

O QUE ESTAMOS FAZENDO QUANDO DIZEMOS O QUE O DIREITO É? UMA BREVE CRÍTICA AO ELIMINATIVISMO NA FILOSOFIA DO DIREITO* ¹

WHAT ARE WE DOING WHEN WE SAY WHAT LAW IS? A BRIEF CRITIQUE OF ELIMINATIVISM IN LEGAL PHILOSOPHY

Robson Gonçalves Valadares Filho
<https://orcid.org/0009-0009-9354-8393>
rg.valadaresf@gmail.com

*Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Belo Horizonte, Brasil.*

RESUMO *O objetivo do trabalho é sistematizar criticamente duas formulações do eliminativismo jurídico: a versão pragmática e a versão metodológica. Identifica-se como ponto comum às duas versões uma orientação geral antimetafísica que rejeita abstrações acerca dos fundamentos do direito, priorizando considerações prático-normativas; como marca característica do eliminativismo metodológico, destaca-se a defesa do pluralismo conceitual forte e a rejeição da análise conceitual. Na sequência, apresentam-se duas objeções*

* Artigo submetido em: 29/01/2025. Aprovado em: 18/11/2025.

¹ Agradeço a Thomas Bustamante, Pedro Nobuyuki, Rangel Mendes, Bárbara Ronsoni e João Henrique Luttmner pelas discussões de uma versão preliminar deste trabalho. O presente artigo foi escrito sob financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), por meio do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX).

ao método eliminativo para a filosofia do direito, a primeira relacionada à possibilidade de reconstruir um conceito doutrinal não metafísico, necessário à prática jurídica, e a segunda baseada em uma noção pragmatista de experiência como processo de aprendizagem. Conclui-se que a proposta do eliminativismo jurídico, embora promissora, não pode prescindir de questões sobre os fundamentos do direito, sob pena de perder de vista elementos importantes do processo de aplicação e interpretação dos conceitos jurídicos e a dinamicidade da experiência jurídica.

Palavras-chave: *Eliminativismo jurídico. Conceito doutrinal. Raciocínio jurídico. Pragmática jurídica.*

ABSTRACT *The paper's aim is to critically arrange two formulations of legal eliminativism: the pragmatic version and the methodological version. It is identified as a common feature of the two versions a general anti-metaphysical orientation that rejects abstractions about the grounds of law, prioritizing instead practical-normative considerations; as a distinctive feature of methodological eliminativism, it is emphasized the defense of strong conceptual pluralism and the rejection of conceptual analysis. In the following, two objections to the eliminative method in legal philosophy are presented, the first regarding the possibility of reconstructing a non-metaphysical doctrinal concept necessary to legal practice, and the second based on a pragmatist notion of experience as learning process. The conclusion is that legal eliminativism's proposal, although auspicious, cannot do without the grounds of law questions, at the cost of missing important parts of the process of application and interpretation of legal concepts and the dynamics of the legal experience.*

Keywords: *Legal eliminativism. Doctrinal concept. Legal reasoning. Legal pragmatics.*

1 Introdução

Qual é a natureza do direito? Qual é a natureza da autoridade jurídica? Questões de legitimidade fazem parte do conceito de direito? Essas são algumas questões comuns às quais a filosofia e a teoria do direito tentam responder. Não raramente, as tentativas de resposta divergem entre si, não apenas em seu conteúdo e substância, mas fundamentalmente no modo com que constroem

suas respectivas soluções, evidenciando-se por que parece haver um desacordo indissolúvel entre positivistas e não positivistas².

Diante de um cenário teórico marcado por desacordos fortes, algumas propostas têm sido desenvolvidas com o objetivo central de superar as divergências do campo e fornecer um método filosófico mais seguro para enquadrar as disputas tradicionalmente associadas a posições antagônicas. O eliminativismo jurídico é uma dessas propostas, tendo ganhado popularidade por ser suficientemente ecumênico para abrigar tanto os simpatizantes da posição positivista quanto seus adversários³. De modo geral, a referida proposta defende que, “ao invés de perguntar o que o direito demanda, nós podemos apenas perguntar o que devemos fazer (enquanto juízes, legisladores, advogados consultivos, entre outros)” (Hershovitz, 2023, p. 195). Porém, dada a amplitude da posição eliminativista na teoria do direito, há uma necessidade de identificar suas premissas centrais e explorar eventuais particularidades delas decorrentes.

O objetivo do presente trabalho é compreender o que destaca a posição eliminativista de modo geral e apresentar, mais particularmente e de modo crítico, a versão que chamo de eliminativismo jurídico metodológico. O eliminativismo jurídico parte do pressuposto de que a tentativa de definir o que é o direito (e o conceito de direito) por meio de um vocabulário metafísico (cuja tarefa primordial é identificar o que é o direito manifesto no fenômeno jurídico em qualquer período histórico ou temporal) está fadada ao fracasso, sendo uma orientação metodológica que não é capaz de superar os desacordos teóricos fundamentais anteriormente mencionados. Esse pressuposto geral é colocado em prática por meio da formulação eliminativista-metodológica, e espera-se que o detalhamento da referida versão possa gerar um ganho de compreensão sobre o eliminativismo jurídico como marco na filosofia do direito analítica contemporânea.

Na crítica que se segue à sistematização do eliminativismo jurídico, o presente trabalho pretende demonstrar a relevância prática de certos conceitos e métodos apressadamente descartados pela metodologia eliminativista. A partir dessa relevância prática, defende-se que o eliminativismo jurídico precisa enfrentar alguns obstáculos se quiser figurar como alternativa viável

2 Os pontos mais ilustrativos dessa divergência na teoria do direito analítica contemporânea encontram-se no chamado “debate Hart-Dworkin”. Simplificadamente, “o debate é organizado em torno [...] da relação entre legalidade e moralidade”, de modo que Hart defendeu o lado positivista de que a validade de um sistema jurídico depende de fatos sociais, enquanto Dworkin argumentou que a “legalidade é fundamentalmente determinada não só por fatos sociais, mas também por fatos morais” (Shapiro, 2007, p. 23).

3 Hillary Nye (2022, p. 53-55) apresenta uma lista exemplificativa de eliminativistas (aderentes ou simpáticos à proposta) na teoria do direito atualmente: Lewis Kornhauser, Scott Hershovitz, Dan Priel, David Enoch, Brian Leiter, Mark Greenberg, entre outros.

quando o que está em jogo é uma metodologia não metafísica para a filosofia e para a teoria do direito⁴. Dentre esses obstáculos, os eliminativistas precisam oferecer uma resposta mais sofisticada sobre como os participantes de uma prática jurídica (juízes, advogados e cidadãos) recorrem a concepções teórico-abstratas para interpretar (e refletir sobre) o direito vigente em sua jurisdição, sem que isso signifique a rendição à metafísica e à análise conceitual.

2 Duas versões de eliminativismo jurídico

Inicialmente, o eliminativismo jurídico deve ser devidamente distinguido do “eliminativismo materialista” característico das discussões da filosofia da mente (Nye, 2022, p. 53). Como tese materialista, o eliminativismo defende que as teorias psicológicas que buscam explicar estados mentais em termos de atitudes proposicionais (tais como crenças e intenções) são absolutamente falsas e adequadamente substituíveis por (ou possivelmente reduzidas a) abordagens empíricas da neurociência (Churchland, 1981, p. 67). Já o núcleo do eliminativismo como metodologia aplicada à teoria do direito deriva de outra rota. Aqui, a proposta pioneira de Lewis Kornhauser (2004; 2015) estabelece o alicerce da posição eliminativista no domínio da teoria e da filosofia do direito.

