; *teoria fair play* e *teoria utilitarista*. Para mais detalhes consultar o seu artigo *Political Obligation*, citado em nossas referências.

[5] *República*, IX, 589 c; *Protágoras*, 3495 d e ss.; *Górgias*, 509 e, Timeu, 86 d.

Lei Natural, Dever e Racionalidade

Posteriormente, a noção ética de "dever", como um ditame incondicional da razão que determina a ação justa ou correta, é posta também pelos estoicos, mas agora sob um paradigma diferente: substituem a ideia de "sumo bem" – até então o mais expressivo paradigma ético – pela noção de "retidão da ação" ou ação de acordo com a "reta razão", conforme observa Caygill (2000, p. 96). A retidão de um ato dependia da disposição do agente, e não das consequências do ato. A disposição apropriada consistia em agir de acordo com os deveres impostos pela razão universal, estando esta em harmonia constante com a natureza. Neste sentido, Cícero, *Sobre os Deveres* (*De officiis*), Cap. 1, IV:

> A natureza colocou em todo o ser vivo a aptidão inata de conservação, para defender seu corpo e sua vida, para evitar o que danifica, para procurar todo o necessário com que viver, o alimento, o abrigo e outras coisas dessa espécie. Deu, a cada espécie, nos dois sexos, um fascínio mútuo que os leva à reprodução, e certo cuidado de sua prole. Mas há diferença entre o homem e o animal; pois este obedece exclusivamente aos sentidos, só vive o presente, o que está perante dele e não tem qualquer percepção de passado e futuro. O homem, ao contrário, com o auxílio da razão, que é o seu galardão, percebe as consequências, a origem, o passo das coisas, compara-os uns com outros, liga e reata o futuro ao passado; envolve, de um golpe de vista, todo o fluxo de sua vida, e faz guarnição do necessário para iniciar uma profissão. (...)
> Grande vantagem deu a natureza e a razão ao homem sobre todos os seres animados, concedendo-lhe o significado da ordem, da bem-aventurança e a medida nas suas ações e palavras. Só ele sente a beleza, a graciosidade, a proporção dos objetos sujeitos à sua vista; e o homem, conduzindo essa imagem dos objetos materiais ao que só interessa ao espírito, transforma em beleza, assiduidade e ordem seus desejos e suas ações, resguarda-se da desonestidade e da covardia, preserva-se da paixão tanto para seus sentimentos como para seu comportamento. De tudo isso decorre a honestidade procurada, honestidade que nada perde de sua beleza, mesmo quando não seja notada e que é louvável por si própria, ainda quando por ninguém louvada.

As diretivas de ordem e justiça da *lei natural*, como utilizadas por Cícero,

num sentido geral e abstrato de princípio: "razão fundamental que ordena o que se deve fazer e proíbe o contrário" (*Das Leis*, I, 18 e 19), ergue-se sobre os interesses, desejos, paixões e, em geral, contra as injustiças dos atos particulares. A prescrição justa e obrigatória é, portanto, expressão da razão, na medida em que, segundo Cícero (*Sobre o Dever*, I), toda a moralidade tem como fonte a consciência ética que nos fora dada pela própria natureza. Sem ela seríamos incapazes de discernir, não só o que é justo ou injusto, senão também o que é honesto ou torpe.

Na verdade, essa ideia de obrigatoriedade, fundada na *lei da natureza* (ou *reta razão*) e não nos interesses próprios das pessoas ou dos povos (Cícero, *Das Leis*, I, 42-45), sintetiza uma série de "deveres essenciais" ao bem-estar. Se não houvesse respeito pela lei da natureza, "como poderia existir liberdade, amor à pátria, piedade, vontade de fazer o bem e de reconhecê-lo?" Estes, diz ele, "nascem da nossa inclinação natural de amar o próximo" (Cícero, *Sobre os Deveres,* I, 43: *Haec nascuntur ex eo quod natura propensi sumus ad diligendos homines*).

Lex Aeterna, Dever e Legalidade

A *Ética Estoica*, posteriormente, servirá de modelo à *Ética Deontológica Cristã* que desenvolverá mais explicitamente a noção de "obrigação moral" como dever moral. A *premissa metafísica*, aqui, que sustenta a obrigatoriedade das prescrições morais é, em suma, a seguinte: "Deus, ser onipotente, onipresente, onisciente, fonte inconteste de toda a bondade (sendo o próprio a bondade em si)[6], estabelece uma série de deveres indubitavelmente justos e obrigatórios".

Houve um momento da nossa história em que a teologia cristã objetivou estender os preceitos da sua moral deontológica às práticas da sociedade política

[6]Se Deus é a bondade em si, então de onde vem o mal? Para saber mais sobre o interessantíssimo *Problema do Mal* consultar: Tooley Michael (2013).

e às suas regras legais, no sentido de fundamentá-las como justas quando sustentadas sob o pano de fundo da moralidade divina (reconhecida pela igreja e por seus filósofos e sacerdotes). Obedecer à lei justa, nestes termos, significava obedecer a autoridade do próprio Deus (a bondade e a justiça em si).

O Estado, que só existe por meio da força e coerção, é sustentado pela vontade divina como paliativo da condição humana do pecado (*Cidade de Deus*, XIX, 19). Daí decorre a necessidade do direito justo ser o fim e o limite do Estado, ele o é como uma ordem imposta pela própria providência de Deus, em face das más ações volitivas do ser humano, que tentam destruir a ordem natural, afirma Agostinho (*O Livre Arbítrio*, I, 5).

Também neste sentido Tomás de Aquino afirma que "aquilo que não é justo não parece ser lei; portanto, a força de uma lei depende da extensão de sua justiça" (*Suma Teológica*, Q. 95, Art. II). A lei justa é aquela que possui como fundamento um parâmetro de moralidade cristã. Assim, diz-se que uma lei positiva que proíbe o homicídio é justa, por se coadunar com o mandamento divino (ou *lei divina*) "não matarás" (Êxodo 20: 13). Por força dessa condição de justiça, o referido artigo torna-se, além de justo, obrigatório. Não cumpri-lo seria o mesmo que desobedecer a própria vontade de Deus.

Além das dificuldades imediatas de se admitir a existência de Deus e a de se saber ao certo qual é a sua vontade (mesmo que se diga que esta está expressa na Bíblia, que enquanto texto, pode comportar inúmeras interpretações), um entendimento de uma obrigação legal ou política baseada na ideia de dever incondicional (como a de amar o próximo, mesmo que este próximo seja um inimigo) parece menosprezar motivos, intenções ou interesses que nem sempre são irrelevantes à prática de uma ação justa, ainda mais quando observados certos contextos e consequências.

Liberdade, Racionalidade, Dever e Legalidade

Nem todas as teorias morais baseadas na noção de dever se apoiam em razões teológicas, como a da existência de Deus. A teoria deontológica de Immanuel Kant (2003, 2009a), por exemplo, apesar de fortemente influenciada pela tradição cristã protestante, descreve a moral de uma forma assaz formal e laica. Na verdade, o pensamento moral kantiano deve parte de sua originalidade à rejeição de que (*i*) a fonte da ética ou da moralidade depende da vontade de Deus; de que (*ii*) a sociedade toma o lugar de Deus como fonte da moralidade e (*iii*) cada sociedade tem o seu próprio código moral. Opondo-se a qualquer perspectiva desse gênero, primeiro, Kant defende que não podemos conceber o princípio supremo da moralidade como algo que nos é imposto por uma autoridade exterior, seja ela qual for. Segundo, a faculdade racional dirigida à ação dispõe de um *imperativo categórico*, como princípio supremo da moralidade, um dever bom em si, formal e universal.

Immanuel Kant, na sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785), posteriormente, em *A Crítica da Razão Prática* (*Kritik der Praktischen Vernunft, 1788*) e também na sua *A Metafísica dos Costumes* (*Die Metaphysik der Sitten*, 1797), articula uma complexa teoria moral e filosofia do direito, nas quais relaciona com certa complexidade as ideias de racionalidade, autonomia (ou liberdade) e moralidade.

Já na *Crítica da Razão Pura* (*Kritik der Reinen Vernunft*, 1781), Kant (2008) (B 472-B 473) afirma que a razão não é constituída apenas por uma dimensão teórica, que busca conhecer, mas também por uma dimensão prática que determina seu objeto mediante a ação. Dessa forma, encontramos os fundamentos metafísicos da ação no mundo moral construído pela razão prática do homem. Com essa faculdade, Kant (2008, B581) observa que apenas no *mundo da cultura* o homem age em função de valores e fins que ele próprio se atribui, construindo,

assim, outra realidade diferente daquela do *mundo da natureza*, dado que este se configura como um conjunto de fatos regidos por leis e princípios necessários e universais, em si mesmos independentes de qualquer diretiva da vontade humana.

De certo modo, Kant (2008, 2009a) parece enxergar o homem como a intersecção destas duas concepções conflitantes de mundo: uma que sustenta eventos estritamente determinados (plano dos fenômenos), e a outra que defende a existência de causas livres motivadas na razão humana (plano da liberdade). Por outras palavras, segundo Kant (2008) (B 480), enquanto (*i*) "ser sensível", o homem é parte da natureza e suas ações são submetidas as relações necessárias de causa e efeito que regem todos os seres vivos, não havendo lugar para escolhas livres; entretanto, enquanto (*ii*) "ser pensante", o homem, tomado por um caráter prático, torna-se capaz de agir por escolha livre, por determinação racional de sua vontade, isto é, em nome de fins ou finalidades humanas, e não apenas condicionado por causas naturais necessárias, apetites, impulsos, desejos, inclinações e paixões (forças externas à razão), por exemplo.

Kant parte da ideia de *liberdade* como *autonomia*: a capacidade livre de formularmos racionalmente e darmos a nós mesmos deveres de caráter universal (incondicional) que expressam uma conduta moral[7]. Para este, *grosso modo*, a *moralidade* depende de uma "deliberação racional livre", na medida em que esta não deve está atrelada à forças exteriores "escravizadoras", mas antes à legislação da nossa razão prática, isto é, deve esta ser fundamentada, exclusivamente, em deveres racionais e universais *a priori* frutos da *boa vontade*[8]. Portanto, a ação

[7]"Autonomia da vontade (...) conceito segundo o qual todo o ser racional deve considerar-se como legislador universal por todas as máximas da sua vontade para, deste ponto de vista, se julgar a si mesmo e às suas ações, leva a um outro conceito muito fecundo que lhe anda aderente e que é o de um Reino dos Fins." (KANT, 2009a, p. 80) (BA 74, 75)

[8]"Neste mundo, e até fora dele, nada é possível pensar que possa ser bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade (...) A boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer, isto é em si mesma, e, considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que por seu intermédio possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se se quiser, da soma de todas as inclinações" (KANT, 2009a, p. 23) (BA4)

moral deve ser executada no sentido do dever e não por influência, por exemplo, de uma inclinação, de sentimentos ou de desejos. Daí decorre o formalismo da ética kantiana.

Estes deveres postos pela razão prática, por sua vez, enquanto "princípios supremos da moralidade", são *imperativos categóricos*. Não são simplesmente indicativos, mas imperativos porque nos surgem como uma ordem racional; e categóricos porque são absolutos, incondicionais e, por conseguinte, não hipotéticos – sendo hipotética toda ação que dependente de condições que motivam o agente a cumpri-la. Por exemplo, é possível que alguém não venha a matar outrem não por admitir o imperativo "tu não deves matar" como dever categórico, válido em si mesmo, mas por medo de ir para a prisão, assumindo como móbil o *imperativo hipotético*: "se não queres ir para a prisão, então tu não deves matar". Entretanto, aquele que age assim, não age por dever pelo dever, ou seja, não age moralmente, conforme Kant (2009a).

O *imperativo categórico* é uma obrigação que não admite hipóteses nem condições que o valide em certas situações e em outras não; na verdade este é válido incondicionalmente e sem exceções para todas as ações morais. Kant (2009a) (BA 52 ss.), expressa o *imperativo categórico* por intermédio de várias fórmulas ao logo da sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (*FMC*). A primeira delas é a da *fórmula da lei universal*:

> Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal (*FMC*, BA 52).

Nesta formulação, o *imperativo categórico* apresenta-se como princípio para testar a moralidade de uma *máxima*, isto é, de "um princípio subjetivo da ação" (*FMC*, BA 51) que leva uma pessoa a agir numa ocasião e sob certas circunstâncias em função de determinado fim. É possível agir segundo algumas máximas, mas não segundo outras. Dada certa máxima, como determinar se esta se encontra entre

as moralmente aceitáveis? Esta deve passar pelo teste de universalização proposto pela fórmula acima.

Uma segunda expressão do imperativo categórico, a *fórmula da autonomia*, é apresentada como a seguir:

> Age como se a máxima da tua ação se devesse torna pela tua vontade em lei universal da natureza (*FMC*, BA 52, 53).

Coloca-se, aqui, a exigência de agirmos segundo princípios que exprimam a autonomia da nossa vontade, pela qual Kant entende a liberdade exercida em conformidade com uma lei que o agente dá a si mesmo. Segundo este, o termo "natureza" deve ser tomado "no sentido mais lato da palavra (quanto à forma), quer dizer a realidade das coisas, enquanto é determinada por leis universais" (*FMC*, BA 52, 53).

As fórmulas acima funcionam como critérios de avaliação moral de "máximas" que nos permitem, quando associadas ou combinadas, identificar quais são morais (isto é, imperativos categóricos) ou imorais. Analisemos o que foi dito por intermédio do interessante exemplo sobre a promessa, proposto por Kant (BA 54):

> Uma pessoa vê-se forçada pela necessidade a pedir dinheiro emprestado. Sabe muito bem que não poderá pagar, mas vê também que não lhe emprestarão nada se não prometer firmemente pagar em prazo determinado. Sente a tentação de fazer a promessa; mas tem ainda consciência bastante para perguntar a si mesma: Não é proibido e contrário ao dever livrar-se de apuros desta maneira? Admitindo que se decidia a fazê-lo, a sua máxima de ação seria: quando julgo estar em apuros de dinheiro, vou pedi-lo emprestado e prometo pagá-lo, embora saiba que tal nunca se sucederá. Este princípio do amor de si mesmo ou da própria conveniência pode talvez estar de acordo com todo o meu bem-estar futuro; mas agora a questão é a de saber se é justo. Converto assim esta exigência do amor de si mesmo em lei universal e ponho assim a questão: que aconteceria se a minha máxima se transformasse em lei universal? Vejo então imediatamente que ela nunca poderia valer como lei universal da natureza e concordar consigo mesma, mas que, pelo contrário, ela se contradiria necessariamente. Pois a universalidade de uma lei que permitisse a cada homem que se julgasse em apuros prometer o que lhe viesse à ideia com a intenção de o não cumprir, tornaria impossível a própria promessa e a finalidade que com ela se pudesse

> ter em vista; ninguém acreditaria em qualquer coisa que lhe prometessem e rir-se-ia apenas de tais declarações como de vãos enganos (KANT, 2009a, p. 63).

Uma vez que a máxima "quando julgo estar em apuros de dinheiro, vou pedi-lo emprestado e prometo pagá-lo, embora saiba que tal nunca se sucederá" não passou pelo crivo de validade do *imperativo categórico*, não deve esta vincular a ação do agente, ou seja, ser tomada como obrigatória; caso contrário, o agente não age de forma livre e, portanto, moral[9].

Outra expressão do *imperativo categórico* é a *fórmula da humanidade*:

> Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio (*FMC*, BA 66, 67).

Esta fórmula é uma exigência de respeito pelas pessoas (seres racionais e autônomos). Encontramos nesta duas condições, a saber: uma delas, (*i*) *positiva*, é a de "tratar as pessoas como fins" – por exemplo, se alguém frauda certo concurso público com o objetivo de lograr um emprego, estará a tratar os demais candidatos como um meio ao seu interesse, já que fere a humanidade destas ao tirar-lhes a liberdade de concorrer ao cargo de modo justo; a outra, (*ii*) *negativa*, é de "não tratar as pessoas simplesmente como meios para nossos fins". Não há, aqui, uma proibição de tratar pessoas como meios. Tal imperativo não nos proíbe de tirar partido dos serviços e dos talentos dos outros, o que acontece, por exemplo, numa simples consulta médica; proíbe-nos, sim, de tratar as pessoas como "meros instrumentos", ou como objetos de barganha, o que se verifica emblematicamente no caso da escravidão. Portanto, os seres humanos, num sentido ético, gozam de um *valor moral absoluto*: a dignidade, enquanto as coisas e os seres humanos, no que concerne aos méritos, competências ou habilidades (atividade técnica ou artística, por

[9]Mas, não seria moralmente aceitável a máxima "quando julgo estar em apuros de dinheiro, vou pedi-lo emprestado e prometo pagá-lo, embora saiba que tal nunca se sucederá" ao menos, por exemplo, no caso no qual alguém, muito pobre, pede emprestada uma alta quantia em dinheiro, prometendo devolvê-la, para salvar a vida do seu cônjuge gravemente doente, cujo remédio capaz de lhe curar pode ser comprado com tal empréstimo?

exemplo), podem-lhes ser atribuídos um valor instrumental ou condicional (preço / *value*).

Ainda no âmbito da conduta humana, guiada por princípios racionais *a priori*, na sua *Metafísica dos Costumes* (*MC*), Kant (2003) ao empreender um entendimento geral da filosofia racional prática, depara-se com o problema do papel da *legislação jurídica* na ação do agente e, por conseguinte, com a distinção desta com a *legislação moral*[10].

Tanto a moral como o direito em Kant (2003) têm um mesmo fundamento: a *liberdade*, mas sob perspectivas distintas. Na primeira, a liberdade deve ser entendida como autonomia (liberdade interna), adequação das leis que a nossa razão dá a nós mesmos, e em sentido positivo: "liberdade para"[11]. A obrigação de cumprir uma lei moral surge do *foro interno* do agente, de tal modo que os impedimentos (juízos morais) que provém de nós mesmos são meios (mecanismos) que nos permitem ser livres. No segundo, a *liberdade* deve ser compreendida, em geral, como heterônoma (liberdade externa) e em sentido negativo: "liberdade de"[12]. A obrigação de cumprir uma lei jurídica surge do *foro interno* e *foro externo* do agente, já que o agir no mundo deve ser livre, não sendo este impedido pelas inclinações e/ou ações dos outros agentes. Ou seja, neste sentido, a liberdade deve ser entendida como a faculdade de se fazer algo sem ser coagido ou liberdade como "não-coação". A vinculação (ou obrigação), portanto, dá-se por um elemento externo (ou heterônomo): a coação de um terceiro que impede os agentes de transgredirem os limites de suas ações em relação as ações alheias.

Para Kant (2003, p. 65), tanto para o direito como para a moral é imprescindível a noção de *dever*: "o *dever* é uma ação à qual alguém está obrigado" (*MC*,

[10]Para uma abordagem ao mesmo tempo didática e concisa do tema, consultar: Flamarion (2012).

[11]Para uma visão contemporânea de *liberdade positiva* e *liberdade negativa*, consultar: *Two Concepts of Liberty* (1958) *in* BERLIN (2002).

[12]A liberdade do arbítrio é a independência de sua determinação por impulsos sensíveis. Tem-se aqui o conceito negativo da liberdade. O conceito positivo está relacionado com a faculdade da razão pura de ser por si mesma prática (*FMC*, AB 6,7).

AB 21). Assim, o *dever* é a matéria da obrigação, e a "obrigação é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão" (AB 19, 20). Portanto, tanto o direito (justo) como a moral devem ter como pressuposto uma lei prática *a priori*, uma *lei universal*. Mesmo que cumpramos as leis jurídicas por alguma inclinação, interesse ou por um cálculo de vantagem, Kant (2003, p. 76-77) parece observar que o direito (ou ao menos a sua promoção) deve estar imerso numa moralidade ligada a noção metafísica de liberdade, ao defini-lo como: "o conjunto de condições sob o qual o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio dos demais segundo uma lei universal" (*MC*, A 33, B 33, 34). Daí extrai Kant (2003, p. 77) o princípio universal do direito: "uma ação é conforme o direito quando permite a liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal" (*MC*, A 33 e B 33, 34).

A filosofia moral e jurídica de Kant (2003, 2009a) enfrenta duras críticas. Vejamos algumas destas a seguir.

A universalidade dos juízos morais da ética kantiana, por vezes, é criticada por ser vazia. Isto significa que a sua teoria nos oferece um enquadramento geral que revela apenas a estrutura dos juízos morais, a qual dificilmente nos parece ajudar na tomada de decisões morais do nosso dia a dia. Na verdade, esta no máximo nos guia de modo tímido, oferecendo-nos poucas indicações que nos permita deliberar sobre o que devemos fazer não em certo caso particular ou contexto, mas de modo universal e, ora, de modo demasiadamente abstrato. Por exemplo, se tomarmos o dever "nunca deves matar" como imperativo categórico, poderíamos afirma este como absoluto, ainda assim, no caso no qual o assassinato de Adolf Hitler na Segunda Guerra Mundial representasse salvar milhares de vida? E no caso de "legítima defesa", deve ser considerado imoral matar o agressor? Seja como for, esta teoria parece não dar atenção às consequências da ação.

Outro problema da teoria moral de Kant é que ela nos permite, ao menos

aparentemente, generalizar algumas ações imorais. Por exemplo, a máxima "devemos mutilar torturadores" pode ser consistentemente universalizada. E, no entanto, esta máxima é imoral. Mas este tipo de crítica negligencia a versão do *imperativo categórico* que nos ensina a tratar as pessoas como fins e nunca como meios. Mutilar alguém que nos torture, certamente, contradiz este imperativo, pois ao agirmos assim acabamos por menosprezar a sua condição de humanidade e de liberdade, ou seja, não estaremos tratando estas pessoas (os torturadores) como um fim em si mesmo. Nesta última formulação do imperativo categórico, Kant (2009a), sem dúvida, acrescenta algum conteúdo à sua teoria deontológica moral.

Mas, mesmo combinando a tese da universalidade com a formulação do imperativo categórico em termos de meios e fins, a teoria moral de Kant não oferece soluções satisfatórias para muitas outras questões morais, em especial, àqueles conflitos entre deveres. Vejamos.

No texto *Sobre um Suposto Direito de Mentir por Amor a Humanidade*, Kant (2009b) aponta o seguinte argumento de Benjamin Constant contra a possibilidade de se considerar o dever de não mentir como um dever categórico (ou incondicional):

> O princípio moral "é um dever dizer a verdade", se se tomasse incondicionalmente e de um modo isolado, tornaria impossível qualquer sociedade. Temos disso a prova nas consequências muito imediatas que deste princípio tirou um filósofo alemão, o qual chega ao ponto de afirmar que seria um crime a mentira dita a um assassino que nos perguntasse se um amigo nosso, e por ele perseguido, não se refugiou na nossa casa (KANT, 2009b, p.187).

Se alguém tem o dever de dizer sempre a verdade e também o dever de proteger os seus amigos, o que deve este fazer neste tipo de situação? A ética kantiana parece ser incapaz de nos mostrar qual decisão devemos tomar quando há deveres categóricos em conflito, pois Kant (2009a) não estipula, por exemplo, uma hierarquia entre as fórmulas de *imperativo categórico*.

Admitindo-se diferentes graus (!) entre as fórmulas de imperativo categórico

acima, seria possível solucionar o dilema de modo plausível, como a seguir: se creditarmos uma maior importância ao imperativo que diz que devemos tratar as pessoas como um fim e nunca como meio, então aquele que mente, neste caso, para salvar a vida de um amigo, age por respeito à sua humanidade, garantindo-lhe a sua autonomia e liberdade de viver a sua vida. Logo, trata o amigo como um fim em si mesmo – o que torna justa a máxima "é permitido mentir quando fazê-lo salva a vida de uma pessoa".

Entretanto, a concepção de *dignidade humana* proposta por Kant em sua "fórmula da humanidade" suscita certa desconfiança. Primeiro, pelo fato de que ela se apoia na suposição de uma irredutibilidade do homem ao mundo natural. No mais, a própria representação kantiana do homem (ou pessoa) como agente moral racional e, portanto, autônomo, também desperta várias suspeitas. Afinal, hoje, tudo aquilo que parecia ser, aos olhos de Kant, uma escolha humana livre e racional, passou a ser visto com extrema cautela, pois talvez por trás da "liberdade humana", encontrem-se forças econômicas, pulsões inconscientes, condicionamentos culturais ou reações bioquímicas.

Dever na Contemporaneidade

(A) Equidade e Deveres Naturais

Para John Rawls (2002), em sua *Teoria da Justiça* (*A Theory of Justice*, 1971), uma sociedade é uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem algumas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas. Estas regras especificam um sistema de cooperação concebido para promover o bem-estar dos que

fazem parte dela. Embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, admite este que ela é tipicamente marcada por posições sociais diferentes e conflitos de interesses que surgem em meio ao questionamento da distribuição de tais vantagens, o que pode gerar certo grau de instabilidade ou de injustiça social. No entanto, entende Rawls que as "instituições" (sistemas públicos de regras que constituem a estrutura básica da sociedade) devem superar este desequilíbrio, ao constituírem e regularem uma "cooperação equitativa" (*fair*), estabelecendo a "distribuição equitativa" de *bens sociais primários* (direitos, deveres, liberdades, riquezas, cargos, oportunidades básicas etc.) entre os membros de uma sociedade. Para tanto, o jusfilósofo propõe uma análise original da justiça: a *justiça como equidade*, isto é, "a justiça como um conjunto de princípios norteadores à colaboração equitativa" (RAWLS, 2002, p. 11).

Com efeito, uma sociedade justa ou bem-ordenada, afirma John Rawls (2002, p. 05), além de promover o bem de seus membros, deve estar efetivamente regulada por uma "concepção pública de justiça". Este tipo de justiça, por sua vez, exige um conjunto de *princípios de justiça social* que modelem as várias formas de ordenação social, determinando a "melhor" divisão dos direitos e deveres nas "estruturas básicas da sociedade" (conjunto de instituições sociais e políticas fundamentais) e definindo a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. Portanto, o objeto primário da justiça, aqui, é a análise dessas estruturas básicas da sociedade e, em particular, a compreensão da maneira pela qual as "instituições mais importantes" distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por "instituições sociais mais importantes" Rawls (2002, p. 08) quer dizer a constituição política (direitos e deveres fundamentais dos homens) e os principais acordos econômicos e sociais. São exemplos de tais instituições: a proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos e a propriedade particular no âmbito dos meios de produção. Consequentemente, os *princípios da*

justiça social devem regular a escolha tanto da constituição política como dos elementos mais importantes do sistema econômico e social, organizando, essencialmente, a distribuição de direitos, deveres, oportunidades econômicas e condições sociais existentes nos vários setores da sociedade.

Estes princípios, para Rawls (2002, p. 12), são objetos de um "consenso original" a serem apresentados num "contrato original". Este tipo de contrato, diferentemente do que se lê em Locke, Rousseau e Kant[13], não deve ser pensado como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo, mas antes como um consenso hipotético sobre quais *princípios da justiça social* devem guiar a vida social, a serem escolhidos por pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, numa posição inicial de igualdade. Tais princípios devem regular todos os acordos subsequentes: especificando os tipos de cooperação social que se pode assumir e as formas de governo que se pode estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça, Rawls denotará de "justiça como equidade", já que esta concepção transmite a ideia de que os *princípios sociais de justiça* são acordados numa situação inicial que é equitativa.

Na justiça como equidade, afirma Rawls (2002, p. 13), a posição original de igualdade corresponde ao Estado de Natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir certa concepção equitativa de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade ou sua classe social, sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Os princípios da justiça são, nestas condições, escolhidos

[13]Kant esclarece na sua "teoria do contrato originário" que o consenso é hipotético. Neste sentido, *vide* a sua *Metafísica dos Costumes*, § 47 e §52.

sob um *véu de ignorância*. Isso garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante, ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, sendo os princípios da justiça o resultado de um consenso (ou ajuste) equitativo. Pois, dadas as circunstâncias da posição original, essa situação original deve ser tomada como equitativa entre os indivíduos, seres racionais capazes de um senso de justiça.

Depois de terem escolhido um modelo de justiça, Rawls supõe que os cidadãos (ou contratantes) deverão escolher uma constituição e um processo legislativo para a elaboração de leis, e assim por diante, tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados. Logo, a situação social será justa se, por essa sequência de consensos hipotéticos, os contratantes se mantiverem vinculados a um sistema público de regras justas.

Ao elaborar a concepção da justiça como equidade, Rawls (2002, p. 333) alega que esta tem por tarefa essencial a escolha dos *princípios de justiça social* na *posição original*. Ele sustenta que neste tipo de situação inicial os indivíduos escolheriam dois princípios: o *primeiro* exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos (*Princípio da Igualdade*), enquanto o *segundo* afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo, desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade (*Princípio da Diferença*). As razões disso são duas: primeiro, parece ser plausível, sob o *véu da ignorância*, que os contratantes estejam convencidos que neste ponto de partida todos sejam considerados como iguais em direitos e deveres. Segundo, sendo estes agentes racionais, especulando que a condição inicial de equidade poderá vir a ser relativizada dada a dinâmica das relações sociais e de mercado, visando assim minimizar os riscos futuros, procurariam princípios de justiça que garantissem o máximo de vantagem para os menos favorecidos, já que o favorecido de hoje pode

ser, dada certa cadeia de acontecimentos, o desfavorecido de amanhã.

Entretanto, a concepção de *justiça como equidade* não se dá tão somente por intermédio de *princípios de justiça social* a serem aplicados às instituições, com o objetivo de torná-las justas[14], é preciso se pensar não apenas no plano macroscópico das instituições, mas também no plano microscópico do sujeito. Deste modo, Rawls (2002, p. 116) afirma que uma "sociedade justa", inicialmente, deve estar fundamentada em três categorias de princípios, as quais devemos deliberar num contrato social: (*i*) *princípios institucionais*; (*ii*) *princípios para indivíduos* e, por último, (*iii*) *princípios de direito internacional*. Os do primeiro tipo, reúnem princípios que possibilitam aos sistemas sociais e as instituições alcançarem condições de justiça e eficiência. Já os do segundo tipo, são exigências de comportamentos a serem modeladas por *obrigações institucionais* (equidade, fidelidade) e *deveres naturais*[15]. Os últimos indicam princípios para a conduta das nações.

John Rawls (2002, p. 119) estipula que uma pessoa tem por "obrigação" fazer a sua parte conforme aquilo que é definido pelas regras de uma instituição, desde que observada duas condições: primeiro, que a instituição seja justa (ou equitativa), isto é, que ela satisfaça os seguintes princípios de justiça: *princípio da igualdade* e *princípio da diferença*; e, segundo, que os indivíduos tenham voluntariamente aceitado os benefícios da organização social equitativa ou tenham aproveitado a vantagem das oportunidades que ela oferece para promover os seus próprios interesses. Neste sentido, os vínculos obrigacionais pressupõem institu-

[14]As instituições são justas, conforme Rawls (2002, p. 06), quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos e quando as regras determinam um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes das vantagens da vida social. Os homens conseguem concordar com essa descrição de instituições justas porque as noções de uma distinção arbitrária e de um equilíbrio apropriado, que se incluem no conceito de justiça, ficam abertas à interpretação de cada um, de acordo com os princípios da justiça que ele aceita. Esses princípios determinam quais semelhanças e diferenças entre as pessoas são relevantes na determinação de direitos e deveres e especificam qual divisão de vantagens é apropriada.

[15]Conforme Rawls (2002, p. 117), os deveres naturais, em sentido positivo, expressam garantias de justiça, ajuda mútua, respeito mútuo etc., já em sentido negativo, indicam a necessidade de não lesar, não prejudicar os inocentes, por exemplo.

ições justas.

Consequentemente, as obrigações se originam de atos voluntários provenientes de compromissos explícitos ou tácitos, como acontece com as promessas e os acordos, quando justos. Além disso, o teor das obrigações é definido por uma instituição (ou por um costume) cujas regras especificam o que se exige de cada um. Finalmente, as obrigações são em geral devidas a determinados indivíduos, ou seja, aqueles que cooperam juntos para manter a ordem (seguindo um *princípio de equidade*). Como exemplo ilustrativo, Rawls (2002, p. 121) admite que a ação política de assumir determinado cargo público em um regime constitucional, origina a obrigação de cumprir os deveres do cargo, e esses deveres determinam o teor das obrigações.

Além das obrigações explicitadas pelo *princípio da equidade*, há "deveres naturais" a serem observados no âmbito individual. Em contraste com as obrigações, afirma Rawls (2002, p. 123) serem os *deveres naturais* aplicados a nós independentemente de nossos atos voluntários. Além disto, eles não têm nenhuma ligação necessária com as instituições, seu teor não é, de forma geral, definido pelas regras dessas organizações. Temos, assim, o dever natural de não sermos cruéis, ou de ajudar o próximo, independentemente de nosso comprometimento ou não com esses atos. Uma outra característica importante dos deveres naturais é que eles se aplicam aos agentes de modo independente das suas relações institucionais, vigorando entre todos que são considerados pessoas morais iguais.

Um dever natural fundamental, defende Rawls (2002, p. 120 ss), é o *dever da justiça*, no sentido da justiça como equidade, isto é, é o dever de apoiar e promover instituições justas. Este nos condiciona a fomentar organizações justas ainda não estabelecidas. E uma vez reconhecidas, exige de nós o nosso apoio e obediência. Logo, se a estrutura básica da sociedade é justa, ou razoável dentro de determinadas circunstâncias, todos têm um *dever natural* de fazer a sua parte

no esquema social de convivência. Cada um está vinculado às instituições de tal forma que os seus atos voluntários são descartados.

Embora os pressupostos de um *dever natural* sejam derivados de um ponto de vista contratualista, eles não pressupõem nenhum ato de consentimento, tácito ou explícito, e nem mesmo nenhum ato voluntário, para que possam ser aplicados. Os deveres naturais, que valem para os indivíduos exatamente como os princípios de justiça social são válidos para as instituições, são aqueles que são reconhecidos na posição original, como o resultado de um acordo hipotético, sendo, entretanto, em particular, a sua aplicação incondicional.

A incondicionalidade pode ser melhor entendida através do exemplo do *dever natural do respeito mútuo*. Quando manifestamos a uma pessoa o respeito que lhe é devido como "ser moral", isto é, como um "ser com um senso de justiça e uma concepção do bem", o fazemos de modo incondicional em vista do efeito particular que este dever possui: proporcionar uma melhor qualidade de vida. O conhecimento público de que estamos vivendo numa sociedade em que podemos contar com a assistência dos outros em circunstâncias difíceis é por si só de grande valor, reconfortante. De modo semelhante, no que tange ao *dever natural da justiça*, parece essencial a Rawls o fato de podermos viver numa sociedade na qual impera o sentimento de justiça capaz de nos garantir – independentemente dos interesses, posses ou infortúnios da vida – um tratamento digno e equitativo.

