

UMA FUNDAMENTAÇÃO EMPÍRICA AO POSITIVISMO JURÍDICO? A ROTA DA TEORIA NATURALIZADA DO DIREITO

AN EMPIRICAL FOUNDATION FOR LEGAL POSITIVISM?
THE NATURALIZED JURISPRUDENCE'S WAY

VALDENOR MONTEIRO BRITO JÚNIOR¹
(UFSC/Brasil)

RESUMO

O objetivo do presente artigo é discutir a rota por meio da qual se vai da Teoria Naturalizada do Direito ao positivismo jurídico. Brian Leiter propõe que a naturalização da teoria jurídica fornece um fundamento empírico para o positivismo jurídico. Essa naturalização é realizada por intermédio das melhores hipóteses de ciência social disponíveis a respeito do Direito como fenômeno social. Leiter argumenta ainda que essa melhor hipótese social-científica – para ele, o modelo atitudinal para a tomada de decisão judicial – vindica um conceito (ou teoria) de Direito de tipo positivista exclusivo. Aqui eu discuto seu argumento dentro do framework da Teoria Naturalizada do Direito: enquanto eu aceite a naturalização da teoria jurídica, argumento que a rota disso ao positivismo jurídico é menos simples do que Leiter parece pensar. Seu argumento empírico é insuficiente à vindicação do positivismo exclusivo, uma vez que o modelo de ciência social escolhido está sujeito a diferentes interpretações teóricas. Se a Teoria Naturalizada do Direito vindicar o positivismo exclusivo, precisa se engajar com argumentos teóricos e conceituais para além dos empíricos.

Palavras-chave: Brian Leiter; Filosofia do direito; Positivismo jurídico; Teoria naturalizada do direito.

ABSTRACT

The aim of this paper is a discussion of the naturalized jurisprudence' route for legal positivism. Brian Leiter proposes that the naturalization of the legal theory provides an empirical foundation for the legal positivism. This naturalization is achieved by the resource to the best social science hypotheses about Law as a social phenomenon. Leiter argues that the best social science hypothesis about Law – for him, the attitudinal model for legal decision-making – vindicates an exclusive positivistic concept/theory about Law. Here I discusses his argument in the framework of naturalized jurisprudence: I endorse the general aim of a naturalized jurisprudence, however, I argue that the naturalized jurisprudence's route for positivism (or for any substantive theoretical point about the nature of Law) is longer that Leiter seems to think. His empirical argument is insufficient to vindicate exclusive positivism, because the choose social science model is subject to different theoretical interpretations itself. If naturalized jurisprudence is to

vindicate exclusive legal positivism, it is necessary to actively engage with theoretical criteria, not only empirical ones.

Keywords: Brian Leiter; Philosophy of law; Legal positivism; Naturalized jurisprudence.

Introdução

A discussão a respeito do positivismo jurídico dentro da Teoria do Direito é antiga e longa, assumindo muitos contornos em diferentes momentos históricos e contextos teóricos. Uma vasta gama de argumentos já foi sustentada em sua defesa.

Em termos gerais, pode-se dizer que a grande maioria dos argumentos discutidos na literatura especializada, tanto estrangeira quanto nacional, foca em argumentos filosóficos de tipo bem tradicional. Isto é, argumentos conceituais e *a priori*. Mais especificamente dentro da Filosofia Analítica do Direito, sobressai-se o uso da análise conceitual, explorando “nossas” intuições a respeito do conceito de Direito.

Não obstante essa prevalência, também existem argumentos de outro tipo para o positivismo jurídico: de caráter empírico e *a posteriori*. Essa vertente é exemplificada por pensadores que se atentam mais proximamente aos resultados das ciências empíricas na hora de fazer a teorização filosófica.

Um desses teóricos é Brian Leiter, com a proposta de uma Teoria Naturalizada do Direito. O objetivo do presente artigo é discutir a rota que a Teoria Naturalizada do Direito toma para sustentar o positivismo jurídico de um certo tipo. Parte-se do argumento apresentado por Leiter, para, então, expor suas insuficiências e propor uma outra forma de construir argumentos em prol do positivismo jurídico dentro da Teoria Naturalizada do Direito.

Em primeiro lugar, apresenta-se a proposta teórica de Leiter, quais seus fundamentos e motivos. Uma discussão sucinta é feita a respeito do naturalismo metodológico do qual Leiter é proponente.

Em segundo lugar, discute-se de que maneira Leiter entende que a Teoria Naturalizada do Direito, munida das melhores hipóteses de ciência social acerca do Direito, vindicaria o positivismo jurídico exclusivo.

Em terceiro lugar, faz-se uma discussão crítica a respeito do argumento de Leiter, propondo-se outra forma de olhar para a questão da rota da Teoria Naturalizada do Direito ao positivismo.

Com isso, espera-se que o presente artigo abra caminho para uma melhor compreensão das questões suscitadas pela introdução de argumentos empíricos na Teoria Jurídica.

A Teoria Naturalizada do Direito de Brian Leiter

A Teoria Naturalizada do Direito (em inglês, *Naturalized Jurisprudence*) foi proposta por Brian Leiter numa série de artigos, posteriormente compilados em livro de 2007², trazendo uma nova forma de pensar a metodologia da teoria jurídica.³

Trata-se de uma proposta teórica que se insere no campo da filosofia geral e da filosofia do Direito da seguinte forma: 1) em relação à filosofia geral, trata-se de um desenvolvimento do naturalismo metodológico para dentro da filosofia do Direito, à semelhança de como outras áreas da filosofia podem ser naturalizadas em maior ou menor grau; 2) em relação à filosofia do Direito, trata-se de uma crítica à metodologia predominante no campo da teoria jurídica analítica, propondo em seu lugar que sejam utilizados os resultados e métodos das ciências sociais empíricas na hora de responder questões filosóficas a respeito do Direito.