Na visão de Kornhauser, haveria uma razão pragmática para eliminar um tipo específico de conceito de “direito”: o conceito doutrinal (Kornhauser, 2015, p. 7; Nye, 2022, p. 55). Por “conceito doutrinal de direito”, entende-se o tipo proposto por Ronald Dworkin (2006, p. 2) que diz respeito ao que um sistema jurídico local “requer, proíbe, permite ou cria” (i.e., as proposições jurídicas), bem como às considerações que tornam verdadeiras as proposições jurídicas de uma determinada jurisdição (i.e., os fundamentos do direito). Assim, o conceito doutrinal mobiliza proposições como “o aborto é ilegal no Brasil” e estabelece que considerações sobre os fundamentos do direito (por exemplo, “que tipo de enunciados ou fatos tornam verdadeira a proposição ‘o aborto é ilegal no Brasil?’”) são necessárias para determinar a veracidade ou a falsidade dessas mesmas proposições (Dworkin, 2006, p. 5).⁵

4 O presente trabalho compartilha da orientação não metafísica levada à cabo pelo eliminativismo jurídico. No entanto, a discordância reside no seguinte ponto: certos termos e questões tidos como metafísicos (“natureza do direito”, “o que o direito realmente é” – “há conexão entre o direito e a moralidade política?”) são partes internas à própria prática jurídica, de tal forma que não podemos simplesmente eliminá-los. Contudo, por serem parte do processo de experiência jurídica, eles servem à prática, e não são, portanto, mero pensamento abstrato, metafísico e conceitual.

5 Na tipologia dworkiniana, há outros três conceitos de direito, além do doutrinal: (1) o conceito sociológico de direito, utilizado para descrever “um tipo particular de estrutura social institucional”; (2) o conceito taxonômico, utilizado para estabelecer a distintividade das normas jurídicas em comparação a normas de outra natureza;

Para Kornhauser, esse tipo de conceito não é um elemento necessário ao funcionamento da prática jurídica, porque separaria a identificação do direito de sua aplicação, de modo que uma teoria sobre o fundamento da veracidade das proposições jurídicas – que faz parte do sentido doutrinal do conceito de direito – tornaria mais difícil concretizar a função atribuída aos sistemas jurídicos (Kornhauser, 2015, pp. 15-16). O problema apontado por Kornhauser é que o conceito doutrinal de direito demandaria que juízes e cidadãos possuíssem uma espécie de teoria geral do direito para fundamentar a investigação sobre o direito válido em uma jurisdição, bem como sobre quais proposições jurídicas são verdadeiras e por quê. Assim, presume-se que o conceito doutrinal poderia ser substituído por “protocolos de tomada de decisão” que estabelecem certos procedimentos que balizam a atuação dos funcionários institucionais diante de um conjunto restrito de problemas funcionais (Kornhauser, 2004, pp. 361-362). Esses problemas decorrem das estruturas de governança que o direito busca realizar; a partir delas, seria possível vislumbrar o que de mais valioso a filosofia do direito poderia oferecer: uma teoria da adjudicação.⁶

A base comum do que chamarei de “eliminativismo jurídico” no restante deste trabalho se constrói pela adoção de dois pressupostos: (1) os agentes jurídicos não precisam empregar o conceito doutrinal do direito (de forma explícita ou tácita) na resolução de problemas jurídicos ou na interpretação do direito; (2) precisamente por isso, uma teoria geral e abstrata do direito é substituível por considerações práticas e normativas de como um agente deve aplicar as normas jurídicas concretamente.

Há, contudo, uma variação eliminativista que se apresenta como uma instanciação da base geral, mas com suas próprias particularidades e um maior apelo metodológico.⁷ Em vez de propor eliminar um tipo específico de conceito doutrinal, sugere-se eliminar uma categoria de perguntas relacionadas aos múltiplos conceitos de direito:

(3) o conceito aspiracional, mobilizado para defender ideais que sistemas jurídicos devem concretizar, como o Estado de Direito (Dworkin, 2006, pp. 3-5).

6 Em linhas gerais, as teorias da adjudicação estabelecem como objeto de estudo “os deveres aplicáveis à resolução de casos diante de um tribunal”, com especial atenção para os deveres de aplicação do direito por parte dos magistrados (Bogart, 1989, p. 164), mas não se limitando a eles, podendo estender-se para outros funcionários públicos que lidam com a aplicação de normas jurídicas, como os oficiais de agências reguladoras.

7 Ao classificar o eliminativismo jurídico como uma posição metodológica na filosofia do direito, subscrevo ao recorte teórico que Ronaldo Porto Macedo Junior chama de “debate metodológico”: “Denomino ‘debate metodológico’ de forma bastante ampla o debate filosófico que envolve a disputa pelas condições de possibilidade do conhecimento jurídico, sua natureza (descritiva, interpretativa, explanatória), bem como a sua dependência com respeito a distinções clássicas da filosofia [...]” (Macedo Junior, 2013, p. 24).

[...] the idea that there are multiple concepts might lead to eliminativism. The thought is that multiple concepts coexist and play different roles in our theorizing. But we need not determine that one or the other is the ‘true’ concept of law. On this version of eliminativism, what is ‘eliminated’ is the further question of which concept tracks the nature of law. [...] Another version of eliminativism involves eliminating a particular concept. This version is defended by Lewis Kornhauser. Kornhauser identifies a number of different claims of varying strength about what it means to do without the doctrinal concept of law, but the unifying idea is that the doctrinal concept of law is unnecessary: judges, other officials, and citizens can all get by without the doctrinal concept of law. (Nye, 2021, p. 24)

Para além de eliminar o conceito doutrinal em si, o eliminativismo jurídico também pode implicar uma focalização na pluralidade conceitual em torno do termo “direito”. A partir dessa segunda versão, o que se elimina é o ímpeto de determinar que algum conceito seja mais central do que outro para a compreensão da experiência jurídica, pois esse movimento pressupõe a existência de um direito abstrato e suficientemente universal, ao qual podemos recorrer para determinar os conceitos “mais verdadeiros”.

Portanto, podemos considerar que o eliminativismo jurídico adota duas rotas: (1) o eliminativismo pragmático, nos termos defendidos por Kornhauser, e (2) o eliminativismo metodológico⁸. No restante do trabalho, proponho discutir, com maior detalhamento, o eliminativismo jurídico metodológico, suas particularidades e justificativas teóricas, com especial atenção ao pluralismo conceitual endossado por essa abordagem. Posteriormente, avaliarei os impactos dessa formulação eliminativista para o tratamento da prática jurídica e para o fazer teórico.

3 O eliminativismo jurídico-metodológico e o diagnóstico do que há de errado na filosofia do direito

O que chamei, na seção anterior, de “eliminativismo jurídico metodológico” é a forma de eliminativismo defendida por Hillary Nye (2021; 2022). O elemento distintivo dessa abordagem é a tese de que devemos eliminar um conjunto de questões relacionadas aos fundamentos e à natureza do direito. A autora parte da seguinte premissa: a tradição analítica da teoria do direito tem sido majoritariamente orientada pelo método da análise conceitual, o que seria problemático. Nye define a postura metodológica do conceitualismo/

8 O que chamarei de “eliminativismo metodológico” também se destaca por defender (com base no método da eliminação) que o avanço da teoria do direito depende de superar certos desacordos teóricos infrutíferos. Tal característica será discutida posteriormente.

análise conceitual⁹ como o compromisso metafísico de desvelamento de certas verdades universais, essenciais e necessárias do direito, de maneira apriorística – ao que isso significa *independentemente da experiência prática* (Nye, 2022, p. 33).

Há aqui um cuidado em direcionar a crítica metodológica à análise conceitual que trabalha em termos de necessidade e universalidade, envolvendo a aplicação de um conceito com o objetivo de transparecer a natureza do objeto que o conceito designa. Assim, qualquer modelo teórico sobre o direito que pretenda apreender seus fundamentos – ou seja, o conjunto de fatos ou de considerações que conferem valor de verdade às proposições jurídicas – como parte de sua natureza, em termos do que é necessário e universal (independentemente de características empíricas), pode ser classificado como alvo em potencial do eliminativismo metodológico.