(B) A Problemática da Dignidade no Pragmatismo e na Ética Ronald Dworkin

Já no artigo primeiro da nossa atual Constituição, afirma-se a " a dignidade da pessoa humana" como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Em outros textos jurídicos importantes, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo 1: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e dire-

itos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.), o termo "dignidade" costuma aparecer com frequência. Mas o que o signo "dignidade" designa ao certo?

Ronald Dworkin propõe no seu livro *Domínio da Vida* (*Life's Dominion*, 1993) uma noção de dignidade com um núcleo ontológico menos denso, em contrapartida, à concepção de dignidade apresentada pela filosofia prática de Kant. De acordo com Dworkin a noção de *valor intrínseco* deve ser compreendida de modo mais claro: como aquilo que não pode ser calculado materialmente, isto é, não se pode atribuir um *valor instrumental*:

> Uma coisa é instrumentalmente importante se seu valor depender de sua utilidade, de sua capacidade de ajudar as pessoas a conseguir algo mais que desejam. Dinheiro e remédios, por exemplo, só são instrumentalmente valiosos: a ninguém ocorre que o dinheiro tenha algum valor além do seu poder de comprar coisas que as pessoas desejam ou das quais necessitam, ou que os remédios tenham algum valor além de sua capacidade de curar.
> Uma coisa é intrinsecamente valiosa, ao contrário, se seu valor for independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas. (...) achamos que devemos admirá-las e protegê-las porque são importantes em si mesmas (DWORKIN, 2003, p. 99).

De modo peculiar, Dworkin admite que a noção de *valor intrínseco*, ainda que concedida pelo homem, pode ser estabelecida de modo independente dos seus interesses:

> Alguns fatos ou objetos são valiosos em si e por si próprio – os reverenciamos não porque atendem aos nossos desejos ou interesses, mas pelo que são intrinsecamente – (...). Muito sobre o que pensamos sobre o conhecimento, a experiência, a arte e a natureza, por exemplo, pressupõem que, de diferentes maneiras, tais coisas sejam valiosas em si mesmas, e não apenas por sua utilidade ou pelo prazer ou satisfação que nos trazem (DWORKIN, 2003, p. 97).

Por esta razão, é possível vincularmos determinado contexto como justificativa à atribuição de valor intrínseco a certa coisa ou ser vivo. Há, aqui, uma relativização da ideia de como algo pode ser entendido como "intrinsecamente valioso", de modo que se torna necessário perguntar se uma dada coisa tem um *valor in-*

trínseco no âmbito no qual se encontra inserida. Nestes termos, sob o contexto da arte, exemplifica Dworkin:

> Muitas pessoas acham que as grandes pinturas, por exemplo, são intrinsecamente valiosas. Elas são valiosas e devem ser respeitadas e protegidas por sua qualidade inerente de arte, e não porque as pessoas apreciem olhá-las ou encontre alguma forma de instrução ou de experiência estética prazerosa em contemplá-las. Dizemos que queremos ver um auto-retrato de Rembrandt porque é maravilhoso, e não que é maravilhoso porque queremos vê-lo (DWORKIN, 2003, p. 100).

Por outro lado, já no "contexto da natureza" é possível que algumas espécies animais gozem de certo *status* moral, já que intrinsecamente podem ser importantes à natureza "em virtude de sua história, do modo como vieram a existir" (DWORKIN, 2003, p. 105).

Dado o exposto, de Dworkin (2003) podemos extrair a seguinte definição de dignidade ou de valor intrínseco: *todo ser vivo que não pode ser comparado ou substituído por algo é portador de um valor incalculável em um contexto a ser considerado*[16]. Contudo, mesmo a visão de Dworkin (2003) de valor intrínseco oferece dificuldades, pois o reconhecimento do valor intrínseco de algo está sujeito a interpretações vinculadas a certas circunstâncias determinadas, a saber: variações culturais, apreciações particulares, circunstâncias históricas, conflito entre contextos etc. Nesse caso, a compreensão do conceito de valor intrínseco se torna bastante fluida, o que em sentido pragmático pode não ser uma desvantagem.

É possível, assim, estabelecer-se uma hierarquia (graus) entre as coisas de valor instrumental, coisas de valor intrínseco e os seres vivos de valor intrínseco. Certamente, é necessário observarmos que os seres vivos, detentores de vida e de diversos graus de consciência, por essas condições, não podem ser redutíveis às coisas, mesmo aquelas denotadas como intrínsecas. Afinal, nada pode ser com-

[16]Observemos que Kant (2009a, p. 82) já afirmava, ainda que sob um discurso metafísico, que "no reino dos fins tudo tem preço (*value*) ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se por em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela é dignidade (*FMC*, BA 77, 78).

parado ou mensurado à vida, a não ser a própria vida. Logo, podemos estipular a seguinte ordem (ou gradação) de importância: primeiro, os seres vivos de um valor intrínseco; segundo, as coisas que têm valor intrínseco, seguidas das coisas de valor instrumental.

Na verdade, dada uma série de razões, algumas das quais motivadas no pragmatismo do nosso cotidiano (ou em nossas intuições), atribuímos diferentes graus de importância às vidas das espécies e aos valores das coisas. Novamente, temos, aqui, obrigações com graus distintos, quanto à necessidade de se respeitar e, por conseguinte, de se atribuir direitos à alguém, aos animais, ou à alguma coisa .

2.1.2 OBRIGAÇÃO, UTILIDADE E LEGALIDADE

CASO QUEEN VS. DUDLEG E STEPHENS E O UTILITARISMO

No Verão de 1884, quatro marinheiros ingleses estavam à deriva em um pequeno bote salva-vidas no Atlântico Sul, a mais de 1.600 km da costa. O seu navio, Mignonette, naufragou durante uma tempestade; eles tinham apenas duas latas de nabos em conserva e estavam sem água potável. Thomas Dudley era o capitão; Edwin Stephens, o primeiro-oficial; e Edmund Brooks, um marinheiro – "todos homens de excelente caráter", segundo relatos de jornais da época. O quarto sobrevivente era o taifeiro Richard Parker, de 17 anos. Ele era órfão e fazia sua primeira longa viagem pelo mar. Richard se alistara contra o conselho de amigos, "com o otimismo da ambição juvenil", imaginando que a viagem faria dele um homem. Infelizmente, não foi assim. No bote, os quatro marinheiros à deriva olhavam para o horizonte, esperando que um navio passasse para resgatá-los. Nos

primeiros três dias, comeram pequenas porções dos nabos. No quarto dia, pegaram uma tartaruga. Conseguiram sobreviver com a tartaruga e os nabos restantes durante mais alguns dias. Depois ficaram sem ter o que comer por oito dias (SANDEL, 2009, p. 45–46).

Segundo os relatos da época, Parker ficou doente ao beber a água salgada do mar, contrariando a orientação dos outros. Mediante isto, como afirmaram os tripulantes, parecia está morrendo. No 19° dia de provação, Dudley, o capitão, sugeriu um sorteio para determinar quem morreria para que os outros pudessem sobreviver. Mas Brooks foi contra a proposta, e não houve sorteio. Chegou o dia seguinte e não havia navio à vista. Dudley pediu a Brooks que desviasse o olhar e fez um gesto para Stephens indicando que Parker deveria ser morto. Dudley fez uma oração, disse ao rapaz que a hora dele havia chegado e o matou com um canivete, apunhalando-o na jugular. Brooks deixou de lado a objeção de sua consciência e participou da divisão do prêmio. Durante quatro dias, os três homens se alimentaram do corpo e do sangue do taifeiro. Por fim, o socorro chegou. Dudley descreve o resgate em seu diário com um eufemismo cruel: "No 24° dia, durante o desjejum, finalmente apareceu um navio". Os três sobreviventes foram resgatados. Quando voltaram para a Inglaterra, foram presos e levados a julgamento. Brooks foi testemunha da acusação. Dudley e Stephens foram julgados e condenados. Eles confessaram espontaneamente que haviam matado e comido Parker. Alegaram que tinham feito isso por necessidade[17].

Um dos mais fortes argumentos em defesa dos réus proposto no julgamento é o de que, diante tais condições extremas, foi necessário matar uma pessoa para salvar três. Se ninguém tivesse sido morto e devorado, provavelmente, todos teriam morrido. Parcker, por estar enfraquecido e doente, parecia ser o candidato lógico,

[17]Conforme o relato de Sandel (2009, p. 31-32) e Simpson (1984, p. 17 ss). Para mais detalhes: *The Queen v. Dudley and Stephens, 14 Q.B.D. 273 (1884)*. Disponível em: http://www.justiceharvard.org/resources/the-queen-vs-dudley-and-stephens-1884-the-lifeboat-case/. Acessado em: 5 de janeiro de 2012.

já que morreria de qualquer maneira. E mais, em contraposição aos demais, não tinha o taifeiro dependentes. Sua morte não deixaria de luto parentes e mulher ou filhos sem sustento.

Este argumento está sujeito, no mínimo, a duas objeções. Em primeiro lugar, pode-se perguntar se a morte do jovem taifeiro, realmente, trouxe mais custos que benefícios. Mesmo se considerarmos o número de vidas salvas e a felicidade dos sobreviventes e de seus familiares, a aceitação desse crime poderia ter por consequência negativa para a sociedade, por exemplo, o enfraquecimento da regra que proíbe o homicídio, se assim não previsto neste tipo de caso como exceção. Em segundo lugar, poderíamos questionar o seguinte: não seria errado usar um ser humano dessa maneira – explorando a sua vulnerabilidade, tirando a sua vida sem o seu consentimento – mesmo que isso seja feito em benefício de outros?

Para aqueles que não se chocam com os atos de Dudley e Stephens, certamente, por pensarem com base numa espécie de cálculo de custos e benefícios das consequências sociais (ou pessoais) produzidas pelo referido ato, não tomam como obrigatória a lei que proíbe o homicídio. Por outro lado, há aqueles que avaliam as atitudes dos assassinos como dignas de repúdio, por entenderem que não se deve deixar de observar a obrigatoriedade da lei de homicídio em razão de um raciocínio adverso: a maneira respeitosa como nós devemos tratar os seres humanos, independentemente das consequências dos nossos atos. Estes dois tipos de entendimento ilustram duas abordagens opostas de obrigação moral: a primeira é *utilitarista*, já a segunda é *deontológica*[18].

UTILITARISMO

Embora exista hoje uma variedade considerável de modelos de utilitarismo,

[18]Para mais detalhes acerca da deontologia kantiana: Flamarion (2012).

de modo geral, o termo "utilitarismo" designa a doutrina filosófica segundo a qual a ação moralmente correta é aquela que maximiza o bem-estar. Há muitas maneiras de se conceber essa afirmação geral. Uma delas consiste em afirmar o utilitarismo como uma forma de "consequencialismo": a ação correta pode ser calculada examinando as suas prováveis consequências, observado os vários cursos possíveis ou analisado as diversas situações contrafactantes, na medida em que se conjectura existir uma maior probabilidade por parte desta ação de trazer a maior felicidade (prazer ou, em termos políticos, bem-estar) nas circunstâncias em causa (ou pelo menos mais felicidade do que infelicidade), seja ela qual for. Ou seja, por outras palavras, a ação correta é entendida em termos das consequências que produz, a qual, por sua vez, deve obrigatoriamente maximizar o bem geral, isto é, tanto o bem dos outros como o próprio bem do agente que pratica este tipo de ação.

Os utilitaristas clássicos como Jeremy Bentham e John Stuart Mill identificaram a felicidade com o prazer, deste modo determinando uma finalidade de ordem hedonista à toda ação humana. A ação humana, neste sentido, deve ter como precedente o dever de maximizar a felicidade (ou o prazer), conforme o *Princípio da Utilidade* que impõe a busca da "maior quantidade de bem para o maior número". Portanto, a ideia intuitiva, aqui, é a seguinte: o mais elevado objetivo da moral é maximizar o bem (ou a felicidade), assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor.

(A) Utilitarismo de Jeremy Bentahm

Afirma Jeremy Bentham, já no início da sua obra *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* (*An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, 1789), que "a natureza colocou a espécie humana sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Só a eles cabe apontar o que devemos fazer, assim como determinar o que faremos" (BENTAHM, 1907, p. 01). E mais,

afirma que estes determinam o padrão do certo e do errado. “Eles nos governam em tudo que fazemos, em tudo que dizemos, em tudo que pensamos” (BENTAHM, 1907, p. 01).

Reconhecida esta sujeição, só nos resta uma coisa certa a fazer: aquela que maximizará a utilidade. Por “utilidade”, Bentham entende

> a propriedade de qualquer objeto, pela qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade ou a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado; se essa parte for a comunidade em geral, então a felicidade da comunidade; se um indivíduo particular, então a felicidade desse indivíduo. (BENTHAM, 1907, p. 14–15)

Todos nós apreciamos o prazer e menosprezamos a dor. O utilitarismo se vale dessa ideia de forte apelo intuitivo e faz dela o fundamento de toda a vida moral e política. Maximizar a utilidade é um princípio não apenas para o cidadão comum, mas também para os legisladores, e porque não dizer também para os nossos juízes. Ao determinarem as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade em geral. Essa comunidade, segundo Bentham (1907, p. 04) (Cap. 1, Seção 4), é “um corpo fictício, composto de pessoas individuais que são consideradas como os membros que a constituem”, de tal modo que o “ interesse da comunidade representa a soma dos interesses dos vários membros que a compõe”. Cidadãos, legisladores e até mesmo juízes devem, nestes termos, fazer a si mesmos as seguintes perguntas: Se somarmos todos os benefícios dessa diretriz e subtrairmos todos os custos, ela produzirá mais felicidade do que um decisão alternativa? Os direitos individuais ou deveres morais categóricos representariam uma alternativa melhor à produção de felicidade? Como devemos medir os prazeres?

Para Bentham (1907, p. 12) (Cap. 1, Seção 11) não há a menor possibilidade de se rejeitar o princípio de que devemos maximizar a utilidade, pois mesmo argumentos morais que defendem direitos individuais ou deveres categóricos são, implicitamente, inspirados na ideia de maximização da felicidade. Afinal, aqueles

que defendem tais direitos e deveres o fazem por acreditarem que o ato de respeitá-los pode vir a implicar na maximização da felicidade humana, se não agora, pelo menos a longo prazo.

Um ponto importante à fixação da utilidade consiste em saber: como devemos determinar o prazer? Em sentido quantitativo ou qualitativo? Bentham (1907, p. 64) (Cap. 4, Seção 2) sugere que um prazer seja inteiramente determinado por sete medidas de quantidade: intensidade, duração, certeza ou incerteza, proximidade no tempo ou longinquidade, fecundidade, pureza ou extensão. Notoriamente, Bentahm trata todos os valores como igualmente valiosos, uma vez que não apresenta um critério capaz de avaliar qualitativamente prazer por prazer, atribuindo-lhes um peso próprio e distinto.

(A1) Objeções ao Utilitarismo de Bentham

Basicamente, a tradição aponta duas importantes objeções à filosofia utilitarista de Bentham: primeiro, a que afirma que o modelo ético utilitarista não é capaz de respeitar os direitos individuais; segundo, a que acusa o utilitarismo de calcular os valores morais como "bens comuns" ou com referência a uma única escala quantitativa de dor e prazer.

Consideremos, como exemplo, uma situação na qual uma bomba-relógio está prestes a explodir no Planalto Central, sede do governo brasileiro. Um suspeito é preso pela guarda legislativa que acredita que ele tem informações sobre o aparato. O tempo vai passando e o suspeito se nega a informar onde a bomba foi escondida. Nestes termos, seria correto torturá-lo até que diga onde está a bomba e, em seguida, constatada a suspeita, também torturá-lo para que este a desative? Mesmo havendo a proibição expressa no nosso atual texto constitucional (Art. 5, III) que afirma que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento

desumano ou degradante", seria plausível neste tipo de situação tomar a tortura como obrigatória?

Um argumento a favor da tortura neste caso pode ser construído com base num cálculo utilitarista. Uma vez que centenas de inocentes morrerão se a bomba explodir, em termos utilitaristas, com base no *princípio da utilidade*, seria correto (ou mesmo obrigatório) aos agentes da guarda legislativa torturar o suspeito, ainda que esta prática produza neste uma intensa dor e transgrida os seus direitos individuais, se isso evitar a morte e o sofrimento em grande escala.

Entre tantos contra-argumentos, podemos, em especial, apresentar os seguintes: primeiro, é possível que os militantes dos direitos humanos considerem a tortura, mesmo neste caso, um recurso vil, já que práticas como essa poderiam relativizar a ideia de que devemos respeitar os direitos humanos; segundo, outros repudiaram a tortura pelo princípio categórico de que as pessoas devem ser tratadas sempre como um fim e nunca como um meio; terceiro, legalistas poderiam negar tal prática sob a alegação contratualista (a ser melhor analisada na seção a seguir) de que a nossa constituição, um acordo legítimo firmado entre os membros do Estado, proíbe categoricamente a tortura e protege a integridade física e psicológica das pessoas; quarto, qual garantias temos que as informações obtidas por intermédio de tortura são corretas?

Quanto à objeção de que o cálculo utilitarista da "maior felicidade" de Bentham reduz os valores morais a uma mesma escala (quantitativa) de dor e prazer, isto ocorre porque o utilitarismo apresenta-se, em geral, como uma espécie de "ciência da moralidade quantitativa" que pretende computar a felicidade por intermédio de um cálculo quantitativo e não qualitativo. Como observamos no exemplo anterior.

(B) Utilitarismo de John Stuart Mill

As duas mais importantes objeções ao *princípio da utilidade*, como proposto pelo utilitarismo de Bentham, como vimos, são: primeiro, este não atribui o devido valor à dignidade humana e aos direitos individuais; segundo, reduz equivocadamente tudo que tem valor a uma única escala de prazer e dor. John Stuart Mill (1985a, 1985b) acreditava ser possível rechaçar estas objeções e salvar o utilitarismo, desde que este passasse por expressivas reformulações capazes de transformá-lo numa doutrina "mais humana" e menos calculista.

Mill em seu ensaio *Utilitarismo* (*Utilitarianism*, 1861), parte do mesmo pressuposto de Bentham ao definir a noção de *Utilidade* ou o *Princípio da Maior Felicidade*:

> O credo que aceita, como fundamento da moral, a Utilidade ou de Princípio da Maior Felicidade, considera que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade, incorretas quando tende a produzir o contrário. Por felicidade se quer dizer prazer e ausência de sofrimento; por infelicidade, sofrimento e privação do prazer (MILL, 1985b, p. 20).

No entanto, Mill (1985a, 1985b) trilha um caminho diferente ao se propor a árdua tentativa de conciliar o interesse de cada indivíduo (ou os direitos e deveres individuais) com a filosofia utilitarista (ou, em especial, com o *Princípio da Maior Felicidade*).

Stuart Mill admite ser quase inexorável ao homem não ser concebido como um membro de certa coletividade, ou seja, de uma sociedade. Nesta, quando justa e civilizada, há a exigência de que "os interesses de todos devem ser consultados. A sociedade entre iguais só pode existir com a compreensão de que os interesses de todos devem ser considerados iguais" (MILL, 1985b, p. 70). Se algo do tipo não pode ser realizado no presente, deve ser, necessariamente, almejado num futuro

próximo, já que "cada um está obrigado a viver nestes termos com alguém; e em toda era se faz algum avanço em direção a um estado em que será impossível viver permanentemente com alguém em outros termos". Portanto, desde já, devemos tomar "o interesse de cada indivíduo, tanto quanto possível, em harmonia com o interesse de todos". Mas como isto é possível?

Em sua obra *Sobre a Liberdade* (*On Liberty*, 1859), Mill (1985a) elabora uma defesa da liberdade individual em moldes negativos: "liberdade de" se fazer o que se bem quer, contanto que não se faça mal aos outros. Assim, o governo na sua opinião não deveria interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne à melhor maneira de se viver.

Entretanto, esta reflexão acerca da liberdade como um direito individual parece necessitar de uma fundamentação mais forte do que a oferecida pela teoria utilitarista. Afinal, se um pequeno grupo tiver uma crença a qual a maioria não compartilha, e que ainda mais a rejeita, a ponto de desejar extingui-la por completo, a aniquilação deste pequeno grupo de "hereges" não irá produzir uma maior felicidade para um número maior de pessoas? Se a maioria quer a restrição da liberdade de uma minoria, a satisfação das preferências da maioria superaria, em certas circunstâncias, a frustração da minoria e isso aumentaria a utilidade. O fato é que, inicialmente, o *princípio da utilidade* não parece ser uma base segura ou confiável à liberdade religiosa (ou à liberdade de crença).

Stuart Mill discorda disto ao afirmar que observa a "utilidade como a instância final de todas as questões éticas; mas deve ser uma utilidade num sentido mais amplo, baseada nos interesses permanentes do homem como um ser em evolução" (MILL, 1985a, p. 11). Consequentemente, Mill acredita que devemos maximizar a utilidade a longo prazo, e não caso a caso. Com o tempo, argumenta, o respeito à liberdade individual levará à máxima felicidade humana. Permitir que

a maioria se imponha aos dissidentes (religiosos, políticos, filósofos etc), no caso destes serem a minoria, pode até maximizar a utilidade no momento da prática de tal ato, porém tornará a sociedade infeliz a longo prazo. Mas por que devemos presumir isto como correto? Segundo Sandel (2009, p. 68), Mill sustenta que, primeiro, a razão dissidente pode se provar no futuro como como plausível; segundo, é importante submeter a opinião da maioria a algum tipo de crítica (mesmo que esta seja de uma minoria), caso contrário há o risco dela se tornar um dogma ou um preconceito.

Quanto à segunda objeção ao utilitarismo de Bentham – a de que ele reduz todos os valores a uma escala quantitativa – Mill (1985b), agora em seu *Utilitarismo*, tenta mostrar que a filosofia utilitarista deve trabalhar com noções qualitativas de prazer, tais como as noções de (*i*) *prazeres mais elevados* e (*ii*) *prazeres menos elevados*.

Para Bentham, como observamos, a única forma para se considerar uma experiência melhor ou pior do que a outra são requisitos quantitativos que funcionam como critérios de teste para a medição do prazer ou da dor que ela ocasiona. Com efeito, os assim chamados "prazeres mais elevados" para Bentham são simplesmente aqueles que produzem numa escala quantitativa, por exemplo, prazer mais intenso e duradouro.

Ao criticar a assertiva de que a vida "não tem fim maior do que o prazer", afirmando que esta é "uma doutrina digna dos porcos", Stuart Mill observa que os humanos têm faculdades mentais superiores às dos animais, dependendo a realização da felicidade humana dessas faculdades. Considera que os prazeres do intelecto, os sentimentos, a imaginação e os sentimentos morais são mais valiosos do que "aqueles da mera sensação". Ou seja, comparados aos prazeres físicos, os mentais são "mais desejáveis e mais valiosos" (MILL, 1985b, p. 23). Esse desejo que nutrimos pelas faculdades humanas mais elevadas, diz Mill (1985b), parece

estar relacionada ao "amor pela liberdade e pela independência pessoal", e mais ao "senso de dignidade que todos os seres humanos possuem" (MILL, 1985b, p. 24).

Mas, afinal, como podemos saber quais prazeres são qualitativamente mais elevados? Stuart Mill, no seu *Utilitarismo*, propõe o seguinte teste:

> Entre dois prazeres, se houver um que obtenha a preferência de todos ou de quase todos que tenham experimentado ambos, independentemente de qualquer sentimento de obrigação moral para tal preferência, esse será o prazer mais elevado (MILL, 1985b, p. 39).

Entretanto, a verdade é que ora preferimos os "prazeres menos elevados" aos "prazeres mais elevados". Talvez um maior número de pessoas, hoje, prefiram ver *Troia*, estrelado pelo ator Brad Pitt, a ler a *Ilíada* de Homero, alegando que o filme lhes proporciona mais prazer do que a leitura da poesia épica.

Notemos que os "prazeres mais elevados" não são mais importantes porque os preferimos, nós o preferimos porque são mais importantes, ou seja, porque os reconhecemos como sendo mais importantes. Não consideramos a *Ilíada* uma grande obra literária porque preferimos às diversões mais simples, como o filme *Troia*, e sim porque ela exige mais de nossas faculdades e nos torna mais plenamente humanos. Assim, em similitude, consideramos os *direitos individuais* como algo que nos potencializa como pessoas e satisfaz nossa natureza de seres livres. Deste modo, Stuart Mill tenta salvar o utilitarismo da acusação de que ele reduz tudo a um cálculo grosseiro quantitativo de dor e prazer; no entanto, o faz tão somente invocando ideais estranhos ao *princípio de utilidade*, como os de dignidade, personalidade e liberdade. Ou seja, o utilitarismo não tem salvação, a não ser fora dele mesmo.

(C) Utilitarismo e o Valor dos Animais

A partir do início da década de 1970, um grupo de filósofos de Oxford, entre

os quais Ruth Harrison, Richard D. Ryderet e outros (*Animals, Men, and Morals*, 1971), trouxeram à baila o importante debate acerca dos limites das concepções tradicionais dos valores do homem e da natureza. O principal alvo das filosofias ambientalistas foi a noção antropocêntrica que, com frequência, caracterizou as diversas análises sobre as relações entre os seres humanos e os demais seres vivos.

No rumo desse movimento, o filósofo Peter Singer (2006, 2010) na sua pioneira obra *Libertação Animal* (*Animal Liberation*, 1975), e mais recentemente na sua *Ética Prática* (*Practical Ethics*, 1993), propôs uma revisão do *status* moral dos animais a partir de argumentos fundamentados nas teses utilitaristas de Jeremy Bentham (1907)[19]. Para Singer, o antropocentrismo que caracteriza as éticas tradicionais baseia-se no fato de que apenas os seres humanos, por manifestarem aptidões, tais como racionalidade, linguagem simbólica complexa, autonomia etc., gozam de um *status* moral (ou de respeito). Singer propõe a substituição dessas propriedades tradicionais (racionalidade, linguagem simbólica complexa, autonomia etc.) pela concepção de *interesse*.

Entende-se, normalmente, por *interesse* aquilo que torna um objeto atrativo ou repulsivo para um sujeito consciente. Neste sentido, o interesse parece ser a atitude espiritual (ou atitude da consciência) que move o agente para algo que necessita ou para algo que lhe conduza a certo desenvolvimento. Já Singer concebe o interesse não como resultante de um cálculo, escolha ou atitude espiritual, mas como algo relacionado à *sensibilidade*:

[19] A nota do parágrafo 4, seção 1, do Capítulo XVII da célebre obra de Bentham *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, influenciou profundamente a ética de Singer: "Por que fazer tanta diferença, sob o ponto de vista da sensibilidade, entre homens e animais? Por que as leis que existem são obra do medo mútuo, um sentimento que os animais menos racionais não tiveram os mesmos meios que os homens para fazer reverter em vantagem própria. Por que não deveriam ter os mesmos direitos? (...) Que outro fator poderia demarcar a linha divisória que distingue os homens dos outros animais? Seria a faculdade de raciocinar, ou talvez a de falar? Todavia, um cavalo ou um cão adulto é incomparavelmente mais racional e mais social e educado que um bebê de um dia, ou de uma semana, ou mesmo de um mês. Entretanto suponhamos que o caso fosse outro: mesma nessa hipótese, o que se demonstraria com isso? O problema não consiste em saber se os animais podem raciocinar; tampouco interessa se falam ou não; o verdadeiro problema é este: podem eles sofrer?"

> A capacidade de sofrer e de desfrutar as coisas é uma condição prévia para se ter qualquer interesse, condição que é preciso satisfazer antes de se poder falar de um modo significativo. Seria absurdo dizer que não fazia parte dos interesses de uma pedra o fato de ter sido chutada por um menino a caminho da escola. Uma pedra não tem interesse, pois não é capaz de sofrer. (...) Por outro lado, um rato tem, inevitavelmente, um interesse em não ser atormentado, pois os ratos sofrerão se vierem a ser tratados assim (SINGER, 2006, p. 67).

Se a vontade está vinculada à consciência, observa Singer, o *interesse*, por seu turno, está ligado a *senciência*, isto é, a capacidade de sentir dor ou prazer. Conforme esta perspectiva, a concepção de interesse ganha uma dimensão não-antropocêntrica, pois, afinal, é certo que os seres humanos não são os únicos a manifestar tal capacidade. Os animais também sofrem ou se comprazem. Consequentemente, poderíamos pensar, por hipótese, que os animais têm interesses que deveriam ser considerados equivalentes aos interesses humanos? Os animais sofrem da mesma maneira que nós humanos?

Singer (2006, p. 69) está ciente que "em algumas situações, um membro de uma espécie sofrerá mais do que um membro de outra". No entanto, acredita ser plausível estipular certas equivalências entre os interesses dos homens e dos animais, calcado na ideia de que é possível se aplicar um parâmetro de "igual quantidade de dor", ainda que de difícil mensura, aos diversos gêneros animais, desde que observado alguns parâmetros. Contudo, o reconhecimento da dignidade inerente a toda vida senciente não conduz o filósofo australiano a um "biologismo igualitário". No pensamento de Singer (2006, p. 71) é possível reconhecer uma ordenação hierárquica no sentido de que um ser com maior grau de "consciência de si, capaz de pensar abstrato, de planejar o futuro, de realizar complexos atos de comunicação etc." venha a possuir uma importância maior com relação a um ser não dotado de tais aptidões[20].

[20] "Com toda certeza a dor sentida por ratos não é tão má quanto a que sente um ser humano. Os seres humanos têm mais consciência do que lhe está acontecendo, o que faz com que o sofrimento seja maior" (SINGER, 2006, p. 68).

De qualquer modo, Singer (2006) defende o ponto de vista de que tanto os seres humanos como os animais são portadores de um valor especial e, por isso, devem ter seus direitos plenamente reconhecidos. Como fundamento ético a esta tese, apresenta uma peculiar concepção de interesse capaz de expandir o *status moral* (ou condição de respeito) dos animais, o que, por conseguinte, pode lhes proporcionar uma maior atribuição de direitos, visto que se confere direitos ao sujeito de direitos com o propósito de se efetivar o bem-estar.

Em 2008, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) discutiu a possibilidade jurídica de se atribuir aos chimpanzés o direito fundamental de *Habeas Corpus* (HC). Eis o caso[21]:

> Partindo do pressuposto que os chimpanzés têm 99% do DNA semelhante ao DNA humano, teriam os chimpanzés também direitos fundamentais, como o direito de Habeas Corpus? Os ministros da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça terão que responder a essa questão. O caso está nas mãos do ministro Herman Benjamin, que pediu vista do pedido de HC ajuizado em favor dos chimpanzés Lili e Megh.
> Rubens Forte, dono e depositário fiel dos macacos, recorreu ao STJ contra decisão do Tribunal Regional da 3ª Região (SP e MS), que mandou soltar os animais do cativeiro para que eles fossem devolvidos a natureza.
> O Ibama diz que os animais foram trazidos do zoológico de Fortaleza para São Paulo, sem a sua autorização. A nota fiscal, segundo o órgão, também não demonstra que os chimpanzés são mesmo do doador. Os animais não estavam registrados no Ibama.
> A defesa de Rubens Forte diz que os animais têm o constitucional direito à vida, já que como são geneticamente muito parecidos com os humanos. Por isso, devem ter o direito à igualdade de tratamento. Segundo o dono, Lili e Megh não sobreviverão na natureza, pois são animais criados em cativeiro.
> O ministro Castro Meira, relator, afirma que não se pode ajuizar *Habeas Corpus* em favor dos animais. "O Poder Constituinte Originário não incluiu a hipótese de cabimento da ordem em favor de animais, não cabe ao intérprete incluí-la, sob pena de malferir o texto constitucional", afirma. O ministro também opina que não procede o pedido de Forte para que ele continue como depositário fiel dos animais, porque não é feita menção à eventual prisão civil, o que, em tese, viabilizaria a impetração da medida no STJ.

[21]Fonte: Revista Consultor Jurídico. Acessada em: http://www.conjur.com.br/2008-set-08/stj_discute_macacos_direito_habeas_corpus. Consultada em: 8 de setembro de 2012 (ou H.C. 96.344)

O voto do relator, o ministro Castro Meira, parte do pressuposto de que a nossa Carta Magna foi formulada a partir da concepção de gênero humano. Isto indica que estamos sempre a falar de direitos fundamentais sob uma perspectiva antropocêntrica. Neste sentido, pergunta-se: como teriam os animais acesso a um direito tão peculiar à raça humana: o *Habeas Corpus*? Na intenção de atribuirmos este direito fundamental ao chipanzé, pensemos na seguinte estratégia inicial: partindo do fato que tais animais possuem 99% do seu DNA semelhante ao nosso, podemos afirmar que existe certas similitudes entre chipanzés e homens e, portanto, a partir de uma "analogia" (ou semelhança) entre as espécies, dizemos ser possível considerar tais animais como detentores do direito fundamental de *Habeas Corpus*. Todavia, é provavelmente esta porcentagem de 1% no nosso DNA que nos caracteriza enquanto "seres humanos" capazes da linguagem complexa, da pintura, da música, do cinema, da moral, da matemática complexa etc. Daí, talvez, decorra a afirmação do ministro relator, o senhor Castro Meira, de não existir um "interesse juridicamente protegido" pelo ordenamento jurídico pátrio. Portanto, como a lei é omissa, pelo fato dos chimpanzés não pertencerem ao gênero humano, não teriam estes animais os seus interesses protegidos na forma da lei e, por conseguinte, não poderia estes serem considerados portadores do direito de *Habeas Corpus*. Todavia, esta é a única argumentação possível? Certamente que não! Poderíamos nos valer de outras teorias que permitam expandir o *status moral* destes seres. Vejamos.

As "teoria dos direitos subjetivos dos sujeitos de uma vida", desenvolvidas por Tom Regan (1983), a "teoria dos direitos subjetivos contextualista do valor intrínseco" de Dworkin (2003), bem como a "teoria dos direitos subjetivos da senciência" de Peter Singer (2006), servem perfeitamente como soluções alternativas ao caso em questão. Tom Regan defende a tese na qual diz ser possível a atribuição de direitos fundamentais aos animais, desde que, de antemão, consideremos estes como "sujeitos de uma vida"[22]. Também pela teoria dos direito sub-

[22]O filósofo norte-americano Tom Regan, na obra *O Caso dos Direitos dos Animais* (*The Case for Animal Rights*, 1983), propõe a categoria de "sujeito de uma vida" como requisito essencial

jetivos de Dworkin, poderíamos conferir um *valor intrínseco* aos animais no contexto da natureza, e, por conseguinte, certa personalidade jurídica. Por outro lado, poderíamos ainda partir da concepção de interesse apresentada por Peter Singer para fundamentarmos a tese de que os animais são detentores de direitos, pois, como defende este autor, o interesse está ligado não a uma condição de consciência, mas sim à senciência, ou seja, à capacidade de sentir dor ou prazer. Nestes termos, a categoria jurídica do interesse ganha uma dimensão mais ampla, não-antropocêntrica, pois, afinal, não são os seres humanos os únicos a manifestarem tal capacidade. Portanto, as teorias da senciência e do valor intrínseco acima nos permitem construir argumentos favoráveis a aplicação do direito fundamental de *Habeas Corpus* aos chimpanzés. No final, quanto aos direitos dos animais, o grau de obrigatoriedade das normas jurídicas vai ser definido, em especial, em função do grau de respeito que nutrimos por estes seres.