Assim, Brian Leiter busca trazer a “virada naturalista” que já ocorre em outras áreas da filosofia analítica para dentro da teoria a respeito da natureza do Direito (em inglês, *General Jurisprudence*) na filosofia analítica do Direito.

Antes de delinear-mos em maior detalhe a proposta de Leiter para uma Teoria Naturalizada do Direito, é preciso observar que Leiter utiliza essa expressão “Teoria Naturalizada do Direito” para duas coisas distintas, sendo que apenas uma delas nos será relevante no presente artigo. Inicialmente Leiter pensou a Teoria Naturalizada do Direito como uma interpretação do antigo realismo jurídico americano em termos filosóficos atualizados. Essa discussão a respeito do realismo jurídico na teoria da adjudicação não nos será relevante aqui. O outro sentido no qual Leiter desenvolveu a Teoria Naturalizada do Direito é a naturalização da teoria a respeito da natureza do Direito, motivada por razões filosóficas gerais a respeito do naturalismo metodológico, como já comentado acima. O presente artigo lida com esse segundo sentido.⁴

Para entender a motivação da Teoria Naturalizada do Direito, é preciso entender o que é o naturalismo filosófico que subjaz referida proposta. Enquanto esse seja um debate bem extenso que perpassa diferentes áreas da filosofia, é bem aceito que existem dois tipos de naturalismo filosófico: o substantivo e o metodológico. Ambos são ligados por certa deferência às ciências empíricas, mas possuem diferentes escopos. O naturalismo substantivo ou ontológico é uma posição que aceita em sua ontologia apenas aquelas entidades que a ciência postula, pressupõe ou ao menos com ela sejam consistentes. Geralmente é

entendida como equivalente ao fisicalismo em relação aos objetos concretos (uma discussão especialmente importante para a filosofia da mente). Enquanto Leiter e outros adeptos da Teoria Naturalizada do Direito certamente concordem com o naturalismo ontológico, a Teoria Naturalizada do Direito não tem por escopo primário essa forma de naturalismo, mas sim o metodológico.

O naturalismo metodológico é uma posição sobre a metodologia filosófica, segundo a qual não existe uma diferença qualitativa entre o fazer filosófico e o fazer científico, mas apenas quantitativa, no sentido de que as asserções filosóficas estão ligadas à realidade por meio de um maior número de camadas teóricas do que, por exemplo, asserções observacionais. Por isso o fazer filosófico lidaria bem mais com pontos teóricos que o fazer científico, mas há uma continuidade entre filosofia e ciência. Referida continuidade pode ser entendida de forma hermenêutica ou revisionista: 1) hermenêutica ou interpretativa, no sentido de que os métodos filosóficos já são contínuos aos da ciência (aqui o naturalismo metodológico é uma interpretação a respeito de métodos filosóficos já utilizados, mesmo quando não pareçam particularmente “científicos”); 2) revisionista ou propositiva, no sentido de que os métodos filosóficos precisam ser modificados e ajustados de modo que se tornem contínuos aos da ciência (aqui o naturalismo metodológico é uma proposta de revisão dos métodos filosóficos, sendo substituídos pelos das ciências ou adaptados numa direção de maior proximidade às ciências).

O naturalismo filosófico também pode ser entendido de uma forma mais radical ou mais moderada. Aqui geralmente se apela à questão da distinção entre verdades analíticas e sintéticas, bem como *a priori* versus *a posteriori* e, por fim, verdades *atuais* (no sentido técnico explicado a seguir; daí optar aqui pelo uso do itálico ao usá-la dentro desse jargão) versus modais. Em apertada síntese, essas contraposições são entendidas da seguinte forma: 1) verdades analíticas são afirmações verdadeiras em virtude puramente do significado que damos às palavras, enquanto verdades sintéticas dependem também de fatos do mundo; 2) verdades *a priori* são afirmações cuja verdade é conhecida sem precisar checar os fatos do mundo, geralmente por intermédio de algum raciocínio puramente intelectual (ex. matemático), enquanto verdades *a posteriori* são afirmações cuja verdade é conhecida apenas após checarmos os fatos do mundo, somados ao processo de raciocínio intelectual pertinente; 3) verdades *atuais* são afirmações cujo valor de verdade se dá em referência ao modo como as coisas de fato são, enquanto verdades modais são afirmações cujo valor de verdade se dá em referência ao modo como as

coisas poderiam ter sido (contingente), ou como necessariamente são (necessário).

Para um naturalista radical, essas distinções não seriam adequadas. Esse é o caso de Leiter. Para ele, não existe um domínio de verdades analíticas, *a priori* e modais que competiria à filosofia se ocupar. A filosofia simplesmente deveria abandonar esses tipos de assertiva, em prol de assertivas sintéticas, *a posteriori* e *atuais* com que a ciência lida. O filósofo deveria utilizar resultados ou métodos empíricos em substituição aos atualmente utilizados. Note que isso leva a um naturalista revisionista ou pelo menos em grande medida revisionista. Contudo, para um naturalista moderado, ainda caberia utilizar essas distinções, desde que não se dê à filosofia um status privilegiado em relação à ciência. Nesse sentido, seria possível dizer que a filosofia já se ocupa com verdades sintéticas, *a posteriori* e *atuais*, ou que o cientista também lida com verdades analíticas, *a priori* e modais. A distinção teria seu peso, mas o trabalho teórico conjugaria e mesclaria tais coisas, seja na filosofia seja na ciência. Então, um filósofo naturalista poderia falar, por exemplo, de verdades modais, mas não trataria isso como um domínio reservado a algum tipo de método especial reservado à filosofia. É comum aqui a ideia de que tanto o cientista quanto o filósofo empregam a inferência à melhor explicação na avaliação e comparação de diferentes abordagens teóricas. Note que isso leva a um naturalismo hermenêutico ou em grande medida hermenêutico, enquanto também possa ter seu pé no naturalismo revisionista.