3.1. O problema da análise conceitual como ferramenta a serviço da metafísica

Um dos métodos que exemplificam o paradigma da análise conceitual na teoria do direito é o adotado por Joseph Raz (Nye, 2022, p. 34). Para Raz, a análise conceitual só se justifica se viabilizar a explicação geral da natureza do direito, uma vez que o objetivo de uma teoria jurídica seria justamente iluminar os aspectos essenciais do direito, ou seja, aquilo que “transforma o direito no que ele é” (Raz, 2009, p. 24). Sob essa perspectiva, a investigação teórica deve ter como guia a busca pelas características universais do fenômeno jurídico, onde quer que ele ocorra.

Na leitura raziana, analisar um conceito demanda que se estabeleça uma certa distância entre ele e o objeto designado, de tal forma que o segundo não se reduza ao primeiro. Por esse motivo, haveria algo a mais do que o próprio conceito examinado, e o trabalho teórico, direcionado à compreensão do que o direito é, não poderia restringir-se ao mero uso do *conceito* “direito”. Esse conceito seria apenas uma parte parcial do inteiro teor da história, funcionando como *representação* da entidade real designada por essas expressões – ou seja, o ‘Direito’ (Raz, 2009, p. 19).

Nesse sentido, para captar as características essenciais universais do direito, a análise conceitual busca identificar verdades analíticas sobre o conceito de direito, i.e., proposições sobre o direito que são aprioristicamente verdadeiras, que “podem ser conhecidas apenas sabendo o significado da

9 Utilizarei ambos os termos, indistintamente.

palavra ou compreendendo o conceito” (Greenberg, 2016, p. 1948). Disso se segue que, uma vez estabelecidas as verdades analíticas sobre o conceito de direito, estaríamos em condições de apreender o que é central e necessário ao referido conceito, o que pode nos dizer algo sobre a natureza do direito em si (Coleman, 2001, p. 179).

Tendo em vista a descrição geral do método da análise conceitual na teoria do direito, o problema comum às abordagens conceitualistas, e o que torna essas abordagens especialmente problemáticas sob a lente eliminativista, é a dependência das intuições do analista como guia para o processo de análise (Murphy, 2014, p. 78), em detrimento da experiência ou da observação empírica. Por partir de intuições prévias, toda e qualquer teoria formulada acerca da *natureza* do direito será necessariamente verdadeira à luz da intuição inicialmente adotada. O eliminativismo sustenta que teorias que utilizam a análise conceitual como ferramenta de apreensão dos fundamentos do direito são esforços cegos à própria prática jurídica. Assim, o problema não é a resposta dada às perguntas metafísicas, mas o fato de que as próprias perguntas criam respostas blindadas que não possuem a capacidade de ser testadas externamente (Nye, 2022, p. 40).

Por essa razão, o eliminativismo jurídico é cético em relação à possibilidade de teorizações metafísicas e conceitualistas sobre o direito, por julgar que estas pressupõem elementos que “transcendem a experiência compartilhada” da prática jurídica (Nye, 2022, p. 65). Nesse sentido, abordagens metafísicas fracassariam porque buscam descrever algo que vai além da própria prática observável, ou seja, dependem de elementos independentes das atitudes dos participantes (Nye, 2022, p. 65) e respondem apenas às intuições do autor, carecendo de um padrão de correção.

Dessa forma, seria virtualmente impossível pôr fim à disputa metafísica entre positivistas e não positivistas sobre a natureza do direito, porque a pergunta e a metodologia que motivam as duas posições autorizariam cada um dos polos a reclassificar um fato jurídico de acordo com sua preferência e intuição teóricas, o que seria um sintoma de uma primazia quase absoluta da teoria sobre a prática (Nye, 2022, p. 40). O seguinte exemplo adaptado de Nye (2022, p. 48) pode ilustrar o problema: o que teorias conceitualistas-metafísicas teriam a dizer sobre o direito, abstratamente, a partir do artigo 422 do Código Civil brasileiro?

O dispositivo estabelece que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé” (Brasil, 2002). Um adepto do positivismo jurídico poderia sustentar o seguinte: “o artigo em questão é uma norma jurídica válida do direito

brasileiro que positiva certos parâmetros morais-avaliativos (probidade e boa-fé) a serem observados pelos magistrados no momento de resolução de disputas contratuais; contudo, os fundamentos do direito são necessariamente sociais e institucionais, sendo uma mera possibilidade contingente a adoção de normas morais pelo sistema jurídico – possibilidade que fora concretizada na norma em questão”. Já uma defensora da posição não positivista, na mesma chave metafísica-conceitualista, poderia afirmar o seguinte: “o artigo em questão é uma norma jurídica válida do direito brasileiro que reflete a conexão necessária entre direito e moralidade; o direito necessariamente fundamenta-se em fatos sociais e morais”.

Note-se que ambos os teóricos concordam que a norma discutida é juridicamente válida no direito brasileiro. Ainda assim, os teóricos dizem coisas distintas quando se propõem a afirmar algo sobre os fundamentos do direito, sobre qual é *realmente* a sua natureza. Precisamente por estarem disputando no campo metafísico, quando os teóricos são instados a defender suas posições, não é difícil imaginar que cada um deles responda que a proposição rival falhou em compreender a verdadeira natureza do direito. Nessa situação, ficam a um passo de retornar às suas intuições originais sobre os fundamentos do direito, para justificar o juízo reprobatório sobre a proposição rival e para validar a sua própria posição (Nye, 2022, p. 40). Tanto o positivista quanto o não positivista podem dizer um ao outro: “*você* não captou o que a natureza do direito *realmente* é”.

Nesse sentido, não haveria nenhum critério ao qual poderíamos recorrer para resolver a disputa na chave metafísica-conceitualista. O diagnóstico eliminativista afirma que a filosofia do direito não deve adotar uma metodologia que sustenta perguntas e respostas que são simplesmente incapazes de responder à prática e à experiência jurídicas (Nye, 2022, p. 47). A orientação metafísica, governada única e exclusivamente por intuições do teórico, mantém a filosofia do direito presa à “poltrona”, i.e., presa ao pensamento apriorístico abstrato, refém de disputas e desacordos intermináveis, sem a possibilidade de adjudicação dos vencedores ou dos melhores argumentos.¹⁰

10 Similarmente, Brian Leiter (2007, p. 134) sugere que a única forma de resolver disputas entre teorias do direito adeptas da análise conceitual é ver qual delas resiste ao teste empírico do mundo factual, i.e., o melhor conceito de direito será o que “figura nas mais frutíferas agendas de pesquisa a posteriori”, o que por sua vez “demandaria que a teoria do direito se levantasse da poltrona e descobrisse o que antropólogos, sociólogos, psicólogos, entre outros, podem nos dizer sobre as práticas sociais no e a partir do direito”.

3.2. O método da eliminação, disputas verbais e desacordos na filosofia do direito

Diante da inadequação prática e do desacordo metafísico aparentemente insuperável, o eliminativismo metodológico busca desenvolver uma agenda positiva para a teoria/filosofia do direito. A sugestão eliminativista passa pelo reconhecimento de que as distintas posições dentre as teorias conceitualistas-metafísicas do direito são *meras disputas verbais*, tendo em vista que “não faz diferença qual termo utilizamos, e podemos simplesmente dissolver os conceitos [...] e seguir em frente” (Nye, 2021, p. 20).

Ou seja, as disputas metafísicas entre positivistas e não positivistas, nos termos ilustrados no exemplo oferecido anteriormente, não refletiriam nada de substancial e por isso não representariam um desacordo genuíno. Dessa forma, a atividade filosófica deve ser capaz de identificar quando se está diante de uma questão controvertida legítima e quando se está diante de um jogo de palavras que trava o avanço da compreensão do fenômeno jurídico:

Often, however, words do not matter. It often happens that we are concerned with a first-order domain, not with the usage of words, and in such a way that nothing crucial to the domain turns on the usage of words. In this case, a verbal dispute is a *mere* verbal dispute. Mere verbal disputes are usually impediments to understanding. In effect, they are obstacles that we do better to move beyond, in order that we can focus on the substantive issues regarding a domain. (Chalmers, 2011, p. 517. Destaque do original.)