(D) O Polêmico Caso do Aborto de Crianças Anencéfalas

Recentemente, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de *feto anencéfalo*[23] é

à concepção de *sujeito moral* detentor de dignidade. Conforme explica Regan, os animais serão portadores de um valor intrínseco se possuem: "crenças e desejos; percepção, memória, e um sentido de futuro, incluindo seu próprio futuro; uma vida emocional que inclui sensações de prazer e de dor; interesses preferenciais e de bem-estar; capacidade de iniciar ações na persecução de seus desejos e fins; uma identidade psico-física ao longo do tempo; e um bem-estar individual, no sentido de que sua experiência de vida é boa, ou má, para si mesmo, logicamente independente de sua utilidade para outros e logicamente independente de ser objeto de interesse para qualquer outro. Aqueles que satisfazem o critério de sujeitos de uma vida têm uma espécie de valor distinto – valor inerente – e não podem ser vistos ou tratados como meros receptáculos" (REGAN, 1983, p. 243) .

[23]Os bebês anencéfalos são por vezes referidos como "bebês sem cérebro", mas esta não é uma imagem inteiramente correta. De fato, é curioso observar que a dificuldade de se definir uma resposta

conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do nosso Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF 54 improcedente.

O artigo 128 do nosso Código Penal (CP/40) prescreve que não se pune o aborto praticado por médico em apenas duas circunstâncias: a primeira, "se não há outro meio de salvar a vida da gestante"; a segunda, "se a gravidez resultar de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal". Portanto, até antes do julgamento da ADPF 54 em 2012, havia a norma, facilmente extraída do texto do dispositivo do artigo 128, incisos I e II, que prescrevia ser "obrigatório não realizar o aborto em caso de gravidez de bebês anencéfalos". Após o referido julgamento, por intermédio da manifestação de um poder discricionário, os ministros do STF criaram a seguinte hipótese de exclusão de ilicitude do tipo legal do preceito jurídico citado (art. 128 do CP/40): "interrupção da gravidez de feto anencéfalo". Assim, uma nova norma foi formulada: "É permitido o aborto em caso de gravidez de feto anencéfalo".

Em julgamentos importantes como este, não é suficiente ao convencimento geral da sociedade dizer o direito, é preciso "bem dizer" o direito, ou seja, é necessário construir argumentos convincentes que sejam capazes de justificar o porquê de se atribuir, por exemplo, dignidade às mães e não aos fetos anencéfalos. Dizer que a nossa Constituição Federal em seu artigo 1, inciso III, garante às pessoas um tratamento digno não é o bastante. Afinal, o que significa o termo "pessoa"? É esta um ser racional, autônomo (livre), que domina uma linguagem complexa e é capaz de certa convivência social, como estipulou Kant? A noção de pessoa está ligada à

à pergunta "o que é uma criança anencéfala?" já se encontra, de antemão, no vocábulo "anencéfalo". Esse termo parece ser impróprio para designar tais crianças, uma vez que sugere a total ausência do encéfalo, algo que não ocorre! Constata-se que nestas, partes importantes do encéfalo – cérebro e cerebelo – podem estar em falta; no entanto, em alguns casos, a presença do tronco cerebral pode ser observada e, por conseguinte, algumas funções autônomas como, por exemplo, a respiração e os batimentos cardíacos. Portanto, as "crianças anencéfalas" são detentoras de uma rede neural incompleta, mas isso não significa dizer que há a total ausência de tal tecido e, consequentemente, de todas as funções vitais. Para mais detalhes técnicos: Behrman (2005).

noção de consciência ou de senciência? São pessoas aqueles seres que sentem dor ou prazer?

Basicamente, os votos dos ministros a favor da descriminalização do aborto no caso de gestação de crianças anencéfalas apresentaram dois argumentos: o primeiro, articula-se em torno da obrigatoriedade de um tratamento digno de tais mães, por serem elas autônomas (livres) e racionais; o segundo, de ordem utilitarista, defende a expurgação das terríveis dores físicas e psicológicas sofridas tanto pela mãe ("ser senciente") quanto pelos familiares, desde os primeiros momentos da gestação e após o nascimento.

Sob uma perspectiva libertária, assim se manifestou a ministra Rosa Weber: "Todos os caminhos, a meu juízo, conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos." E, em seguida, com base neste pressuposto de autonomia, conclui o seu argumento com a concepção de dignidade humana nos moldes kantianos: "A postura contrária [à autonomia], a meu juízo, não se mostra sustentável, em nenhuma dessas perspectivas e à luz dos princípios maiores dos direitos, como o da dignidade da pessoa humana, consagrada em nossa Carta Maior, no seu artigo 1, inciso III."[24]

O voto da ministra Cármen Lúcia foi fundamentado no "direito à dignidade da vida" e no "direito à saúde", tendo como pano de fundo um argumento utilitarista. Afirma: "Todas as opções, mesmo essa interrupção, são de dor. A escolha é qual a menor dor, não é de não doer porque a dor do viver já aconteceu, a dor do morrer também". Destaca assim a ministra que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não é criminalizável para que seja preservada a dignidade da vida "que é o que a Constituição assegura como o princípio fundamental do constitucionalismo contemporâneo". E continua: "considero que na democracia a vida impõe respeito. Neste caso, o feto não tem perspectiva de vida e, de toda sorte, há

[24]Fonte: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755

outras vidas que dependem, exatamente, da decisão que possa ser tomada livremente por esta família (mãe e pai) no sentido de garantir a continuidade livre de uma vida digna."[25] Nesta breve passagem, é nítido o uso do *princípio da utilidade*: deve-se evitar a dor da mãe que se inicia com a gestação do feto anencéfalo, que por sua vez é de risco, e tem continuidade com o nascimento deste que, em geral, pouco tempo depois vem a falecer. Neste momento, a dor se alastra em meio a toda a família: pais, tios, avós etc. Logo, evitando-se a dor da mãe, maximiza-se a felicidade da maioria: a família. Neste percusso, reforçou o ministro Luiz Fux: "um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta completamente qualquer possibilidade de haver consciência. (...) Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura."[26]

A noção de dignidade humana, fundamentada na ética deontológica de Kant, cujos fundamentos são a liberdade (autonomia), a moralidade e a racionalidade, parece justificar plausivelmente a atribuição de direitos à mãe (como o direito de aborto) que visa proteger a então reconhecida dignidade. Mas o que dizer da dignidade do feto? O feto é um ser digno? Se não, seria ele uma mera coisa? Argumentos podem ser construídos no sentido de negar a legalidade ou legitimidade do aborto de crianças anencéfalas.

Em defesa da dignidade dos fetos anencéfalos, o ministro Cezar Peluso assim se manifestou:

> Ao feto, reduzido no fim das contas à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada de nenhum ângulo a menor consideração ética ou jurídica nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humana. Essa forma de discriminação em nada difere, a meu ver, do racismo e do sexismo e do chamado especismo.

E conclui:

[25]Fonte: http:// http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204756

[26]Fonte: http:// www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878

> Todos esses casos retratam a absurda defesa em absolvição da superioridade de alguns, em regra brancos de estirpe ariana, homens e ser humanos, sobre outros, negros, judeus, mulheres, e animais. No caso de extermínio do anencéfalo encena-se a atuação avassaladora do ser poderoso superior que, detentor de toda força, infringe a pena de morte a um incapaz de prescindir à agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa.

Certamente, Peluso não considera os fetos anencéfalos coisas, conferindo-lhes certo valor. Num dado contexto social, no qual ainda sofremos com racismo, sexismo, especismo, a não proteção dos anencéfalos pode significar um agravamento das situações já vividas ou a possibilidade de uma abertura perigosa da regra que proíbe o aborto, na medida em que se abre o caminho para os "abortos eugênicos". Neste sentido, como saber quais casos estão fora do padrão de normalidade? Portanto, no contexto social o feto anencéfalo deve possui um valor incalculável ou uma dignidade. Esta tese parece ter como fundamento a teoria moral e jurídica de Ronald Dworkin (2003).

Portanto, conforme os argumentos acima, podemos estipular o conflito entre normas que afirmam que "deve-ser obrigatório não realizar o aborto de fetos anencéfalos" ou "deve-ser obrigatório realizar o aborto de fetos anencéfalos". Cada ministro, a sua maneira, soluciona em seu voto esta antinomia. Com efeito, a predileção por uma destas normas é revelada no âmbito da argumentação jurídica, na qual os ministros atribuem um maior grau de importância a uma destas normas, conforme certas razões que assumem a forma de *teorias morais* (teorias de justiça), como no caso do utilitarismo, ou *teorias técnicas* (dogmática jurídica), ocasião na qual se cita um artigo (ou doutrina tipicamente jurídica) como fundamento de um argumento. O raciocínio, aqui, também é do tipo *fuzzy*, afinal, como podemos constatar nos votos acima, há gradações do que é obrigatório e do que é permitido.

2.1.3 OBRIGAÇÃO, CONSENTIMENTO, CONTRATUALISMO E LEGALIDADE

(A) Consentimento e Obrigação

É possível que ainda existam pessoas que se vejam obrigadas a obedecer à lei tão somente por acreditarem que esta é o resultado de um consentimento geral. Mas, sem dúvida, hoje, esta crença pertence a uma minoria. Filósofos políticos contemporâneos como John Simmons (1979), e mesmo antes filósofos modernos como Hume (1987), no seu *Do Contrato Original* (*Of the Original Contract*, 1752) e Rousseau (2006), no seu *O Contrato Social* (*Du Contract Social*, 1762), por exemplo, estão menos inclinados a pensar desta maneira. A alegação destes não consiste em afirmar que o consentimento não pode ser uma fonte de obrigações, pois costumam acreditar que isto pode ocorrer. Entretanto, a verdade é que poucos de nós deram algum tipo de consentimento, tácito ou expresso, de modo a fundamentar a "obrigação geral de obedecer à lei".

É necessário entendermos, a princípio, os sentidos das expressões "consentimento expresso" e "consentimento tácito" antes de prosseguirmos. Já podemos achar menção a estes tipos de consentimento na filosofia contratualista de John Locke. Segundo Locke, no seu *Segundo Tratado do Governo Civil*, Cap. VIII, 119, na passagem de um *Estado de Natureza* – Estado no qual todo homem é livre, de tal modo que nenhum poder terreno pode impor-lhe sujeição, senão a sua própria vontade – para o *Estado Civil* é preciso considerar o que se deve compreender por "declaração de consentimento" do homem em fazer-se súdito de certo governo e de suas leis:

> Faz-se uma distinção entre consentimento expresso e tácito. Ninguém põe em dúvida que o consentimento expresso de qualquer homem, quando entra para uma sociedade, torna-o membro perfeito

> desta sociedade, súdito do respectivo governo. A dificuldade reside no que deve considerar-se como consentimento tácito, e até que ponto obriga – isto é, até que ponto deve considerar-se alguém como tendo consentido e por isso mesmo se submetido a qualquer governo, quando não fez qualquer declaração expressa. E a esse respeito direi que todo homem que tem posses ou goza de qualquer parte de domínio de um governo dá, por esse meio, consentimento tácito e está daí em diante obrigado à obediência às leis desse governo (LOCKE, 1978, p. 85-86).

O *consentimento expresso* dá-se em função da participação do agente numa dada sociedade, seja de modo inato ou por imigração, isto em termos mais atuais. Isto é, os membros nascidos em certo país ou aqueles estrangeiros localizados num país qualquer devem ambos estar obrigados, em geral, a cumprir as leis da nação que pertencem ou que lhes acolheu. Por outro lado, o *consentimento tácito* dos cidadãos ocorre em virtude de certa condição política que faculta a outros constituir e garantir seus direitos e deveres na ordem pública. Ou seja, por outras palavras, o *consentimento expresso* é gerado pelos homens quando eles ingressam na sociedade, já o *consentimento tácito* é dado quando estes usufruem das prerrogativas da sociedade civil.

Eis que surgem as seguintes questões: (*i*) O *consentimento expresso* é uma condição política capaz de garantir o cumprimento das leis, ou seja, a obrigatoriedade da lei?; (*ii*) Neste mesmo sentido, o *consentimento tácito* é uma condição política capaz de garantir o cumprimento das leis?; (*iii*) Devemos cumprir uma lei claramente injusta vigente em certa sociedade pelo simples fato de pertencermos a esta sociedade, por estarmos localizados nesta na condição de estrangeiro (*consentimento expresso*) ou ainda porque nossos representantes a promulgaram (*consentimento tácito*)?; (*iv*) Neste último caso, em especial, como cumprir uma lei injusta a qual, diretamente, não formulamos (*problema da autonomia*)? (*v*) Mesmo existindo algum tipo de consentimento, este é causa suficiente à produção de uma lei justa?

Apontemos já os seguintes problemas: primeiro, o simples fato de per-

tencermos a uma sociedade não nos vincula automaticamente, ou de modo irreflexivo, às suas leis. Aquele que não coaduna com isto, acaba por assumir como regra geral a alienação dos cidadãos em face de leis corruptas (injustas), arbitrárias (não recíprocas) e parciais (repletas de interesses pessoais), negando-lhes a possibilidade de *emancipação* – é emancipado aquele que se vale de um senso crítico e sentimento de justiça, ambos não instrumentais e não heterônomos, que possibilitem uma melhor avaliação das leis, a ponto de negá-las se necessário[27].

Segundo, hoje, dada a complexidade e dimensão da nossa sociedade não temos como participar diretamente da formulação das leis, cabendo assim a alguns poucos escolhidos pelo sufrágio esta missão. Isto sem dúvida coloca em cheque a noção de autonomia tão importante à ideia de contrato. Além do mais, nem sempre os nossos representantes ou legisladores honram com o compromisso de elaborarem leis justas ou de promulgarem leis que, ao menos, garantam o bem-estar da coletividade.

Thomas Hobbes, no seu *Leviatã* (Cap. XVIII), conjectura que

> Um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (isto é, de ser o representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor como aqueles que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz entre si (HOBBES, 1999, p. 145).

O soberano é eleito por "voto de consentimento". Dito isso, com raras exceções, como pactos que impedem o homem de defender o seu próprio corpo, pactos que obrigam a autoacusação e pactos que obrigam coisas as quais a lei silenciou[28], os membros deste Estado devem cumprir as leis do soberano (o legislador), sendo elas justas ou injustas, já que aqui se admite que cada súdito é autor de todo ato praticado

[27] Sem dúvida, esta é uma argumentação de cunho crítico. Para mais detalhes acerca da *Teoria Crítica do Direito*: Wolkmer (2002).

[28] Hobbes (1999, p. 171–180), Capítulo XXI.

por este. Entretanto, diz Hobbes, *Leviatã*, Cap. XXVI, que a "lei jamais pode ser contrária a razão" (HOBBES, 1999, p. 210). O direito civil quando obtido pelos ditames da razão, tona-se um direito justo capaz de declarar na diferença entre os homens o que é equidade, o que é justiça e o que é virtude moral. Não cumpri-lo, consequentemente, é cometer uma injustiça.

Os homens nem sempre cumprem (ou tomam como obrigatórias) "as leis da natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a misericórdia ou, em suma, fazer aos outros o que gostaríamos que nos fizessem), por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas" (HOBBES, 1999, p. 141). Eis o critério de obrigatoriedade da lei em Hobbes, *Leviatã*, Cap. XVII: "os pactos sem espada não passam de palavras, sem nenhuma força para dar a menor segurança a ninguém"[29] (HOBBES, 1999, p. 141).

Para Rousseau (2006) haverá sempre no modelo de democracia representativa o engodo de um *consentimento tácito* quanto à obrigatoriedade de se cumprir a lei e nunca um *consentimento expresso* a este respeito, sendo este último (o consentimento expresso) só possível numa "democracia direta". Daí Rousseau (2006) exprime como exigência a substituição do modelo de democracia representativa pelo modelo de democracia direta, por acreditar ser este último mais adequado. O repúdio de Rousseau pela democracia representativa fica claro com a seguinte passagem do Livro III, Cap. XV, do seu *O Contrato Social*: "o povo inglês pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos estes, ele volta a ser escravo, não é mais nada" (ROUSSEAU, 2006, p. 114). Entretanto, Rousseau, conforme indica no Livro III, Cap. IV, do seu *O Contrato Social*, estava convencido de que uma democracia direta era algo impossível, pois requer muitas condições difíceis de serem reunidas:

[29]Este critério é de ordem do "aspecto externo" ou de um "ponto de vista externo", tomando aqui emprestadas as expressões de Alexy (2009) e Hart (2005), pois leva em consideração a obrigatoriedade da lei em relação à regularidade de sua observância e/ou em relação a sanção de sua não observância.

primeiro, "um Estado muito pequeno, no qual seja fácil reunir o povo e onde cada cidadão possa facilmente conhecer os outros"; segundo, "uma grande simplicidade dos costumes que impeça a multiplicação dos problemas e as discussões espinhosas"; terceiro, "uma grande condição de igualdade de classes e fortunas"; quarto, "pouco ou nada de luxo" (ROUSSEAU, 2006, p. 83). A conclusão é inevitável: só nos resta o modelo representativo.

Diante deste panorama, Rousseau, em *O Contrato Social*, Livro II, Cap. IV, entende, sob a ideia de "autonomia do corpo social", como a seguir a obrigatoriedade da lei:

> Todos os serviços que um cidadão pode prestar ao Estado passam a ser um dever tão logo o soberano os solicite; mas o soberano, de uma parte, não pode onerar os súditos com nenhuma pena inútil à comunidade; não pode senão desejá-lo, pois, sob a lei da razão, não menos que sob a da natureza, nada se faz sem causa.
> Os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios por serem mútuos, e sua natureza é tal que, ao cumpri-los, não se pode trabalhar para outrem sem trabalhar também para si mesmo. Por que a vontade geral é sempre reta, e por que todos querem constantemente a felicidade de cada um, senão pelo fato de não haver ninguém que não se aproprie da expressão cada um e não pense em si mesmo ao votar em todos? (ROUSSEAU, 2006, p. 39–40)

Apesar da impossibilidade de se julgar diretamente tudo aquilo que é de interesse da comunidade, acabamos por convir que só o soberano (como representante) pode fazê-lo. Mas ao decidir em razão da coletividade, decide em causa própria ou ao decidir em causa própria, decide em prol de toda a comunidade, porque, afinal, este participa desta por "alienação total", com todo poder, bens, liberdade e direito à toda comunidade, de tal modo que se cai na célebre fórmula de Rousseau, em *O Contrato Social*, Livro I, Cap. VI: "cada um, dando-se a todos não se dá a ninguém" (ROUSSEAU, 2006, p. 21). Neste sentido, é como se houvesse uma identificação entre as razões internas do soberano e dos cidadãos que fundamentam a importância da lei para a comunidade e, por conseguinte, a obrigatoriedade de se cumpri-las, como se fossem um e o mesmo corpo político, indissolúvel, que não funciona a não ser com base nesta reciprocidade. Infelizmente, este é um

modelo teórico, que nem sempre na realidade é observado. Com bastante frequência nossos líderes são arbitrários, injustos e egoístas, agem em causa própria ou em defesa de interesses pessoais sob a bandeira do legalismo institucional, alegando estarem proferindo "decisões do povo para o povo".

Por fim, de modo contundente, David Hume, no seu *Do Contrato Original*, aponta claramente a falha da ideia de um *consentimento tácito*. Discorda do argumento de que a maioria das pessoas tenha espontaneamente dado o seu consentimento a obedecer às leis, simplesmente, porque pretendem, em especial, permanecer no seu país de nascimento (ou na sociedade de origem). Isto é o mesmo que dizer que "um homem, devido ao fato de permanecer num navio, dá o seu livre consentimento à autoridade do capitão, embora tenha sido levado para bordo enquanto dormia, e só lançando-se ao mar e morrendo possa sair desse navio" (HUME, 1987, p. 235).

Para Hume, a obrigação de obedecer à lei não deriva do consentimento ou do contrato originário, mas da utilidade de um sistema de leis (convencionadas por representantes) que permitem as pessoas realizarem os seus interesses de forma pacífica ou mais conveniente.

Em suma, defendendo-se ou não a ideia de *consentimento tácito*, estipula-se como obrigatoriedade das leis o fato destas serem reconhecidas pela maioria (Hobbes) ou pela totalidade da comunidade política (Rousseau), o que se dá ora em função do exercício da força, representada pelo instituto da sanção (obrigação no seu *aspecto externo*), ou ora em virtude da conscientização do que o certo a se fazer é cumprir a lei, por ser ela posta pela "vontade geral" (obrigação no seu *aspecto interno*).

(B) Contratualismo, Transgressão e Obrigação

Uma teoria contratualista da justiça parte do princípio de que quando duas ou mais pessoas firmam um acordo (ou uma lei, por exemplo), estipulam cláusulas que servem de parâmetros ao que se deve se admitir como justo ou injusto. Entretanto, parece ser demasiadamente simplificado este argumento. Do acordo, afinal, segue-se, automaticamente, aquilo que é justo? Não parece ser plausível afirmarmos que a ideia de "acordo em si" seja critério suficiente para se determinar o que é legítimo, precisamos antes pensar em alguma concepção de justiça independente ao contrato.

Onde encontraremos esta "concepção independente de justiça"? Em um contrato anterior, talvez no mais importante deles: a Constituição? As Constituições, todavia, estão também sujeitas à mesma crítica. Do fato da Constituição de um país ter sido promulgada pelo "povo", não se segue de antemão que esta tenha cláusulas justas em si. Por exemplo, mesmo a nossa Constituição de 1988, fruto da convenção de um Estado Democrático de Direito, apesar de todas as suas virtudes, tratava com injustiça os empregados domésticos, falha esta que persistiu até a Emenda Constitucional nº 72/2013 (a conhecida "PEC dos Empregados Domésticos") que alterou o Artigo 7º, § único da Carta Magna Brasileira (C.F./88), ao atribuir, hoje, aos empregados domésticos uma série de "novos direitos básicos", antes não lhes facultados: fundo de garantia por tempo de serviço (agora obrigatório), adicional noturno, salário-família, adicional por horas extras, entre outros. Portanto, não bastou a nossa Constituição Federal o *status* de acordo para torná-la justa.

Podemos argumentar que esse "ponto negativo" tem como origem certo defeito de consentimento. Os empregados domésticos não participaram diretamente

na constituinte da Constituição Brasileira de 1988. Mas será possível que uma constituinte mais representativa tivesse dado origem a uma Constituição mais justa? Não temos esta garantia, mesmo representantes aptos, numa totalidade, não parecem garantir que os termos estipulados de cooperação ou de distribuição de benefícios provenientes desta sejam justos.

Mas, afinal, não havendo uma "autonomia perfeita" dos cidadãos à promulgação das leis e tão pouco uma reciprocidade de benefícios, poderia o consentimento tácito por si só, então, garantir a obrigação de cumprir a lei? Filósofos políticos contemporâneos, como Michael Sandel (2009), respondem esta questão de modo negativo ao afirmarem que a obrigatoriedade de um contrato não pode estar desvinculada do seu peso moral, o qual, por sua vez, fundamenta-se em dois ideais, a saber: a autonomia e a reciprocidade.

Segundo Sandel (2009, p. 150), os contratos como atos voluntários expressam nossa autonomia. As obrigações que eles criam têm peso porque foram impostas por nós mesmos – nós as assumimos por livre e espontânea vontade. Por outro lado, como instrumentos de benefício mútuo, os contratos inspiram-se no ideal de reciprocidade. A obrigação de cumpri-los resulta da obrigação de recompensar o outro pelos benefícios que ele nos proporcionam.

No entanto, primeiro, entendemos que no caso das leis, os cidadãos não expressam diretamente as obrigações que elas lhes impõem. Não há, aqui, uma "autonomia perfeita", na medida em que o nosso modelo democrático é representativo, diferentemente do que pode ocorrer nos contratos particulares, nos quais os cidadãos diretamente e livremente podem estipular suas obrigações, observada certas condições de equidade (Rawls) e de igualdade de fala (Habermas e Alexy). Segundo, ainda no âmbito da lei, a noção de reciprocidade visa a distribuição equitativa de direitos que, posteriormente, convertem-se em deveres correspondentes a estes a serem cumpridos por outros (*direitos subjetivos*).

Assim, em relação ao quadro dos direitos dos empregados domésticos anterior à reforma proporcionada pela Emenda Constitucional nº 72/2013, tinham estes trabalhadores patentemente além de uma carência de "autonomia constituinte", uma condição de desproporcionalidade de benefícios; afinal, não havia a garantia de certos direitos trabalhistas básicos (e, portanto, não havia como cobrar-se as contraprestações desses, isto é, deveres correlacionados a estes). Consequentemente, estavam estes contratantes em condições tão desiguais que a nossa Constituição (o nosso grande "contrato social") estava longe de oferecer benefícios mútuos, que nem mesmo o "caráter voluntário tácito" pode sustentá-los.

Muitos juristas já haviam se manifestando contra esta injustiça e, por conseguinte, quanto à não obrigatoriedade do Artigo 7º, § Único, da nossa Constituição Federal, antes das significativas mudanças da Emenda Constitucional nº 72/2013, em contraposição ao *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*, expresso no Artigo 1, inciso III, desta mesma Constituição. Neste sentido, citemos a paradigmática decisão da 14ª Turma do Tribunal do Trabalho de São Paulo, proferida no ano de 2011:

> Empregado doméstico. Horas extraordinárias. Deferimento. A Constituição da República Federativa do Brasil tem como fundamento básico o princípio da dignidade humana. A negativa de limitação de jornada ao trabalhador doméstico e de pagamento adicional por horas extraordinariamente laboradas é retrocesso social, vez que o parágrafo único do artigo sétimo do Texto Maior não pode ser interpretado como forma de marginalização do empregado doméstico, mas sim como garantidor de direitos mínimos. A ausência de lei especial que regulamente jornada e remuneração adicional pelo trabalho extraordinário do trabalhador doméstico impõe ao julgador o dever de aplicar norma geral ao trabalhador diferenciado, de forma analógica, nos termos do artigo oitavo da CLT, a fim de cumprir com seu dever de distribuir justiça. (TRT/SP - 01403004120095020058 (01403200905802009) – RO – Ac. 14ª T 20110802823 – Rel. MARCOS NEVES FAVA – DOE 29/06/2011)

Mas, sendo os contratos e as leis injustas devemos deixar de cumpri-los, ou seja, por outras palavras, estes perdem sua obrigatoriedade? Esta questão pode ser elucidada a partir do que Robert Alexy (2009) chama de "argumento de injustiça".

É célebre a formulação deste argumento:

> O conflito entre justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado pelo seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a sua finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como 'direito incorreto', deva ceder lugar a justiça (ALEXY, 2009, p. 34).

Esta fórmula parece estar na base da reflexão de Rawls acerca da possibilidade de se obedecer ou não uma lei injusta, ou seja, quanto à obrigatoriedade ou não das leis injustas. Assim ele se coloca:

> Quando à estrutura básica de uma sociedade é razoavelmente justa, conforme a avaliação permitida pelas circunstâncias concretas, devemos reconhecer as leis injustas como obrigatórias, desde que não excedam certos limites de injustiça.
> As leis injustas não estão no mesmo nível de igualdade, e o mesmo vale para a política e instituições. A injustiça pode surgir de dois modos: as ordenações vigentes podem se afastar em grau variado dos padrões publicamente aceitos que são mais ou menos justos; ou essas ordenações podem conformar-se com uma concepção de justiça da sociedade, ou com a visão da classe dominante, mas essa concepção em si mesma pode não ser razoável, sendo até, em muitos casos, claramente injusta (RAWLS, 2002, p. 389–390).

A justificativa de não-obediência ou não-obrigatoriedade, em Rawls, reside na ideia que há um grau de injustiça tanto das leis como das instituições. Todavia, se este grau é mínimo, no caso das leis injustas, por que numa situação de quase-justiça devemos obedecê-las? Segundo Rawls (2002, p. 392), devemos partir do pressuposto de uma sociedade quase-justa, na qual exista um regime constitucional variável, que mais ou menos satisfaça os princípios de justiça (*Princípio da Igualdade* e *Princípio da Desigualdade*, como vimos acima). Este "regime constitucional" deve ter como fundamento uma convenção constituinte a partir da qual os agentes racionais objetivam encontrar uma legislação justa e eficaz, em vista dos fatos em relação à sociedade em questão.

A Constituição é vista como um procedimento justo, mas imperfeito. É imperfeito porque não há nenhum processo político factível que garanta que as leis

estabelecidas segundo os seus parâmetros serão justas. Nas atividades políticas não é possível atingir uma justiça procedimental perfeita. Além disto, o processo constitucional deve depender em grande parte de alguma forma de votação (como também apontamos anteriormente). Apesar dos engôdos que este tipo de procedimento pode acarretar: a produção de leis injustas, Rawls (2002, p. 392–393) entende que há num "Estado de Quase-justiça" o "dever natural" de apoiar as instituições justas, assim como uma constituição justa, mesmo que estas nos obriguem a acatar leis e políticas injustas, desde que elas não ultrapassem certos limites de justiça.

Em relação a Constituição, Rawls (2002, p. 393–394) afirma que devemos respeitar um de seus princípios essenciais: o da regra da maioria. Não que isto signifique dizer que a maioria sempre está certa, mas tão somente que esta tem o direito constitucional de legislar, não implicando que as leis elaboradas por esta sejam sempre justas. Tanto é verdade que sabemos desta falha que, de modo geral, a longo prazo tentamos distribuir o ônus da injustiça de modo mais ou menos uniforme entre vários grupos sociais, bem como as duras consequências de políticas injustas.

Em particular, o dever de obedecer é problemático para aqueles que sofrem injustiças por muitos anos; este é um ponto importante que traduz a expressão "não exceder certos limites de injustiça" acima mencionada. Um ótimo exemplo disto pode ser observado no recente julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 sobre a constitucionalidade ou não da reserva de vagas em universidades públicas a partir de critérios raciais e sociais: as chamadas "cotas". A ação foi ajuizada em julho de 2009 pelo Partido Democratas (DEM) contra atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cepe/UnB). A UnB adotou critérios raciais para o ingresso de alunos na universidade pelo sistema de reserva de vagas. Os atos administrativos e normativos questionados determinaram a reserva de 20% do total das vagas ofere-

cidas pela universidade a candidatos negros (incluindo pardos). Na ação, o DEM alega que a política de cotas adotada na UnB fere vários preceitos fundamentais da nossa Constituição Federal, em especial, o artigo 206, inciso I, desta que prescreve, categoricamente, que o dever do Estado com a educação se dá mediante a garantia do "acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um" (*princípio meritocrático*). Em um extenso voto, o ministro Ricardo Lewandowski, relator da ação, afirmou que as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado e têm o objetivo de superar distorções sociais historicamente consolidadas. Além disso, segundo o relator, os meios empregados e os fins perseguidos pela UnB são marcados pela proporcionalidade e razoabilidade e as políticas são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados. Quanto aos métodos de seleção, o relator os considerou "eficazes e compatíveis" com o *princípio da dignidade humana* (Art. 1, III, da C.F./88)[30].

Mesmo que no estágio da convenção constituinte as partes estejam, por hipótese, comprometidas com a necessidade de se fazer determinadas concessões mútuas para se fazer funcionar o regime constitucional, mesmo nas melhores intenções, observados os princípios de justiça social da igualdade e da diferença, as opiniões em relação à justiça estão fadadas a colidir. Seja como for, aqui, a dificuldade reside no fato de haver conflitos de parâmetros que determinam o quanto são mais razoáveis do que outras certas concepções de justiça. Logo, uma abordagem *fuzzy* da noção de obrigação parece ser bastante vantajosa a melhor compreensão e à análise das avaliações dos graus de justiça (ou obrigatoriedade) das Leis, da Constituição ou, ainda, das Instituições Sociais.

[30]Para mais detalhes: http://www.stf.jus.br/ arquivo/ cms/ noticiaNoticiaStf/ anexo/ ADPF186RL.pdf

(B 1) A Regra Jurídica como "Ponto de Corte"

A lei jurídica pode servir como um "ponto de corte" a partir do qual se pode estipular se uma dada ação é justa ou injusta[31]. Se a lei traz consigo um valor de justiça, se assim entendido pelo julgador, ela traça um ponte de corte à avaliação de graus da conduta lícita como "justa" ou "correta", "mais ou menos justa" ou "mais ou menos correta", "pouco justa" ou "pouco correta" etc., já, por outro lado, se a regra for injusta, a sua observância caracteriza a conduta como ilícita, tal que devemos avaliar o seus graus em "erada", "mais ou menos errada", "pouco errada" etc..

Mostra-nos Hart (2005, p. 97) que é fundamental à ideia de obrigatoriedade das leis o requisito da "importância dos valores promovidos por sua observância", uma vez que são "consideradas importantes porque se acredita que sejam necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto altamente apreciado desta". Partindo deste pressuposto, Neil MacCormick (2010, p. 90) entende que alguns tipos de condutas, vistos à luz das convenções e regras jurídicas existentes, desdenham de tais valores ou se opõem diretamente a eles. Tomando esses valores como *standards* de julgamento, valores estes reconhecidos na prática dos grupos sociais, a conduta de transgressão passa a ser considerada, a princípio, errada. Entretanto, dada a pluralidade de valores sociais aceitos e válidos em determinadas circunstâncias, devemos classificar ou graduar maneiras diferentes do "agir correto" ou do "agir mais ou menos correto", do "agir errado" ou do "agir mais ou

[31]As regras jurídicas não são independentes dos valores que as pessoas consideram importantes. Tanto é que elas são modos de estabelecer de forma relativamente clara, em relação aos valores, o lugar em que a "linha do mínimo" é traçada. Isso esclarece porque as "regras jurídicas" são, em certo sentido, arbitrárias e também até certo ponto precisas, preestabelecidas. A arbitrariedade em questão não entra em conflito com a proposição de que as regras estabelecem requisitos relacionados racionalmente a valores importantes. Mas, como todo examinador e examinado sabem, exatamente onde se traça a linha é, dentro de certa faixa de poucos pontos, arbitrário. Às vezes é melhor deixar as coisas claras do que deixá-las absolutamente "certas" – as vezes a única coisa certa é a clareza, e é aí que é certo ter regras (MacCORMIC, 2010, p. 92).

menos errado" etc. Para tanto, é necessário fixar um "ponto de corte". Abaixo desse ponto há vários níveis de "errado" e de censurabilidade. Nem todos os atos errados são igualmente errados, embora todos sejam semelhantes no sentido de que estão abaixo do ponto de corte.