Como Brian Leiter traz isso para a filosofia do Direito? Em primeiro lugar, ele critica a maneira como os filósofos analíticos do Direito abordam sua disciplina em termos metodológicos. A filosofia analítica do Direito teria passado ao largo de toda essa virada naturalista que teria conduzido o naturalismo filosófico à vanguarda da filosofia analítica mais geral. Por exemplo, enquanto a filosofia analítica do Direito ainda enfatiza a análise conceitual como o método adequado para elaborar verdades a respeito do conceito de Direito, a virada naturalista dentro da filosofia analítica mais geral mostra como fazer filosofia de uma forma que busque falar sobre os fatos do mundo, não meramente sobre nossos conceitos. É como se a filosofia analítica do Direito tivesse parado no tempo, naquela primeira forma de filosofia analítica identificada com a virada linguística de Wittgenstein, limitando-se à análise conceitual como método filosófico privilegiado. Se essa crítica de Leiter é suficientemente acurada para descrever o estado atual do debate entre os teóricos analíticos do Direito, não nos caberá aqui determinar. Basta dizer que pelo menos grande parte da teoria analítica do Direito ainda se pauta pela análise conceitual (alimentada pelo método associado de recurso a intuições relativas à

aplicação de tais conceitos), e isso certamente era o caso na virada do século XX para o XXI, período no qual Leiter publicou seus artigos e livro.

No lugar da análise conceitual, Leiter propõe duas coisas: 1) uma lexicografia empírica dos conceitos realmente utilizados pelo "homem comum", isto é, um levantamento empírico a respeito das intuições, ao estilo da filosofia experimental; 2) a utilização dos conceitos de Direito que são pressupostos pelas teorias científicas mais bem-sucedidas a respeito do Direito.

A rota que leva da Teoria Naturalizada ao positivismo jurídico, mais especificamente ao positivismo exclusivo, reside nessa segunda proposta, a de se embasar naquilo que as teorias científicas pressuporiam ser verdadeiro acerca do Direito. Examinaremos como Leiter desenvolve isso na próxima seção.

A Fundamentação do Positivismo Jurídico na Teoria Naturalizada do Direito

A Teoria Naturalizada do Direito de Brian Leiter tem como uma de suas aspirações centrais a de utilizar teorias científicas, notadamente da ciência social, no intuito de responder as indagações filosóficas tradicionais a respeito do Direito.

Aqui Leiter (2007; 2009) parte de um ponto bastante interessante: os filósofos analíticos do Direito se acostumaram a discutir suas questões em termos de um suposto conceito de Direito compartilhado por certo grupo de pessoas (digamos, o homem comum, o homem instruído, o operador do Direito, etc.). Contudo, mesmo se alcançássemos referido conceito desse grupo de pessoas (algo que Leiter contesta que os filósofos jurídicos realmente tenham conseguido), isso nada nos diria do que o Direito realmente é, apenas de como o Direito é pensado por esse grupo de pessoas. O que precisamos para nossa teorização filosófica é de um conceito de Direito que tenha validação externa.

Leiter faz uma comparação com outros ramos da filosofia analítica. Se queremos afirmar algo de filosoficamente substantivo a respeito do tempo, será que bastaria nos ocuparmos do conceito de senso comum a respeito do tempo? Aqui ele cita o filósofo Robert Cummins (1998, 117-118), para o qual se realmente queremos saber o que o tempo é, precisamos desenvolver uma teoria ou conceito que realmente torne verdadeiras e justificadas nossas melhores teorias científicas contemporâneas a respeito do tempo, que corresponda ao que tais teorias científicas estão pressupondo a respeito de seu objeto. Por exemplo, o que o tempo precisa ser para que a teoria da relatividade seja correta? O filósofo

estaria assim bem posicionado para extrair tais consequências filosóficas da teoria científica.

Note que a estratégia é a seguinte. Supomos que temos uma teoria científica bem embasada, no caso da filosofia do tempo seria a teoria da relatividade dentro da física. Agora, fazemos um gesto filosófico adicional: quais características o tempo precisaria ter (no sentido da discussão filosófica tradicional) para essa teoria científica funcionar. Nós vamos da teoria científica para seus pressupostos filosóficos, e no processo é como se carregássemos o bom embasamento da teoria científica para o conceito filosófico por ela pressuposta. Se a teoria científica é bem embasada, então seus pressupostos filosóficos serão bem embasados. À filosofia cabe a tarefa de extrair tais pressupostos filosóficos, assim desempenhando papel central na mesma tarefa de esclarecimento a respeito do mundo em que a ciência está engajada, apenas que focando em dimensões mais conceituais e teóricas desse esclarecimento. Contudo, nunca se perde a conexão com a realidade na medida em que tais pressupostos conceituais e teóricos, não obstante sejam não-empíricos, estão por detrás de teorias devidamente empíricas. Assim, estamos diante de uma proposta de clara conotação naturalista metodológica.