A partir da necessidade de superação de obstáculos superáveis, caberia aos filósofos do direito adotarem o método da eliminação, cuja vantagem supostamente seria a de permitir localizar as disputas verbais que obstam a comunicação adequada e extingui-las (Nye, 2022, p. 50) – ou, quando isso não for possível, facilitar o esclarecimento acerca do tipo de desacordo em jogo (Chalmers, 2011, p. 517).

Quando se está diante de uma disputa verbal em potencial, o método da eliminação exige que se barre o termo controvertido e que se verifique se o desacordo persiste a partir do vocabulário remanescente comum aos interlocutores, sem o termo excluído (Chalmers, 2011, p. 526; Nye, 2022, p. 52). Dessa forma, se os interlocutores forem capazes de reelaborar seus argumentos sem utilizar o termo barrado, a disputa analisada terá passado pelo teste do método da eliminação, havendo evidências de que a controvérsia é substantiva e genuína; já se não for possível explicar as posições em desacordo sem mencionar o termo barrado, então a evidência aponta para o sentido de um mero desacordo verbal (Chalmers, 2011, p. 529).

No exemplo em que dois teóricos discutem o que o artigo 422 do Código Civil Brasileiro pode revelar sobre os fundamentos do direito, o teste da

eliminação requer a limitação do vocabulário dos interlocutores, de modo a obstruir o termo que indica um referencial abstrato e universal e que representa o objeto da disputa. Uma vez eliminado o termo “direito” em sentido universal, os interlocutores são obrigados a reformular suas posições. Duas proposições distintas serão qualificadas por um vocabulário mais restrito: (1) a proposição do positivista será enunciada como “O DIREITO1 fundamenta-se *necessariamente* em fatos sociais, e apenas *possivelmente* em fatos morais”; (2) a proposição da filósofa não positivista será formulada como: “O DIREITO2 é *necessariamente* constituído por fatos sociais e morais”¹¹ (Nye, 2022, p. 52).

Reformulando-se a controvérsia inicial dessa forma, evidencia-se que o desacordo entre os interlocutores é uma disputa meramente verbal, pois, ao se escolher um dos termos (DIREITO1 ou DIREITO2), a conclusão sobre a classificação do artigo 422 será verdadeira à luz do termo substituto que se aceitou (Nye, 2022, pp. 52-53). Seria igualmente verdadeiro tanto que o artigo 422 expressa uma característica necessária de DIREITO1 (a ideia de que a moralidade só é parte dos fundamentos do direito se o sistema jurídico a incorporar, conforme sua própria conveniência e de forma contingente) quanto que ele expressa um elemento necessário de DIREITO2 (a moralidade sempre faz parte do direito). O eliminativismo jurídico metodológico aduz que, já que não há desacordo substantivo, é possível superar o debate metafísico simplesmente abandonando-o e substituindo-o por debates mais importantes, i.e., por debates em que algum nível de desacordo substantivo genuíno esteja presente (Nye, 2022, p. 55).

Para superar as questões metafísicas, precluem-se argumentos sobre a *natureza* do ‘Direito’, ou sobre “o que o direito *realmente* é” (Nye, 2022, p. 55). A agenda positiva do eliminativismo jurídico advoga pela responsividade dos conceitos à experiência na qual tais conceitos ganham sentido e conteúdo, de duas maneiras: (1) adotando-se conceitos sociológicos-factuais sobre o direito, e/ou (2) adotando-se algum conceito normativo de direito (Nye, 2022, p. 57; 2021, p. 16). Formulações sociológicas seriam diretamente responsivas à prática, porque respondem a métodos empíricos capazes de descrever certos arranjos institucionais e, principalmente, oferecer ferramentas preditivas sobre o comportamento oficial em certo sistema jurídico (Nye, 2022, p. 56). Do mesmo modo, concepções normativas – por exemplo, sobre qual é o padrão de comportamento adequado a magistrados no estado de direito – também não

11 Muitas outras opções para formular uma proposição metafísica sobre os fundamentos do direito são possíveis, mas restrinjo-me a essas duas porque o objetivo é apenas o de ilustrar os argumentos eliminativistas, e não o de esgotar as posições no debate metafísico.

fogem à experiência, pois a partir dessas formulações torna-se possível avaliar o que *deve ser* feito, a partir de um certo estado de coisas (Nye, 2022, pp. 57-58).

Em vista disso, o eliminativismo metodológico compromete-se com um grau forte de *pluralismo conceitual*, na medida em que reconhece a possibilidade de determinar-se o conteúdo do direito, desde que a questão que orienta a resposta qualifique o tipo de conceito de direito em jogo e que não se sustente a falsa crença de que um dos conceitos seja mais verdadeiro do que os demais, respeitando-se o fato de que eles “simplesmente coexistem” (Nye, 2022, p. 58).

Assim, o eliminativismo metodológico rejeita as questões normalmente associadas ao conceito doutrinal de direito, porque entende que tais questões buscam apreender uma essência real do direito, independentemente da própria prática jurídica. O problema reside no fato de que as investigações metafísicas pretendem oferecer uma resposta descritiva geral sobre o direito que não se situa nos dois domínios da experiência jurídica. Pelas lentes do eliminativismo, questões descritivas podem ser respondidas de modo não metafísico, pela via das ciências sociais e em termos factuais e preditivos – quando se pergunta, por exemplo, qual é o padrão decisório dos magistrados de determinado tribunal (Nye, 2022, p. 56).

Do ponto de vista da filosofia e da teoria do direito, a atividade típica é distinta daquela desempenhada pelos cientistas sociais. Como discutido anteriormente, isso não significa que o eliminativismo jurídico aceite que o filósofo do direito possa simplesmente sentar-se à poltrona e formular intuições sobre o que o direito abstratamente é. Uma vez que questões descritivas/preditivas ficam a cargo de um outro tipo de empreendimento, à filosofia do direito caberá realizar *investigações normativas* sobre o fenômeno jurídico, ao que isso significa, especialmente, responder o que o direito demanda moralmente de uma comunidade política (Nye, 2022, p. 56), ou o que devemos fazer diante de certo estado de coisas jurídico.

Haveria uma diferença fundamental entre o método analítico e o método normativo, de modo que “A teoria do direito normativa lida com os fundamentos morais do direito, enquanto a teoria do direito analítica examina seus fundamentos metafísicos” (Shapiro, 2011, p. 2). Se essa divisão se mantiver, o eliminativismo metodológico propõe barrar exatamente o tipo de pergunta feito pelas teorias analíticas, principalmente as que remetem à natureza e às propriedades dos sistemas jurídicos. Nesse passo, o eliminativismo acaba aderindo à dicotomia entre domínio factual (típico das ciências sociais) e domínio valorativo (que abriga questões normativas associadas à filosofia jurídica) (Nye, 2021, pp. 21-22). No entanto, o eliminativismo metodológico favorece o lado do valor: as questões mais relevantes sobre o direito passam

a ser questões sobre as obrigações e os deveres morais que a prática jurídica pode gerar para os seus participantes (sobretudo para os aplicadores do direito).

4 Nós *realmente* precisamos do conceito doutrinal?

Até aqui, expus a base comum para posições eliminativistas na teoria do direito: a ideia de que podemos prescindir do conceito doutrinal de direito. Como qualificação da versão geral, apresentei a formulação metodológica-valorativa que pretende concretizar o método da eliminação e reforçar o pluralismo conceitual no domínio do valor e da normatividade. O esforço eliminativista para remover o conceito doutrinal e as questões a ele relacionadas endossa o compromisso com a subordinação da teoria do direito às questões práticas e concretas da teoria da adjudicação (Murphy, 2014, p. 89).