Tanto do ponto de vista moral ou jurídico, devemos admitir que os nossos julgamentos sobre qual conduta é "certa" ou "justa" e qual é "errada" ou "injusta" pressupõem algum "ponto de corte" mais ou menos subentendido. Agir de forma errada ou injusta é deixar de atingir o nível mínimo em relação a algum valor considerado importante. Assim, a obrigatoriedade, dentre outras coisas, está relacionado à satisfação mínima de algum valor importante traçado por um ponto de corte, que pode ser vago ou mais implícito do que explícito. Mas essa imprecisão é motivo de preocupação no relacionamento social. As pessoas têm razões para querer saber com clareza onde está traçada tal linha, na medida em que nas relações sociais, em geral, gostamos de saber quais são os requisitos morais e legais mínimos que se espera que cumpramos. Em geral, as leis procuram traçar esta linha, se o fazem com clareza e justiça já é outro assunto.

Para esclarecermos estes pontos, analisemos o polêmico caso da *eutanásia voluntária*, no qual o agente consciente e autônomo manifesta claramente o seu desejo de morrer. Até o presente momento, a matéria não foi diretamente disciplinada pelo nosso legislativo ou pelo nosso judiciário. Recentemente, neste sentido, no Supremo Tribunal Federal (STF) foi impetrado o Habeas Corpus (HC) 104963, com pedido de liminar, em favor de um médico que, atualmente, exerce cargo de vereador. Ele foi denunciado por homicídio qualificado, na forma continuada, em razão de ter determinado a duas enfermeiras que ministrassem quantidade excessiva de certa substância que desse modo a tornava letal, nos anos de 1991 e 1992, em duas pacientes, uma delas com quadro de doença terminal. Entretanto, o STF não se manifestou ainda quanto à prática da eutanásia. Por outro lado, ainda aguardando votação desde 2012, tramita em nosso Congresso o projeto

lei nº 236 que pretende tratar da Eutanásia como um tipo penal. O referido projeto lei pretende acrescentar no nosso Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/ 1940) o seguinte dispositivo:

> Eutanásia
>
> Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:
> Pena – prisão, de dois a quatro anos.
> § 1° O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.
> Exclusão de Ilicitude
> § 2° Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

A princípio, o legislador parece proibir a prática da eutanásia (art. 122, *caput*), talvez por medo dos excessos , mas em seguida temendo que esta regra abstrata e geral, dada esta natureza, seja injusta, garante a análise caso a caso por parte da avaliação do juiz, prática esta que promove a equidade ao aproximar os julgadores dos fatos em questão (Art. 122, § 1°). E mais, ao final, autoriza a *ortoeutanásia* (Art. 122, § 2°).

Todavia, hoje, aquele que tira a vida de outrem em razão de *eutanásia voluntária* pode ser enquadrado nas hipóteses legais do artigo 121, *caput* (Homicídio Simples) ou artigo 121, § 1º ("Homicídio Privilegiado") do Código Penal Brasileiro[32].

Tomemos, agora, o seguinte caso: supondo que a senhora Fátima de sessenta anos sofre de uma forma terrível de artrite reumatóide que já lhe consome há quinze anos, causando-lhes dores tão agudas que nem mesmo os analgésicos mais

[32]Eis o dispositivo em destaque: Art. 121. Matar alguém: *Pena* – reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

poderosos conseguem mitigá-las. Esta chora de dor sempre que a sua filha Francis, uma médica de renome, delicadamente, lhe tocava as palmas das mãos com as pontas dos dedos. Não suportando mais esta situação, Fátima implora a sua filha que a mate. A sua filha, em seguida, injeta-lhe uma dose letal de cloreto de potássio e ela em poucos minutos morre.

Por hipótese, supondo que este caso tenha ocorrido no Brasil nos dias atuais, é possível que o judiciário ao jugar este aplique como "ponto de corte" o artigo 121, § 1º , do nosso Código Penal (C.P./40), considerando a conduta, talvez não como absolutamente errada, mas como "mais ou menos errada", em vista da compreensão de que o crime foi induzido por "motivo de relevante valor social ou moral" (por exemplo, o da compaixão e piedade). Outro aspecto que prova esta gradação é o da desproporcionalidade do tempo da pena do dispositivo do artigo 121, § 1º, CP/40 em relação ao tempo da pena proposto pelo artigo 121, *caput* do CP/40.

Por outro lado, com vista no direito à vida (Art. 5, *caput*, C.F./88), no direito à liberdade (Art. 5, *caput*, C.F./88) e no princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1, III, C.F./88), podemos articular um argumento de ordem libertária e deontológica. Primeiro, quando a nossa Constituição afirma que nós temos o direito à vida, diz-nos, na verdade, que temos o direito à "vida boa", ou seja, ao bem viver. Segundo, no direito à liberdade, temos o termo "liberdade" como uma textura aberta, a qual pode ser interpretada como "autonomia". Disto resulta que somos autônomos para decidirmos sobre aquilo que torna boa as nossas vidas, mesmo que isto signifique abrir mão do viver. Terceiro, de modo bem geral, o valor da dignidade humana exige uma condição de respeito, em particular, aqui, o respeito à decisão de viver ou morrer pertencente a um ser autônomo, racional e consciente. Em conclusão ao nosso argumento, citemos por fim os seguintes critérios[33]:

1. A solicitação para morrer deve ser uma decisão voluntária feita por um pessoa

[33]Conforme os critérios formulados no conhecido *Caso Postma* julgado pela Corte de Rotterdam em 1981. Para mais detalhes: Janssen (2002).

informada;

2. A solicitação deve ser bem considerada por uma pessoa que tenha uma compreensão clara e correta de sua condição e de outras possibilidades. A pessoa deve ser capaz de ponderar estas opções, e deve ter feito tal ponderação;

3. O desejo de morrer deve ter alguma duração;

4. Deve haver sofrimento físico ou mental que seja inaceitável ou insuportável;

5. A consultoria com uma equipe médica é obrigatória.

Nestes termos, determinamos como "ponto de corte" o artigo 1, III, o artigo 5, *caput*, todos da C.F./88, fixando a *eutanásia voluntária* como "justa" ou "mais ou menos justa".

Há dois âmbitos de interpretação importantes à produção de argumentos de justiça ou de injustiça acerca das ações e das leis. Primeiro, o de *foro interno*, de caráter mais psicológico, indica as razões pessoais que levam o agente a praticar determinada ação, como o sentimento de benevolência, o dever de tratar os outros com respeito, a maximização de um bem estar etc. Segundo, o de *foro externo* que compete àqueles da produção das leis jurídicas (abstrata ou concretas; gerais ou particulares) pelos legisladores ou juízes que determina a terceiros certo dever-ser, influenciados por inúmeras razões: a garantia da liberdade como liberdade positiva, liberdade negativa, liberdade de pensamento, liberdade de expressão, da dignidade humana, da prática de valores essenciais à coesão e bem estar social, e assim por diante.

Os foros interno e externo de produção da *norma jurídica* sofrem a todo instante influências mútuas um do outro, sendo ora as razões de um, fundamento do outro e vice-e- versa. Além do mais, os agentes e os julgadores interagem simultaneamente entre si (este é um *processo intersubjetivo*[34]).

[34]Podemos, assim, falar de uma *teoria da interpretação intersubjetiva*. Nestes termos, consultar

Portanto, além de uma multiplicidade de "pontos de corte" elencados pelas razões psicológicas do agente, há também uma variedade incrível destes em nosso ordenamento jurídico e nos fatos jurídicos (fatos interpretados pelos juristas como relevantes, no sentido que geram consequências jurídicas). E mais, uma vez fixado o "ponto de corte" cabe uma gradação de valores acima e abaixo deste: errado, mais ou menos errado, correto, mais ou menos correto, pouco correto etc. Logo, somos levados a crer que o raciocínio prático e o raciocínio jurídico são do tipo *fuzzy* (ou *difuso*), tanto do ponto de vista da quantidade e plausibilidade dos "pontos de corte", quanto dos valores atribuído a partir deste às nossas leis e ações, fixando as suas obrigatoriedades.

2.2 OBRIGAÇÃO, VERDADE E LEGALIDADE

Uma Definição Difusa de Obrigação

Anteriormente, de modo geral, argumentamos no sentido de apresentar dois pressupostos da definição de "obrigação" que subjaz a todo tipo de argumentação filosófica, moral, política etc.. Primeiro, quanto à noção de prescrição, se certo deve-ser é obrigatório, então este move o agente de modo mais ou menos forte a praticar o seu modelo de conduta. Segundo, esta obrigação se diz em graus: há prescrições, deveres ou comandos que são considerados pelo agente como mais obrigatórios do que outros. Tomaremos estas ideias como fundamentos teóricos às nossas futuras teses, a serem aqui desenvolvidas, na tentativa de elucidar a questão: o que significa a expressão "estar obrigado a"?

Ronald Dworkin (2005, p. 238) e Gadamer (1997)

(A) Conceituando Obrigação

Pensemos na seguinte definição de obrigação: quando o agente se depara com uma lei e interpreta esta como obrigatória, percebe está fortemente vinculado a ela no sentido de vir provavelmente a praticar a sua hipótese de conduta. Por exemplo, ao ler o artigo 2 da Lei nº 9.294/1996 que diz "É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público." e o artigo 9, inciso V, também desta lei, que afirma "Aplicam-se ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, as seguintes sanções: (...) V – multa, de R $ 5.000,00 (cinco mil reais) a R$ 100.000,00 (cem mil reais), aplicada conforme a capacidade econômica do infrator.", pode inferir a seguinte proposição prescritiva: "É obrigatório não fumar em recinto coletivo fechado, privado ou público" (em símbolos, $O(\neg A)$).

Ao supormos A como a ação "fumar", entendemos que a expressão "não-A é obrigatório" ($O(\neg A)$) indicar que a não prática da ação A deve ser o caso, ou seja, que não deve ocorrer A. Isto é deste modo porque a prática de A acarreta numa punição não suportada pelo agente que se ver impelido (ou vinculado) a cumprir a prescrição obrigatória. No nosso exemplo a punição que decorre da prática de A é uma multa a ser fixada por autoridade competente. Se o agente acredita que se fumar vai ser detido, condenado administrativamente e, em seguida, será provavelmente multado, sendo-lhe isto danoso, este tomará o artigo 2 da Lei nº 9.294/1996 como obrigatório.

De modo a garantir a obrigatoriedade de um A qualquer ou a execução de uma ação A, aquele que emite o "comando"[35] ou a "lei obrigatória", cuja pretensão é

[35]Neste sentido, ver a interessante distinção entre *Comando* e *Conselho* de Thomas Hobbes (1999, p. 201–206), Cap. XXV.

a de ser interpretada pelo agente-receptor como obrigatória (OA), agrega-lhe uma punição que será aplicada no caso de não execução da ação A ($\neg A$) dita obrigatória (OA). Desta interpretação podemos extrair a seguinte relação: *A é obrigatório (OA) se, e somente se,* $\neg A$ *deve ser punido*[36]. Esta punição[37], por sua vez, deve trazer algum tipo de prejuízo ao agente transgressor, conforme a sua interpretação, caso contrário não trará força vinculativa a hipótese de cumprimento da ação A presente no comando.

Dito isto, eis então que surge a seguinte questão: cumprimos uma norma jurídica dita obrigatória tão somente pelo temor de sermos punidos? É necessário, daqui por diante, esclarecermos a noção de punição e de agente racional, o qual delibera sobre a possibilidade de cumprir ou não cumprir a prescrição.

(B) Ação, Obrigação e Comunicação

No dia 20 de Maio de 2013, a Câmara Municipal de João Pessoa aprovou o Projeto de Lei nº 36/2013 que proíbe as pessoas de jogarem lixo nas ruas, avenidas e espaços públicos da cidade com pena de multa que varia de R$ 125 a R$ 890, dependendo do grau da infração. Em suma, a lei afirma que o infrator que jogar em área pública, por exemplo, resíduo com tamanho igual ou menor ao de uma lata de alumínio, desembolsará R$ 125,00. Já o infrator que jogar lixos maiores do que uma lata de alumínio, com até $1m^3$, pagará uma multa de R$ 250,00, e o que jogar lixo com mais de $1m^3$ será multado em até R$ 890,00. O projeto prevê ainda que a pessoa que reincidir na infração, dentro do prazo de um ano, será multada no valor dobrado da multa anterior, dependendo do tamanho e da quantidade de lixo

[36]A nossa definição de obrigação é geral, portanto, vale para outros âmbitos que não apenas o legal, como o político e o moral.

[37]A *premiação* também pode ser invocada pelo agente-emissor para vincular ao seu comando a ação do agente-receptor, mas esta não será precisamente objeto de nossas análises.

descartado em via pública.

Para que possamos afirmar a lei acima como obrigatória ao agente, de modo que este se sinta altamente impelido a cumpri-la, é necessário, primeiro, constatarmos, em especial, se este compreende (no todo ou em parte) o conteúdo normativo desta lei. Em seguida, confirmado isto, segundo, devemos investigar o grau de vinculação que este pode ou pretende assumir em relação à tal prescrição.

Compreende a lei aquele que está apto a interpretá-la. O agente–emissor (por exemplo, o legislador) envia uma mensagem que apresenta uma "complexidade comunicativa" que é selecionada pelo agente–receptor (o cidadão, por exemplo)[38]. Este último escolhe, por assim dizer, do complexo, algumas possibilidades que não coincidem necessariamente com a seletividade do emissor. Por exemplo, o emissor diz: não jogues lixo na rua, se não queres ser punido com multa! E o receptor, após mastigar um chiclete, o joga em meio ao asfalto. Certamente, o faz por interpretar que um chiclete não pode ser entendido como um lixo, não gerando as consequências poluidoras típicas de um lixo, conforme a descrição em lei. Interpretar, nestes termos, é "selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva"[39]. Esta seleção, por sua vez, dá-se por intermédio de um esquema de compreensão próprio do agente-receptor (conhecimento ordinário da linguagem, conhecimento da linguagem jurídica, pragmática, valores interpessoais, morais, políticos etc., muito dos quais adquiridos em certa tradição social), que lhe permite construir significados e, subsequentemente, no caso destes serem prescrições, orientar as suas

[38]Indo além das noções de falante (emissor), de ouvinte (receptor) e de mundo ou de contexto ao qual o ato da fala se refere (tópico), pertencentes ao modelo tradicional de comunicação proposto por Karl Bühler em sua *Teoria Axiomática da Linguística* (*Die Axiomatik der Sprachwissenschaften*, 1933); Jakobson (1990, p. 73) sugere três outros elementos de comunicação: a mensagem propriamente dita, o contato intersubjetivo que ela produz (relação entre os agentes) e o código. Este último, indica o repertório de ferramentas e materiais linguísticos dos quais a mensagem é composta, o meio linguístico no qual o ato da fala se baseia para a sua significação. Assim, a "complexidade comunicativa" para Jakobson se inicia com o emissor que envia uma mensagem ao receptor, por contato, num dado contexto, conforme certo código.

[39]Neste sentido, ver a "Teoria Pragmática-Comunicativa da Norma Jurídica" de Ferraz Jr. (2000).

ações.

As "tomadas de decisão" dos *agentes racionais* (detentores de uma *razão prática*), que envolve necessariamente a cognição e a escolha sobre o que se prefere ou pretende fazer, só são possíveis se o agente possui a compreensão de determinados conceitos e, além do mais, é capaz de manipulá-los. Consequentemente, constatado estas habilidades, o agente vai avaliar a obrigatoriedade de uma lei conforme suas crenças e seus desejos.

(C) Ação Racional, Crença e Desejo

Um agente racional, segundo Jon Elster (1999, p. 13), realiza uma eleição racional de suas escolhas ou ações quando se encontra numa relação otimizadora a respeito dos seus desejos, crenças e informações disponíveis. Para este, a *ação racional* deve ser capaz de, por meios eficazes, satisfazer os desejos do agente, dadas as suas crenças. Este tipo de ação exige três *operações de otimização*:

(*i*) Dadas as informações disponíveis (percebidas), deve-se escolher as melhores informações à deliberação[40];

(*ii*) Dadas as "melhores informações", deve-se formar a melhor crença[41];

(*iii*) Dadas as crenças e os desejos do agente, deve-se identificar a melhor ação.

Seja como for, em todos as operações acima (*i – iii*) há um grau de preferência a ser determinado antes de se definir a "melhor ação", esta também suscetível a

[40] Aristóteles, *Ética à Nicômaco*, 1112 a, 5-10: "escolhemos o que sabemos ser melhor, tanto quanto nos é dado sabê-lo".

[41] Será que os dados influenciam a formação da crença ao mesmo tempo em que a crença serve de critério à seleção dos melhores dados? Certos dados impulsionam o nosso pensamento (imaginação, formação de novos conceitos, manipulação de conceitos, construção de conjecturas ou hipóteses etc.), ao mesmo tempo que nosso pensamento seleciona ou modelam certos dados.

uma avaliação da *razão prática*, comumente entendida como um ditame de racionalidade do agir que indica ao sujeito o melhor a fazer por intermédio de reflexões acerca de preferências de ações.

Devemos, agora, ainda que em linhas gerais, investigar como o *desejo* e a *crença* determinam o curso da ação num agente que faz uso da sua racionalidade prática.

Para Aristóteles (2006), o que nos move são duas coisas: o desejo e o entendimento, conforme o seu tratado *Da Alma* (ou *De Anima*), passagem 433 a 9:

> Ambos, com efeito – isto é, o entendimento e o desejo – são capazes de mover espacialmente. Mas o entendimento [que o faz] é o prático, o que raciocina em vista de uma coisa. Este difere do teorético em finalidade. Quanto ao desejo, todo ele existe, também, em vista de alguma coisa; o objeto do desejo é, pois, o princípio do entendimento prático, enquanto o termo final [do raciocínio] é, então, o princípio da ação. De forma que estas duas coisas parecem ser, com boa razão, as que movem: o desejo e o pensamento discursivo prático. Com efeito, o objeto do desejo é que move, e o pensamento discursivo move, porque o seu princípio é o objeto do desejo.
> Existe apenas uma coisa, então, que move: a faculdade desiderativa. E, se duas coisas movessem – o entendimento e o desejo –, moveriam devido a algum aspecto comum. Agora o entendimento não parece mover sem o desejo, pois a vontade é um desejo, e quando nos movemos de acordo com o raciocínio, movemo-nos também de acordo com uma vontade. O desejo, por seu turno, move também à margem do raciocínio, pois o apetite é um tipo de desejo.

Segundo Aristóteles, há casos em que o apetite, uma forma irracional de desejo, comanda o movimento, e casos em que o movimento é presidido pela inteligência prática. A respeito dos seres racionais, estes parecem se deslocar no espaço com base em dois princípios: o entendimento do intelecto prático e o desejo. Sendo estes redutíveis a algo em comum: o desejável. Este, por sua vez, é o objeto de desejo que atua na capacidade de desejar, da mesma maneira que é o ponto de partida do intelecto prático, cuja atividade é calcular (escolher) os meios em vista de um fim. Dito isso, "o desejo relaciona-se com o fim e a escolha [raciocínio desiderativo] com os meios. Por exemplo: desejamos gozar saúde, mas escolhemos os atos que nos tornarão sadios" (*Ética à Nicômaco*, 1111b, 25 –30).

Na sua *Ética à Nicômaco*, Aristóteles (2002) afirma que o intelecto prático (raciocínio prático) tem como cerne o execício de boas ações. Isto exige do intelecto, embora, a princípio subordinado pelo desejo por meio do desejável, que este não se deixe levar pela esfera contingente e variável do desejo que, em geral, aponta para um "bem aparente". O verdadeiro princípio da ação imposto pelo entendimento prático (raciocínio prático) ao desejo não é outro senão o "retamente desejável". Aristóteles (2002) (*Ética à Nicômaco*, 1139 a 20–30) assim nos esclarece:

> A afirmação e a negação no raciocínio correspondem, no desejo, ao buscar e ao fugir; de modo que, sendo a virtude moral uma disposição de caráter relacionada com a escolha, e sendo a escolha um desejo deliberado, tanto deve ser verdadeiro o raciocínio como reto o desejo para que a escolha seja acertada, e o segundo deve buscar exatamente o que afirma o primeiro.
> Ora, esta espécie de intelecto e de verdade é prática. Quanto ao intelecto contemplativo, e não prático nem produtivo, o bom e o mau estado são, respectivamente, a verdade e a falsidade (pois essa é a obra de toda a parte racional); mas da parte prática e intelectual o bom estado é a concordância da verdade com o reto desejo.
> A origem da ação – sua causa eficiente, não final – é a escolha, e a da escolha é o desejo e o raciocínio com um fim em vista. Eis aí por que a escolha não pode existir nem sem razão e intelecto, nem sem uma disposição moral; pois a boa ação e o seu contrário não podem existir sem uma combinação de intelecto e de caráter. O intelecto em si mesmo, porém, não move coisa alguma; só pode fazê-lo o intelecto prático que visa a um fim qualquer. E isto vale também para o intelecto produtivo, já que todo aquele que produz alguma coisa o faz com um fim em vista; e a coisa produzida não é um fim no sentido absoluto, mas apenas um fim dentro de uma relação particular, e o fim de uma operação particular. Só o que se pratica é um fim irrestrito; pois a boa ação é um fim ao qual visa o desejo.

Em Aristóteles (2002), ao menos assim podemos interpretar, diferentemente, por exemplo, de Kant (2003), cujo critério de reconhecimento daquilo que é bom é uma lei racional universal (incondicional), o "retamente desejável" parece consistir numa questão de grau: só é possível ao intelecto prático apontar uma ação como moral em função de uma espécie de "cálculo racional deliberativo" que analisa a força moral de certa ação caso a caso. Como prova disto, olhemos com mais atenção para a teoria prática de Aristóteles, em especial, para a sua concepção de "virtude": uma espécie de modalidade de escolha (*Ética à Nicômaco*, 1106a 10). Esta,

mais precisamente, "consiste numa mediana relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. E é um meio–termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta" (*Ética à Nicômaco*, 1107a). A fixação deste meio–termo se dá por uma deliberação ou um cálculo de escolha que o agente racional realiza ao analisar certos contextos: agentes, relações e situações. Vejamos a passagem 1106a, 10–25, da sua *Ética à Nicômaco*:

> Tanto o medo como a confiança, o apetite, a ira, a compaixão, e em geral o prazer e a dor, podem ser sentidos em excesso ou em grau insuficiente; e, num caso como no outro, isso é um mal. Mas sentilos na ocasião apropriada, com referência aos objetos apropriados, para com as pessoas apropriadas, pelo motivo e da maneira conveniente, nisso consistem o meio-termo e a excelência característica da virtude.

Dado o exposto, Aristóteles parece nos sugerir o seguinte:

(1) Se é desejável p e o agente "acredita" que p é "bom", então, possivelmente, realiza uma ação qualquer de modo a obter p.

Ao olhar um mendigo na rua, por exemplo, o agente imagina que o certo a fazer é dar o dinheiro que possui; há assim, inicialmente, o desejo de ajudar aquele carente, mas pode este, em seguida, ser tomado pelo desejo de não realizar tal ato, pois isto implicaria ficar sem o dinheiro necessário para comprar o seu almoço. Na verdade, há, aqui, uma colisão entre o desejo de nutrição e o desejo de ajudar um necessitado. Desejos podem ser mais fortes ou mais fracos. Sendo, por exemplo, a força de um desejo determinada pelo (*i*) grau de prazer ou desprazer que possa a vir a proporcionar (STRAWSON, 1994), ou (*ii*) pelo grau de bondade fixado segundo um estado de coisas relativo a ele (ARISTÓTELES, 2002; STAMPE, 1987; ODDIE, 2005), ou (*iii*) pelo grau das razões que justificam proposições que afirmam que ele é o caso (SCANILON, 1998), ou (*iv*) pelo grau de "aprendizagem baseado em recompensa" identificado com ele (DRETSKE, 1988), ou (*v*) por alguma média de todos estes (SCHROEDER, 2009)[42].

[42]Conforme Schroeder (2009, p. 1–10), desejar é está num estado de espírito que é, comumente,

Entendemos que sendo, ao que parece, os desejos uma das causas que impulsionam o agir, podemos falar de dois tipos de desejo: primeiro, os *desejos–potência* que estão colidindo na consciência do agente, sem que com isso, gerem ações, ou seja, são meras "conjecturas práticas"; já, segundo, o *desejo-ato* é aquele que efetivamente dá origem a ações do agente, pois é o resultado final da síntese dos conflitos entre as razões (meios) que fundamenta o desejo como um fim.

Por exemplo, de antemão, alguém pode ter o desejo geral de cumprir a lei X (como desejo-potência), mas se há a crença que X é injusta, então pode se sobrepor outro desejo, a saber: o de descumprir a lei injusta X (desejo-potência, a ser, possivelmente, convertido num desejo-ato), mesmo que neste caso signifique ao agente ser punido. É uma questão de ponderar razões e desejos: o desejo de cumprir leis justas, por exemplo, pode se sobrepor ao desejo de não sofrer uma punição, dadas certas razões apresentadas pelo agente que lhe justificam o correto a ser feito (ou talvez o que lhe é mais vantajoso, afinal uma lei injusta pode implicar num mau muito maior e irremediável à coletividade, o que lhe poderia trazer uma maior sofrimento – já que participa da coletividade e dela depende – do que a punição por não obedecer a lei).

Num sentido geral, dado o exposto, temos o seguinte:

(2) Um agente ao desejar p, possivelmente, pratica uma ação de modo a obter p,

associado a uma série de diferentes fatores: apetite, ação, prazer, dor, bondade, razões, informações, aprendizagem etc. Este autor, propõe uma *teoria holística do desejo* baseada em cinco teorias tradicionais do desejo: (*i*) *teoria do desejo baseada na ação*; (*ii*) *teoria do desejo baseada no prazer*; (*iii*) *teoria do desejo baseada no bom*; (*iv*) *teoria do desejo baseada nas informações*; (*iv*) *teoria do desejo baseada na aprendizagem*.

As características, por conseguinte, que tal teoria deve considerar como candidatas à fundamentação dos desejos são:

1. O agente, geralmente, deseja p se, e somente se, ele está disposto a tomar as ações que acredita serem as mais aptas à promoção de p;
2. O agente, geralmente, deseja p se, e somente se, ele está disposto a crer que p lhe dará prazer;
3. O agente, geralmente, deseja p se, e somente se, ele está disposto a acreditar que p é bom;
4. O agente, geralmente, deseja p se, e somente se, ele está disposto a atender às razões para se ter p.

Entretanto, a teoria holística de Schroeder ao agrupar todas as teorias acima, acabou por herdar as bons resultados destas, mas também os seus problemas.

porque isto lhe convêm.

Neste sentido, em Descartes (2001, p. 49), o desejo pode ser entendido como uma das "paixões da alma". Assim escreve: "a paixão do desejo é uma agitação da alma causada pelos espíritos que a dispõem a querer para o futuro as coisas que se representam como convenientes para ela" (*As Paixões da Alma*, Art. 86). De modo semelhante, Locke (1999, p. 215) diz que "a ansiedade que um homem encontra em si por causa da ausência de algo cujo gozo presente leva consigo a ideia de deleite é aquilo a que chamamos desejo" (*Ensaio Acerca do Entendimento Humano*, XX, 6).

Quando um agente diz "estou com desejo de comer chocolate", e, em geral, este obtém o chocolate desejado, o consome. O faz neste sentido porque gosta de chocolate, pois este satisfaz o seu paladar. Do mesmo modo quando alguém diz "estou com desejo de escutar Chopin", tem o prazer de escutar música clássica, porque esta lhe agrada de algum modo, seja porque lhe soa bem aos ouvidos ou seja porque lhe traz boas lembranças. Por outro lado, se desejamos comer chocolate é porque há a crença de que isto nos trará um bem estar físico, dada a experiência passada e os dados atuais (prazo de validade não vencido, aparência e cheiro, por exemplo); se desejamos escutar Choppin é porque cremos que isto nos proporcionará um bem estar de ordem psicológica ou alguma outra sensação. Dito desta forma, entendemos que o desejo (desejo-potência) só é fixado como um fim a ser praticado (desejo-ato) se há razões suficientes que lhe justifique tal caráter, já estas razões só existem enquanto fundamentos do desejo posto como fim. Há uma influência mútua entre crença e desejo, porque na verdade ambos são "atitudes proposicionais"[43]. Aproximamo-nos, assim, da ideia contemporânea de desejo e crença.

Uma "atitude proposicional" é um estado mental no qual se possui alguma atitude, postura, ou tomada de posição sobre uma proposição referente a um estado de coisas. Este estado mental pode ser exprimível pela fórmula "SA que P", na

[43]Para mais detalhes acerca da noção de "atitudes proposicionais", consultar Branquinho (2006, p. 72–78), Lewis (1988, 1996) e Schwitzgebel (2011).

qual S indica o indivíduo que possui o estado mental, A representa a atitude, e P aponta para uma frase que expressa uma proposição. Por exemplo: Arthur (o sujeito) tem esperança (a atitude) que "Alpha Centauri abriga vida inteligente" (a proposição). São exemplos de atitudes proposicionais, portanto, além das crenças e desejos, os pensamentos, juízos, receios, perplexidades, ansiedades, esperanças, memórias, conhecimentos etc.

Como descrita, a "atitude proposicional" apresenta uma dupla estrutura. Por um lado, descreve estados psicológicos atitudinais, estados estes que envolvem de algum modo uma "tomada de posição" em relação a algo: aceitar, rejeitar, desejar, hesitar etc.. Por outro lado, identifica o objeto dos estados mentais (aquilo que se aceita, rejeita, deseja etc.) como uma proposição, ou seja, algo que é semanticamente avaliável e que tem um valor de verdade.

De acordo com uma concepção familiar acerca das atitudes, à qual se pode chamar "relacional", o estado psicológico no qual um agente acredita que Júlio Floro é uma pessoa de boa índole envolve uma relação: a relação de acreditar, a qual se estabelece entre o agente e a proposição "Júlio Floro é uma pessoa de boa índole". Tal relação em questão não se dá entre o agente e um objeto físico, neste caso a Júlio Floro em carne e osso, mas entre o agente e um objeto abstrato, aquela proposição. Da proposição diz-se que é o conteúdo (ou significado) da crença do agente.

Por outras palavras, uma crença, num sentido comum que damos hoje ao termo, é sempre uma compreensão de um determinado "estado de coisas". Em virtude disso, a crença é significado. Assim como o significado de um enunciado é dado pela proposição que o expressa, o significado de um estado mental como uma crença é proporcionado pela relação com o estado de coisas. Por conseguinte, as crenças, podem ser, em geral, entendidas como significados intencionais (estados mentais) de um estado de coisas. Dito de outro modo, a crença é o estado psicológico

de representação relacionado com uma proposição, conforme Moser, Mulder e Trout (2004, p. 47–61).

(C1) *Crenças, Desejos e Condição Minimax de Ação*

O nosso Código de Trânsito (Lei n°. 9.503/97), reconhece em seu artigo 65 como "obrigatório o uso do cinto de segurança para condutor e passageiros em todas as vias do território nacional", ao atrelar a sua desobediência uma punição (sanção): uma multa. Se há a crença por parte do agente–receptor que o cinto de segurança é um equipamento capaz de protegê-lo em caso de acidente, ou se acredita que provavelmente será multado se praticar o ato ilícito, munido do desejo de ter uma vida saudável, certamente, tomará como racional (ou obrigatório) a ação de cumprir este Código. Mas, por outro lado, se o agente não usa o cinto de segurança por acreditar que nunca sofrerá um acidente grave, já que apenas dirige por vias urbanas, ou porque tem a crença que dificilmente será multado, dado o desejo de não ser incomodado pelo cinto não ergonômico, provavelmente, considerará racional não cumprir (ou não obrigatório cumprir) a prescrição do artigo 65 do nosso Código de Trânsito.

Entretanto, se o agente tem o desejo de não usar o cinto de segurança porque este lhe causa certo desconforto, mas acredita que ao não usá-lo será multado, neste quadro, o agente-receptor tomará como ação racional obedecer ou não (obrigatório ou não) a referida prescrição? Quando há o conflito entre crenças; entre desejos; ou entre crenças e desejos, o agente realiza um espécie de cálculo no qual atribui diferentes graus às crença e aos desejos conflitantes, pois este só pode agir após estabelecer uma ordenação entre estes (uma escala de importância) que lhe permitirá escolher a "melhor ação" (ou as melhores ações, quando compatíveis). Mas qual é a razão que subjaz a isto?

Conforme um resultado geral que podemos extrair do *teorema minimax* de von Neumann e Oskar (1953, p. 89 ss), propomos o seguinte: *o agente-receptor, um agente racional, executa uma ação com vista em duas condições: maximizar os seus ganhos e minimizar as suas perdas*. Denotaremos estas condições para a deliberação da ação como "condições *minimax* de ação". Em conformidade com isso, uma *ação obrigatória é aquela que, ponderada as consequências do seu cumprimento, proporciona ganhos ou reduz perdas (na pior das hipóteses), de tal modo que o agente a ela se vincula*. Assim, além de cumprimos o comando de certo agente–emissor por receio das consequências desagradáveis (por exemplo, a sanção) decorrentes da inexecução deste, aceitamos o seu comando como plausível ou justo segundo outras razões de ordem pessoal, social, política, econômica, jurídica etc., desde que estas satisfaçam as *condições minimax de ação* avaliada pelo agente–receptor.

Voltemos ao exemplo do uso obrigatório do cinto de segurança. Um simpatizante da ideologia libertária de Robert Nozick (1999), partindo da tese de que "*tem o direito de fazer o que quiser com aquilo que lhe pertence, desde que respeitado o direito dos outros de fazer o mesmo*", decide não usar o cinto de segurança, mesmo sabendo que este salva vidas e evita ferimentos graves, pois argumenta que, neste caso, o seu direito de decidir os riscos que quer assumir se fundamenta no fato de ser o detentor da sua vida. Certamente, por hipótese, este usaria o cinto de segurança se se julgasse na iminência de um acidente grave, por exemplo, numa alta estrada cujo índice de acidentes graves é alto, mas, por outro lado, talvez na hipótese de ser tão somente multado, possa ser que o agente libertário prefira correr o risco de pagar uma multa, cuja aplicação acha altamente provável, a abrir mão da sua ideologia. Neste tipo de escolha, na qual ele toma como obrigatório não usar o cinto de segurança, prefere miniminizar suas perdas: a perda menor é pagar uma multa.