Um problema logo se apresenta diante de Leiter: não temos à disposição para o Direito teorias científicas tão bem embasadas quanto teríamos para o tempo, por exemplo. O grau de validação das ciências sociais é bem diferente das ciências naturais, cujo sucesso empírico é muito mais atestado e consensual. Mas Leiter entende que já há uma teoria de ciência social com relativo grau de eficácia empírica que viabiliza o tipo de operação filosófica discutida acima. Seria o Modelo Atitudinal (no inglês, *Attitudinal Model*) para tomada de decisão judicial em grau recursal, de Spaeth & Segal (1993; 2002).

Trata-se de uma pesquisa empírica realizada com o levantamento de decisões em grau recursal (mais especificamente, de busca e apreensão) tomadas por *Justices* da Suprema Corte Americana (correspondente aos Ministros do STF no Brasil). A questão seria como os juízes decidem em casos difíceis, presumindo-se que casos que passam por todas as instâncias recursais são controversos o suficiente para serem assim qualificados. Seriam tais decisões melhor previstas por uma avaliação dos critérios jurídicos, isto é, das fontes formais do Direito (como os precedentes, as leis, etc.), ou por uma avaliação da afiliação valorativa dos próprios decisores, isto é, suas tendências político-ideológicas? Assim, os pesquisadores desenvolvem dois modelos possíveis à previsão da tomada de decisão judicial: o Modelo Jurídico (*Legal Model*), consistindo nas fontes formais do Direito, e o Modelo Atitudinal (*Attitudinal Model*), consistindo na

afiliação ideológica dos juízes como conservadores ou liberais/progressistas (com base em declarações dos mesmos coletadas em fontes jornalísticas). O resultado favoreceu o Modelo Atitudinal, pois este previa as decisões judiciais dos Justices da Suprema Corte Americana a uma taxa de 71%, isto é, suas atitudes ideológicas conseguiam explicar seu voto em quase $\frac{3}{4}$ do tempo. Desse modo, o Modelo Atitudinal seria uma explicação melhor para tais decisões do que o Modelo Jurídico, dado o maior poder preditivo daquele em relação a este.

Tendo esse modelo empírico à disposição, Leiter passa à estratégia de dele extrair seus pressupostos filosóficos e conceituais. Qual conceito de Direito o Modelo Atitudinal pressupõe? Leiter entende que aqui é feita uma separação muito clara entre as fontes jurídico-formais e as atitudes valorativas dos juízes. Para que tal Modelo seja verdadeiro, pressupõe-se que o Direito, representado pelas fontes jurídicos-formais, e a Moral, representada pelas atitudes ideológicas dos juízes, sejam duas coisas distintas. Assim, tal teoria científica pressupõe que o Direito e a Moral são separados, e que tem de sê-lo. Caso não fossem separados, a teoria científica perderia seu poder preditivo, ao não conseguir delimitar o que é uma decisão com base no Modelo Jurídico de uma decisão com base no Modelo Atitudinal. Portanto, a estratégia da Teoria Naturalizada do Direito em empregar a melhor teoria científico-social disponível a respeito do Direito – para Leiter, o Modelo Atitudinal – nos levaria diretamente à resolução de uma das controvérsias mais substanciais dentro da teoria jurídica, favorecendo o positivismo exclusivo em relação às alternativas.

Essa é a rota da Teoria Naturalizada do Direito para o positivismo jurídico como defendido por Brian Leiter. Mas será que tal rota é tão linear como Leiter pretende? Esse será o objeto da próxima seção.

Questionamentos à Proposta de Leiter sobre a Fundamentação do Positivismo Jurídico na Teoria Naturalizada do Direito

O argumento de Leiter de como se chega ao positivismo jurídico, mais especificamente ao positivismo exclusivo, por meio da Teoria Naturalizada do Direito, pode ser criticado de diferentes modos (para uma revisão dessas e outras objeções feitas à abordagem de Brian Leiter na literatura em língua inglesa até 2016, veja BRITO JÚNIOR, 2017).

Uma dessas maneiras seria partir de uma posição já contraditória à Teoria Naturalizada do Direito, problematizando o argumento de modo que contradiga sua própria base teórica. Outra maneira seria criticar algumas premissas desse argumento de maneira relativamente neutra à sua base teórica ou endossando essa mesma base teórica. Minha abordagem será a

segunda, inclusive porque compartilho a mesma intenção geral de uma naturalização da teoria jurídica.

Analisando o argumento empírico que Leiter pretende fornecer ao positivismo exclusivo, um óbvio primeiro objeto de crítica seria a própria escolha que Leiter faz a respeito de qual seria o modelo de ciência social mais bem-sucedido acerca do Direito. O Modelo Atitudinal (ou a pesquisa que o abrange; a seguir debatarei a relevância de fazer essa distinção) realmente seria o modelo empírico mais bem-sucedido acerca do Direito?

Uma primeira dificuldade em aceitar que o Modelo Atitudinal satisfaça o requisito exigido é que o modelo é simplesmente muito paroquial em termos de amostra. Da mesma forma como Leiter pode criticar a particularidade das intuições jurídicas sustentadas pelos filósofos anglo-saxões do Direito (veja também BRITO JÚNIOR, 2018, para outra forma de fazer essa mesma crítica), também seria possível criticar a particularidade dessa pesquisa empírica escolhida por Leiter, uma vez que sua amostragem se restringe aos *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nós temos evidências de que a população americana é comportamental e cognitivamente muito desviante do padrão global, como inferir de uma pesquisa dela o que o Direito é?