Para o eliminativismo metodológico, o conceito doutrinal só é útil se for gestado no polo normativo (questões valorativas-avaliativas). Lado outro, se mobilizarmos questões descritivas sobre os fundamentos do direito, o conceito doutrinal será produto de um conjunto de questões metafísicas, e as controvérsias em torno dele não passarão de desacordos verbais terminológicos que não fazem diferença prática (Nye, 2022, p. 61). No entanto, esse raciocínio esconde um *non sequitur*.

O conceito doutrinal reflete aquilo que é jurídico ou antijurídico em uma determinada jurisdição e rastreia o conjunto de considerações contra as quais é possível avaliar se os juízos particulares de juridicidade são verdadeiros ou falsos (Dworkin, 2006, pp. 223-224). Isso significa dizer que o que é permitido ou proibido por um sistema jurídico X – ou seja, o conteúdo concreto de um sistema local – também passa por um ponto de reflexividade e abstração sobre os fundamentos dos sistemas jurídicos (Murphy, 2008, pp. 1102-1103).

A título de exemplo, a pergunta “a negação do direito ao casamento aos casais homoafetivos em Nova Iorque, em 1995, violava a Constituição do Estado?” comporta respostas diferentes, a depender da teoria sobre os fundamentos do direito empregada (Murphy, 2014, p. 15). Se a rota adotada for a do positivismo jurídico, então o conjunto de considerações que fundamentam as proposições jurídicas particulares sobre o conteúdo do direito em vigor em determinada jurisdição será estritamente factual, ou seja, seria necessário saber se há alguma fonte autoritativa que estabeleça o direito ao casamento homoafetivo de um modo estritamente jurídico, i.e., sem recorrer a considerações morais (Murphy, 2014, p. 15). Se for esse o caso, então o sistema jurídico nova-iorquino era silente com relação ao casamento homoafetivo em 1995, cenário que mudou em 2006, quando a Suprema Corte estadual decidiu em sentido contrário à

possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, e novamente em 2011, quando da promulgação da lei da igualdade matrimonial pelo Estado de Nova Iorque, dessa vez para assegurar o direito (Murphy, 2014, p. 15).

Por sua vez, uma teoria não positivista sobre os fundamentos do direito partirá do pressuposto de que a cláusula constitucional-estadual de igual proteção demanda uma interpretação moralmente articulada (daí porque as considerações que tornam uma proposição particular sobre o conteúdo do direito em vigor necessariamente incluem considerações morais), a partir da qual “igual proteção” incluiria também “igual participação em instituições sociais como o casamento, independente de gênero ou de orientação sexual” (Murphy, 2014, p. 15). Assim, casais homoafetivos possuiriam direito ao casamento no Estado de Nova Iorque, seja em 1995, seja em 2006, seja em 2011, de tal forma que sua exclusão violaria a Constituição estadual e seria, portanto, contrária ao direito vigente (Murphy, 2014, p. 16).

A despeito da resposta, o exemplo apontaria para a dificuldade de se eliminar o conceito doutrinal do direito sensível a considerações descritivas sobre os fundamentos do sistema jurídico e da interpretação jurídica (tanto do ponto de vista dos participantes da prática jurídica quanto do ponto de vista dos filósofos do direito), por ele funcionar como pressuposto necessário do processo interpretativo sobre quais são os direitos vigentes em certo lugar e momento histórico. Dizer que uma norma particular “Em um sentido é válido, em outro é inválido e, em um terceiro, nem um nem outro” não resolve a necessidade dos jurisdicionados (Murphy, 2008, p. 1103), como parece decorrer do método da eliminação. Diferentes teorias sobre os fundamentos do direito – e diferentes formulações do conceito doutrinal – levam a diferentes respostas práticas sobre o direito vigente em um dado sistema jurídico (Murphy, 2014, p. 77), o que possui um impacto concreto e indubitavelmente não metafísico na vida dos membros da comunidade política.

No entanto, a metodologia eliminativista insistirá que a investigação voltada para os fundamentos do direito não desempenha nenhum papel relevante, nem mesmo se o que estiver em jogo for a necessidade de dizer o que é jurídico ou antijurídico em uma jurisdição em particular, porquanto o exercício de particularizar o direito será sempre, de forma explícita ou tácita, guiado por algum tipo de especificação sobre o que se quer dizer por “direito de uma jurisdição particular”. Seria perfeitamente razoável, no pluralismo eliminativista, dizer que a resposta sobre o direito ao casamento homoafetivo em Nova Iorque é parasitária do domínio em que ela se situa:

[...] there is one answer to the question of whether an official is likely to uphold a marriage between two people of the same sex. That is a factual question to be answered

within the domain of fact. And there is a further question of what a judge, faced with a case that raises this question, ought to do, all things considered, given the institutional history we have and the moral stakes at hand. It seems reasonable to suppose that these questions coexist. Furthermore, we might actually do better when we disambiguate these questions, so that we don't end up talking past each other when one person says that the law demands recognition of same-sex marriage, meaning the moralized concept of law, and another says that it does not, meaning to invoke the practical question of what will likely happen in a certain jurisdiction. (Nye, 2021, p. 25)

No tribunal da experiência, o resultado seria sempre o mesmo para os sujeitos da prática jurídica. Não importaria saber se os fundamentos do direito são corretamente descritos pelo positivismo ou pelo não positivismo, pois, como teses metafísicas, essas respostas não alteram a forma como os sujeitos experienciam a vida institucional (Nye, 2022, p. 60). Por isso, no caso do casamento homoafetivo no Estado de Nova Iorque, apenas duas questões importariam: (1) se os agentes públicos permitirão ou não o casamento entre pessoas do mesmo sexo (Nye, 2022, p. 60); (2) o que juízes e cidadãos devem fazer moralmente, ante o estado de coisas da realidade social-institucional (Nye, 2021, p. 25; 2022, p. 62). Assim, o eliminativismo apresenta-se como alternativa disponível tanto aos oficiais aplicadores do direito quanto aos cidadãos e demais sujeitos jurídicos. Para o segundo grupo, questões normativas também são questões práticas, porque possuem impacto sobre a agência (o que se deve fazer) a partir da existência ou não de obrigações e direitos moralmente genuínos (Nye, 2021, p. 28).

Se o objetivo é indicar o *status* da exclusão de casamentos homoafetivos no Estado de Nova Iorque, o método eliminativista acredita que a resposta estará sempre situada em algum domínio descritivo ou normativo, podendo-se, inclusive, estipular o conceito relevante de direito de forma inteligível aos demais participantes da prática jurídica que eventualmente discordem da resposta oferecida (Nye, 2021, pp. 27-28; 2022, p. 68). Com efeito, qualquer que seja a resposta – seja a de que a exclusão é inconstitucional e, portanto, antijurídica, seja a de que tal direito simplesmente não existia até que as fontes autoritativas o declarassem –, ela pode ser dada a partir de um dos conceitos descritivos ou normativos de direito, sem recorrer a um conceito doutrinal. Para o eliminativismo, o recurso ao conceito doutrinal que abarque considerações sobre os fundamentos do direito, no exercício de identificar o direito vigente em uma dada jurisdição, acaba por violar a fronteira entre o factual (o que é) e o normativo (o que deve ser), contrabandeando-se questões metafísicas para o domínio da experiência.

5 Por que não se pode varrer o conceito doutrinal para debaixo do tapete

Se a crítica eliminativista for pertinente, então o problema das teorias que buscam conferir alguma importância ao conceito doutrinal de direito é o seu pedigree metafísico. Dessa forma, a pergunta que se coloca é se seria possível formular um conceito doutrinal de direito de uma maneira não metafísica. O eliminativismo parece pressupor que a inclusão de perguntas como “o que diferencia o direito do mero uso da força?”, ou “qual é o impacto da moralidade para a interpretação jurídica?” – que são perguntas descritivas sobre elementos fundamentais do direito – significa que o conceito doutrinal será sempre metafísico-conceitualista. No entanto, como sinalizado na seção anterior, um conceito doutrinal que inclua respostas a essas perguntas é um elemento interno à experiência jurídica (ainda que nem sempre explicitado), sem o qual a ideia de uma investigação jurídica complexa torna-se menos plausível.