Logo, se partirmos do pressuposto de que o agente racional age sempre mo-

tivado pelo interesse de lucrar ou de evitar algum tipo de prejuízo, então podemos dizer que agimos constantemente com receio de não cumprirmos estas condições. É, pois, esta a nossa punição: não concretizarmos os nossos desejos por lucro ou por um menor dano! Mas se isto é assim, poderíamos atribuir a todas as ações algum tipo de punição, logo seria possível considerar todas as ações como obrigatórias? Não, isto trivializaria a noção proposta de obrigação! Na verdade, apenas certas razões que acreditamos satisfazer de modo forte as nossas *condições minimax de ação* nos levam a realizar ações, estas ditas obrigatórias. Tanto num lado como no outro da equação que relaciona obrigações com às punições, ambas são balanceadas por uma condição de grau.

Bobbio (2007) e Hart (2005), por exemplo, defendem a existência de comandos executados unicamente por estima ao prestígio, à ascendência ou à autoridade das pessoas que comandam: "é o que ocorre quando se obedece ao comando do chefe não porque ele seja capaz de infligir uma pena, mas porque ele é o chefe" (BOBBIO, 2007, p. 64). O que isto significa ao certo? Com vista nas *condições minimax de ação* de um agente racional, a assertiva de Bobbio não parece fazer nenhum sentido, pois não se maximiza um bem-estar cultuando a autoridade em si mesma. Dificilmente, alguém tomaria como obrigatório o comando de um chefe que claramente tivesse a intenção de prejudicar um amigo de trabalho, simplesmente, por estima, prestígio ou respeito à autoridade do chefe, mas sim, talvez, por exemplo, pela promessa de ser demitido do trabalho. Aí sim, possivelmente, este se sentiria vinculado a ordem do chefe, tomando-a como obrigatória. Mas a obrigatoriedade é uma questão de grau! Mesmo assim, dada a interpretação das consequências desta ação e das necessidades e dos interesses pessoais, o agente–receptor pode não se sentir vinculado ao comando do agente-emissor, por considerar mais importante do que seu emprego a amizade do amigo ameaçado. Pelo temor da perda de tal amizade, um tipo de punição que pode vir a se concretizar, o agente–receptor se sente fortemente vinculado a ação de desobediência do comando patronal. Por-

tanto, a toda e qualquer inexecução de uma ação proposta pelo agente–emissor pode ser atribuída uma punição, mas são obrigatórias somente aquelas ações cujas punições atribuímos uma importância, conforme as *condições minimax de ação*.

A fixação do que deve ser tomado como obrigatório, ou quais ações devem ser punidas, são geralmente fixadas por juízes no seu dia a dia forense. A atividade dos magistrados representam exemplos profícuos do uso das "condições minimax de decisão" que indicam um cálculo de racionalidade, proporcionalidade e ora de passionalidade.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) incluiu na primeira sessão de 2011 a análise de quatro *Habeas Corpus* pedindo a aplicação do *princípio da insignificância* (ou *princípio da bagatela*)[44]. Três deles foram concedidos, resultando na extinção de ações penais.

Processos envolvendo o *princípio da insignificância* têm-se tornado cada vez mais corriqueiros no STF. Uma dessas ações julgadas pela Turma apurava a tentativa de furto de dez brocas, dois cadeados, duas cuecas, três sungas e seis bermudas de um hipermercado em Natal, no Rio Grande do Norte. Ao conceder o pedido de *Habeas Corpus* para anular a ação penal, o relator do processo, ministro Gilmar Mendes, ressaltou que o *princípio da insignificância* se firmou "como importante instrumento de aprimoramento do Direito Penal, sendo paulatinamente reconhecido pela jurisprudência dos tribunais superiores, em especial pelo Supremo Tribunal Federal", após passar por um "longo processo de formação, marcado por decisões casuais e excepcionais". Segundo ele, "não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a um furto de pequena monta".

A outra ação penal tratada por decisão da Segunda Turma do Supremo tratava do furto de uma bicicleta no valor de R$ 120,00, que acabou sendo devolvida

[44] www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173584

ao proprietário. O caso, que ocorreu no Rio Grande do Sul, foi debatido em um Habeas Corpus que também era de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Em seu voto, ele afirma que "a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal) – não incide no caso a tipicidade material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo atípica a conduta imputada ao (réu)".

Novamente, o ministro ressalta que, "quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza, miudeza e não habitualidade", não é razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do Estado–Polícia e do Estado–Juiz sejam provocados.

O terceiro caso de aplicação do *princípio da insignificância* pela 2ª Turma do Supremo anulou uma ação penal aberta para investigar o não recolhimento de tributos em importação de mercadorias no valor de R$ 1.645,28. O debate ocorreu na análise de *Habeas Corpus* de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, que aplicou precedentes da Corte sobre a matéria.

As decisões acima defendem ser mais danoso à nossa sociedade processar e, em seguida, manter os réus encarcerados, do que deixá-los em liberdade (minimização de perdas). Com base nas situações fáticas citadas, na atual condição dos nossos presídios, podendo estes delinquentes de pequeno porte saírem destes como delinquentes de porte mais elevado, com a capacidade de cometer crimes mais graves, e mediante o desejo de realização do bem estar social, foi fixada a crença de "desobrigação" do *facti species* da lei penal. Entre a obrigatoriedade de não roubar fixada pelo dispositivo legal do artigo 157 do nosso Código Penal, estipulada certa pena, e as "condições *minimax* de decisão": "a mínima ofensividade da conduta, a inexistência de periculosidade social do ato, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada", que justificam a minimização de perdas e maximização de ganhos, considera-se nos casos acima não

ser obrigatório não roubar, o que nos leva à controvertida conclusão: nem sempre roubar é crime.

Por outro lado, permitir que os juízes tomados por um sentimento de justiça deixem de observar a lei e as suas garantias processuais de ordem democrática pode significar um dano muito maior do que possamos imaginar. Neste momento devemos refletir em qual mundo desejamos viver: no império dos juízes ou no império das leis? Uma saída viável para este tipo de problema seria: primeiro, punir o agente por ter cometido um roubo e, segundo, no ato de elaboração da sentença determinar uma dosimetria mais branda da pena, podendo o réu, por exemplo, prestar serviços alternativos como pintar uma escola pública. Ao evitarmos a arbitrariedade e a subjetividade jurídica que se dá por meio de malabares hermenêuticos como o uso do *princípio da insignificância*, cuja natureza jurídica ainda é duvidosa, entendemos que há uma maior maximização dos ganhos, enquanto cidadãos que almejam viver num Estado de Segurança Jurídica regido por um Devido Processo Legal e uma Constituição Federal.

A Possibilidade de uma Lógica das Normas Jurídicas

(A) Algumas Considerações e Teses Gerais

(A1) Regras Jurídicas vs. Normas Jurídicas

A regra jurídica promulgada pelo legislador é o resultado de sua interpretação (de cunho prescritiva) acerca de atos e fatos num dado tempo e espaço. Esta interpretação valora (ou atribui valores a) um conjunto de atos e fatos como relevantes às relações de direito (são os chamados “atos jurídicos” e “fatos jurídi-

cos"), cristalizando como devem ser os estados de coisas, os quais são registrados na forma de lei ou regra jurídica. Estas regras jurídicas (enunciados jurídicos na forma de texto ou outro signo qualquer), por sua vez, são atualizadas pelos intérpretes (cidadãos, funcionários públicos ou juízes) na forma de "normas jurídicas" (proposições prescritivas).

Podemos entender as *regras jurídicas*, enquanto regras primárias promulgadas por agente público competente, como *esquemas de interpretação da realidade social*[45]. Estas regras jurídicas dirigidas ao cidadão descrevem um ou mais "estados de coisas" (ou melhor, "estados de ações"[46]) obrigatórios, permitidos ou proibidos conforme a interpretação do legislador, pautada numa série de razões, acerca do que é melhor para si e seus próximos ou, altruisticamente, no que é mais justo para a coletividade. As regras jurídicas nascem como esquemas de interpretação de ações e fatos que ocorreram, ocorrem e que se pressupõe que ocorrerão no espaço e no tempo, constituindo, regulamentando e findando uma prática institucional.

Após a promulgação dessas regras, transcorrido o seu tempo de vacância, passa-se a considerar a possibilidade de serem obrigatórias ou não por "livre" convencimento dos agentes. A obrigatoriedade é o resultado da interpretação do grau de justiça e do grau de punibilidade (caracterizada pela *sanção*[47]) referente à aplicação das regras jurídicas. A interpretação dessas regras chamamos de *normas jurídicas* (ou proposições prescritivas).

[45]Neste sentido Kelsen (2003, p. 04) e também Ross (2003, p. 41): " 'direito vigente' significa o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias".

[46]Para nos referirmos a um conjunto de ações apreendidas pelo agente, ao invés do uso corrente da expressão "estados de coisas", adotaremos de modo mais restrito a designação "estados de ações".

[47]De modo a vincular, de antemão, as condutas alheias, o legislador estipula ou deixa a cargo do juiz certa sanção nos casos de descumprimento da regra jurídica. A sanção, num sentido lato, pode ser entendida como uma espécie de "punição significativa ao transgressor", a qual, neste sentido, caracteriza a noção de "regra obrigatória".

Ou seja, na interpretação, a *regra jurídica* (signo ou texto jurídico) é tomada como um "significante" a partir do qual será construído um ou mais de um "significado" que denotamos de "*norma jurídica*", como sugere Ricardo Guastini (1998, p. 20 ss), Humberto Ávila (2008, p. 30), Robert Alexy (2008, p. 52 ss), entre outros filósofos contemporâneos do direito, claramente, influenciados pelo trabalho de Ferdinand Saussure (2006, p. 79 ss.).

(A2) Princípios para uma Lógica Jurídica

No curso da argumentação jurídica, o agente que interpreta as *regras jurídicas* (enunciados jurídicos) formula *normas jurídicas* (proposições prescritivas). Acreditamos que, neste âmbito, as *normas jurídicas* são articuladas sob uma arquitetura lógica que, por sua vez, comporta uma lógica subjacente. Esta lógica, e é esta a nossa tese, além de ser uma lógica deôntica, também é um lógica *fuzzy*, ou seja, de modo mais preciso, é uma lógica deôntica interpretada com estruturas lógico-difusas. Com efeito, são vários os indícios disso:

(*i*) **[Princípio da Unicidade de Significado do Sistema Jurídico]** A norma jurídico é o resultado da interpretação de um enunciado jurídico. Os enunciados jurídicos podem ser qualquer pressuposto (lei, decreto, fatos, atos etc.) a partir do qual é possível formular uma proposição prescritiva, ou seja, uma norma jurídica. Em especial, como enunciado jurídico temos a lei promulgada por uma autoridade competente que, por sua vez, é expressa na forma de um texto escrito. Enquanto texto a lei comporta conceitos ou expressões. Estes são, geralmente, compartilhados por diferentes leis.

Talvez não exista nenhuma sistemática entre *regras jurídicas*, mas, por outro lado, parece ser possível falarmos de um *sistema de normas jurídicas*. Afi-

nal, quando constatamos a presença de um mesmo termo em leis diferentes, buscamos construir o significado deste por intermédio de uma interpretação sistemática dos textos dessas leis. Por exemplo, conforme o nosso Código Civil, no seu artigo 421, "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Resta saber se esta "liberdade em razão e nos limites da função social do contrato" expressa no artigo 421 se coaduna com as noções de "liberdade" contida no artigo 5, *caput*, da nossa Constituição Federal, observado também os fatos jurídicos. Ao estipularmos uma "unicidade de sentido" do termo liberdade, determinamos certa sistematicidade entre as *normas jurídicas* (ou proposições prescritivas) extraídas da leitura e interpretação destes dispositivos e dos fatos, podendo ter como pano de fundo algumas teorias políticas, morais, técnicas ou ligadas a teoria da decisão jurídica. Neste caso, tecnicamente, pressupomos (ou convencionamos) uma hierarquia entre a Constituição Federal e o Código Civil, na qual o segundo está subordinado ao primeiro. Esta "hierarquia de contextos" é fixada no âmbito da argumentação jurídica. Outros contextos, evidentemente, podem ser fixados na argumentação jurídica de um caso jurídico como superiores às normas constitucionais, dependendo da tese de justiça que se queira defender. Por exemplo, o agente que se filia à norma moral que proíbe o ato de matar alguém, fundamentado na teoria deontológica de Kant (2009a), certamente abomina o artigo constitucional 5°, XLVII, que afirma que "não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada". Logo, o sentido da expressão "matar alguém" é construído a partir do contexto da moralidade e, em seguida, "transportado" para o contexto legal.

Isto implica dizer que não podemos reconhecer que há uma escalonamento contínuo e unilinear das normas jurídicas como defendem Kelsen (2003) e Bobbio (2007), mas tão somente que, na limitada seara da argumentação jurídica, na qual são citadas poucas regras de direito e articuladas suas re-

lações, há uma gradação de faixas normativas distintas correspondentes a distintos aspectos do caso em discussão[48];

(*ii*) **[Princípio da Consistência do Sistema Jurídico]** Com base na ideia do senso comum de que alguma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo, como se fosse algo determinado pela estrutura da realidade, acreditamos que isto, em geral, reflete-se como correto na esfera da ação, na medida em que entendemos que um agente não pode cumprir na realidade ao mesmo tempo condutas diversas postas por normas jurídicas (ou normas morais) contraditórias. Mesmo que admitamos, de antemão, a existência de *normas jurídicas contraditórias*, no julgamento de determinado caso jurídico (ou na tomada de uma decisão), não aceitamos esta condição de antinomia, de modo que há sempre uma escolha a ser feita no sentido de se escolher uma única *norma jurídica* (ou mais de uma *norma jurídica*, desde que não estejam colidindo no todo do seu conteúdo proposicional) a ser aplicada ao caso. É, justamente, como critério de solução de antinomias que percebemos o quão é importante o "raciocínio *fuzzy*".

Com efeito, num determinado caso forense (ou num caso do nosso cotidiano), dadas certas circunstâncias factuais e razões a serem consideradas (como teorias morais), talvez tenha-se como possível a aplicação de normas jurídicas que determinem que deve-ser "obrigatório matar" ou "obrigatório não matar". A simultaneidade dessas prescrições não faz sentido no momento da ação (não gera também uma ação arbitrária qualquer), já que o agente irá se filiar a uma destas para só então externar a sua prática (mesmo que em parte, como ocorre com o pagamento parcial de um imposto obrigatório). É necessário, portanto,

[48]Reconhecemos, aqui, adaptada aos nossos propósitos, a valiosa lição do professor Miguel Reale (2004, p. 195) na qual critica a visão escalonada de ordenamento jurídico de Hans Kelsen: "Ora, o estudo da experiência jurídica demonstra-nos que as regras não se subordinam umas às outras de maneira linear, mesmo porque nem todas as normas jurídicas são da mesma natureza. Há as que prescrevem formas de conduta e há as que distribuem competências ou, pura e simplesmente, esclarecem o que outras regras significam. Assim sendo, não há que falar em escalonamento contínuo, e unilinear, mas sim em gradação de faixas normativas distintas correspondentes a distintos aspectos da realidade social."

que este já tenha decidido a antinomia, neste caso existente, entre normas obrigatórias. Essa decisão, por sua vez, só é possível quando avaliamos os pros e contras de nossas ações, conforme certa gradação. Nestes termos, tome como exemplo o *caso de aborto de criança anencéfalas* julgado pelo Supremo Tribunal Federal, anteriormente discutido;

(*iii*) **[Princípio da Completude do Sistema Jurídico]** No *sistema de normas jurídicas*, pode ser que exista ou não exista uma *norma jurídica* que possa servir de solução a um caso jurídico, uma terceira hipótese, neste sentido, fica excluída. Dizemos que o *sistema de normas jurídicas* é completo se este tem uma *norma jurídica* (proposição jurídica) capaz de solucionar o caso; se não há como construir uma norma jurídica a partir de enunciados jurídicos, denotamos o sistema de normas jurídicos como incompleto.

Dada a *textura aberta* dos *direitos fundamentais* e até mesmo a "super textura aberta" do *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*, como já observamos, é possível supor que o *sistema de normas jurídicas* é completo, na medida em que parece que podemos sempre aplicar estas *normas jurídicas* a qualquer caso em questão. Além do mais, enunciados jurídicos como as situações de fato de ordem social, política e econômica nos dão um universo muito rico a partir do qual podemos formular uma infinidade de *norma jurídicas*, tais como *princípios jurídicos de conteúdos morais e políticos*. Ver, neste sentido, o conhecido caso jurídico *Riggs vs. Palmer* discutido por Dworkin (1999, 2002).

Supondo, ainda, que esta ideia não seja recepcionada, temos o seguinte problema a ser observado: o possível conflito entre as *normas jurídicas gerais exclusivas* e *normas jurídicas gerais inclusivas*, como discutimos (*Capítulo 01*) ao tratarmos da teoria do direito de Norberto Bobbio (2007). A primeira, determina que "o que não é proibido deve ser permitido" ("sistema completo"), já a segunda recepciona normas de outros sistemas normativos, tal como as do

sistema normativo da moral, como se *normas jurídicas* fossem ("sistema complementável"). Caímos, assim, numa circularidade, em que antinomias são na verdade lacunas e que lacunas são na verdade antinomias. Tal circularidade é uma consequência estreita do vínculo existente entre o *princípio da completude do sistema de normas jurídicas* e o *princípio da consistência do sistema jurídico*. Logo, como nos referimos em outros momentos, um raciocínio *fuzzy* na argumentação jurídica do caso a ser decidido, no qual apenas uma dessas normas será aplicada, pode representar um meio profícuo à solução deste problema.

(*iv*) **[Consequência Lógica do Sistema de Normas Jurídicas]**

A "consequência lógica" de um sistema ou teoria formal é compreendida, hoje, tanto em termos sintáticos quanto semânticos. No primeiro nível, a consequência lógica é compreendida associando-se à linguagem formal um aparato dedutivo composto por regras sintáticas de formação de fórmulas bem formadas (fbfs), regras sintáticas de inferência e, possivelmente, axiomas. Um argumento, nestes termos, é válido quando a sua conclusão é uma consequência lógica sintática das suas premissas; se a conclusão puder ser derivada das premissas usando-se regras sintáticas de inferência. No segundo nível, a consequência lógica é concebida por intermédio de uma relação lógica entre as fórmulas bem formadas da linguagem formal (linguagem objeto) e a noção de satisfação em um modelo expresso na metalinguagem (TARSKI, 2006). Uma fbf de uma linguagem formal L, digamos A, é uma consequência semântica de um conjunto de fbf de L, digamos Γ, se, e somente se, não existe nenhum modelo (interpretação) de L que tome como verdadeira as fbf de Γ e A como falsa.

Entendemos que a linguagem usada nos discursos da argumentação jurídica, nos quais há várias formulações de *normas jurídicas*, pode ser formalizada com o auxílio da *lógica deôntica*. Dito isto, é possível construir um *sistema*

formal de normas jurídicas de fórmulas bem formadas (fbfs) e regras sintáticas de formação e inferência[49]. Por exemplo, Neil MacCormick (2006, p. 23 ss), em sua obra *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* (*Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978), Capítulo II (intitulado "Justificação por Dedução"), deixou claro ser possível articular (ou reconhecer) na argumentação jurídica regras de inferência como a *modus ponens*[50] e certos teoremas da lógica clássica. Já Robert Alexy (2011), na sua *Teoria da Argumentação Jurídica* (*Theorie Juristischen Argumentation*, 2001), principalmente, no momento da "justificação interna"[51], além da regra de inferência *modus ponens*, sugere em várias passagens a possibilidade de se aplicar a *regra de inferência de necessitação*, para o operador deôntico de obrigação, no âmbito da justificação jurídica interna[52].

[49]Nestes termos, ver *Capítulo 03*, *Subseção 3.1.1.*

[50]Neste sentido, Neil MacCormick (2006, p. 24 – 37) toma como exemplo a sentença do juiz Lewis J. no caso *Daniels versus R. White and Sons and Tarbard* (1938 - 4A11 ER 258). A hipótese é a seguinte: num bar, Daniels compra da senhora Tarbard uma limonada, que depois se constatou estar contaminada com ácido carbólico, o que causou danos à saúde de Daniels e de sua esposa. A venda tinha sido o que no *common law* denomina-se "venda por descrição", pois Daniels tinha pedido uma garrafa da marca R. White and Sons. Mas, numa venda desse tipo, entende-se que há uma condição implícita de que a mercadoria vendida deve ser de qualidade comercializável. Quem descumpre essa condição, tem obrigação de responder pelos danos e prejuízos causados. Por isso, a senhora Tarbard deve indenizar Daniels. MacCormick escreve a sentença em questão de forma a deixar explícito o uso da regra de inferência *modus ponens*, como a seguir:

$A \supset B$: Se uma pessoa transfere a propriedade de suas mercadorias para outra pessoa por uma soma de dinheiro, então existe um contrato de venda dessas mercadorias entre ambas as partes, chamadas respectivamente "vendedor" e "comprador".

A: Nesse caso, uma pessoa (a senhora Tarbard) transferiu a propriedade de um bem (uma garrafa de limonada) para outra pessoa (o senhor Daniels) por uma soma de dinheiro.

$\therefore B$: Nesse caso, efetuou-se um contrato de venda dessa mercadoria (uma garrafa de limonada) entre a parte vendedora (a senhora Tarbard) e a comprador (o senhor Daniels).

[51]Amplamente aceita é a classificação de justificação jurídica em *justificação interna* e *justificação externa* de Jerzy Wróblewsi (1974). A primeira se refere à validade da inferência a partir de premissas dadas; já a segunda aponta para a necessidade de provar o caráter menos ou mais fundamentado de suas premissas. Ou seja, a justificação interna se dá por intermédio de uma lógica dedutiva, mas, a justificação externa, é construída com algo que vai além da lógica dedutiva, tal como certas teorias da argumentação jurídicas.

[52]Conforme Alexy (2011, p. 220), usando uma linguagem de primeira ordem, a forma mais simples de justificação interna tem a seguinte estrutura:

Quanto à *consequência lógica semântica*, hoje, baseada na proposta de Tarski (2006) de noção de verdade, que depende da satisfação em um modelo, definimos como modelo adequado de satisfação de fbfs (que representam *normas jurídicas*) numa linguagem formal as estruturas semânticas próprias da *lógica fuzzy*. Vejamos.

Uma *norma jurídica*, enquanto interpretação de enunciados jurídicos e instância importante do discurso jurídico, não é uma verdade absoluta, mas uma verdade que admite graus. Em termos ontológicos, não parece fazer sentido dizer que a *norma jurídica* é verdadeira, pois estaríamos afirmando que esta é legítima em todos os contextos de discussão ou que esta é sempre cumprida (ou é cumprida em todos os casos possíveis). O que não ocorre. Entretanto, num discurso jurídico determinado certa *norma jurídica* tem sua "verdade" (ou legitimidade) garantida pela "força dos argumentos"[53]. No espaço restrito da argumentação jurídica, no qual o intérprete idealiza um "contexto ideal de ação" para o agente receptor, a *norma jurídica* adquire um alto grau de plausibilidade, mas já em outros contextos idealizados pode não o ter. Podemos falar da *norma jurídica* não num sentido absoluto de verdade, válida em todos os discursos possíveis, mas de uma "validade local" na qual se elege a melhor das prescrições a ser cumprida mediante as exigências dos fatos e da teoria de interpretação em questão. Temos, assim, uma *verdade em graus*.

Por exemplo, no polêmico caso da *eutanásia voluntária*, discutido anterior-

1. $(x)(Tx \supset ORx)$
2. Ta
3. ORa

"x" é uma variável de indivíduo no domínio das pessoas naturais e jurídicas; "a", uma constante de indivíduo, por exemplo, um nome próprio; T, um predicado que representa a suposição de fato da norma (1) enquanto propriedade de pessoas, e R, um predicado que expressa o que tem de fazer o destinatário da norma.

[53]A "força de um argumento", por exemplo, parece depender, entre outras coisas, da aceitação do argumento pelo auditório, da relevância do argumento aos propósitos do orador e do auditório, da dificuldade refutação do argumento ou da relação de hierarquia do argumento utilizado com outros argumentos conforme a crença do auditório etc.. Para mais detalhes: Perelman (2002).

mente, o "argumento de autonomia" e o "argumento libertário" parecem ser amplamente aceitos, tanto é que em vários países europeus já aderiram a legalidade de tal prática em função destes. Portanto, neste caso em particular, dado esses argumentos, a prática da eutanásia voluntária é *num certo grau verdadeira* (válida neste contexto conforme certas razões). Por outro lado, já não há um consenso claro, com base nas teses libertária e de autonomia, quanto à prática da *eutanásia involuntária*; estes argumentos não parecem ter força neste contexto. Havendo diferentes contextos nos quais a *norma jurídica* pode ser tomada como interessante, e havendo a possibilidade de pesagem das importâncias desses contextos, podemos falar de graus de verdade e, por definição, de *verdades em graus*: uma *verdade pragmática* construída no núcleo da deliberação de cada discurso, dada certas circunstâncias a serem analisadas.

Uma fundamentação de ordem linguística produzida num discurso jurídico não parece ser condição suficiente à avaliação de verdade da *norma jurídica*, já que esta avaliação exige ainda uma análise pragmática quanto à adesão ou não do agente à *norma jurídica*. Assim, o valor de verdade da *norma jurídica* deve ter como fundamentação duas condições: uma de ordem linguística e outra de ordem pragmática. Uma semântica interessante à avaliação dos graus de verdade de uma *norma jurídica* deve "borrar" estes dois aspectos.

A *consequência lógica semântica*, por fim, tem o seguinte fundamento: uma *norma jurídica* é consequência lógica semântica de um conjunto de normas jurídicas se for verdadeira num grau em todas as atribuições de valores difusos de verdade em que as proposições desse conjunto forem verdadeiras num grau.

(*v*) **[Conectivos Lógicos e Operadores Deônticos]** Podemos admitir ao discurso jurídico, por exemplo, uma *relação de implicação*, do tipo: se algo é obrigatório, então é permitido; uma *relação de equivalência*, como a que afirma

que "permitido fumar" é equivalente a "não obrigatório não fumar". Além disso, podemos determinar como premissas à argumentação, por exemplo, a *conjunção* de duas ou mais *normas jurídicas* obrigatórias; *facultar* como obrigatória a prática de *normas jurídicas*, observada uma *disjunção*; e, ainda, *negar* a obrigatoriedade de uma *norma jurídica* evocando outra de ordem jurídica ou moral etc.. Em suma, acreditamos que podemos sem problemas formalizar o discurso jurídico, em especial, com o uso de conectivos lógicos conhecidos e operadores deônticos.

Observado os breves argumentos acima, fica claro que defendemos a tese de que as *normas jurídicas* (proposições prescritivas), quando inseridas numa argumentação, podem ser operacionadas (relacionadas e interpretadas) por intermédio de aparatos e conceitos lógicos, tais como os de completude, contradição, consequência lógica, functores de negação, conjunção, disjunção, implicação, entre outros.

(B) O Dilema de Jørgensen

Na década de 1930, Jørgen Jørgensen expõe o problema da possibilidade de se aplicar a noção de *consequência lógica*, como usualmente entendida, a argumentos compostos por sentenças imperativas. Diz-se, com frequência, que não se pode atribuir valores de verdade a imperativos, do tipo "Pague os seus impostos!", já que eles apenas podem ser obedecidos ou não, mas jamais serem verdadeiros ou falsos. A razão disto é que os imperativos não são descrições de um estado de coisas, e sim um comando comportamental, como elucida Gomes (2008, p. 23). Dessa maneira, argumentos contendo sentenças imperativas não seriam válidos por não existir uma relação de consequência entre suas premissas e a conclusão. E mais, seria improvável avaliar em tais argumentos operações de negação, conjunção e disjunção, por exemplo, já que estas são definidas semanticamente em termos de

valores de verdade.

Há um entendimento geral de que as *normas jurídicas* são imperativos. Mas se este é o caso, como é possível falarmos de uma lógica das *normas jurídicas* desprovida de valores de verdade? Este é um dos problemas fundamentais da *lógica deôntica* como afirma Makinson (1999). Reconhece Jørgen Jørgensen (1937/1938, p. 290), nestes termos, em seu conhecido artigo *Imperativos e Lógica* (*Imperatives and Logic*, 1937/1938), o seguinte dilema:

> Nós temos o seguinte enigma: de acordo com uma definição geralmente aceita de inferência lógica, apenas sentenças que são capazes de serem verdadeiras ou falsas podem operar como premissas ou conclusões em uma inferência; apesar disso, parece evidente que uma conclusão no modo imperativo pode ser alcançada a partir de duas premissas, desde que uma delas ou ambas estejam no modo imperativo.

Antes de prosseguirmos, devemos tentar entender se as *normas jurídicas* são de fato imperativos. Como afirma Montoro (2011, p. 358), já desde de 1872, Binding observava que não se pode entender as leis penais como imperativos, pois os códigos penais não fazem mais do que descrever certa conduta como delituosa e imputar uma sanção a tal conduta[54]. Nos códigos não se encontram os supostos imperativos "Não matar!", "Não roubar!", por exemplo, para que possam ser desobedecidos. Esses imperativos seriam algo prévio à lei penal. A crítica de Binding, no entanto, é frágil, pois se fundamenta apenas em um argumento linguístico, como o que supõe que as leis deveriam ser obrigatoriamente redigidas (ter forma gramatical) conforme a sua natureza ontológica imperativa. Resta saber se as *normas jurídicas*, enquanto a interpretação que fazermos dessas, têm um caráter imperativo.

Com efeito, assim é expresso o ilícito de furto em nosso Código Penal:

[54]Alguns penalistas, por exemplo, sustentam que as regras de Direito Penal destinam-se ao juiz, e não ao criminoso, ou, então, à sociedade. Dizem eles que o Estado não pune o indivíduo por ter violado o Código Penal, mas por ter infringido uma norma ética de bem viver. As regras de Direito Penal destinar-se-iam apenas aos juízes, como esquemas de aferição daquilo que seria o modo normal de viver em sociedade, sem causar dano a outrem (REALE, 2004, p. 121).

> Art. 155 Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
> Pena – Reclusão, de um a quatro anos, e multa.
> § 1º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.
> § 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.
> § 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Não há de fato *ipsis litteris* o imperativo "Não subtraia, para si ou para outrem, coisa alheia móvel!", mas tão somente a descrição do ilícito e da pena. Mas isso não significa dizer que na conjectura ou formação da *norma jurídica* não possamos interpretar desta maneira ou de outra, como uma proposição prescritiva (hipotética) do tipo "Se alguém subtrai, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, deve ser punido, a princípio, com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa."; ou ainda "Obrigatório é o caso de 'se alguém subtrai, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, deve ser punido, a princípio, com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa' ".

O direito como *norma jurídica* não estabelece, conforme Hans Kelsen (*apud* Reale, 2004, p. 120), aquilo que deve ser obedecido ou cumprido, mas apenas traça determinados rumos que poderão ser seguidos, ou não, segundo as tendências, inclinações ou a vontade dos obrigados.

Filósofos do direito como Kelsen (2003) e Cóssio (1954) parecem admitir que há na pretensa negação do caráter imperativo da regra jurídica uma confusão entre a "regra jurídica" (texto legal) e a sua formulação lógica: a "norma jurídica" (proposição). Do ponto de vista lógico, a *norma jurídica* tem a estrutura de uma *proposição prescritiva* e pode ser enunciada sob a fórmula de uma *proposição prescritiva hipotética*, como faz Kelsen (2003), ou sob a forma de uma *proposição prescritiva disjuntiva*, como prefere Cóssio (1954).

É somente graças a Hans Kelsen (2003) que uma tese da "anti-imperatividade" da *norma jurídica* (como proposição prescritiva de um enunciado jurídico)

irá além do mero jogo verbal de Binding. Para Kelsen, como vimos, as normas jurídicas não são ordens ou imperativos, mas juízos hipotéticos. Como discípulo, Carlos Cóssio dará continuidade e aprofundará a tese da não imperatividade ao defender que "a norma não contém mandamento nenhum; a norma simplesmente diz que do fato da liberdade civil de uma pessoa, deve ser o fato de não matar, e que dado o fato de matar deve ser o fato de sua encarceração" (CÓSSIO, 1954, p. 61).

O enunciado do dever, da prestação ou da obrigação, Cóssio denotou *endonorma* (dado o fato x, deve ser a prestação y), já o enunciado do ilícito e sua consequência jurídica, a sanção, nomeou de *perinorma* (dada a não prestação, deve ser a sanção). É, justamente, segundo este autor, a disjunção da endonorma com a perinorma que traduz a noção de *norma jurídica*, uma espécie de juízo disjuntivo. Por exemplo: se Diego é eleitor, deve votar, ou, se Diego não votar, deve ser multado[55].

Mesmo que neguemos o caráter imperativo das normas jurídicas, ainda resta algo a saber: é possível atribuirmos valores de verdade às normas jurídicas enquanto juízos hipotéticas ou juízos disjuntivos? Pensemos o seguinte:

(1) "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel é crime" se, e somente se, subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel é verdadeiro e se for tipo penal (Roubo) presente no artigo 155 do Código Penal/1940.

ou

(2) "É obrigatório não subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" se, e somente se, é verdadeiro que é obrigatório não subtrair, para si ou para

[55]Ferraz jr (1980, p. 60) chama a atenção para o seguinte: não é de hoje que se reconheceu que as normas jurídicas não têm, senão por exceção, a forma de um juízo imperativo (faça isto, não faça aquilo), mas de um juízo hipotético – caso isto ocorra, deverá ocorrer aquilo, se houver crime, segue a pena. Outros, como Cóssio, falam num juízo disjuntivo: dada certa conduta deve ser a prestação ou dada a conduta contrária deve ser a sanção. Convém lembrar, contudo, que, do ponto de vista lógico-formal implicação (se ... então) e disjunção (ou ... ou) são conectivos redutíveis um ao outro, sendo, na verdade, a mesma coisa dizer que "se o comportamento C ocorre, então segue a sanção S" e "ou o comportamento C não ocorre ou segue-se a sanção S" (numa linguagem simbólica: $C \supset S \equiv \neg C \vee S$).

outrem, coisa alheia móvel.