Para resolver essa fragilidade dentro dos próprios contornos da Teoria Naturalizada do Direito, uma possibilidade seria fazer um gesto similar ao positivismo sociojurídico de Brian Tamanaha (2001a; 2001b; 2011). Tamanaha também compartilha com Leiter a mesma orientação empírica, mas Tamanaha apela para dados sociológicos e antropológicos a respeito da diversidade intercultural do fenômeno jurídico. Daí que, por exemplo, Tamanaha critique a filosofia analítica do Direito contemporânea por ainda priorizar uma concepção estatocêntrica do Direito, ignorando assim o fenômeno muito mais abrangente do Direito não-estatal. Integrando a Teoria Naturalizada do Direito proposta por Leiter ao positivismo sociojurídico proposto por Tamanaha (que considera sua abordagem compatível à de Leiter; cf. TAMANAHA, 2011, 300), torna-se possível estabelecer que os candidatos a modelos empíricos mais bem-sucedidos sobre o Direito, dos quais iremos extrair o conceito ou dimensão teórica do Direito neles pressupostos, deveriam passar por um teste de interculturalidade ou, ao menos, ter uma amostragem mais ampla.

Contudo, também é possível que Leiter suplementasse seu argumento a respeito do Modelo Atitudinal com outro argumento que possibilitasse a extrapolação desse Modelo feito com base no judiciário americano para outros judiciários e mesmo para a arbitragem não-estatal. Por exemplo, seria possível argumentar que as mesmas características salientes aqui apareçam em outras experiências de judiciário e mesmo de arbitragem, não

havendo diferença substancial mesmo quando há diversidade de leis, línguas, tipo de sistema jurídico, etc. É preciso um argumento adicional desse tipo para que o argumento original de Leiter com base no Modelo Atitudinal funcione. Na falta de uma pesquisa empírica que contemple todas essas variáveis, esse argumento será teórico, usando considerações de que à primeira vista não temos razões (teóricas ou empíricas) que impeçam extrapolar o resultado dessa pesquisa para outros contextos de decisão judicial (ou suficientemente similar à judicial).

Note que aqui já antecipamos um ponto que será salientado mais para frente: Leiter parece pensar que a obra de uma Teoria Jurídica Naturalizada se completa com a apresentação de um argumento empírico direto. Mas na verdade ao argumento empírico é preciso acrescentar considerações teóricas, sem as quais dificilmente esse argumento empírico poderá sustentar aquilo que Leiter pretende. Isso não é um problema para o naturalismo, uma vez que esse tipo de argumentação teórica também é feito nas ciências, norteando e direcionando as pesquisas empíricas.

Uma segunda dificuldade com o argumento de Leiter é que há uma ambiguidade no modo como Leiter fala a respeito da relação entre o positivismo exclusivo e o modelo empírico utilizado. Julie Dickson (2011, 483-484) já havia apontado essa linha de crítica ao dizer que Leiter parece transitar entre dizer ora que o positivismo exclusivo vindica o modelo empírico, ora que o modelo empírico apoia o positivismo exclusivo.

A resposta de Leiter (2011, 512), clarificando melhor seu posicionamento, é a de que o Modelo Atitudinal precisa pressupor um conceito positivista exclusivo de Direito para obter sucesso explanatório e preditivo. Ou seja, a premissa do positivismo exclusivo possibilita a geração de um modelo empírico preditivamente poderoso. O sucesso empírico de modelos adotando como premissa o positivismo exclusivo fornece uma razão naturalista para aceitar o positivismo exclusivo.

Apesar de concordar com o esclarecimento feito por Leiter, ainda há uma ambiguidade que Leiter deixa sem resolução. É que o trabalho teórico pertinente não é desempenhado pelo sucesso empírico do Modelo Atitudinal em face do Modelo Jurídico dentro do framework dessa pesquisa empírica, mas sim pela adoção do próprio framework dessa pesquisa empírica em face de frameworks alternativos.

Para entender isso, basta pensar contrafactualmente: o que aconteceria se nessa pesquisa, contraposto o Modelo Jurídico ao Modelo Atitudinal, se mostrasse empiricamente que o Modelo Jurídico tinha maior poder preditivo a respeito das decisões dos *Justices* da Suprema Corte Americana? O mesmo ponto feito por Leiter ainda se sustentaria: o Modelo Jurídico assim bem-sucedido preditivamente precisa ser distinto do Modelo

Atitudinal para que a pesquisa faça sentido. Independente se é o Modelo Jurídico ou o Modelo Atitudinal que é vindicado empiricamente, o trabalho teórico necessário para o argumento de Leiter é feito por simplesmente a pesquisa precisar fazer essa distinção nesses termos. Ou seja, é num estágio ainda não-empírico da pesquisa, de sua elaboração teórica, que o conceito positivista exclusivo aparece distinguindo entre o Modelo Jurídico e o Modelo Atitudinal. Qual Modelo entre esses (internos à própria pesquisa) teria sucesso empírico não afeta o ponto. Mas é necessário que essa pesquisa feita nesses termos seja capaz de chegar a resultados preditivos suficientemente fortes para que o argumento de Leiter se sustente. Isso exigiria contrapor esse framework de pesquisa, que distingue precisamente entre o Modelo Jurídico e o Modelo Atitudinal, com frameworks alternativos de pesquisa, onde tal distinção não fosse feita dessa maneira.