Há pelo menos dois problemas no enquadramento do conceito doutrinal promovido pelo eliminativismo metodológico e pragmático: (1) a ideia de experiência pressuposta pela abordagem eliminativista é demasiadamente restritiva, de modo a condicionar a exclusão da noção doutrinal do direito; (2) a metodologia eliminativista perde de vista a dimensão pragmática das discussões que ela mesma classifica como metafísicas (ou seja, não há uma compreensão das consequências e dos efeitos práticos que as discussões em torno dos fundamentos do direito podem suscitar). Qual é a marca característica da experiência, em oposição à metafísica, que impede que a discussão sobre os fundamentos do direito seja possível do ponto de vista interno, antiarquimediano? A hipótese para tais questionamentos é a de que há uma noção inarticulada e restrita de experiência sustentando a oposição do eliminativismo ao tipo de discurso e de gramática característicos do conceito doutrinal, e isso dificulta o enquadramento das disputas doutrinárias no seio da própria prática jurídica.

As limitações apontadas tornam-se visíveis, no caso do direito novaiorquino, na medida em que o eliminativismo não vê nenhuma diferença, em termos da experiência relevante, entre a visão positivista e a visão não positivista:

[...] In what sense will my experience be different if one view or another is right? One thing that matters is whether the officials will perform or uphold my marriage. But the answer to that question is the same on both accounts. [...] Thinking of experiential consequences we can actually point to, there seems to be nothing that turns on which view is right. The experiential evidence is the same, and all that is different is the

description. The only thing that is different is that on one view we describe what takes place as legal. But on both views, the same things happen. (Nye, 2022, pp. 60-61)

Em um certo sentido, a experiência dos nova-iorquinos em 1995 poderia ser resumida da seguinte forma: qualquer casal homoafetivo que se apresentasse em cartório para realizar um casamento civil, não conseguiria fazê-lo. A ‘experiência’ poderia ser acrescida do fato de que os casais que tentaram a via judicial para obrigar o Estado a casá-los não obtiveram êxito. Portanto, as evidências indicariam que casais homoafetivos, naquela jurisdição e naquele momento histórico, não possuíam direito ao casamento civil. O eliminativismo não vê problemas nessa conclusão porque ela apenas atesta algo verdadeiro, de acordo com um conceito de direito possível. Mas se a “experiência evidencial é a mesma” e tudo o que difere é a descrição da experiência comum, estaríamos diante da mesma experiência?

A resposta só pode ser negativa. A descrição não positivista, sustentando que o mesmo fato da experiência (impossibilidade de casamento homoafetivo) é uma violação ao direito constitucional de igual tratamento, faz uma diferença prática relevante. Ao defender a inconstitucionalidade do comportamento institucional, a visão não positivista sobre os fundamentos do direito não diz respeito ao próprio comportamento institucional dos oficiais nova-iorquinos, mas reivindica um direito em vigor que os casais homoafetivos *já possuem* em Nova Iorque no ano de 1995. Esse é o tipo de conceito que permite que casais que se viram impedidos de se casar postulem judicialmente esse direito – o que salienta o aspecto controvertido e interpretativo das práticas nas quais o conceito doutrinal ganha vida (Dworkin, 2011, pp. 404-405).

Assim, o conceito doutrinal de direito pode ser compreendido de uma maneira não metafísica. Ao se discutirem os fundamentos do direito que tornam uma proposição jurídica verdadeira, não se busca um elemento estranho à experiência, mas sim um conceito de direito que tanto (1) *responde à experiência* – porque situado no contexto em que os próprios participantes partem de visões distintas sobre o direito para chegar a conclusões igualmente distintas sobre se há alguma ilegalidade na negação do direito ao casamento homoafetivo – quanto (2) *ajuda a moldar a experiência*, como a percebemos e forjamos em uma prática social contínua e determinável.

Entretanto, esse duplo papel do conceito doutrinal só pode ser operacionalizado em uma linguagem não metafísica se ele for encarado a partir de uma perspectiva ampla e engajada de experiência. Suponhamos que Jones seja um cidadão de Nova Iorque em 1995 que deseje se casar civilmente com seu parceiro. Jones sabe que o órgão público responsável por celebrar o pacto matrimonial não o realizará. Ainda assim, Jones decide consultar um advogado

para aprofundar seu conhecimento sobre a situação e ver se algo diferente pode ser feito. Ao se reunir com o advogado, este diz a Jones aquilo que ele *já sabia*: ‘O casamento homoafetivo ainda não é legalizado em Nova Iorque’.

Ao ouvir o parecer, Jones resolve buscar uma segunda opinião, dessa vez de uma advogada especializada em liberdades civis e direitos das minorias. Durante a consulta, a advogada diz: ‘O Estado de Nova Iorque viola a constituição. Você e o seu parceiro têm o direito de se casarem, e nós podemos pleiteá-lo judicialmente’. Temendo os riscos do processo, Jones pergunta à advogada quais são as chances de êxito, ao que ela responde: ‘É mais provável que os tribunais neguem o pedido. Mas, como a constituição está sendo violada, é possível obter uma decisão favorável; talvez o seu caso seja o primeiro a corrigir essa injustiça’.

Os advogados proporcionaram experiências distintas a Jones. O primeiro advogado apenas reportou o estado de coisas institucional daquela jurisdição: funcionários públicos não realizam casamentos homoafetivos, não havendo nada a ser feito juridicamente. A segunda advogada reportou o mesmo estado factual, mas o fez avaliando os argumentos teóricos (as abstrações de fundo), concluindo pela sua inadequabilidade diante do direito vigente; sob essa perspectiva, Jones pode optar pela via judicial. Pode-se expressar a diferença de experiência na perspectiva do próprio sujeito, que poderia enunciar (talvez informando seu parceiro do resultado da sua investigação): ‘Tive uma *experiência frustrante* com o primeiro advogado; ele apenas me disse aquilo que nós já sabíamos. Contudo, tive uma *experiência entusiasmante* com a segunda advogada’.

O que está em jogo são duas concepções distintas de “experiência”. De um lado, pode-se falar em um sentido cartesiano de experiência que descreve a “ocorrência de um evento autoevidente de pura consciência, transparente e incorrigível para o sujeito da experiência” (Brandom, 2011, pp. 6-7). Nesse sentido mais trivial e imediato, por um lado, a experiência é algo com que os sujeitos se deparam e em relação ao qual possuem o estado mental consciente de estar diante de um evento externo. Por outro lado, há um sentido “prático” de experiência que enfatiza o elemento ativo da compreensão da experiência como processo de aprendizagem:

Experience is work: the application of force through distance. It is something done rather than something that merely happens - a process, engaging in a practice, the exercise of abilities, rather than an episode. [...] For the pragmatist, experience is not an input to the learning process. It just is the learning: the process of perception and performance, followed by perception and assessment of the results of the performance, and the further performance, exhibiting the iterative, adaptive, conditional-branching structure of a test-operate-test-exit loop. The result of experience is not best thought

of as the possession of items of knowledge, but as a kind of practical understanding, a kind of adaptive attunement to the environment, the development of habits apt for successful coping with the contingencies. (Brandom, 2011, p. 7)

Nesse segundo sentido, “experiência” ganha um contorno ativo que configura o próprio processo de aprendizagem. Experimentar algo é engajar-se em um processo de investigação, que nada mais é do que a busca por crenças verdadeiras e estáveis (Peirce, 1960, §§374-375, pp. 231-232; Misak, 2013, p. 32). Assim, a dimensão ativa e construtiva da experiência demanda que se coloquem os conceitos para trabalhar, aplicando-os a uma situação problemática em que o resultado da investigação fará uma diferença prática na vida dos sujeitos-agentes.