Temos, aqui, uma espécie de definição de verdade por correspondência, na qual em (1) afirmamos que a proposição prescritiva obrigatória (OA): "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel é crime" é verdadeira se, e somente se, ela se refere a uma norma jurídica existente no Código Penal Brasileiro. Neste caso, a existência da da *norma jurídica* em determinado código depende, em especial, além da interpretação, da adequação do seu enunciado a um conjunto de "testes de validade" que certificarão que esta pertencente ou não ao ordenamento jurídico. Ao conjunto de regras técnicas que afirmam que a regra existe no âmbito do ordenamento, dar-se o nome de "validade", como sugere jusfilósofos como Kelsen (2003), Bobbio (2007), Reale (2004), Ferraz Jr (1980), Vilanova (2005), entre outros.

Ao interpretamos de certo modo Miguel Reale (2004, p. 105 ss), podemos dizer que a *validade formal* (ou validade técnico-jurídica ou vigência) exige que as *normas jurídicas*, enquanto interpretação de *regras jurídicas* (textos jurídicos ou atos de vontade dos legisladores), reúnam três requisitos técnico-formais de validade (ou testes de validade formal) à sua promulgação: *i*) a legitimidade do órgão; *ii*) a competência *ratione materiae* (ou seja, legitimidade quanto à matéria sobre o que a legislação deve versar); *iii*) a legitimidade do procedimento (isto é, trâmites legais de elaboração da regras jurídica)

Dito isto, a verdade de OA em (1), dá-se por correspondência com o *sistema de normas jurídicas* que admite a existência da *normas jurídicas* mediante *validade formal*. Entretanto, será que apenas estes critérios formais de legalidade garantem a existência da *norma jurídica* no *sistema de normas jurídicas*? Não devemos falar também de critérios de legitimidade (ou de justiça, ou de moral, ou de política) que nos permitam afirmar que certa *norma jurídica* existe ou não no *sistema de normas jurídicas*? Por outro lado, mesmo que uma "norma jurídica" não se submetida aos critérios formais, como os acima expressos, não poderia ser ela

válida ou considerada juridicamente plausível no julgamento de um caso jurídico complexos que não são solucionado pelo repertório padrão de normas jurídicas (extraídas das regras jurídicas)?

A visão do *sistema de normas jurídicas* que o afirma como um conjunto de regras jurídicas postas é muito limitada e equivocada, devendo esta ser superada, pois, mesmo que assim o fosse, o que não é o caso, este conjunto de prescrições postas pelo legislador, que aqui denotamos de "regras jurídicas", fixadas num tempo e espaço, passa a ser reinterpretado de tempos em tempos, o que, consequentemente, acarreta sempre num novo conjunto de prescrições a saber: as *normas jurídicas*. Portanto, um *sistema de normas jurídicas* é fruto de interpretações que fixam as relações entre as normas jurídicas e estabelecem a sua estrutura discursiva.

Acreditamos que a validade das *normas jurídicas* é mais complexa do que apresentamos até o momento; afinal, esta deve levar em consideração, além da noção de validade formal, os seguintes tipos de validade, conforme observamos em Reale (2010):

(*i*) *Validade Formal*;

(*ii*) *Validade Axiológica* (validade ética ou legitimidade);

(*iii*) *Validade Factual* (validade social ou efetividade); e

Tem validade formal uma *norma jurídica* que cumpre regras jurídicas secundárias de reconhecimento, transformação e julgamento. Uma *norma jurídica* tem *validade factual* quando o comportamento que ela configura (hipótese de incidência) ocorre na realidade social, e também no caso de descumprimento, em particular, a consequência jurídica que ela prevê ocorre, isto é, a sanção. Já uma *norma jurídica* tem *validade axiológica* se tem como fundamento um valor (moral, político, econômico, social, de justiça etc.) aceito. Valor este que é o resultado da

deliberação justificada do agente que, ao final, como síntese, indica a ação vetorial do agente.

A interpretação de (2) é mais complexa do que a de (1). Ao longo deste capítulo discutimos a questão da obrigação cuja complexidade pode ser melhor analisadas em diversos contextos, interrelacionados, como a moral, a político e o jurídico. Portanto, dizer que A é obrigatório, mesmo que tomemos o termo "obrigatório" como sinônimo da expressão "pertencer ao ordenamento jurídico" não é suficiente a uma descrição adequada das ideias de obrigatoriedade e de validade ou da verdade gradual da *norma jurídica obrigatória*. É necessário avaliar o que o agente toma como juridicamente adequado (legitimidade que expressa ao longo de uma cadeia argumentativa como valor), juridicamente procedimental (critérios jurídicos de vigência) e o que é factualmente cumprido por este. O cumprimento da norma jurídica deixa claro que no seu entender há uma sintonia como o modo como ela regulamenta, constitui, modifica ou extingue os fatos jurídicos (ou fatos institucionais) e as situações de justiça que são delineada teoricamente a partir da regra jurídica, por sua vez, já tomada por este como vigente.

Falemos, assim, de uma *verdade em graus* das *normas jurídicas*, na qual uma *norma jurídica* é verdadeira num contexto de argumentação ou numa prática. Como são vários os contextos possíveis de reflexão prática, essa noção de verdade revela-se de ordem pragmática: pode valer em certas circunstâncias teóricas, de fatos, legais etc., já em outras não.

(C) A Verdade em Graus das Normas Jurídicas e seu Pragmatismo

A metalinguagem escolhida por nós para avaliar o valor de verdade de proposições prescritivas (ou *normas jurídicas*) que fazem uso dos operadores deônticos de permissão e obrigação é do tipo *fuzzy* (*semântica fuzzy*). As razões são as

seguintes.

Partimos do pressuposto de que um agente pratica uma ação tendo como fundamento uma *teoria prática* (modelo de ação/esquema conceitual racional de conduta) que lhe permite pressupor que a prática desta maximizará os seus ganhos e minimizará as suas perdas (*condição minimax de ação* como metateoria).

Uma *teoria prática* é construída de modo intersubjetivo no *foro interno* e/ou no *foro externo*. O primeiro ocorre quando o agente formula na sua consciência razões que justificam a sua ação, as quais são expressas como argumentos que têm como cerne interesses ou necessidade de ordem moral, política e até mesmo jurídica compartilhados pelo agente e pela coletividade. Já o segundo, temos como caso especial os julgamentos que se dão por um colegiado de juízes (ou funcionários públicos), no qual de maneira explícita vários agentes discutem a obrigatoriedade ou não de uma *norma jurídica*, externando teorias na forma de uma argumentação jurídica.

A obrigatoriedade de uma lei não é global, mas local. A vinculação de uma agente a uma *norma jurídica* ocorre quando este entende que havendo o seu descumprimento, será de algum modo punido com uma pena que lhe é significativa, conforme a *condição minimax de ação* que tem como pano de fundo razões de cunho moral, político ou jurídico. Portanto, dadas certas circunstâncias, certos argumentos e a percepção cognoscente do agente, a obrigatoriedade da lei pode lhe ser o caso ou não. Com efeito, a vinculação pode não parecer tão plausível. Por exemplo, retomemos o caso no qual observamos (1) dois homens pobres, em busca subsistência, roubam bens cujos valores comerciais são insignificantes, como duas melancias; (2) o estado degradante das nossas prisões; (3) certa argumentação jurídica fundamentada, principalmente, na ideia doutrinária de *princípio da bagatela*. Como vimos, hoje, a partir de (1)–(3), colegiados vêm negando a obrigatoriedade do ilícito penal "roubar". Neste âmbito restrito da argumentação (ou da construção da teoria de

ação), a proposição prescritiva ou *norma jurídica* presente em **(2)** "não obrigatório não roubar" é verdadeiro num grau (já que não vale globalmente) se, e somente se, não obrigatório não roubar, com fulcro em algumas situações é verdadeira conforme *condições relevantes*[56] reunidas na análise dos fatos, tal como "Homens pobres" $\wedge$ "duas melancias" $\wedge$ "cadeias precárias" $\wedge$ "princípio da bagatela". Estas condições, por sua vez, modelam um padrão de conduta que, quando aceito pelo agente, vincula o agente a praticar o roubo. Enfim, a ideia é propor uma semântica *fuzzy* que avalie a questão de grau das vinculações dos agentes acerca de uma *norma jurídica*.

(D3) Uma Interpretação Fuzzy dos Operadores Deônticos e Conectivos Lógicos

Pensemos agora o seguinte: tomando-se A como a frase "Pagar impostos.", podemos escrever a fórmula deôntica $OA \supset A$, a princípio, como o condicional "Se é obrigatório pagar impostos, então impostos são pagos.". Mas dito desta forma, parece admitir-se que do fato de ser obrigatório pagar impostos, segue-se que impostos serão (sempre) pagos? Na verdade, nem sempre as pessoas pagam os seus impostos, mesmo sendo o pagamento destes algo obrigatório (por lei). A relação, aqui, não é de necessidade, mas de obrigatoriedade. Portanto, em termos lógicos, a estrutura lógica "Se.., então...", geralmente, utilizada para representar "condicionais necessários" (argumentos envolvendo verdades matemáticas, verdades científicas, verdades lógicas ou verdades metafísicas), deve ser substituída nos "condicionais deônticos" pela estrutura lógica "Se..., deve-ser...". Esta última estrutura

[56]Para Chisholm (1946), do antecedente de um contrafactual se segue o seu consequente tão somente após a análise de certas "condições relevantes" que possibilitariam constatar a inferência contrafactual como factualmente verdadeira. Por exemplo, quando enunciamos o contrafactual "Se este fósforo tivesse sido riscado, ele teria acendido." queremos dizer que as condições são tais que de "este fósforo acende", pode ser inferido "este fósforo foi riscado", isto é, "o fósforo é bem feito", está "bem seco", "há oxigênio suficiente para a combustão" etc. Estas são, pois, condições relevantes ao acender do fósforo que foi riscado. Adaptamos, aqui, esta ideia aos nosso propósitos.

(deontológica), por sua vez, não denota um *vínculo necessário* (*ligação forte*), como aquele presente entre o antecedente e o consequente de um *condicional necessário*, mas antes indica o vínculo deôntico (*ligação menos forte*) que relaciona o antecedente ao consequente de um *condicional deôntico*, como exigido pelas contingentes e fluídas relações humanas.

Por outras palavras, enquanto em certos *condicionais necessários*, alguns dos quais presentes na matemática, como (*i*) "se A é um triângulo qualquer num plano euclideano, então 180 gaus é a soma dos ângulos internos de A"[57], nas ciências materiais, como na química, na qual temos (*ii*) "se A é ouro, então o número atômico de A é 79", na lógica como (*iii*) "Se Nenhum A é B, então nenhum B é A", ou na metafísica dos direitos naturais como (*vi*) "se A é homem, então A é livre", apresentam nexos de ligação necessários entre os seus antecedentes e consequentes, os *condicionais deônticos* são formados por "nexos de ligação precários", cuja natureza não é de ordem "necessária", mas "deontológica". Neste caso, parece ser mais apropriado interpretarmos a fórmula $OA \supset A$ como 'Se pagar os impostos é algo obrigatório, devem ser pagos os impostos.', dado que de OA não se segue de modo necessário A[58].

Em termos semânticos, o que fora exposto, até aqui, pode significar o seguinte: o *operador de obrigação* O parece vincular às proposições a ele associadas um "grau de verdade" menor do que aquele atribuído, por exemplo, pelo *operador de necessidade* $\Box$ às expressões lógico-modais. Consequentemente, estando O vinculado à certa possibilidade de ação e não à uma necessidade. Nestes termos, parece ser possível modelar de modo adequado o operador deôntico O a partir da *lógica*

[57]Após o surgimento das geometrias não-euclidianas, o condicional (*i*) passou a ser amplamente aceita como uma verdade necessária *a posteriori*. Para mais detalhes: Coutinho (2001).

[58]Entretanto, não se deve afirmar que de OA nunca se seguirá A, pois sendo a prescrição A obrigatória, é pois um deve-ser, uma ação vinculativa. Em vista deste raciocínio, seguindo a lógica da nossa análise correspondencial, combinando o operador deôntico de obrigação (O) com o operador modal de possibilidade ($\Diamond$), podemos também interpretar $OA \supset A$ como $OA \supset \Diamond A$: "se é obrigatório pagar impostos, então impostos são possivelmente pagos".

fuzzy, já que esta propõe a verdade como uma questão de grau.

Deste modo, podemos vincular valores (ou graus) de verdade entre o intervalo fechado [0,1] e estabelecer que (tal como é feito em lógica *fuzzy*):

(*i*) para uma proposição (atômica) A, o valor de verdade de A, $v(A)$, é um valor no intervalo compreendido entre 0 e 1, ou seja, $v(A) \in [0,1]$; obviamente, se $v(A) = 0$, diz-se que seu valor é falso e se o valor for diferente de 0, este é o seu valor de verdade;

(*ii*) o valor de verdade de fórmula negada $\neg\varphi$ é o complemento de φ, isto é: $v(\neg\varphi) = 1 - v(\varphi)$;

(*iii*) numa interpretação *fuzzy*, o valor de verdade de uma conjunção, $\varphi \wedge \psi$ é o menor valor entre os valores de verdade de φ e de ψ, isto é, $v(\varphi \wedge \psi) = min(v(\varphi), v(\psi))$; o valor de verdade de uma disjunção, $\varphi \vee \psi$ é o maior valor entre os valores de verdade de φ e de ψ, isto é, $v(\varphi \vee \psi) = max(v(\varphi), v(\psi))$; segue-se destas cláusulas que pode ocorrer que o valor de verdade de uma contradição $\varphi \wedge \neg\varphi$ seja diferente de 0, o que mostra que a lógica *fuzzy* é um tipo de *lógica paraconsistente*, segundo uma definição padrão de lógica *paraconsistente*; da mesma forma, o valor de verdade da fórmula $\varphi \vee \neg\varphi$ nem sempre é igual a 1, o que mostra que se tem uma lógica também com características *intuicionistas*;

(*iv*) numa interpretação *fuzzy*, o valor de verdade de uma implicação é dado por[59]: $v(\varphi \supset \psi) = min(1, 1 - v(\varphi) + v(\psi))$; note que se $v(\varphi) \leq v(\psi)$, então $v(\varphi \supset \psi) = 1$; se, ao contrário, $v(\varphi) > v(\psi)$, então $v(\varphi \supset \psi) = 1 - (v(\varphi) - v(\psi))$;

(v) o valor de verdade de $O(\varphi)$ é dado relativamente a um mundo fixado, x, levando-se em consideração os mundos y deonticamente acessíveis a x, mediante uma

[59]Estamos, explicitamente, assumindo a interpretação *fuzzy* da lógica infinito valente de Łukasiewicz, ver, por exemplo, Bergman (2008). Outras interpretações são possíveis (ver o livro citado), mas não trataremos delas aqui.

determinada relação de acessibilidade R; dessa forma, $v(O(\varphi,x)) = inf\{v(\varphi,y) : xRy\}$; isto é, para a avaliação do valor de verdade de uma fórmula obrigatória, $O(\varphi)$, devemos considerar a avaliação que a fórmula φ tem nos mundos acessíveis ao mundo ao qual a obrigação de φ está sendo avaliada; um mundo acessível pode ser pensado como um conjunto de circunstâncias que motivem o cumprimento (ou descumprimento) de φ.

Os detalhes mais técnicos desta proposta são apresentados adiante. Para que fique claro como esta proposta se adequa àquilo que vimos discutindo ao longo desta tese, vamos inicialmente mostrar, brevemente, como foi desenvolvida uma lógica deôntica padrão – tomaremos apenas o sistema mais geral deste desenvolvimento, a lógica $OS5^{+}$; propormos, na sequência, uma semântica *fuzzy* para a lógica deôntica, bem como aplicamos esta semântica para solucionar alguns importantes paradoxos semânticos encontrados na literatura.

3 *LÓGICA DEÔNTICA E O SISTEMA OS5*$^{+}$

Um grande desenvolvimento da *lógica modal* se deu a partir do uso da "semântica de mundos possíveis" proposta por Kripke (1959). Mas não menos importantes, ainda que não tenham os atrativos filosóficos das semânticas que fazem uso da noção de "mundo possível", as "semânticas algébricas" representam propostas alternativas à interpretação dos *sistemas lógicos modais*, como é possível aferir, inicialmente, em McKinsey (1941), McKinsey e Tarski (1946) e Jónsson e Tarski (1951, 1952).

As tentativas pioneiras de formalizar a *lógica deôntica*, tais como as de Wright (1951), Anderson (1958, 1967) e Kanger (1971), compreendem esta lógica como uma "releitura" da *lógica modal*. Nesta "releitura", que chamaremos de *reducionista*, o operador modal "$\Box$" ("é necessário que") é substituído pelo operador deôntico O ("é obrigatório que") e o operador modal de possibilidade "$\Diamond$" é substituído pelo operador deôntico de permissão, P, ou seja, para este tipo de abordagem é possível converter todos os axiomas modais em axiomas deônticos correspondentes e igualmente válidos. Conforme esta "leitura reducionista", tanto a "semântica dos mundos possíveis" quanto às "semânticas algébricas", acima referidas, como modeladas por seus autores, estariam aptas a interpretar de modo satisfatório os operadores deônticos de obrigação (O) e permissão (P) da *lógica deôntica*. Entretanto, isto não parece ocorrer. Vejamos.

Sejam as fórmulas $\Box A \supset A$ e $A \supset \Diamond A$ do *sistema modal S4* válidas nas semân-

ticas dos mundos possíveis e nas semânticas algébricas mencionadas; uma "leitura reducionista" da *lógica deôntica* toma as fórmulas deônticas correspondentes $OA \supset A$ e $A \supset PA$ também como verdadeiras nestas semânticas. No entanto, no que concerne a uma "ação obrigatória" (OA), autores como De Greef (2003) e Gomes (2008) afirmam ser contra-intuitivo atribuirmos à fórmula deôntica $OA \supset A$ as interpretações: (*i*) "o que é obrigatório é verdadeiro", (*ii*) "o que é obrigatório é o caso", ou ainda, (*iii*) "o que é obrigatório é cumprido". Por outro lado, também entendem não ser aceitável a interpretação "o que é verdadeiro é permitido" ou "o que é o caso é permitido" para $A \supset PA$. Assim, por exemplo, ao tomarmos a proposição "Caim matou Abel" como verdadeira (o caso), parece não ser possível inferirmos desta que matar Abel tenha sido permitido a Caim (GOMES, 2008, p. 10).

E mais, usando um raciocínio semelhante, parece não ser aceitável a fórmula deôntica $PA \supset A$, segundo as interpretações "o que é permitido é verdadeiro", "o que é obrigatório é o caso" ou ainda "o que é permitido é cumprido". Também devemos considerar $A \supset OA$ como conta-intuitiva, se entendemos que "o que é verdadeiro é obrigatório", "o que é o caso é permitido" ou "o que ocorre é obrigatório".

Para resolver este caso é necessária uma restrição na relação de acessibilidade entre os mundos possíveis[1]. Se se admite que a relação de acessibilidade entre os mundos seja reflexiva, as fórmulas acima são facilmente validadas. Com restrição adequada, estas fórmulas não mais são válidas e a semântica dos mundos possíveis parece se revelar fecunda no estudo da lógica deôntica.

Quando ainda não estava disseminado o uso da semântica de mundos possíveis (o trabalho de Kripke ainda não havia sido publicado), Jaakko Hintikka já expressava claramente determinadas intuições que seriam básicas no desenvolvimento desta semântica:

[1]Como é sabido, a lógica modal, na interpretação kripkeana, exige uma relação de acessibilidade entre os diversos "mundos possíveis", uma relação que faz uma ligação entre o que ocorre num determinado mundo, tipo por mundo básico, e o que ocorre em outro mundo; uma fórmula necessária no mundo básico é verdadeira se, e somente se, for verdadeira em todos os mundos que se relacionam, de um modo especial, com este mundo básico.

> Inicialmente consideremos fórmulas da forma PA. O que queremos significar dizendo que A é permitido? Obviamente, o conteúdo desta afirmação não pode ser exaurido dizendo o que de fato ocorre. Quando falamos de permissões, não estamos falando realmente do real estado das coisas. Ao invés disso, estamos falando de algo que *poderia* ocorrer: estamos dizendo que se poderia ter feito A sem violar qualquer obrigação. Noutras palavras, estamos dizendo que um estado de coisas diferente do real é consistentemente pensável, isto é, um estado de coisas no qual A é feita, mas no qual todas as obrigações são, apesar disso, cumpridas (...) Isto significa que nós não podemos formular regras para uma fórmula da forma PA que ocorre em M_R em termos de M_R, pois M_R foi pensado com respeito ao real estado de coisas. Ao invés disso, devemos considerar, em adição a M_R, outro conjunto M_1 relacionado a M_R de uma determinada maneira. Esta relação será expressa dizendo que M_1 é *co-admissível com* M_R. Nós podemos pensar M_1 com respeito ao estado de coisas (imaginado) no qual A supostamente ocorreu (HINTIKKA *apud* WOLENSKI, 1990).

Um mundo deonticamente alternativo com relação ao mundo real (por hipótese, o nosso mundo, M_R) é aquele em que as obrigações do mundo real ocorrem e no qual ocorre pelo menos uma das permissões (e a ocorrência das obrigações e da permissão é consistente, isto é, a ocorrência de algo que é permitido não conflita com nenhuma das obrigações); isto significa que há um mundo, diferente do mundo real, no qual um conjunto de obrigações é cumprida e no qual ocorre uma permissão, que pode ser diferente daquilo que ocorre no mundo real. Em símbolos, existe um mundo M_1, diferente no mundo real, M_R, no qual valem todas as obrigações do mundo real ($O_1A, O_2B, O_3C, ...O_kA_j, ...$) e no qual também ocorre a permissão P_kA (enquanto num outro mundo, diferente do mundo real, ocorre $P_k\neg A$); estas duas últimas sentenças são ambas verdadeiras, inclusive no mundo real, o que mostra que o mundo real não pode ser um mundo acessível a si mesmo, pois se fosse, admitiria inconsistência; assim restringida a relação de acessibilidade, as fórmulas $OA \supset A$ e $B \supset PB$ não são válidas numa semântica ao estilo de Kripke para a lógica deôntica[2].

Por outro lado, trabalhos contemporâneos como o de Trypuz e Kulicki (2009, p. 266), que combinam lógica algébrica com lógica deôntica, não oferecem nenhuma contribuição inovadora quando comparados aos trabalhos de McKinsey (1941), McK-

[2]As condições sobre a relação de acessibilidade serão detalhadas mais adiante em anexo.

insey e Tarski (1946) e Jónsson e Tarski (1951, 1952), pois continuam a fazer uma "leitura reducionista" da lógica deôntica. Isto, como verificaremos em anexo, impossibilita a semântica algébrica proposta por Trypuz e Kulicki de interpretar adequadamente $OA \supset A$, $A \supset OA$, $PA \supset A$ e $A \supset PA$, uma vez que valida todas estas fórmulas deônticas contra-intuitivas.

No presente capítulo, inicialmente, expomos formalmente o sistema deôntico *OS*5^{+}. Em seguida, apresentamos algumas considerações acerca da axiomática deste sistema deôntico, a partir da qual buscamos apontar as primeiras diretrizes que consideramos necessárias a uma interpretação mais consistente da *lógica das normas* como uma *lógica deôntica*.

3.1 SISTEMA LÓGICO DEÔNTICO OS5^{+}

Como vimos no *Capítulo 01*, *Seção 1.3.1.1*, a *lógica deôntica*, em sua afeição moderna, surgiu com o artigo *Deontic logic* de Georg Henrik von Wright em 1951. Este trabalho inaugural teve por objetivo aplicar certas técnicas da lógica moderna na análise de discursos normativos e seus conceitos deontológicos, tais como os de "obrigatório", "permitido" e "proibido".

Apesar de conter problemas, o inovador artigo *Deontic Logic* de Georg Henrik von Wright (1951) veio a desempenhar um papel seminal, fundamentando um sistema padrão à *lógica deôntica*. Diz-se "padrão", visto que os *sistemas da lógica deôntica* construídos posteriormente, OK, OM, OB, OS4, OS5, entre outros, (como mostramos no *Capítulo 01*) contém algo deste sistema precedente.

A seguir apresentamos formalmente o *sistema lógico deôntico OS*5^{+} conforme Åqvist (2002, p. 205–207).

3.1.1 DESCRIÇÃO DO SISTEMA LÓGICO DEÔNTICO OS5$^+$

3.1.1.1 SINTAXE: LINGUAGEM E AXIOMÁTICA

Linguagem. A linguagem do $OS5^+$ é denotada por $\mathscr{L}$. Os símbolos primitivos de $\mathscr{L}$ são os seguintes:

(1) Variáveis proposicionais: $A, B, C, ...$;

(2) Conectivos lógicos: $\neg, \vee$ e $\supset$;

(3) Operadores deônticos: O, P;

(4) Símbolos de pontuação: (,).

As *regras de formação* de fórmulas bem formadas (fbfs) são as usuais.

Podemos acrescentar outro conectivo lógico mediante definição; assim

($\wedge$) $A \wedge B =_{def} \neg(\neg A \vee \neg B)$.

Nós usamos a convenção padrão de escrever as fórmulas sem os parênteses mais exteriores e onde não houver ambiguidade, como se encontra em qualquer livro texto de lógica.

O conjunto de todas as fbfs do $OS5^+$ é denotado $\mathbb{FOR}_{\mathscr{O}}$. Subconjuntos de fbfs de $\mathbb{FOR}_{\mathscr{O}}$ serão denotados por Γ e Δ.

Esquemas de Axiomas. Dentre as fbfs de $\mathscr{L}$ são esquemas de axiomas do $OS5^+$:

EAx$_{CPC}$ Todos os esquemas de axiomas do Cálculo Proposicional Clássico;

EAx$_{\mathscr{O}}$1 $PA \equiv \neg O \neg A$;

EAx$_{\mathscr{O}}$2 $O(A \supset B) \supset (OA \supset OB)$;

EAx$_{\mathscr{O}}$3 $OA \supset PA$;

EAx$_{\mathscr{O}}$4 $OA \supset OOA$;

EAx$_{\mathscr{O}}$5 $POA \supset OA$.

Valem as seguintes *regras de inferência*:

Modus Ponens (MP). Admite-se para $OS5^+$ a regra: A, $A \supset B$ / B ou

Regra de O-Necessitação (ON). Admite-se para $OS5^+$ a regra: A / OA.

3.1.1.2 CONSEQUÊNCIA SINTÁTICA

Definição 1. ***Demonstração***. *Uma demonstração de A no $OS5^+$ é uma sequência finita de fbfs da linguagem $\mathscr{L}$ do tipo $A_1,...,A_i,...,A_n = A$, tal que para todo i, $1 \leq i \leq n$:*

(1) *A_i é axioma ou*

(2) *A_i é uma consequência imediata de fbfs precedentes na sequência, pela aplicação da regra de inferência MP.*

Definição 2. ***Teorema***. *A é um teorema do $OS5^+$ sse existir uma demonstração de A no $OS5^+$; escreve-se $\vdash A$. Se A não é um teorema no CPD, escreve-se $\nvdash A$.*

Definição 3. ***Dedução a partir de*** Γ. *Uma dedução de A a partir de um conjunto Γ de fbfs é uma sequência finita de fbfs da linguagem $\mathscr{L}$ do tipo $A_1,...,A_i,...,A_n = A$, tal que para todo i, $1 \leq i \leq n$, A_i satisfaz uma das seguintes condições:*

(1) *A_i é um axioma ou*

(2) *A_i pertence a Γ ou*

(3) *A_i é obtida de fbfs anteriores na sequência, pela regra de inferência MP.*

Definição 4. ***Consequência Sintática***. *A é uma consequência sintática de um conjunto Γ de fbfs sse A é uma fbf numa dedução a partir de Γ, em abreviação $\Gamma \vdash A$. Sendo Γ vazio, em lugar da notação $\varnothing \vdash A$, escreveremos $\vdash A$.*

Da noção de consequência sintática decorre as seguintes propriedades:

(1) Se $\Gamma \subseteq \Delta$ e $\Gamma \vdash A$, então $\Delta \vdash A$;

(2) $\Gamma \vdash A$ sse existe Δ finito, tal que $\Delta \subseteq \Gamma$ e $\Delta \vdash A$;

(3) Se $\Delta \vdash B$ e B, $\Gamma \vdash A$, então $\Delta, \Gamma \vdash A$.

Metateorema. O teorema da dedução (TD) é expresso como a seguir: se $\Gamma,\ A \vdash B$, então $\Gamma \vdash A \supset B$.

3.1.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO SISTEMA OS5$^+$

São esquemas de axiomas presentes na totalidade dos sistemas deônticos OK^+, OM^+, OB^+, $OS4^+$, $OS5^+$ (como mostramos no *Capítulo 01*):

(EA0) Todos os esquemas de axiomas do Cálculo Proposicional Clássico;

(EA1) $PA \equiv \neg O \neg A$;

(EA2) $O(A \supset B) \supset (OA \supset OB)$;

(EA3) $OA \supset PA$;

(EA4) $OA \supset OOA$;

(EA5) $POA \supset OA$;

(EA6) $O(OA \supset A)$;

(EA7) $O(POA \supset A)$,

Em particular, cada sistema deôntico em questão apresenta a seguinte configuração de esquemas de axioma:

$OK^+ =$ EA0, EA2 e EA3;

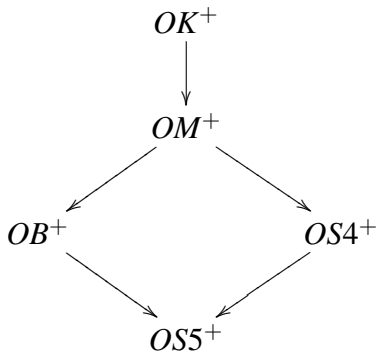
$OM^+ =$ EA0, EA2, EA3 e EA6;

$OS4^+$ = EA0, EA2, EA3, EA4 e EA6;

OB^+ = EA0, EA2, EA3, EA6 e EA7;

$OS5^+$ = EA0–EA5 (note que EA6 e EA7 são devivados em $OS5^+$).

Constatamos, assim, facilmente, que a axiomática de OK, OM, OB, $OS4$, $OS5^+$ forma o seguinte reticulado:



Conforme Åqvist (2002, p. 205–207), o sistema deôntico OS5 se caracteriza por apresentar em sua axiomática, além de todas as tautologias do cálculo proposicional clássico, os esquemas de axioma $PA \supset \neg O \neg A$; $O(A \supset B) \supset (OA \supset OB)$; $OA \supset OOA$ e $POA \supset PA$. Ao acrescentarmos o esquema de axioma $OA \supset PA$ à axiomática de OS5, segundo este autor, obtemos o sistema deôntico $OS5^+$.

Observemos se uma *lógica das normas* pode ser compreendida como um sistema deôntico do tipo $OS5^+$. Analisaremos a seguir cada um dos seus esquemas de axiomas.

Segundo o axioma $PA \supset \neg O \neg A$, se uma ação A é permitida, então não é obrigatória a não execução de A. Por exemplo, quando a nossa Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-lei nº 5.452/1943), no seu artigo 235-E, § 3º, prescreve que àqueles que realizam o transporte rodoviário de cargas em longa distância é "permitido o fracionamento do descanso semanal em 30 (trinta) horas mais 6 (seis) horas a serem cumpridas na mesma semana e em continuidade de um período de repouso diário", afirma, com outras palavras, que "não é obrigatório o não fra-

cionamento do descanso semanal em 30 (trinta) horas mais 6 (seis) horas a serem cumpridas na mesma semana e em continuidade de um período de repouso diário".

Já o esquema de axioma $O(A \supset B) \supset (OA \supset OB)$ indica que se obrigatoriamente a execução de uma ação A implica numa ação B, então a ação A é obrigatória e implica numa ação B também obrigatória. Se obrigatoriamente paga-se o imposto de "contribuição de melhoria" (Artigo 145, III, da nossa Constituição Federal), então, por exemplo, deve haver uma obra de melhoria – de mobilidade urbana talvez; logo, a obrigação de pagar o imposto de "contribuição de melhoria" acarreta na obrigação do agente público de realizar "uma obra de melhoria de mobilidade urbana".

O teorema $OA \supset PA$, por sua vez, diz que "se uma ação é obrigatória, então ela é permitida". Se, conforme a lei nº 8.239/1991, "o Serviço Militar inicial é obrigatório a todos os brasileiros", então "é permitido o Serviço Militar inicial a todos os brasileiros". Entre os esquemas de axioma de $OS5^+$, este merece certo destaque. Afinal, $OA \supset PA$ pode ser compreendido, em certo sentido, como uma instância do *princípio deôntico da não contradição* $\neg(OA \wedge O(\neg A))$ que indica que não deve ocorrer obrigações mutuamente contraditórias. Vejamos.

A fórmula $OA \supset PA$ pode ser escrita na forma $OA \supset \neg O(\neg A)$, observado o $\mathrm{Ax}_{\mathscr{O}}1$. Em seguida,esta última fórmula pode ser expressa, aplicando-se o "teorema de eliminação da implicação" $(A \supset B) \supset (\neg A \vee B)$ e *modus ponens*, como $\neg OA \vee \neg O(\neg A)$. Por sua vez, $\neg OA \vee \neg O(\neg A)$, conforme a "lei de De Morgan" $(\neg A \vee \neg B) \supset \neg(A \wedge B)$, pode ser reescrita como $\neg(OA \wedge O(\neg A))$. Portanto, se não admitimos a fórmula $OA \supset PA$ como um esquema de axioma, então passamos a entender que a presença de contradições não trivializa a *lógica das normas* (como $OS5$). Em consideração a isto, o sistema $OS5$ parece se revelar mais interessante aos nossos propósitos, pois neste $OA \supset PA$ não é esquema de axioma. No próximo capítulo, iremos apresentar uma semântica *fuzzy* capaz de interpretar adequadamente algumas tautologias de $OS5$ que fazem uso dos operadores deônticos O e P, e invalidar

a indesejada fórmula $OA \supset PA$.

Com relação à $OA \supset OOA$, podemos afirmar que esta fórmula significa: "se é obrigatório usar o cinto de segurança" (OA), então "é obrigatória a obrigação de usar o cinto de segurança" (OOA). Neste caso, podemos entender que a obrigatoriedade de uma norma obrigatória ("é obrigatório usar o cinto de segurança") decorre (1) de um elemento institucional que justifica a obrigatoriedade da lei: instituições jurídicas (Constituição Federal, Códigos, Ordenamento Jurídico, Tribunais etc.), ou (2) de valores políticos, econômicos e morais (todos valendo-se da ideia de sanção ou de punição, como indicamos no *Capítulo 02*). O agente ao tomar a regra jurídica que define como obrigatória a prestação de serviço militar inicial para todos os brasileiros (cuja obrigação é reconhecida pelo ordenamento jurídico como obrigatória) como sendo obrigatória, o faz por entendê-la como obrigatória segundo um contexto de interpretação, no qual o "argumento de obrigatoriedade" é construído, por exemplo, em função da dogmática jurídica, da letra da lei, de uma moralidade social, da política, da economia, e assim por diante. Portanto, se a lei (ou, em geral, o ordenamento jurídico) diz que é obrigatório a todos os brasileiros prestar serviço militar inicial, é necessário entender que a obrigatoriedade é a norma construída pelo agente conforme um quadro político, moral, jurídico ou até mesmo econômico. Se esta norma (OA) dita obrigatória não foi considerada, por exemplo, obrigatória em termos políticos (por exemplo, país que participa de uma gerra, a qual o agente considera injusta), não podemos afirmar que A é obrigatória. Deste modo, não teríamos também como válida a expressão $OA \supset OOA$. Porém, por outro lado, se A é tomada como obrigatória, então $OA \supset OOA$ é sempre o caso.