Tal como está, o argumento de Leiter funciona no sentido de que se um framework de pesquisa empírica bem-sucedido adota uma distinção positivista exclusiva entre Direito e Moral, então isso nos dá uma razão para pensar que um framework de pesquisa empírica bem-sucedido precisaria de uma distinção positivista exclusiva entre Direito e Moral. A pesquisa empírica discutida por Leiter tem o condão de fornecer esse tipo de razão, independente de qual modelo interno à própria pesquisa obteve maior êxito, se o Jurídico ou o Atitudinal. Contudo, essa razão não é conclusiva. De que um framework bem-sucedido use uma distinção positivista exclusiva não se infere que o único framework bem-sucedido use uma distinção positivista exclusiva. Que um framework bem-sucedido use tal distinção torna plausível que a distinção seja necessária para frameworks bem-sucedidos, mas não mostra isso diretamente. Para que isso fosse realmente verificado, seria necessário investigar outros frameworks de pesquisa empírica em Direito e ver se eles não possuem igual ou menor poder preditivo que aquele analisado por Leiter. O argumento de Leiter apenas se tornaria conclusivo caso verificada a ausência de frameworks alternativos bem-sucedidos que não utilizem tal distinção positivista exclusiva. Ou dito de outro modo, que todos os frameworks bem-sucedidos utilizam a distinção positivista exclusiva⁵. Nesse caso, o argumento seria tão conclusivo quanto uma hipótese não derrotada é: talvez no futuro um framework alternativo fosse desenvolvido que obtivesse igual ou maior sucesso preditivo, mas por ora a melhor corroboração seria a do framework que utiliza essa distinção, corroborando assim a própria distinção. Assim, a limitação do argumento de Leiter é de que lhe falta uma comparação com frameworks teóricos alternativos, incluindo-se aqui uma comparação do sucesso preditivo relativo de diferentes frameworks teóricos. Todo framework empiricamente bem-sucedido utiliza a premissa positivista exclusiva? Leiter não tem como

afirmar isso, porque ele argumenta apenas que há um framework empiricamente bem-sucedido que utiliza essa premissa, sem fazer um levantamento de outros possíveis frameworks. Assim, seu argumento no máximo sugere uma resposta positiva a essa pergunta.

Um terceiro e último problema a ser analisado me parece ainda mais grave para essa rota da Teoria Naturalizada do Direito ao positivismo exclusivo proposta por Leiter. E se esse framework de pesquisa distinguindo entre Modelo Jurídico e Modelo Atitudinal pudesse ser interpretado de forma diferente, de tal sorte que não precisássemos entendê-lo como endossando um conceito positivista exclusivo de Direito? Nesse caso, nem seria necessário demonstrar que tal framework pressupõe outro conceito de Direito (digamos, o positivista inclusivo), mas simplesmente que o framework admite interpretação também no sentido desse outro conceito. Ou seja, há uma interpretação positivista exclusiva da pesquisa, mas há também uma interpretação que não é positivista exclusiva da mesma pesquisa. E como decidir entre essas interpretações? Não será por um argumento empírico, uma vez que ambas dizem respeito ao mesmo modelo empírico, aos mesmos dados empíricos. Restaria adentrar novamente o campo do debate teórico para decidir qual interpretação seria a melhor.

Na literatura encontramos um início de objeção nesse sentido em uma nota de rodapé em Aaron Rappaport (2014). Ali Rappaport sugere que os cientistas sociais talvez não pensem no Direito como regras que motivem a decisão judicial, mas sim como regras produzidas pela decisão judicial. Assim, nesse rodapé, Rappaport muito brevemente traz uma leitura alternativa do modelo empírico àquela dada por Leiter.

Vamos desenvolver mais essa linha de raciocínio. Leiter entende da seguinte forma o framework: o Direito equivale ao Modelo Jurídico, e nos indagamos na pesquisa o quanto o Direito realmente motiva as decisões judiciais comparativamente às atitudes morais-ideológicas dos decisores. A pesquisa pressupõe, então, o positivismo exclusivo, já que ou a decisão judicial é motivada pelo próprio Direito, ou a decisão judicial é motivada por considerações morais, isto é, não-jurídicas.

Contudo, é possível interpretar, na linha da sugestão de Rappaport, que o Direito entre na pesquisa como o resultado das próprias decisões judiciais. Assim, o Modelo Jurídico não equivale ao Direito, ou, no máximo, equivale ao "Direito Prévio" (isto é, prévio àquela decisão judicial). O que estamos investigando não é se o Direito é o principal motivador das decisões judiciais, mas sim se o Direito (em casos difíceis) é formado preponderantemente pelas fontes formais existindo previamente à decisão ou por considerações morais-políticas. O Direito assim produzido por considerações morais-políticas seria tão jurídico quanto o Direito produzido

pelas fontes formais (ao contrário da interpretação de Leiter, que sugere que a decisão com base em critérios morais-políticos não seja jurídica).

Entendido dessa outra forma, poderíamos dizer que essa pesquisa é interpretável em termos de um conceito positivista inclusivo de Direito. Não há aqui uma distinção rígida entre Direito e Moral, apenas uma distinção entre fontes formais do Direito, correspondendo ao Modelo Jurídico, e fontes materiais do Direito, correspondendo ao Modelo Atitudinal. As fontes materiais do Direito nesse sentido seriam as considerações de ordem moral e política que dão substância ao conteúdo das normas jurídicas, enquanto as fontes formais podem ser aplicadas sem um julgamento a respeito de seu conteúdo (sendo que, no passado, tal avaliação material provavelmente foi realizada). As considerações de ordem moral e política não são fatores não-jurídicos, mas sim fatores jurídico-materiais. O próprio Direito Positivo condiciona a validade de certas normas jurídicas a considerações de ordem moral e política que devem ser sopesadas pelos magistrados, e a pesquisa seria inteiramente compatível com isso. O Direito é um produto de considerações jurídicos-formais e jurídico-materiais, as últimas equivalentes a critérios morais e políticos que seriam tão jurídicos quanto os critérios formais das primeiras.

Como decidir entre essas duas interpretações do framework dessa pesquisa empírica? Note que as duas interpretações são empiricamente equivalentes, pois são interpretações de uma mesma pesquisa empírica. Diante de um mesmo panorama empírico (com seu método, resultados etc.), extraímos daí diferentes pressupostos teóricos e filosóficos. Dada sua equivalência empírica (pelo menos até o presente momento), é preciso usar critérios teóricos (não-empíricos) para debater essas duas interpretações.