O processo de investigação só se torna inteligível se gerar um ganho epistêmico: se a rede de crenças do investigador for aprimorada – seja concluindo que uma crença que se pensava verdadeira se revelou falsa, seja adquirindo uma nova crença, etc. Em havendo ganho epistêmico, a expectativa é de que haverá uma diferença prática, pois, ao se eliminarem as dúvidas e as incertezas que servem de ponto de partida das investigações, abre-se a possibilidade de ação (Misak, 2013, p. 33). Ao concluir a investigação e ajustar sua rede de crenças, o investigador consegue deliberar sobre o que fazer, conectando crença e ação.

De certa maneira, Jones experienciou o fato institucional da impossibilidade de se casar quando ouviu que o direito ao matrimônio não se estendia a casais homossexuais. Entretanto, essa é apenas uma face da experiência em sentido ampliado. Mais do que episódios que acontecem com o sujeito, a experiência envolve um fazer e um engajamento prático construtivamente orientado para o aprendizado e para a resolução de problemas concretos. Essa outra face da experiência requer algum tipo de esforço investigativo, e é isso que torna possível compreender o comportamento de Jones. Primeiro, havia um incômodo com o fato publicamente conhecido de que oficiais nova-iorquinos não realizavam casamentos homoafetivos. Por que não parar por aqui? Por que buscar o parecer de um advogado e depois de uma segunda advogada para, eventualmente, decidir pela judicialização? O que Jones realmente sabia?

Jones sabe muitas coisas. Se adotássemos a metodologia eliminativista, cada crença de Jones sobre o direito teria de ser especificada em um jogo de linguagem e um vocabulário próprios do tipo de conceito de direito que implicitamente está sendo adotado. Diríamos que Jones sabe que oficiais não realizarão seu casamento porque ele domina o conceito descritivo-preditivo de direito. O eliminativista conceberia, igualmente, que Jones também sabe que a negação desse direito é injusta porque ele domina algum conceito normativo de direito. Contudo, o eliminativista não concordaria que Jones domina o conceito

doutrinal, se este abarcar considerações abstratas sobre os fundamentos de um sistema jurídico, porque isso escaparia ao domínio da experiência. A resposta eliminativista sustentaria que, para dizer qual é o direito particular vigente, não é necessária uma noção sobre o que o direito universalmente é.

O que o eliminativismo não capta corretamente é que o tipo de pergunta respondida pelo conceito doutrinal está situado na experiência. As considerações articuláveis pelo conceito doutrinal constituem pressupostos para o próprio processo de experiência e investigação. Sem qualquer resposta, ainda que inarticulada, sobre aquilo que sustenta a verdade das proposições jurídicas de uma jurisdição em particular, Jones sequer teria consultado um especialista para verificar se *realmente* havia algo a ser feito, e ele não teria razões para desconfiar de sua crença de que o casamento homoafetivo não era legal em Nova Iorque. Adicionalmente, Jones não teria suspeitado de que a atividade oficial de excluir casais homoafetivos fosse um *erro jurídico*. A ênfase no ‘jurídico’ é relevante, pois não se trata apenas de um erro moral que poderia ser identificado pela dimensão mais crítica do conceito normativo de direito, e sim de um erro de identificação e de aplicação do próprio direito vigente – uma vez que o comportamento oficial violava uma cláusula constitucional dotada de força jurídica. O conceito doutrinal torna inteligível a possibilidade de um erro genuinamente jurídico por parte dos aplicadores do direito, e essa foi a conclusão da investigação de Jones: a negação do direito ao casamento homoafetivo constituía uma violação ao direito nova-iorquino, por mais que o comportamento oficial estabilizado apontasse para o contrário, e por mais que muitos experts forenses não vissem esse cenário como um erro propriamente de direito.

Contudo, o erro jurídico não é evidente e só pode ser apreendido *no* processo de experiência e de aprendizagem. Quando a metodologia eliminativista sugere que, de um certo ponto de vista, é inteiramente inteligível o uso tácito do conceito descritivo-preditivo do direito – como no caso do primeiro advogado consultado por Jones –, tal afirmação precisa ser qualificada. Afinal, só faz sentido empregar um conceito “sociológico” de direito (descritivo-factual) se “fizer sentido perguntar quais direitos e deveres o sistema reconhece” (Dworkin, 2006, p. 4), de modo que é o conceito doutrinal que auxilia a estabelecer as fronteiras do domínio factual, e não o contrário.

Assim, o pluralismo conceitual, pressuposto e reforçado pela metodologia eliminativista, deve ser enfraquecido. Por mais que a ideia de que a experiência jurídica tenha distintos domínios seja inteligível e fidedigna à complexidade da prática do direito, parece haver um núcleo conceitual que é prioritário em relação às demais espécies de conceito de direito. Não se pode descartar tão

rapidamente a hipótese de que há certos sentidos de “direito” que possuem uma prioridade pragmática na experiência jurídica, i.e., no processo prático de determinar direitos e seu conteúdo.

O eliminativismo falha em reconhecer que o conceito doutrinal é uma exigência prática da busca por crenças verdadeiras que o processo de experiência impõe aos sujeitos. O conceito doutrinal, por ser um conceito interpretativo, não pode ser formulado por estipulação, nem como se fosse rastreável à essência do direito; ele precisa ser elaborado argumentativamente e oferecido (construído) no processo de identificação e justificação dos direitos que seus usuários clamam possuir. A experiência de investigar quais direitos nós temos demanda um conceito doutrinal como núcleo, pois precisamos fundamentar normativa e discursivamente as nossas conclusões.

O conceito doutrinal, assim como qualquer outro tipo de conceito, é algo pelo qual nós somos responsáveis, o que significa dizer que a sua função de articular o jogo de linguagem jurídico não se concretiza ontologicamente, mas depende dos sujeitos da experiência tomarem tal conceito como verdadeiro e determinável (Brandom, 2009, p. 61). E, sendo um conceito instituído pela prática social do direito, seu conteúdo será administrado horizontalmente pelos participantes da prática, que são responsáveis pela correção do uso dos conceitos empregados no interior daquela comunidade política (Brandom, 2009, p. 79), inclusive quando se trata dos oficiais aplicadores do direito.

Nesse sentido, quando uma magistrada está diante de um caso concreto, ela precisa tomar duas decisões: (1) quais conceitos jurídicos serão endossados (porque aplicáveis ao caso) e (2) quais são as consequências do endosso dos conceitos aplicados e o que eles precluem – i.e., o que se segue e o que não se segue dos conceitos relevantes (Brandom, 2009, p. 84). Esse processo é deliberativo porque não se trata de uma mera escolha ou de uma preferência pessoal, e sim de uma atividade racional constrita por normas. O pluralismo conceitual forte não é capaz de estabelecer esse padrão de correção, a menos que seja enfraquecido para reconhecer que há uma prioridade pragmática adequada a ser adotada pelo intérprete do direito (ou pelo filósofo do direito, a nível teórico). O que o eliminativismo entende por conceito normativo de direito parece não ser suficiente para essa responsabilidade justificatória, visto que torna pouco plausível as reivindicações em termos do direito vigente – ou seja, daquilo que já é antijurídico (como a conclusão de Jones no desenvolvimento do exemplo nova-iorquino: os juízes *devem* permitir o casamento homoafetivo porque esse *já é* o direito de Nova Iorque), ou, em outros termos, daquilo que é conceitualmente incompatível com o emprego de certos conceitos jurídicos (como o da igualdade constitucional).

Do ponto de vista fenomenológico-judicial, portanto, a magistrada responsável por decidir um caso concreto tem a responsabilidade de aplicar conceitos jurídicos, e, ao fazê-lo, contribui com o desenvolvimento do sentido desses conceitos. Mas, para que essa “seleção” de conceitos não seja arbitrária e privada (i.e., para que seja situada no processo mais amplo de experiência e de aprendizagem compartilhado), será necessário um conceito doutrinal de direito que construa as bases capazes de fundamentar esse processo de aplicação conceitual particular.