Quanto à $P(OA) \supset OA$, dizemos que este esquema de axioma pode admitir a seguinte interpretação: "se a obrigação de realizar a ação A é permitida, então A é obrigatória". Se o agente reconhece a prática da ação A como obrigatória, é porque para este OA lhe é logicamente, moralmente, politicamente, juridicamente ou economicamente permitida. Logo, $P(OA) \supset OA$ é sempre o caso.

4 LÓGICA FUZZY, OS5 E PARADOXOS DEÔNTICOS

A *lógica fuzzy* decorre da *teoria dos conjuntos fuzzy* desenvolvida por Lofti Zadeh (1965). Esta lógica tem como objetivo formalizar expressões vagas, tais como "bastante verdadeiro", "não muito verdadeiro", "mais ou menos falso" etc..

Enquanto na *teoria de conjuntos clássica* um objeto é ou não é elemento de um conjunto dado, na *teoria de conjuntos fuzzy* a pertinência é uma questão de grau; o grau de pertinência de um objeto a um conjunto difuso é representado por algum número real entre 0 e 1, com 0 denotando a não-pertinência e 1 a pertinência total.

Na *teoria de conjuntos clássica* temos um elemento pertencendo ou não a um dado conjunto. Dado um conjunto qualquer não vazio U e um elemento particular $x \in U$, o grau de pertinência $\chi_A(x)$ com respeito a um conjunto arbitrário $A \subseteq U$ é dado por

$$\chi_A(x) = \begin{cases} 1 & sse \;\; x \in A \\ 0 & sse \;\; x \notin A \end{cases}$$

Ou seja, a *função característica* (χ) associa elementos do conjunto U a elementos do conjunto $\{0,1\}$, o que é formalmente expresso por: $\chi_A(x) : U \longmapsto \{0,1\}$

Para cada $x \in U$, se $\chi_A(x) = 1$, x é elemento de A; se $\chi_A(x) = 0$, x não é elemento de A.

Zadeh (1965) propôs uma caracterização mais ampla, na medida em que sugere que alguns elementos são "mais membros" de um conjunto do que outros. O fator de pertinência pode então assumir qualquer valor entre 0 e 1, denotando o valor 0 a completa exclusão e o valor 1 a completa pertinência. Esta generalização aumenta o poder de expressão da *função característica*[1] tal como

$$\chi_A(x) = \begin{cases} 1 & sse \;\; x \in U \\ 0 < \chi_A(x) < 1 & sse \; x \; pertence \; parcialmente \; a \; U \\ 0 & sse \;\; x \notin U \end{cases}$$

Neste capítulo, pretendemos mostrar que a *semântica fuzzy* pode ser usada para interpretar de modo profícuo uma *lógica das normas jurídicas* como uma *lógica deôntica* (*OS*5). Na sequência, mostramos como esta semântica *fuzzy* elimina os paradoxos deônticos propostos.

4.1 SEMÂNTICA ALGÉBRICA FUZZY E OS5

4.1.1 SISTEMAS *FUZZY* DE LÓGICA E OPERADORES DEÔNTICOS

Basicamente, são conhecidos três axiomatizações da lógica *fuzzy*.

Já no início do século XX, Jean Łukasiewicz propôs uma axiomatização de uma lógica trivalente, na qual os valores de verdade eram o falso, o verdadeiro e um valor intermediário entre estes. A motivação filosófica para uma tal lógica advinha de um problema posto por Aristóteles (2005) no *Da Interpretação* e que ficou conhecido como o problema dos *futuros contingentes* (ou ainda o problema da *batalha naval amanhã*). Dada a sentença, "Haverá uma batalha naval amanhã", o princípio do terceiro excluído parecia implicar num determinismo[2]. Se se pode

[1] Para mais detalhes: Klir (1995), Dubois (2007, p. 325–449).

[2] Para mais detalhe: Łukasiewicz (1971).

hoje dar um valor de verdade, verdadeiro ou falso (e segundo Aristóteles não há outro valor de verdade), a esta sentença, isso parece implicar que hoje se pode determinar como será o futuro, uma situação que é indesejável. A lógica trivalente de Łukasiewicz buscava solucionar este problema introduzindo um valor "indeterminado", ou ainda "possível". Posteriormente, juntamente com Alfred Tarski, ele formulará uma lógica com vários valores de verdade, mas ainda valores finitos; tem-se, então, uma hierarquia de *lógicas multi-valoradas*; a generalização destas intuições levou à formulação de lógicas com infinitos valores de verdade e hoje se fala em valores de verdade que percorrem ou um infinito enumerável (lógica $\aleph_0$-valentes) ou mesmo um infinito não enumerável (lógica $\aleph_1$-valente; neste último caso, os valores de verdade podem ser pensados como valores que estão no intervalo fechado entre zero e um, $v \in [0,1]$.

Kurt Gödel, por sua vez, trabalhando em lógica intuicionista, veio a mostrar que esta não pode ser caracterizada por uma matriz finita, não importando o número de valores de verdade que se estabeleça, e o desenvolvimento de seu trabalho dá origem a outra hierarquia de lógicas multi-valoradas; as axiomatizações destes autores são distintas e, nesta tese, nos concentraremos na axiomatização de Łukasiewicz.

O estudo das lógica multi-valoradas veio a permitir que se pensasse numa t-norma, isto é, que o conjunto de valores do intervalo $[0,1]$, pensados como valores de verdade, devesse satisfazer determinadas propriedades. A ordem usual dos números reais, $\leq$, serve para comparar valores de verdade e se deve pensar numa lógica com uma noção comparativa de verdade. As t-normas são funções de verdade possíveis da *conjunção*. Assim, uma operação binária $*$ em $[0,1]$ é uma t-norma se for comutativa ($x*y = y*x$), associativa ($x*(y*z) = (x*y)*z$), não decrescente (se $x \leq x'$, então $x*y \leq x'*y$ e vice-versa) e 1 é a unidade ($1*x = x$). Noutras palavras, uma t-norma é uma função $t : [0,1] \times [0,1] \mapsto [0,1]$ que é comutativa, associativa, monotônica e que tem elemento unidade. Algumas dessas t-normas dão origem aos

sistemas de lógica *fuzzy*:

$x * y = max(0, x + y - 1)$ (Łukasiewicz)

$x * y = min(x, y)$ (Gödel)

$x * y = x.y$ (Lógica Produto)

A partir da t-norma pode-se determinar a função de verdade para a *implicação*, como uma operação $\Rightarrow$ em $[0,1]$, como o resíduo da t-norma (dado por $t(z,x) \leq y$ se, e somente se, $z \leq (x \Rightarrow y)$). O resíduo pode ser definido, então, como $x \Rightarrow y = max\{z \text{ tais que } x * z \leq y\}$. Note que $x \Rightarrow y = 1$ se, e somente se, $x \leq y$; para $x > y$, o resíduo é dado por:

$x \Rightarrow y = 1 - x + y$ (Łukasiewicz)

$x \Rightarrow y = y$ (Gödel)

$x \Rightarrow y = y/x$ (Lógica Produto)

Uma axiomatização pode ser dada para essas lógicas, mediante uma linguagem na qual letras latinas maiúsculas $A, B, C, \ldots$ são pensadas como variáveis proposicionais, os símbolos lógicos primitivos são $\&, \supset$ (conjunção forte e implicação) e uma constante $\perp$ (para o falso). As fórmulas são definidas de modo óbvio; $\neg\varphi$ é $\varphi \supset \perp$. Dada uma t-norma $*$ (e seu resíduo), cada valoração v das variáveis proposicionais por graus de verdade em $[0,1]$ pode ser extendida a uma valoração v_* para todas as fórmulas; assim:

$v_*(\perp) = 0$

$v_*(\varphi \& \psi) = v_*(\varphi) * v_*(\psi)$

$v_*(\varphi \supset \psi) = v_*(\varphi) \Rightarrow v_*(\psi)$

Nós dizemos que φ é uma $*$-tautologia se $v_*(\varphi) = 1$ para toda valoração v.

As seguintes tautologias são tomadas como *esquemas de axiomas*:

(EA1) $(\varphi \supset \psi) \supset ((\psi \supset \chi) \supset (\varphi \supset \chi))$

(EA2) $(\varphi \& \psi) \supset \varphi$

(EA3) $(\varphi \& \psi) \supset (\psi \& \varphi)$

(EA4) $(\varphi \& (\varphi \supset \psi)) \supset (\psi \& (\psi \supset \varphi))$

(EA5) $(\varphi \supset (\psi \supset \chi) \supset ((\varphi \& \psi) \supset \chi)$

(EA6) $(\varphi \& \psi) \supset \chi) \supset ((\varphi \supset \psi) \supset \chi)$

(EA7) $((\varphi \supset \psi) \supset \chi) \supset (((\psi \supset \varphi) \supset \chi) \supset \chi)$

(EA8) $\bot \supset \varphi$

A única regra de inferência é *modus ponens* (de φ e $\varphi \supset \psi$ infere-se ψ) e os conceitos de teorema e de demonstração são os usuais.

Podemos ainda definir os seguintes conectivos:

($\leftrightarrow$) $\varphi \leftrightarrow \psi =_{def} (\varphi \supset \psi) \& (\psi \supset \varphi)$

($\wedge$) $(\varphi \wedge \psi) =_{def} \varphi \& (\varphi \supset \psi)$, cujo valor de verdade é $min(v_*(\varphi), v_*(\psi))$

($\vee$) $(\varphi \vee \psi) =_{def} (((\varphi \supset \psi) \supset \psi) \wedge (\psi \supset \varphi) \supset \varphi)$; valor de verdade é $max(v_*(\varphi), v_*(\psi))$

($\neg$) $\neg\varphi =_{def} \varphi \supset \bot$

A lógica de Łukasiewicz pode ser axiomatizada adicionando-se, aos esquemas de axiomas acima, o esquema $\varphi \leftrightarrow \neg\neg\varphi$. A lógica de Gödel pode ser axiomatizada acrescentando-se, aos esquemas de axiomas acima, o esquema $\varphi \leftrightarrow (\varphi \& \varphi)$. Para a lógica produto é necessária a adição, aos esquemas de axiomas acima, dos seguintes esquemas $(\varphi \supset \neg\varphi) \supset \neg\varphi)$ e $\neg\neg\chi \supset (((\varphi \& \chi) \supset (\psi \& \chi)) \supset (\varphi \supset \chi))$.

Note que as duas conjunções & e $\wedge$ só são equivalentes na lógica de Gödel.

Uma outra axiomatização (talvez mais elegante) da lógica de Łukasiewicz ($\mathscr{L}_N$) pode ser dada como:

(EA1) $\varphi \supset (\psi \supset \varphi)$

(EA2) $(\varphi \supset \psi) \supset ((\psi \supset \chi) \supset (\varphi \supset \chi))$

(EA3) $((\varphi \supset \psi) \supset \psi) \supset ((\psi \supset \varphi) \supset \varphi)$

(EA4) $(\varphi \supset \neg\psi) \supset (\psi \supset \neg\varphi)$

Novamente, a única regra de inferência é *modus ponens*.

E neste caso, tem-se as seguintes definições:

($\vee$) $\varphi \vee \psi =_{def} (\varphi \supset \psi) \supset \psi$

($\wedge$) $\varphi \wedge \psi =_{def} \neg(\neg\varphi \vee \neg\psi)$

Teorema 1. *Valem na lógica de Łukasiewicz os seguintes esquemas:*

(EA1) $(\varphi \supset \psi) \vee (\psi \supset \varphi)$*;*

(EA2) $(\varphi \supset (\psi \supset \chi)) \supset (\psi \supset (\varphi \supset \chi))$*;*

(EA3) $\varphi \supset \psi \models \neg\psi \supset \neg\varphi$*.*

Teorema 2. *NÃO valem na lógica de Łukasiewicz os seguintes esquemas:*

(EA1) $\varphi \vee \neg\varphi$*;*

(EA2) $((\varphi \supset \psi) \supset \psi) \supset \psi$*;*

(EA3) $(\varphi \supset \neg\varphi) \supset \neg\varphi$*.*

A tarefa, agora, é combinar a lógica de Łukasiewicz com os operadores deônticos, formulando-se, assim, uma "lógica deôntica *fuzzy*". Para tanto, tal como na interpretação já consagrada para a lógica modal alética, lidaremos com mundos possíveis. Tais mundos podem ser pensados como situações ideais que motivem o cumprimento (ou o descumprimento) de uma determinada norma (por circunstâncias as mais diversas, que podem ser de ordem legal, moral ou de costumes) e estes mundos são acessíveis ao mundo real, nosso mundo, ou mundo básico, x_0 mediante

uma relação de acessibilidade R que estipulamos ser transitiva, euclidiana e serial. Em cada mundo y uma fórmula φ tem um valor de verdade relativo a esse mundo considerado y. E isso permite, como já indicamos no *Capítulo 02*, a interpretação semântica do operador deôntico de obrigação O:

$$v_*(O(\varphi, x_0)) = inf\{v_*(\varphi, y) \text{ tais que } xRy\}.$$

Para o operador deôntico de permissão P, a semântica proposta é a seguinte:

$$v_*(P(\varphi, x_0)) = sup\{v_*(\varphi, y) \text{ tais que } xRy\}.$$

Assim, uma obrigação terá valor 1 (será válida) se em todos os mundos deonticamente acessíveis (eticamente ideais[3] ou deonticamente perfeitos[4]) a obrigação for cumprida e uma permissão terá valor 1 se em algum desses mundos a norma for cumprida.

Nós usamos agora as noções de inf (ínfimo) e sup (supremo) pois estamos lidando com mundos possíveis potencialmente infinitos, tal como em lógica modal alética. Um supremo sup (ínfimo inf) é definido como o maior (menor) dos limitantes superiores (inferiores) e suas propriedades podem ser encontradas em qualquer livro básico de álgebra[5].

Com as interpretações sugeridas dos operadores deônticos e dos conectivos lógicos, nesta subseção, podemos verificar como válidos os esquemas de axiomas de $\mathscr{L}_N$ e aqueles próprios do sistema deôntico $OS5$. Por intermédio ainda das funções de verdade sugeridas, é trivial demonstrarmos que as fórmulas $OA \supset PA$, $OA \supset A$, $A \supset OA$, $PA \supset A$ e $A \supset PA$ são inválidas, ou seja, não são tautologias.

Além do mais, com tal sistema, podemos agora discutir alguns paradoxos deônticos. É o que faremos a seguir.

[3] *Vide* Cocchiarella (2008).

[4] Ver Gomes (2008, p. 15).

[5] Ver, por exemplo, Burris e Sankappanavar (1981).

4.2 SEMÂNTICA FUZZY E PARADOXOS DEÔNTICOS

4.2.1 ALGUNS PARADOXOS DEÔNTICOS

Nesta subseção, apresentaremos os seguintes *paradoxos deônticos*: "Paradoxo da Obrigação Derivada" (VON WRIGHT, 1951), "Paradoxo do Compromisso" (PRIOR, 1962, p. 224–225), "Paradoxo do Dever versus Dever-ser" (McNAMARA, 2006, p. 244), "Paradoxo da Obrigação Contrária ao Dever" (VAN ECK, 1982, p. 269) e "Paradoxo do Homicida Menor de Idade" (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2003).

a) Paradoxo da Obrigação Derivada

No ensaio *Deontic Logic*, von Wright (1951, 1956) define "compromisso" como $O(A \supset B)$. Conforme está definição, se A significa "Túlio está dirigindo." e B "Túlio está cumprindo as regras de trânsito.", então $O(A \supset B)$ declara que "Obrigatoriamente, se Túlio está dirigindo, então ele está cumprindo as regras de trânsito.".

Entretanto, o *teorema da obrigação derivada* $O(\neg A) \supset O(A \supset B)$, que faz menção à noção de compromisso definida acima, afirma que quem executa uma ação proibida, descrita na frase A, está obrigado a qualquer coisa descrita em B. Ora, isso é inaceitável em termos intuitivos, pois quem pára o seu carro num lugar proibido, por exemplo, não poderá estar sujeito a qualquer tipo de punição, como uma pena restritiva de liberdade de 30 anos.

b) Paradoxo do Compromisso

Prior (1962) define "compromisso" como $A \supset OB$. Seja A "Túlio está dirigindo." e B "Túlio está cumprindo as regras de trânsito.", então podemos ler $A \supset OB$ como "Se Túlio está dirigindo, então ele está obrigatoriamente cumprindo as regras de trânsito." Todavia, pelo *teorema do compromisso* $\neg A \supset (A \supset OB)$ a definição de compromisso de Prior é insatisfatória, dado que quem realiza a ação

proibida $\neg A$, está obrigado a qualquer coisa descrita em B.

c) Paradoxo do Dever versus Dever-ser

Considere o seguinte:

i. Embora Joaquim possa faltar à reunião, ele deve comparecer.

Mesmo que Joaquim possa não ir à reunião, isto é, mesmo que lhe seja permitido não ir à reunião, dependendo da situação, pode-lhe parecer também obrigatório ir à reunião. Por exemplo, como sócio proprietário da empresa X, poderia Joaquim faltar à reunião de negócios por motivos pessoais, entretanto a sua falta, uma vez não justificada, implicará em advertência pública e multa (a ser aplicada pelos outros sócios), segundo o estatuto deontológico interno da empresa X. Logo, em símbolos, se A expressa "ir à reunião" temos:

i. $P\neg A \wedge OA$

Assim, a leitura ambígua de (i) parece implicar, a princípio, numa contradição, já que (i), em símbolos, é tomada como equivalente a $\neg OA \wedge OA$.

d) Paradoxo da Obrigação Contrária ao Dever

Apresentaremos, aqui, a versão de van Eck (1981, p. 269) do *paradoxo da obrigação contrária ao dever*. Tomemos as seguintes proposições:

i. É obrigatório a João não engravidar Maria.

ii. Não engravidar Maria obriga João a não se casar com ela.

iii. Engravidar Maria obriga João a se casar com ela.

iv. João engravidou Maria.

As proposições acima podem ser escritas formalmente do seguinte modo:

i. $O\neg A$

ii. $O(\neg A \supset \neg B)$

iii. $A \supset OB$

iv. A

Portanto, temos:

1. $O\neg A$	Hip.
2. $O(\neg A \supset \neg B)$	Hip.
3. $O(\neg A \supset \neg B) \supset (O\neg A \supset O\neg B)$	2 / $\text{Ax}_{\mathscr{O}}2$
4.$O(\neg A) \supset (O\neg B)$	2,3/ MP
5. $O\neg B$	1, 4/ MP
6. $O\neg A, O(\neg A \supset \neg B) \vdash O\neg B$	1-5

Por outro lado, podemos também obter:

1. $A \supset OB$	Hip.
2. A	Hip.
3. OB	1,2/ MP
4. $A \supset OB, A \vdash OB$	1-3

Logo, ao final, temos a contradição OB e $O\neg B$.

e) Paradoxo do Homicida Menor de Idade

Alchourrón e Bulygin (2003, p. 55), Capítulo V, seção d, apresenta o *paradoxo deôntico do homicida menor de idade* cuja inconsistência se dá entre prescrições jurídicas. Eis o paradoxo, consideremos:

i. Os juízes devem punir os homicidas.

ii. Os juízes não devem punir os menores de idade.

iii. Elder é um homicida menor de idade.

Podemos formalizar as proposições acima como a seguir:

i. $A \supset OB$

ii. $C \supset O\neg B$

iii. $A \wedge C$

Consequentemente, temos:

1. $A \wedge C \supset A$	Ax_{CPC}
2. $A \wedge C$	Hip.
3. A	1,2/ MP
4. $A \supset OB$	Hip.
5. OB	3, 4/ MP
6. $A \wedge C \vdash OB$	1-5
7. $\vdash (A \wedge C) \supset OB$	6 / TD

Por outro lado, podemos também obter:

1. $A \wedge C \supset C$	Ax_{CPC}
2. $A \wedge C$	Hip.
3. C	1,2/ MP
4. $C \supset O\neg B$	Hip.
5. $O\neg B$	3, 4/ MP
6. $A \wedge C \vdash O\neg B$	1-5
7. $\vdash (A \wedge C) \supset O\neg B$	6 / TD

Logo, obtemos $(A \wedge C) \supset OB$ e $(A \wedge C) \supset O\neg B$, ou seja, no caso de um homicida menor de idade é obrigatório ao juiz punir e não punir ao mesmo tempo.

4.2.2 LEITURA FUZZY DOS PARADOXOS DEÔNTICOS PROPOSTOS

Analisamos, a seguir, os paradoxos apresentados na subseção anterior com fulcro nas configurações das funções de verdade descritas nas subseções 2.2 e 4.1.1. acima.

a) Paradoxo da Obrigação Derivada

O *Paradoxo da Obrigação Derivada* é representado pela fórmula $O(\neg A) \supset O(A \supset B)$. Esta, por sua vez, é equivalente a fórmula $(O\neg A \wedge OA) \supset OB$[6]. Se $(O\neg A \wedge OA) \supset OB$ é tautologia, então $V((\neg A \wedge A) \supset OB) = 1$. Temos, observada a configuração fuzzy proposta anteriormente da função de verdade $\wedge$, a princípio, $V(O\neg A \wedge OA) = min(V(O\neg A), V(OA))$. Por outro lado, aplicando agora a nossa condição de interpretação de O, temos, primeiro, $V(O\neg A \wedge OA, x_0) = inf\{min[V(\neg A, y), V(A)] : xRy\}$ e, segundo, $V(OB) = inf\{V(B, y) : xRy\}$.

Por fim, segundo a função de verdade estipulada de $\supset$, devemos ter para validar a fórmula $(O\neg A \wedge OA) \supset OB$ como tautologia $V(inf\{min[V(\neg A, y), V(A)] : xRy\} \leq inf\{V(B, y) : xRy\}) = 1$. Entretanto, em um *mundo possível* (*situação ideal* na qual o agente fomenta uma hipótese de ação) o valor de $V(O\neg A \wedge OA)$ pode ser maior do que o valor de $V(OB)$ (tome como exemplos $V(A) = \frac{1}{2}$ e $V(B) = \frac{1}{4}$ num mundo y relacionado ao mundo x_0), o que nos leva a concluir que o *princípio deôntico da explosão* $(O\neg A \wedge OA) \supset OB$ e, por conseguinte, $O(\neg A) \supset (A \supset OB)$ não são tautologias. Logo, o nosso sistema não valida o *Paradoxo da Obrigação Derivada*. $\therefore$

b) Paradoxo do Compromisso

O *Paradoxo do Compromisso* é expresso pela fórmula $\neg A \supset (A \supset OB)$. Esta,

[6]Esta fórmula é denotada na literatura como *princípio deôntico da explosão* (ou princípio deôntico da trivialização). Este princípio, em termos de *lógica das normas*, determina que a partir de proposições prescritivas obrigatórias contraditórias podemos inferir qualquer proposição prescritiva também obrigatória. Ao admitirmos este princípio como válido em *OS*5, tornamos este sistema lógico inconsistente, isto é, por outras palavras, incapaz de guiar as ações dos agentes que se deparam com obrigações contraditórias, uma vez que mediante tal contradição tudo passa a ser obrigatório.

por sua vez, é equivalente a fórmula $(\neg A \wedge A) \supset OB$. Se $(\neg A \wedge A) \supset OB$ é tautologia, então $V((\neg A \wedge A) \supset OB) = 1$. Podemos provar que $\neg A \supset (A \supset OB)$ não é uma tautologia usando um raciocínio semelhante ao utilizado na análise do *Paradoxo da Obrigação Derivada*.

Conforme a nossa definição da função de verdade de $\wedge$, obtemos o seguinte $V(\neg A \wedge A) = min(V(\neg A), V(A))$. Por outro lado, sabemos que $V(\mathrm{OB}) = inf\{V(B,y) : xRy\}$. Logo, se $(\neg A \wedge A) \supset OB$ é tautologia, então $V(min(V(\neg A), V(A)) \leq inf\{V(B,y) : xRy\}) = 1$. Entretanto, em um mundo qualquer y relacionado ao nosso mundo x_0, podemos ter $V(OB)$ menor que $V(\neg A \wedge A)$, o que invalida $(\neg A \wedge A) \supset OB$ e, consequentemente, $\neg A \supset (A \supset OB)$. Constatamos, assim, que o nosso sistema também não valida o *Paradoxo do Compromisso*. $\therefore$

c) Paradoxo do Dever versus Dever-ser, Paradoxo da Obrigação Contrária ao Dever e Paradoxo do Homicida Menor de Idade

O *Paradoxo do Dever versus Dever-ser* se caracteriza pela contradição $P\neg A \wedge \neg OA$. Segundo a condição $\wedge$, temos o seguinte $V(O\neg A \wedge \neg OA) = min(V(O\neg A), V(OA))$. Observada as cláusulas de interpretação de $\neg$ e dos operadores P e O, escrevamos $V(P\neg A \wedge \neg OA) = min[inf\{V(1-A,y) : xRy\}, sup\{V(A,y) : xRy\}]$. Certamente, como indica a equação anterior, $V(P\neg A \wedge \neg OA)$ pode ter valor diferente de 1. É trivial observarmos isto; basta tomarmos, por exemplo, $V(A) = \frac{1}{2}$ para todo mundo possível diferente de x_0. Logo, o nosso sistema fuzzy não valida este paradoxo. $\therefore$

De modo semelhante, com vista no raciocínio acima, podemos também provar que caem por terra o *Paradoxo da Obrigação Contrária ao Dever* e o *Paradoxo do Homicida Menor de Idade*. Ambos se caracterizam pela existência de um conflito entre obrigações $O\neg B \wedge OB$, o qual podemos avaliar a partir da função de verdade $V(O\neg B \wedge OB) = V(min[inf\{V(1-B,y) : xRy\}, inf\{V(B,y) : xRy\}])$[7]. Podemos supor,

[7]Este tipo de argumento também pode ser usado para solucionar os conhecidos paradoxos deônticos de Lemmon (1962): *Paradoxo de Platão* e *Paradoxo de Sartre*. Para mais detalhes acerca desses paradoxos: McNamara (2006, p. 233–238).

como nos permite o nosso sistema, que em algum mundo possível diferente de x_0 a proposição A admite um valor diferente de 1. Logo, concluímos que é possível termos $V(O\neg B \wedge OB) \neq 1$. $\therefore$

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O jurisconsulto *Paulus* já enunciava no século V a.C. que o "direito pode ser dito de vários modos (...)" (*Ius pluribus dicitur* (...), D. 1. 1. 11)[1]. *Paulus* conferia ao termo "direito" certa polissemia ao afirmar que este se diz como *ius civilis* e *ius naturale*. Ao longo da nossa história os juristas veem aumentando esta lista de significados. Falamos, hoje, em direito em sentido positivo, em direito em sentido natural, em direito em sentido subjetivo, em direito em sentido avaliativo (teoria da justiça), em direito em sentido epistemológico etc.. Observado este paradigma, objetivamos aqui investigar um dos importantes sentidos, ainda pouco estudado, conferido ao direito (ou ao discurso jurídico): o seu sentido lógico.

A presente tese é um estudo analítico e lógico da *norma jurídica*. Como observamos, a *norma jurídica* pode ser entendida como uma proposição prescritiva contrafactante que fixa como obrigatória, permitida ou proibida uma ação (ou omissão) (*norma de conduta*) ou certa atribuição de poder (*norma de competência*). A investigação analítica da *norma jurídica* nos conduziu ao estudo de cada um dos seus elementos constitutivos, entre os quais destacamos a noção de obrigação; noção esta tão preciosa à ética, à política e ao direito. Em decorrência disto, em especial, podemos também considerar esta tese uma pesquisa sobre o que devemos entender pela expressão "estar obrigado a".

Em conformidade com os trabalhos de Ricardo Guastini (1998, p. 20 ss), Humberto Ávila (2008, p. 30), Robert Alexy (2008, p. 52 ss), Ferdinand Saussure (2006, p. 79 ss.), entre outros, distinguimos a *regra jurídica* da *norma jurídica*.

[1]Ver Justiniano (2009, p. 24).

Enunciamos que a *regra jurídica* é o *significante* (por exemplo, a lei escrita, uma placa de trânsito etc.) a partir do qual o interprete extrai um ou mais *significados*, isto é, uma ou mais *normas jurídicas*.

Denotamos as *normas jurídicas*, enquanto significados de *enunciados jurídicos*, como "proposições prescritivas". Por exemplo, quando interpretamos o artigo 121 do nosso código penal que afirma "Matar alguém. Pena – Reclusão, de seis a vinte anos.", podemos pensar numa proposição prescritiva do tipo "Se x mata y, deve ser, obrigatoriamente, x preso em regime de reclusão, com uma pena que pode variar de seis a vinte anos.". Entendemos que este tipo de proposição comporta uma estrutura analítica e lógica própria, a qual é constituída, em particular, por *operadores deônticos*, como os de obrigação e de permissão, e pelo *princípio de imputação* (*dever-ser*). Imputar significa atribuir direitos ou deveres à alguém. Esta atribuição, quando obrigatória, pretende vincular o agente à prática de um direito ou de um dever; para tanto se vale da ideia de *sanção*.

Entretanto, a *sanção*, ainda que num sentido particular expresse uma *punição*, não garante sempre (incondicionalmente ou necessariamente) o cumprimento da norma jurídica enunciada pelo agente-emissor, que, neste caso, pretende, por intermédio desta, torná-la obrigatória, mas tão somente parece conseguir vincular de modo *mais ou menos forte* a ação do agente-receptor ao modelo de ação da norma jurídica. Determinada sanção, mesmo que reconhecida pela maioria como uma punição, pode não ser tomada como relevante pelo agente-receptor por uma série de razões de ordem moral, política, jurídica etc.. Além do mais, como destacamos, o agente pode estar submetido a outras obrigações, cujo descumprimento de alguma destas lhe traga um maior dano.

De fato, ao supormos os agente como "autônomos", compreendemos que estes, por intermédio de um "cálculo de ponderação", decidem "livremente" como devem agir. O agente racional e "livre" sopesa como vantajoso ou não o cumpri-

mento de uma *norma jurídica*. Se esta lhe parece vantajosa, a cumpre, se por outro lado esta não lhe parece vantajosa, não a cumpre. É vantajoso cumprir a *norma jurídica* quando tal ato "maximiza os ganhos e/ou minimiza as perdas" (*condição minimax de ação*), conforme mostramos no *Capítulo 02*. Ou seja, nesta espécie de cálculo, o agente pondera os prós e os contras do cumprir ou do não cumprir da *norma jurídica*, verificando justamente se é capaz de suportar ou não a *sanção jurídica* em face de outras obrigações ou punições que não propriamente jurídicas. Por exemplo, o voto em nosso país, a princípio, pode ser considerado obrigatório, na medida em que aquele que não vota tem como punição, por exemplo, a suspensão do direito de realizar concurso público. Por outro lado, um agente pode achar preferível não votar do que ferir convicções políticas ou morais que lhe justifica e vincula ao ato de não votar. O que resulta que para este agente é "obrigatório não votar".

Nestes termos, no *Capítulo 02*, definimos a obrigatoriedade da *norma jurídica A* (ou de qualquer outro tipo de norma ou proposição prescritiva) como a seguir: *se a conduta A é obrigatória (em símbolos, OA), então o não cumprimento de A (em símbolos, ¬A) acarreta numa possível punição (sanção) do agente transgressor, a qual ele interpreta como tal*. Ou seja, esta punição deve ser significativa ao agente transgressor, devendo este entender que de fato a punição acarreta num mal que lhe é insuportável.

Houve, assim, a necessidade de analisarmos as obrigações sob a condição de gradação, já que atribuímos diferentes graus de importância (ou tolerabilidade) às sanções estabelecidas por estas obrigações. Esta tese foi provada, informalmente, no decorrer das seções do *Capítulo 02* nas quais discutimos vários exemplos envolvendo a ideia de obrigação moral, obrigação legal e obrigação política; e respectivos conflitos entre estas.

Estipulamos que o *valor de verdade* da *norma jurídica* deve ser compreen-

dido segundo duas perspectivas, a saber: *pragmática* e *difusa* (ou *fuzzy*). Primeiro, uma *norma jurídica* não é verdadeira em sentido absoluto, pois não há uma *norma jurídica* que deva ser sempre cumprida ou que deva ser cumprida em todos os casos possíveis (ou contextos possíveis). Uma *norma jurídica* pode ser considerada "verdadeira" (ou seja, é cumprida ou mais ou menos cumprida) num dado *contexto* (político, social, cultural, moral, discursivo etc.), entretanto em outro *contexto* esta mesma *norma jurídica* pode ser considerada "falsa" (ou seja, não ser cumprida ou mais ou menos não cumprida). Segundo, os contextos de nossa realidade (estados-de-coisas ou, em sentido mais restrito, estados-de-ações) podem ser compreendidos (ou modelados) conforme nossas *teorias* (modelos ou esquemas racionais de explicação ou de significação), interesses e necessidades. Estes *modelos* nos permitem avaliar ou fixar *situações ideais* (esquemas de dever-ser por nós imaginadas que de certa forma têm conexão com o nosso mundo), nas quais ora supomos ser interessante cumprir (ou quase cumprir) ou descumprir (ou quase descumprir) a *norma jurídica*. Por outras palavras, a obrigatoriedade de um norma jurídica, numa dada *situação ideal*, pode orientar o agente no sentido deste perceber que o não cumprimento da norma jurídica, estipulada por uma autoridade como obrigatória, lhe é desvantajoso (o que significa dizer que o agente não comporta o ônus da sanção), mas é possível que numa outra *situação ideal* imaginada pelo agente este perceba que a obrigação consiste em desobedecer esta norma. Assim, defendemos que a *norma jurídica* pode ser tomada como "mais ou menos verdadeira" ou "mais ou menos falsa" mediante as *situações ideais* criadas pelos agentes para avaliar a obrigatoriedade de uma *norma jurídica*. Nestes termos, abordamos a questão da verdade das normas jurídicas sob a perspectiva da ideia de gradação. O que nos conduziu, naturalmente, a realizar uma leitura *fuzzy* das *normas jurídicas*.