A necessidade de usar critérios teóricos em suplementação ao modelo empírico é um golpe significativo ao projeto de Leiter de como chegar ao positivismo (exclusivo) por meio da Teoria Naturalizada do Direito. Mesmo sob os parâmetros da Teoria Naturalizada do Direito, um argumento empírico direto decidindo questões filosóficas sobre o Direito não está disponível. Nós podemos adotar o insight metodológico de extrair pressupostos conceituais e teóricos a partir de modelos empíricos bem-sucedidos sobre o Direito, mas isso não garante uma resolução puramente empírica das questões conceituais e teóricas pertinentes à teoria jurídica. Obtemos um maior caráter empírico à teoria jurídica ao proceder dessa forma, pois conectamos as questões teóricas e conceituais a um background empírico. Contudo, a resolução puramente empírica não estará disponível, porque (provavelmente) diferentes interpretações teóricas do mesmo modelo empírico estarão disponíveis, e com isso terão equivalência empírica.

Com o método proposto na Teoria Naturalizada do Direito, podemos excluir abordagens teóricas que não sejam consistentes ao modelo empírico ou retifica-las naquilo que não forem consistentes. Nesse sentido mais limitado, o aspecto empírico se sobressai, pois podemos diferenciar entre abordagens teóricas empiricamente adequadas e não empiricamente adequadas. Mas aquelas abordagens teóricas que passarem por esse teste de adequação empírica (seja após serem adaptadas ou sem precisar de adaptação) já não mais poderão ser diferenciadas empiricamente, apenas teoricamente. Claro que também é possível conceber algum tipo de teste empírico mais sutil e refinado que pudesse, mais uma vez, distinguir entre essas abordagens à primeira vista igualmente empiricamente adequadas. Essa é uma estratégia válida. Mas não existe nenhuma garantia de que, ao fim disso tudo, realmente obteremos uma única abordagem teórica para o Direito que seja empiricamente adequada sem nenhum rival. Para aquele que deseja ser um naturalista metodológico a respeito da teoria jurídica, talvez melhor seja se preparar para o fato bem plausível de que nenhum refinamento empírico conseguirá levar-nos a uma conclusão unívoca a respeito das questões conceituais e teóricas. Certamente o crescente refinamento empírico levará a um horizonte teórico aperfeiçoado da perspectiva naturalista, cada vez mais integrado conceitualmente às várias ciências. Mas daí dizer que uma única resposta conseguirá prevalecer sem margem para dúvidas, acaba sendo apenas uma aposta de alto risco.

Por fim, deve-se deixar claro que essa necessidade de continuar o debate teórico mesmo quando já temos modelos empíricos com alto sucesso preditivo não é necessariamente um problema para o naturalista e para a Teoria Naturalizada do Direito. Na própria ciência muitas vezes o critério de adequação empírica não é suficiente, e temos de usar critérios teóricos para comparar diferentes teorias e hipóteses. Critérios como simplicidade, consiliência, até mesmo de elegância matemática, ocorrem também nas ciências, tanto como na filosofia. Seria um equívoco pensar a naturalização da teoria jurídica como significando que apenas o componente empírico importa, uma vez que nem mesmo nas ciências seria correto dizer que apenas o componente empírico importa. Avaliar teorias, seja na ciência seja na filosofia, envolve tanto componentes empíricos como teóricos (não-empíricos). Portanto, é esperado que a Teoria Naturalizada do Direito empregue ambos desses componentes.

Conclusão

A Teoria Naturalizada do Direito é uma proposta muito promissora a contribuir ao debate de como o positivismo jurídico pode ser fundamentado.

A possibilidade de entender o positivismo, e mesmo alguma forma mais específica dele, como sendo empiricamente corroborada pelas ciências sociais certamente é sedutor.

Contudo, alguma cautela deve ser tomada nessa seara. Provavelmente não existe um argumento empírico direto em prol do positivismo em geral ou de uma versão dele em particular. Podemos tornar a discussão teórica a respeito do Direito mais empírica, mais empiricamente adequada em relação ao conhecimento científico produzido em diferentes áreas (com especial destaque às ciências sociais e comportamentais), contudo, isso não significa a eliminação do debate teórico mais tradicional.

Enquanto eu tenha falado, seguindo Leiter, de um modelo empiricamente bem-sucedido a respeito do Direito como se fosse um único apenas, é mais provável que a construção de uma Teoria Naturalizada do Direito para além de Leiter envolva muito mais disciplinas e modelos científicos. Diferentes teóricos poderiam partir de diferentes enquadramentos empíricos, inclusive de disciplinas que Leiter não favorece (como a economia ortodoxa e a biologia evolucionista⁶). O próprio exemplo do positivismo sociojurídico de Brian Tamanaha testemunha em prol dessa diversidade de pontos de partida mesmo quando se almeje um maior caráter empírico à teoria jurídica.

Assim, da perspectiva de uma Teoria Naturalizada do Direito, o que precisamos é de um debate teórico que, apoiado numa base empírica adequada, possa filtrar abordagens empiricamente inadequadas. Após isso, será por uma constelação de argumentos tanto empíricos como teóricos que iremos construir as abordagens teórico-jurídicas naturalizadas. Diferentes teóricos naturalizados irão pensar o Direito de formas diferentes, em termos empíricos e teóricos. E diferentes rotas para o positivismo jurídico emergirão no contexto da Teoria Naturalizada do Direito e das abordagens empíricas para a teoria jurídica.