Retomando o caso nova-iorquino, é possível observar como o modelo da responsabilidade de aplicação conceitual que preserva a função do conceito doutrinal funciona na atividade adjudicadora. Suponhamos que Jones ajuíze uma ação, seguindo a recomendação da segunda advogada. Caso a magistrada negue o pedido do autor, ela estará enunciando (ainda que implicitamente) que o conceito jurídico de igualdade constitucional não tem como consequência o reconhecimento do casamento civil como um direito para casais homoafetivos; ou seja, no desenvolvimento do significado do conceito jurídico de igualdade constitucional, ela estaria dizendo que o direito ao casamento não se segue do conceito jurídico de igualdade constitucional, razão pela qual não haveria inconstitucionalidade na atuação discriminatória do poder público.

Percebe-se que é necessário um conceito doutrinal para justificar a decisão judicial. As conclusões (“não há inconstitucionalidade na exclusão dos casamentos homoafetivos” e “os casais homoafetivos não possuíam direito ao casamento em dado momento histórico na jurisdição de Nova Iorque”) apresentam-se como candidatas ao uso adequado de conceitos jurídicos e como expressões do direito vigente em determinado local e período histórico. Há algo de universal nas conclusões particulares: elas exibem uma estrutura justificatória (ainda que falha e provisória) inteiramente situada na realidade e na experiência, pois são formuladas em termos descritivos do direito aplicável localmente. Ambas as conclusões estão situadas na perspectiva de um usuário de conceitos jurídicos que, como qualquer outro usuário de conceitos, pode empregá-los adequadamente ou inadequadamente. Nesse sentido, o conceito doutrinal, enquanto conceito interpretativo, é o conceito que opera tanto no momento da decisão judicial quanto no de avaliação crítica dessa decisão.

O conceito doutrinal, construído não metafisicamente na argumentação prática dos sujeitos jurídicos, é o articulador da teoria de fundo que torna a aplicação conceitual e sua avaliação crítica inteligíveis. As questões abstratas relacionadas aos fundamentos do direito são questões práticas precisamente porque guiam a “seleção” dos conceitos jurídicos pertinentes e exercem uma força na determinação do seu conteúdo (significado), seja na atividade oficial de

uma magistrada, seja no exercício investigativo de um cidadão que se engaja no processo de interpretação do direito local. Em ambas as perspectivas, é um erro sugerir que proposições declaratórias do direito vigente estejam desvinculadas de uma teoria de fundo articulada pelo conceito doutrinal. Portanto, teoria e prática se associam, de modo que “qualquer decisão judicial é um fragmento de filosofia do direito, até mesmo quando se esconde a filosofia e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos” (Dworkin, 1986, p. 90).

Se essa conclusão estiver correta, tampouco o método da eliminação é capaz de dirimir as controvérsias, como pretendido pelo eliminativismo metodológico. Isso porque qualquer proposição jurídica – seja pela existência, seja pela inexistência de um direito específico – mobiliza, ainda que tacitamente, uma visão sobre o que torna juízos jurídicos particulares verdadeiros, ou seja, o desacordo em torno de (DIREITO1) ou (DIREITO2) é uma característica elementar da prática jurídica, e não há como eliminá-lo restringindo o vocabulário disponível.

Dessa forma, o conceito doutrinal é indispensável, tendo em vista que teoria e prática são duas faces da mesma moeda, duas dimensões do mesmo processo de experiência – aqui concebido em sentido amplo. O conceito doutrinal é parte necessária da prática de aplicar conceitos jurídicos, de desenvolver seu significado e de revisar as crenças que tanto os sujeitos quanto as comunidades jurídicas possuem sobre o direito local. Sem a teoria de fundo sobre os fundamentos das proposições jurídicas, fechar-se-iam as portas para a investigação inerente ao processo ativo de experiência e aprendizagem, tornando-se mais difícil explicar a responsabilidade prática envolvida na aplicação do direito e a possibilidade de que certos consensos aparentes estejam errados no *tempo presente*, não apenas retrospectiva ou prospectivamente.

6 Conclusão

O eliminativismo jurídico tem reivindicações metodológicas relevantes para o campo da teoria e da filosofia do direito. Como ponto de destaque, pode-se citar a orientação geral antimetafísica segundo a qual um conceito ganha sentido quando aplicado e interpretado na prática, o que constitui um argumento robusto contra o esforço analítico dominante de isolar o direito da sua própria experiência. Contudo, as versões eliminativistas escrutinadas falham em apreciar a importância prática da teoria para a própria experiência jurídica. Ambas as formulações apressadamente associam as discussões sobre os fundamentos do direito ao método metafísico. No entanto, o presente trabalho reivindicou que a gramática típica dos conceitos doutrinários, embora

pareça, à primeira vista, metafisicamente carregada, não o é – ao menos quando a noção de experiência é cuidadosamente escrutinada.

Assim, buscou-se preservar a função do conceito doutrinal de direito como um tipo conceitual necessário tanto do ponto de vista pragmático quanto do ponto de vista substantivo (no sentido de que convida a desacordos que não são elimináveis pela restrição do vocabulário dos interlocutores). Como consequência, defendeu-se que o conceito doutrinal é melhor compreendido em termos não metafísicos, mas que ainda guarda um nível de reflexividade abstrata, o que torna a concepção eliminativista menos atraente na medida em que suas soluções parecem errar parte do diagnóstico.

Disponibilidade de dados:

Todo o conjunto de dados que dá suporte aos resultados deste estudo foi publicado no próprio artigo.

Ausência de conflito de interesses:

O autor declara que não há conflito de interesses.

Editor responsável:

Mauro Luiz Engelmann

Referências

- BOGART, J. “Adjudication, Validity, and Theories of Law”. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2, Nr. 2, 1989, pp. 163-170.
- BRANDON, R. “Reason in Philosophy: Animating Ideas”. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
- _____. “Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent, and Contemporary”. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- BRASIL. “Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil”. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, Ano 139, Nr. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- CHALMERS, D. “Verbal disputes”. *Philosophical Review*, 120, Nr. 4, 2011, pp.515-566.
- CHURCHLAND, P. “Eliminative Materialism and the Propositional Attitudes”, *The Journal of Philosophy*, 78, Nr. 2, 1981, pp. 67-90.
- COLEMAN, J. “The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory”. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.
- DWORKIN, R. “Law’s Empire”. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- _____. “Justice in Robes”. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- _____. “Justice for Hedgehogs”. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

- GREENBERG, M. “How to Explain Things with Force.” *Harvard Law Review*, 129 (7), 2016, pp.1932–79.
- HERSHOVITZ, S. “Law Is a Moral Practice”. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2023.
- MACEDO JUNIOR, R. P. “Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria Do Direito Contemporâneo”. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KORNHAUSER, L. “Governance Structures , Legal Systems , and the Concept of Law.” *Chicago-Kent Law Review*, 79 (2), 2004, pp. 355-81.
- _____. “Doing Without the Concept of Law.” *Public law & legal theory research paper series*, Nr. 15-33, New York University School of Law, 2015.
- LEITER, B. “Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy”. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.
- MISAK, C. “The American Pragmatists”. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MURPHY, L. “Better to See Law This Way.” *New York University Law Review*, 83:1088, 2008, pp. 1088-1108.
- _____. “What Makes Law: An Introduction to the Philosophy of Law”. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.
- NYE, H. “The one-system view and Dworkin’s anti-archimedean eliminativism”, *Law and Philosophy*, 2021.
- _____. “Does law ‘exist’? Eliminativism in legal philosophy.” *Washington University Jurisprudence Review*, 15:1, 2022, pp. 29-78.
- PEIRCE, C. S. (1877). “The Fixation of Belief”. In: HARTSHONE, C., WEISS, P. (eds.). *Collected Papers of Charles Sanders Peirce: volume V-VI*. 2ª. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1960.
- RAZ, J. “Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason”. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.
- SHAPIRO, S. “Legality”. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- _____. “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”. In: RIPSTEIN, A. (ed.). *Ronald Dworkin*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2007. pp. 22-55.