A partir desta compreensão teórica, passamos a combinar a lógica de Łukasiewicz com os operadores deônticos, o que procedeu num resultado novo na literatura: uma "lógica deôntica *fuzzy*". Para tanto, inicialmente, partimos da ideia de

mundos possíveis. Pensamos tais mundos como *situações ideais* que motivam ora o cumprimento e ora o descumprimento de uma determinada norma jurídica (norma moral, política, consuetudinária, entre outras). Entendemos, ainda, que estes mundos são acessíveis ao mundo real (nosso mundo ou mundo básico) que denotamos x_0, mediante uma relação de acessibilidade R que estipulamos ser transitiva, euclidiana e serial. Em cada mundo y uma fórmula φ tem um valor de verdade relativo a esse mundo considerado y. E isso permite, como indicamos no *Capítulo 02*, a interpretação semântica do operador deôntico de obrigação O:

$$V(O(\varphi, x_0)) = inf\{V(\varphi, y) \text{ tais que } xRy\}.$$

Para o operador deôntico de permissão P, a interpretação proposta é a seguinte:

$$V(P(\varphi, x_0)) = sup\{V(\varphi, y) \text{ tais que } xRy\}.$$

No caso particular de O, se estivermos diante de uma tautologia ou de uma lei trivial em nosso mundo, como a que afirma que "OA é OA", temos a obrigação com valor 1, isto é, a obrigação como válida. Outra hipótese, neste sentido, é admitirmos que em todos os mundos deonticamente acessíveis a obrigação é cumprida, isto é, que a obrigação é sempre cumprida, o que de fato ocorre apenas em "mundos eticamente ideais" ou "mundos deonticamente perfeitos". Evidentemente, como já observamos, uma *norma jurídica* (ou de outro tipo) OA nunca terá valor igual a 1, pois esta pode não ser cumprida. Entretanto, a ação A pode ser tomada como obrigatória em algum ou alguns mundos possíveis (ou situações ideais), devendo A ser válida, minimamente, nestes. Como estamos lhe dando com uma infinidade de mundos possíveis, aplicamos na equação acima de O a condição algébrica "*inf*".

A nossa *semântica fuzzy* revelou-se bastante promissora, pois (1) valida todos os *esquemas de axiomas* constituídos pelos operadores O e P do *sistema deôntico* $OS5$, (2) avalia de modo adequado $OA \supset A$, $A \supset OA$, $A \supset PA$ e $PA \supset A$, isto é, invali-

dando estas fórmulas contra-intuitivas, e (3) elimina importantes *paradoxos deônticos*, como o "Paradoxo da Obrigação Derivada", o "Paradoxo do Compromisso", o "Paradoxo do Dever versus Dever-ser", o "Paradoxo da Obrigação Contrária ao Dever" e o "Paradoxo do Homicida Menor de Idade".

Os resultados acima representam a nossa "tese central". Podemos destacar, ainda, ao longo deste trabalho outras importantes contribuições:

1. No *Capítulo 01* descrevemos, ainda que brevemente, o atual quadro da filosofia do direito ao sugerirmos as seguintes vertentes: *Teorias Contemporâneas Jusnaturalistas*, *Teorias Contemporâneas Juspotestativas*, *Teorias Contemporâneas Críticas do Direito* e *Teorias Contemporâneas Juspositivistas*;

2. Na literatura, hoje, a expressão "positivismo jurídico" comporta várias interpretações, o que gera certa dificuldade de compreensão. Mediante isto, no *Capítulo 01*, *Seção 1.3*, identificamos com clareza as características que modelam a ideia de "positivismo jurídico" na atualidade;

3. Realizamos uma leitura epistemológica e lógica, e não política, da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (2003). Corriqueiramente, esta obra é interpretada num sentido político, o que é um equívoco;

4. Expomos de modo didático as importantes teorias do direito de Kelsen (2003), Bobbio (2007), Hart (2005) e MacCormick (1999);

5. À luz da *Teoria dos Jogos* estipulamos as *condições minimax de ação* como requisito metaético, metapolítico e metajurídico, no que concerne a interpretação da noção de obrigação nos âmbitos da ética, da política e do direito (*Capítulo 02*, *Seção 2.2*);

6. Quanto à possibilidade de construção de uma *lógica das normas jurídicas*, sustentamos como princípios desta (*Capítulo 02*, *Seção 2.2*): (1) *Princípio da*

Unicidade de Significado do Sistema Jurídico, (2) *Princípio da Consistência do Sistema Jurídico* e (3) *Princípio da Completude do Sistema Jurídico*;

7. Apresentamos uma solução ao importante *Dilema de Jørgensen* (*Capítulo 02*, *Seção 2.2*).

Compreendemos que segundo o emprego dos métodos formais da *lógica deôntica* e da *lógica fuzzy* parece razoável se esperar que aspectos importantes da *teoria do direito* sejam, em parte, suscetíveis de formalização ou, pelo menos, que as lógicas que lhe são subjacentes possam ser explicadas.

Por intermédio de aparatos lógicos não pretendemos, aqui, condensar em algumas fórmulas toda a riqueza informal existente da *teoria do direito*. Compartilhamos, assim, do entendimento de Newton C. A. da Costa (1987, p. 153) de que o fim da formalização é a obtenção de sistemas que nos ajudem a compreender melhor as concepções informais, mais ou menos como um mapa de Paris nos auxilia a nos orientarmos nessa cidade. Ninguém duvida da utilidade de um pequeno mapa do metrô da capital francesa, da mesma forma que ninguém confunde tal mapa com a "cidade luz".

Temos plena consciência de que a nossa tese constituiu um passo modesto na difícil tarefa de elucidação da complexidade do fenômeno jurídico. Entretanto, acreditamos que esta representa um passo importante, ou ao menos significativo, pelo fato de chamar a atenção para a possibilidade de se realizar uma "leitura lógica" do direito.

ANEXO

4.1 OUTRAS SEMÂNTICAS USADAS PARA A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA OS5^{+}

4.1.1 SEMÂNTICA DOS MUNDOS POSSÍVEIS

Bastante difundido é o fato de que a partir de Kripke (1959) as semânticas baseadas na concepção de "mundos possíveis" são usadas com sucesso na interpretação de *sistemas modais aléticos*. Entretanto, a "semântica dos mundos possíveis", se devidamente modificada, também revela-se profícua na interpretação de *sistemas modais deônticos*. Pretendemos apresentar tal hipótese, ao abordamos formalmente, a "semântica dos mundos possíveis" segundo Hughes e Cresswel (1996, p. 38-39) e McNamara (2006, p. 225).

Definição 5. ***Semântica dos Mundos Possíveis***. *Um modelo para o sistema deôntico OS5^{+} consiste numa tripla do tipo* $\mathfrak{M}= \langle W, R, V\rangle$*, tal que*

(1) $W = \{w_1, ..., w_i, ..., w_n\}$ *representa um conjunto não vazio de mundos possíveis;*

(2) R *uma relação binária sobre* W*, isto é,* $R \subseteq W \times W$*; e*

(3) V *uma valoração* $V : \mathbb{FOR}_{\mathscr{O}} \longmapsto \{\top, \bot\}$ *que associa um valor-de-verdade,* $\top$ *(verdadeiro) ou* $\bot$ *(falso), a cada par ordenado* $\langle A, w_i\rangle$*, no qual* A *é uma variável proposicional pertencente a* $\mathbb{FOR}_{\mathscr{O}}$ *e* w_i *um elemento qualquer de* W*.*

Define-se a satisfação (ou a verdade) de uma fbf em um mundo possível qualquer, em símbolos $\mathfrak{M} \vDash_{w_i} A$*, como a seguir:*

(⊤) $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} A$ *sse* $V(A, w_i) = \top$*;*

(∧) $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} A \wedge B$ *sse* $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} A$ *e* $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} B$*;*

(∨) $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} A \vee B$ *sse* $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} A$ *ou* $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} B$*;*

(¬) $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} \neg A$ *sse* $\mathfrak{M} \nVdash_{w_i} A$*;*

(⊃) $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} A \supset B$ *sse* $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} A$*, então* $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} B$*;*

(O) $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} OA$ *sse para todo* $\{w_i, w_k\} \in W$ *tal que* $w_i R w_k$*,* $\mathfrak{M} \Vdash_{w_k} A$*;*

(P) $\mathfrak{M} \Vdash_{w_i} PA$ *sse existe um* $\{w_i, w_k\} \in W$ *tal que* $w_i R w_k$*,* $\mathfrak{M} \Vdash_{w_k} A$*.*

Apesar de validar todos os axiomas do sistema OS5$^+$, pode a semântica acima equivocadamente, se não restringida a sua relação de acessibilidade reflexiva, também validar as fórmulas contra-intuitivas $OA \supset A$ e $A \supset PA$, por exemplo. Vejamos.

(1) Dada a fórmula $OA \supset A$, temos:

Suponhamos que para um modelo $\mathfrak{M}$ qualquer, $\mathfrak{M} \Vdash_{w_1} OA$. Sendo R reflexiva (isto é, $w_1 R w_1$) neste modelo, pela **Definição 5**, item (O), $\mathfrak{M} \Vdash_{w_1} A$. Assim, conforme a **Definição 5**, item (⊃), obtemos $\mathfrak{M} \Vdash_{w_1} OA \supset A$. $\therefore$

(2) Dada a fórmula $A \supset PA$, temos:

Suponhamos que para um modelo $\mathfrak{M}$ qualquer, $\mathfrak{M} \Vdash_{w_1} A$. Pelo *princípio da dupla negação* da *lógica clássica*, temos $\mathfrak{M} \Vdash_{w_1} \neg(\neg A)$. Observada a **Definição 5**, item (¬), segue-se $\mathfrak{M} \nVdash_{w_1} \neg A$. Sendo R reflexiva (isto é, $w_1 R w_1$) neste modelo, pela **Definição 5**, item (O), $\mathfrak{M} \nVdash_{w_1} O\neg A$. Conforme a **Definição 5**, item (¬), obtemos $\mathfrak{M} \Vdash_{w_1} \neg O(\neg A)$, ou seja, pelo $\mathrm{Ax}_{\mathscr{O}}1$, podemos escrever a expressão anterior como $\mathfrak{M} \Vdash_{w_1} PA$. Aplicando o item (⊃) da **Definição 5**, constatamos que num modelo qualquer $\mathfrak{M} \Vdash_{w_1} A \supset PA$. $\therefore$

Se prosseguirmos adiante em nossas análises, também constaremos que as fórmulas $A \supset OA$ e $PA \supset A$, apesar de serem contra-intuitivas, também serão validadas pela semântica acima como definida originalmente por Kripke (1959), a qual admite a relação de acessibilidade reflexiva.

(3) Dada a fórmula $PA \supset A$, temos:

Suponhamos que para um modelo $\mathfrak{M}$ qualquer, $\mathfrak{M} \vDash_{w_1} PA$. Sendo R reflexiva (isto é, $w_1 R w_1$) neste modelo, pela **Definição 5**, item (P), $\mathfrak{M} \vDash_{w_1} A$. Assim, conforme a **Definição 5**, item ($\supset$), obtemos $\mathfrak{M} \vDash_{w_1} PA \supset A$. $\therefore$

(4) Dada a fórmula $A \supset OA$, temos:

Suponhamos que para um modelo $\mathfrak{M}$ qualquer, $\mathfrak{M} \vDash_{w_1} A$. Pelo *princípio da dupla negação* da *lógica clássica*, temos $\mathfrak{M} \vDash_{w_1} \neg(\neg A)$. Observada a **Definição 5**, item ($\neg$), segue-se $\mathfrak{M} \nvDash_{w_1} \neg A$. Sendo R reflexiva (isto é, $w_1 R w_1$) neste modelo, pela **Definição 5**, item (P), $\mathfrak{M} \nvDash_{w_1} P\neg A$. Conforme a **Definição 5**, item ($\neg$), obtemos $\mathfrak{M} \vDash_{w_1} \neg P(\neg A)$, ou seja, pelo $\mathrm{Ax}_{\mathscr{O}}1$, podemos escrever a expressão anterior como $\mathfrak{M} \vDash_{w_1} OA$. Aplicando o item ($\supset$) da **Definição 5**, constatamos que num modelo qualquer $\mathfrak{M} \vDash_{w_1} A \supset OA$. $\therefore$

4.1.2 SEMÂNTICA ALGÉBRICA

Conforme Bull e Segerber (1984, p.09), seja o conjunto U e o conjunto $\mathbf{A}$ de subconjuntos de U, fechado sobre as operações booleanas, podemos admitir a *álgebra de Boole* $\langle \mathbf{B}, \sqcup, \sqcap, {}^{-}, 0, 1\rangle$ como *isomórfica* a álgebra $\langle \mathbf{A}, \cup, \cap, -, \varnothing, U, \rangle$.

Supondo que U é um conjunto qualquer não vazio, se $\Im$ é uma família de subconjuntos de U, fechado sobre as operações booleanas, então $\Box, \Diamond : Im \longmapsto Im$ são funções que satisfazem as seguintes condições:

(*i*) $\Box(U) = U$; (*i*) $\Diamond(\varnothing) = \varnothing$;

(*ii*) $\Box(X \cap Y) = \Box X \cap \Box Y$; (*ii*) $\Diamond(X \cup Y) = \Diamond X \cup \Diamond Y$;

(*iii*) $\Diamond(X) = U - \Box(U - X)$. (*iii*) $\Box(X) = U - \Diamond(U - X)$.

Conforme Jónsson e Tarski (1951, 1952), existe uma relação binária $R \subseteq U \times U$ tal que

$$\Box X = \{x \in U : \forall y(xRy \Longrightarrow y \in X)\};$$

$$\Diamond X = \{x \in U : \exists y(xRy \; e \; y \in X)\}.$$

No entanto, a partir de uma "leitura reducionista" da *lógica deôntica*, além de validar todos os axiomas do sistema OS5^{+}, em geral, a semântica acima acaba também por validar as fórmulas $OA \supset A$ e $A \supset PA$, por exemplo. Vejamos.

(1) Analisemos, agora, o valor de verdade da fórmula $OA \supset A$.

Em similitude ao trabalho McKinsey (1941, p. 119 ss.), no qual este propõe uma *semântica algébrica* para o *sistema modal S4*, é possível apresentarmos uma *semântica algébrica* ao sistema $OS5^{+}$, desde que acrescentemos a uma *álgebra de Boole* qualquer o novo operador P, tal que tenhamos a estrutura $\langle \mathbf{B}, \sqcup, \sqcap, {}^{-}, P, 0, 1\rangle$. O operador P deve satisfazer os seguintes postulados:

(P_1) Se $[A] \in \mathbf{B}$, então $P([A]) \in \mathbf{B}$;

(P_2) Se $[A] \in \mathbf{B}$, então $[A] \leq P([A])$;

(P_3) Se $\{[A],[B]\} \in \mathbf{B}$, então $P([A] \sqcup [B]) = (P[A] \sqcup P[B])$;

(P_4) $P(0) = 0$;

(P_5) Se $[A] \in \mathbf{B}$ e $[A] \neq 0$, então $P([A]) = 1$.

Observada a estrutura anterior, sendo $V(A) = [A]$, temos para fórmula $OA \supset A$ a seguinte interpretação:

1. $\neg P \neg A \supset A$ $\mathrm{Ax}_{\mathscr{O}}1$
2. $\neg\neg P \neg A \vee A$ Def. $\vee$

3. $P([A])^{--} \sqcup [A]$ Por def.

4. $P([A]) \sqcup [A]$

Quanto ao passo 4 da derivação acima, temos três casos a considerar:

Caso 1 Se [A] = 0, então $[A]^- = 1$ e temos:

5. $P(1) \sqcup 0$

6. $1 \sqcup 0$ P_5

7. 1 T3

Caso 2 Se $[A] = 1$, então temos:

5. $P(1^-) \sqcup 1$

6. 1 T3

Caso 3 Se $[A] \neq 0$ e $[A] \neq 1$, então $[A]^- \neq 0$ temos:

5. $1 \sqcup [A]$ P_5

6. 1 T3

(2) Avaliaremos a seguir a validade da fórmula $A \supset PA$.

1. $A \supset PA$

2. $\neg A \vee PA$ Def. $\vee$

3. $[A]^- \sqcup P([A])$ Por def.

Quanto ao passo 3 da derivação acima, temos três casos a considerar:

Caso 1 Se [A] = 0, então $[A]^- = 1$ e temos:

5. $1 \sqcup P(0)$

6. 1 T3

Caso 2 Se $[A] = 1$, então temos:

5. $0 \sqcup P(1)$

6. $0 \sqcup 1$ P_5

7. 1 T3

Caso 3 Se $[A] \neq 0$ e $[A] \neq 1$, então $[A]^- \neq 0$ temos:

5. $[A]^- \sqcup 1$ P_5

6. 1 T3

$\therefore$

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO. **A Cidade de Deus**. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópoles: Vozes, 2012.

————. **O Livre-arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDERSON, A. R. A Reduction of Deontic Logic to Alethic Modal Logic. **Mind**. Vol. 67, n. 265, p. 100–103, 1958.

————. Some Nasty Problems in the Formal Logic of Ethics. **Noûs**. Vol. 1, n. 4, p. 345–360, 1967.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Cláudia Toledo. Rio de janeiro: Forense, 2011.

————. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

————. **O Conceito de Direito**. Tradução Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. **Análisis Lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

ALVES, Rubens. **Filosofia da Ciência**. Introdução ao Jogos e a suas Regras. São Paulo: Loyola, 2010.

ANSCOMBE, G. E. M. On Brute facts. **Analysis**. Vol. 18, n. 3, p. 69–72, 1958.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Tradução María Araujo y Julían Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

————. **Órganon**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.

————. **Política**. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997.

————. **Polittics**. Tranlated Hugh Rackham. London: Harvard University Press, 2005.

————. **Methaphysics**. Tranlated Hugh Rackham. London: Harvard University Press, 2003.

————. **De Anima**. Tradução Maria Cecília G. dos Reis. São Paulo: Editora 34, 2006.

AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2005.

ÅQVIST, L. Deontic logic. *In*: Gabbay, D. e Guenthner, F (Eds.). **Handbook of Philosophical Logic**. Vol. 8. Dordrecht: Reidel Publishing Company, p. 147–264, 2002.

ATIENZA, M. Los límites de la interpretácion constitucional. **Isonomia**, p. 6–30, 6, 1997.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. W. Rumble (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

————. **Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law**. London: Thoemmes Press, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEHRMAN, R. E.; KLIEGMAN, R. M.; JENSON, H. B. **Textbook of Pediatrics**. Philadelphia: Elsevier, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907.

BERGMAN, Merrie. **An Introduction to Many-Valued and Fuzzy Logic**: Semantics, Algebras, and Derivation Systems. New York: Cambridge University Press, 2008.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. *In*: *Liberty*, Henry Hardy (ed.). **Liberty**. New York: Oxford University Press, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

————. **Teoria Geral do Direito**. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto e CONTE, Amedeo. **Derecho y Lógica**. México: Centro de Estudios Filosóficos, 1965.

BRANQUINHO, João. **Enciclopédia de termos Lógico-filosóficos**. Edição J. Branquinho, D. Murcho e N. G. Gomes. São Paulo: martins Fontes, 2006.

BULL, R.; KRISTER, S. Basic Modal Logic. *In*: Gabbay, D. e Guenthner, F (Eds.). **Handbook of Philosophical Logic**. Vol. 3. Dordrecht: Reidel Publishing Company, p. 1–82, 1984.

BURRIS, S.; SANKAPPANAVAR, H. P. **A Course in Universal Algebra**. New York: Springer-Verlag, 1981.

CASSIN, B. **O Efeito Sofístico**. Tradução Paulo Pinheiro. São Paulo: Editora 34, 2005.

CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

COCCHIARELLA. **Notes on Deontic Logic**, 2008, p. 7. Disponível em: <https://www.ontology.co/essays/deontic-logic.pdf>. Acessada em: 07.07.2014.

CHISHOLM, R. The Contrary-To-Fact Conditionals. **Mind**, New Series, Vol. 55, n°. 220, p. 289–307, 1946.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República.** Tradução Amador Cisneiros. Bauru: EDIPRO, 1995.

————. **Sobre os Deveres**. Tradução, introdução e notas de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000.

————. **Das Leis**. Tradução Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

COSSIO, Carlos. **La Valoración Jurídica y La Ciencia del Derecho**, Buenos Aires: Arayú, 1954.

COUTINHO, Lázaro. **Convite às Geometrias Não-eucledianas**. Rio de janeiro: Interciência, 2001.

CRUZ, A. M. P. **Lógica Deôntica Paraconsistente.** Paradoxos e dilemas. Natal: EDUFRN, 2005.

da COSTA, Newton C. A. Lógica Deôntica e Direito. Vol. 08. **Boletim da Sociedade Paranaense de Matemática**, p. 141–155, 1987.

DAGGER, Richard. Political Obligation. *In*: Edward N. Zalta (ed). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/political-obligation/>. Acessado em: 07 de Janeiro de 2011.

DE GREEF, J. Lógica deôntica. *In*: CANTO-SPERBER, M. (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althoff *et al*. São Leopoldo: UNISINOS. v. 1. Parios: PUF, 2003.

DESCARTES, R. **Les Passions de L'âme**. Paris: Mozambook, 2001.

DRETSKE, F. **Explaining Behavior**: Reasons in a world of causes. Cambridge, MA: MIT Press, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

————. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUBOIS, D. *et all*. Fuzzy Logic. *In*: Gabbay, D. e Guenthner, F (Eds.). **Handbook of Philosophical Logic**. Vol. 8. Dordrecht: Elsevier, p. 325–449, 2007.

ELSTER, Jon. **Juicios Salomónicos**: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisíon. Lisboa: Gradiva, 1999.

FARALLI, C. **A Filosofia Contemporânea do Direito**. Temas e Desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIA, E.**Dicionário Latino Português**. Rio de Janeiro. FAE, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

————. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997.

————. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

————. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2008.

FOUCAULT, Michel. Tradução Roberto Machado. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

FØLLESDAL, D. and HILPINEN, R. Deontic Logic: An Introduction. *In*: HILPINEN, R. (Ed.). **Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, p. 1–38, 1971.

FLAMARION, T. L. **10 Lições sobre Kant**. Petrópolis: Vozes, 2012.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Clarendon Press, 1980.

————. Foundations of Practical reason revisited. **American Jornal**. n. 50, p. 109–31, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução Flávio P. Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GOODMAN, N. The Problem of Counterfactual Conditionals. **The Journal of Philosophy**. Vol. 44, n. 5, p. 113–128, 1947.

GOMES, N. G. Um Panorama da Lógica Deôntica. **Kriterion**. Vol. 49, n. 117, p. 9–38, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milan: Giuffrè, 1998.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

————. **Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

————. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon, 1992.

HALDANE, J. Ética Aplicada. *In*: BUNNIN, N e TSUI-JAMES, E. P. (Org.). **Compêndio de Filosofia**. São Paulo: Loyola, p. 529–538, 2003.

HANSON, B. An Analysis of Some Deontic Logics. *In*: HILPINEN, R. (Ed.). **Deontic Logic**: Introductory and Systematic Readings. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, p. 121–147, 1971.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**: ou Matéria, Forma, Poder de um Estado Eclesiástico. Tradução João Paulo Monteiro. São Paulo: Nova Cultura, 1999. (Os Pensadores)

HÖFFE, O. **Justiça Política**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOFSTADTER, Albert, and J. C. C. McKinsey. On the Logic of Imperatives, **Philosophy of Science**, n. 6, p. 446–57, 1939.

HUGHES, G.E.; CRESSWELL, M.J. **A New Introduction to Modal Logic**. New York: Routledge, 1996.

HUME, David. **Essays Moral, Political and Literary**. Georgia: Liberty Fund, 1987.

JAKODSON, R. **On Language**. Cambrige: Harvard University Press, 1990.

JANSSEN, André. The New Regulation of Voluntary Euthanasia and Medically Assisted Suicide in the Netherlands. **International Jornal of Law Policy Family** Vol. 02, nº 16, 2002, p. 260–269.

JORGENSEN, Jørgensen. Imperatives and Logic. **Erkenntnis**. Vol. 7, p. 288–296, 1937-38.

JÓNSSON, B.; TARSKI, A. Boolean Algebras with Operators. Part I. **American Journal of Mathematics**. Vol. 73, n. 4, p. 891–939, 1951.

————. Boolean Algebras with Operators. Part II. **American Journal of Mathematics**. Vol. 74, n. 1, p. 127–162, 1952.

JUSTINIANO. **Digesto de Justiliano**, liber primus: introdução ao Direito Romano. Tradução Hélcio Marciel França. São Paulo: RT, 2009.

KALINOWSKI, G. **Logica del Discurso Normativo**. Tradução Juan Capella. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2009 (a).

————. **A Paz Perpétua e Outros Escritos**. Lisboa: Edições 70, 2009 (b).

————. **Crítica da Razão Pura**. Tradução Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

————. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KANGER, S. New fundations for Ethical Theory. *In*: **Deontic Logi**c. Introductory and Systematic Readings. Hilpinen, R. (Ed.)Dordrecht: Reidel, p. 255–287, 1971.

KELSEN, H.. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

————. **Teoria Pura do Direito**. Introdução à Problemática Científica do Direito. Trad. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2011.

KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y Estrutura Social**. Tradução Emilio Garcia Méndez. Bogotá: Temis, 1999.

KLIR, G. J.; YUAN, B. **Fuzzy sets and fuzzy Logic**. Theory and Applications. New Jersey: Pretice Hall PTR, 1995.

KRIPKE, Soul. A Completeness Theorem in Modal Logic. **Journal of Symbolic Logic**. Vol. 24, n. 1, p. 1–14, 1959.

————. **Naming e Necessity**. Oxford: blackwell, 1990.

LAÊRTIOS, Diôrgenes. **Vidas e Doutrinas dos Filosófos Ilustres**. Tradução Mario da Gama Kury. Barsília: UNB, 2008.

LEMMON, E. J. Moral Dilemmas. **The Philosophical Review**. Vol. 71, n. 2, p. 139–158, 1962.

LEWIS, D. Desire as Belief. **Mind**. Vol. 97, n. 387, p. 323–332, 1988.

————. Desire as Belief II. **Mind**. Vol. 105, n. 418, p. 303–313, 1996.

————. **Papers in Ethics and Social Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução Anor Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo. Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores)

————. **An Essay Concerning Human Understanding**. Pennsylvania: The Pennsylvania State University press, 1999.

LIPSCHUTZ, Seymour. **Topologia Geral**. Tradução Alfredo A. de Farias. São Paulo: McGraw-Hill, 1973.

ŁUKASIEWICZ, Jan. On principle of contradition in Aristóteles. **Review of Metaphysics**. Vol. 24. p. 485–509, 1971.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

————. **Questioning Sovereignty**: Law, State, and Pratical Reason. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MAKINSON, David. On a fundamental problem of deontic logic. *In*: MCNAMARA,P. E PRAKKEN (Eds.). **Norms, Logics and Information Systems**. Amsterdam: IOS, 1999.

McNAMARA, P. Deontic logic. *In*: Gabbay, D. e Guenthner, F (Eds). **Handbook of Philosophical Logic**. Vol. 7. Dordrecht: Elsevier, p. 198–287, 2006.

McKINSEY, J.C.C. A Solution of the Decision Problem for the Lewis Systems S2 and S4 with an Application to Topology. **Journal of Symbolic Logic**. Vol. 6, n. 4, p. 117–134, 1941.

————. On the Logic of Imperatives. **Philosophy or Sciences**. Vol. 6. p. 446–457, 1930.

McKINSEY, J.C.C.; TARSKI, A. On Closed Elements in Closure Algebras. **The Annals of Mathematics**. Vol. 47, n. 1, p. 122–162, 1946.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MICHAEL, Tooley. The Problem of Evil. *In*: Edward N. Zalta (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/evil/>. Acesso em: 02 de janeiro de 2013.

MILL, John Stuart. On Liberty. *In*: John M. Robson (ed.). **The Collected Works of John Stuart Mill**: Essays on Ethics, Religion, and Society. London: Routledge and Kegan Paul, 1985a.

————. Utilitarianism. *In*: John M. Robson (ed.). **The Collected Works of John Stuart Mill**: Essays on Ethics, Religion, and Society. London: Routledge and Kegan Paul, 1985b.

MONTESQUIEU, Charles Louis. Tradução Fernando H. Cardoso e Leôncio M. Rodrigues. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).

MONTORO, André Franco. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORA, J. Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tomo I. São Paulo: Loyola, 2000.

MOSER, P. K.; MULDER, D. H. e TROUT, J. D. **Teoria do Conhecimento**: Uma Introdução Temática. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MULGAN, T. **Utilitarismo**. Tradução Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

NEUMANN, F. **The Rule of Law**. Political Theory and the Legal System in Modern Society. Leamington: Berg, 1986.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Oxford: Blackwell, 1999.

ODDIE, G. **Value, Reality, and Desire**. New York: Oxford University Press, 2005.

PACHUKANIS, E. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PAREKH, Bhiku. A Misconceived Discourse on Political Obligation. **Political Studies**, n. 41, p. 236–251, 1993.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação**. A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

————. **Lógica Jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PLATÃO. **A República**. Tradução J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2006.

————. **As Leis**.Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2010.

————. **Górgias**.Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

————. **Protágoras**.Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

————. **Timeu**.Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

————. **Teeteto**. Tradução Adriana M. Nogueira e M. Boeri. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

————. **Diálogos**: O banquete; Fédon; Sofista; Político. Tradução de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat, João Cruz Costa. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

————. **Diálogos**: Apologia de Sócrates; Êutifron; Críton. Tradução de Jaime Bruna e Líbero Rangel de Andrade. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores).

————. **Diálogos**: Defesa de Sócrates; Apologia de Sócrates. Tradução de André Malta. Porto Alegre: L & PM, 2011.

PRIOR, A. **Formal Logic**. Oxford: Oxford University Press, 1962.

RABENHORST, E. R. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

————. **A Normatividade dos Fatos**. João Pessoa: Viera Livros, 2003.

————. Ser e do Dever Ser na Teoria Kelseneana do Direito. **Revista Direito e Liberdade**. Vol. 1, n.1, 2005: p. 119 – 130.

RASIOWA, H.; SIKORSKI, R. **The Mathematics of Metamathematics**.Warszawa: Panstwowe Wydawnictwo Naukowe – Polish Scientic, 1963.

RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Norma**. Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de janeiro: Elsevier, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

————. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

————. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REGAN, Tom. **The Case for Animal Rights**. Berkeley: University of California Press, 1983.

RORTY, R. **Verdade e Progresso**. São Paulo: Manole, 2005.

ROSS, A. **Lógica de las Normas**. Tradução Jose S.P. Hiero. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

————. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

ROUSSEAU, J. J. **O Contrato Social**: Princípios do Direito Político.Tradução Antonio de Pádua. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RUSH, Fred. **Teoria Crítica.** Tradução Beatriz Katinsky e Regina A. Rebollo. São Paulo: Ideias e Letras, 2008.

SANDEL, M. **Justice**: What's the right thing to do?. New York: hardcover, 2009.

SASSURE, Ferdinand. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. **Curso de Linguística Geral**. São Paulo: Cultrix, 2006.

SEARLE, Jhon. **Speech Acts**. An essays in the philosophy of language. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEGERBERG, K.. **A Deontic Logic of Action**. Dordrecht: Reidel, 1982.

SERGOT, M. J. The Representation of Law in Computer Programs. *In*: Bench-Capon, T.J.M. (ed.) **Knowledge-Based Systems and Legal Applications**. London: Academic Press, 1991.

SCANLON, T. **What We Owe to Each Other**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

SCHROEDER, Tim. Desire. *In*: Edward N. Zalta (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/desire/>. Acessado em: 02 de Dezembro de 2012.

SIMON, Smidt H. Direito, **Hermenêutica e Filosofia da Linguagem**. Belo Horizonte: Argumentum, 2006.

SIMMONS, A. John. **Moral Principles and Political Obligations**. Princeton: Princeton University Press, 1979.

SIMPSON, B. W. A. **Cannibalism and the Common Law**. Chicago: University of Chicago, 1984.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

————. **Libertação Animal**. Tradução Marly Winckler. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

STAMPE, D. The authority of desire. **Philosophical Review**. n. 96, p. 335–381, 1987.

SCHWITZGEBEL, Eric. Belief. *In*: Edward N. Zalta (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** . Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/belief/>. Acessado em: 05 de Dezembro de 2012.

STRAWSON, G. **Mental Reality**. Cambridge: MIT Press, 1994.

TARSKI, A. **A Concepção Semântica de Verdade**: Textos Clássicos de Tarski. São paulo: Editora Unesp, 2006.

USA. Philo Riggs, as Guardian ad litem et al., Appellants, v. Elmer E. Palmer et al., Respondents. **Court of Appeals of New York** . Submitted June 21, 1889 . Decided October 8, 1889. 115 NY 506. CITE TITLE AS: Riggs v Palmer. Disponível em: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/ riggs_palmer.htm. Acesso em: 30 de junho de 2011.

VAN ECK, J. A. A System of Temporally Relative Modal and Deontic Predicate Logic and its Philosophical Applications. **Logique et Analyse**. Vol. 100, p. 249–381, 1982.

VON NEUMANN, J. and OSKAR M. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton: Pricentos University Press, 1953.

VON WRIGHT, G. H.V. Deontic Logic. **Mind**. Vol. 60, n. 2, p. 1–15, 1951.

————. A Note on Deontic Logic and Derived Obligations. **Mind**. Vol. 65, p. 507–509, 1956.

————. A New System of Deontic Logic. **Danish Yearbook of Philosophy**. Vol. I, p. 173-182, 1964.

————. A Correction to a New System of Deontic Logic. **Danish Yearkook of Philosophy**. Vol. 01, n. 1, p. 103–107, 1965.

————. **Norma y Acción**. Una Investigación Lógica. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

VILANOVA, Lorival. **Estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Noese, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução M.S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

WOLENSKI, J. Deontic Logic and Possible Words Semantics: A Historical Sketch. **Studia Logica**, Vol. 49, n. 2, p. 273–282, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WRÓBLEWSI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicialndecision. **Rechtstheorie**. n. 5, p. 33–46, 1974.

YAO, Y.Y. A Comparative Study of Fuzzy Sets and Rough Sets. **Information Sciences**. Vol. 109, p. 227-242, 1998.

ZADEH, L. A. Fuzzy Sets. **Information and Control**. Vol. 8, n.3, p. 338–353, 1965.

ZIMMERMANN, H. **Fuzzy Set Theory** – and its Applications. Massachusetts: Kluwer Academic Publishers, 1991.