Notas

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

² Após 2007, Leiter ainda publicou algumas vezes a respeito da Teoria Naturalizada do Direito, mas especialmente na parte que diz respeito ao realismo jurídico. No que diz respeito à parte metodológica (foco do presente artigo, conforme explicado a seguir no corpo do texto), houve 2 publicações diretamente relacionadas: Leiter (2009) e Leiter (2011). Também consta uma apresentação em conferência

sumarizada como *working paper*, Leiter (2013), e um verbete para a *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2012).

³ Para uma revisão panorâmica dos pontos feitos por Leiter, em língua portuguesa, veja Arruda (2015) e Brito Júnior (2017), o primeiro sob um viés crítico à Teoria Naturalizada do Direito e o segundo endossando a Teoria Naturalizada do Direito.

⁴ A razão para entender que se tratam de dois sentidos distintos para Teoria Naturalizada do Direito é que o primeiro é motivado por questões internas à história da teoria jurídica, numa tentativa de resgate do realismo jurídico americano, enquanto o segundo é motivado por considerações filosóficas abstratas que vão muito além da teoria jurídica. Quando Leiter discute o velho realismo jurídico americano, ele o interpreta em termos do naturalismo filosófico contemporâneo, entendendo os realistas como protonaturalistas. Por outro lado, quando Leiter discute a metodologia da teoria jurídica e faz sua proposta acerca de como melhor fundamentar asserções filosóficas a respeito do Direito, seus argumentos dizem respeito diretamente à Teoria Geral do Direito e à Filosofia Analítica contemporâneas. Ou seja, seus apontamentos nessa seara independem da discussão anterior feita a respeito do realismo jurídico. Portanto, essas duas discussões podem ser realizadas de forma separada, mesmo que tenham pontos de comum (como o fato de que Leiter utilizou um mesmo modelo de ciência social em ambas as discussões). Pode-se dizer que o interesse de Leiter no naturalismo começou com um resgate do realismo jurídico dentro da teoria da tomada de decisão judicial, mas depois alcançou uma maturação voltada à Teoria Geral do Direito, para torna-la consistente com a virada naturalista na Filosofia Analítica.

⁵ Um aceno nessa direção é feito em Leiter (2013, 12). Neste *working paper* que sumariza a apresentação feita por Leiter no encontro anual da *Australasian Society of Legal Philosophy* em 2013, Leiter menciona a vasta literatura empírica sobre adjudicação, afirmando que esta sempre demarca a distinção entre normas jurídicas e não-jurídicas em termos positivistas. No rodapé Leiter cita não apenas o modelo de Spaeth e Segal, mas também outros autores, fazendo menção de Posner (2010) para um panorama dessa literatura. Entretanto, Leiter não entra em detalhes para mostrar como cada trabalho citado nesse rodapé ou no panorama de Posner desenvolve a distinção em termos positivistas, e aqui fala de positivismo em geral, não do positivismo exclusivo.

⁶ A respeito da biologia evolucionista e sua irrelevância para o Direito na visão de Leiter, veja Leiter & Weisberg (2010). A respeito da posição crítica de Leiter à economia ortodoxa, veja a nota de rodapé 171 em Leiter (2007, 54).

Referências

ARRUDA, T. N. de. *Direito e objetividade: a viabilidade do projeto de naturalização do direito por Brian Leiter*. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BRITO JÚNIOR, V. M. *Teoria Naturalizada do Direito: um debate metodológico com Brian Leiter e seus críticos*. Dissertação (Mestrado em Direito) Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017.

BRITO JÚNIOR, V. M. A Filosofia Analítica do Direito é Etnograficamente Limitada? In: *Revista Direito GV*, v. 14, n. 1, 2018. 49-78

CUMMINS, R. Reflection on Reflective Equilibrium. In: DEPAUL, M. & RAMSEY, W. (orgs.). *Rethinking Intuition: The Psychology of Intuition and Its Role in Philosophical Inquiry*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 1998, 113-128.

DICKSON, J. On Naturalizing Jurisprudence: Some Comments on Brian Leiter's View of What Jurisprudence Should Become. In: *Law and Philosophy*, v. 30, n. 4, 2011. 477-497.

LEITER, B. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2007.

LEITER, B. Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches. In: KURTZ, P.; SHOOK J. *The Future of Naturalism*. Prometheus Books: New York, 2009. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/pl246.pdf>> Acesso em 05/12/2015.

LEITER, B.; WEISBERG, M. Why Evolutionary Biology Is (So Far) Irrelevant to Legal Regulation. In: *Law and Philosophy*, v. 29, n. 1, 2010. 31-74.

LEITER, B. Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited. In: *Law and Philosophy*, v. 30, n. 4, 2011. 499-516.

LEITER, B. Naturalism in Legal Philosophy. In: ZALTA, E. (ed.). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/> Acesso em 29/12/2014

LEITER, B. Why Legal Positivism (Again)? University of Chicago. In: *Public Law Working Paper No. 442*, 2013. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/685/ Acesso em: 28/10/2022.

POSNER, R. A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

RAPPAPORT, A. J. On the Conceptual Confusions of Jurisprudence. In: *Washington University Jurisprudence Review*, v. 7, n. 1, 2014. 77-106.

SEGAL, J. A.; SPAETH, H. J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York: Cambridge University Press, 1993.

SEGAL, J. A.; SPAETH, H. J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

TAMANAHA, B. Z. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001a.

TAMANAHA, B. Z. Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 21, n. 1, 2001b. 1-32.

TAMANAHA, B. Z. What is 'General' Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law. In: *Transnational Legal Theory*, v. 2, n. 3, 2011. 287-308.

Received/Recebido: 31/10/2022
Approved/Aprovado: 29/12/2022