

D'PLÁCIDO  
EDITORA

THIAGO LOPES DECAT

# RACIONALIDADE, valor e teorias do Direito



COLEÇÃO  
+  
DIREITO E JUSTIÇA



THIAGO LOPES DECAT

# RACIONALIDADE, valor e teorias do Direito



**D'PLÁCIDO**  
EDITORA

Copyright © 2015, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2015, Thiago Lopes Decat.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa**  
*Tales Leon de Marco*

**Diagramação**  
*Letícia Robini de Souza*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



**D'PLÁCIDO**  
EDITORA

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843 , Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 3261 2801  
CEP 30140-002

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

Decat, Thiago Lopes

Racionalidade, valor e teorias do Direito -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-051-6

1. Direito 2. Filosofia 3. Filosofia do Direito I. Título II. Direito

CDU1+34

CDD100+340

# AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de algum modo contribuíram para a realização deste trabalho.

Gostaria de agradecer especialmente ao Professor Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo pela confiança no trabalho e pela supervisão que, de maneira exemplar, conseguiu combinar liberdade, estímulo e orientação.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e, especialmente, à Pós-graduação em Direito, agradeço a oportunidade de realizar o trabalho e a disponibilização da infraestrutura que permitiu sua efetivação.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, agradeço pela disponibilidade e pela qualidade disciplinas lecionadas, das quais foi possível extrair valiosos conhecimentos para o desenvolvimento da pesquisa.

Aos Professores Doutores Antônio Cota Marçal e Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, agradeço pela atenta e competente leitura da primeira versão da tese e pelas críticas, apontamentos e sugestões que possibilitaram o seu aprimoramento e a correção de diversos problemas.

Agradeço à Faculdade de Direito Milton Campos e ao Sinpro-MG pelo apoio financeiro e institucional sem o qual este trabalho não se realizaria.

Aos meus alunos, durante os últimos quatro anos, agradeço o interesse pelo trabalho e o estímulo permanente.

Aos amigos Marco Aurélio Alves, Marco Antônio Alves, Franck Tavares e Matheus Mendonça, sou grato pela interlocução duradoura, aberta e constante.

Aos colegas Hugo Schayer, Juraciara Cardoso, Luciana Souza, Júlio Zini e Eduardo Carone, agradeço pelo suporte e incentivo ao longo do trabalho.

Sou grato aos meus pais e à Martinha pelo carinho, incentivo e compreensão nas horas em que não pude estar com eles.

Agradeço a minhas irmãs, Raquel e Virgínia, pela confiança e compreensão nos momentos em que a conclusão do trabalho fez com que as sobrecarregasse com meus afazeres.

À Maria Tereza sou grato por preencher nossa vida com amor e companheirismo, e pelo incentivo, estímulo e suporte sem o qual o trabalho talvez não visse a luz do dia. Sem sua leitura atenta e crítica, as deficiências do trabalho seriam muito maiores.

# SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	11
CAPÍTULO 1	
<i>Introdução</i> .....	19
1.1. Problematização e Aspectos Metodológicos.....	19
1.2. O marco teórico de teoria da racionalidade: Brandom e as cinco concepções de Racionalidade .....	27
CAPÍTULO 2	
<i>O positivismo jurídico e o colapso da dicotomia fato/valor</i> .....	51
2.1. A tese da separação como elemento comum às teorias jurídicas positivistas.....	56
2.2. A tese da separação como sintoma da raiz comum humana do positivismo jurídico naturalista e não naturalista.....	77
2.2.1. Paulson e os aspectos humanos do positivismo jurídico naturalista.....	77
2.2.2. Aspectos humanos do positivismo sem naturalismo de Kelsen.....	84

2.2.3. O colapso da dicotomia fato/valor: como operou a raiz humeana do positivismo lógico no positivismo jurídico.....	107
2.3. Críticas ao ceticismo humeano sobre a razão prática.....	122

### CAPÍTULO 3

<i>A concepção interpretativa do Direito como integridade, pragmatismo filosófico e racionalidade histórico-expressiva.....</i>	<i>151</i>
---	------------

3.1. Aspectos essenciais da concepção interpretativa do “Direito como integridade”.....	151
3.1.1. A interpretação construtiva.....	151
3.1.2. A interpretação construtiva no Direito.....	182
3.1.3. Integridade.....	194
3.1.4. Integridade judicial: a metáfora do romance em cadeia.....	218
3.1.5. O juiz Hércules e a ascensão justificadora.....	225
3.2. Aplicabilidade do pragmatismo filosófico à teoria do Direito como integridade.....	232
3.3. A racionalidade histórico-expressiva subjacente à concepção do Direito como integridade.....	264

### CAPÍTULO 4

<i>O tratamento racional dos valores.....</i>	<i>309</i>
4.1. Entrelaçamento entre fato e valor e conceitos éticos densos.....	309

4.2. Normas e valores.....	322
4.2.1. A conversibilidade entre normas e valores em Alexy e a concepção dicotômica de Habermas.....	322
4.2.2. As objeções de Putnam à dicotomia entre norma e valor .....	329
4.2.3. A concepção de normatividade e racionalidade prática não (puramente) kantiana de Brandom.....	344
4.2.4. O valor na teoria recente de Dworkin.....	375
CAPÍTULO 5	
<i>Conclusão</i> .....	383
REFERÊNCIAS.....	431



# PREFÁCIO

RACIONALIDADE, VALOR E TEORIAS DO DIREITO: das raízes humanas do positivismo jurídico à racionalidade histórico-expressiva do “Direito como integridade”, de autoria de Thiago Lopes Decat, discute a questão dos valores nas teorias positivistas e não positivistas do Direito a partir da compreensão brandoniana da racionalidade como prática inferencial simultaneamente histórica, expressivista e normativa.

Sendo o Direito uma ciência social aplicada e sendo a Filosofia e a Teoria do Direito relacionadas à Filosofia Prática, as concepções acerca de valores e direitos, de Ética e Direito, bem como acerca de cientificidade, apesar de amplamente objeto de análise e discussão, são ainda muito controversas. Não obstante o apego a posições filosóficas frequentemente assumidas como consolidadas e a aversão a adotar uma postura claramente interdisciplinar capaz de melhor efetivar a dimensão de ciência social aplicada do Direito, valores, interesses, eticidade e cientificidade foram e continuam sendo questões centrais para a fundamentação da normatividade jurídica. Uma das dificuldades no trato destas questões, se não a maior, talvez resida em dois fatores, para os quais acredito que a tese de Decat apresenta possíveis encaminhamentos.

De um lado, muitos teóricos e “doutrinadores” parecem não haver percebido que Direito e Ética estão e estarão

permanentemente em processo de constituição, pelo fato de se tratarem de construções culturais e racionais intersubjetivas. Cientificidade, interesses e valores, bem como normatividade ética e jurídica não são relações e entidades estáticas, acabadas e menos ainda absolutas. Ao contrário, enquanto construções humanas e culturais, cientificidade, valores, Ética e Direito variam no tempo e no espaço, de acordo com vivências e práticas sociais implicitamente normativas. A seu respeito prevalece, no entanto, uma abordagem dualista, que busca ora um fundamento absoluto, ora uma entidade ou razão externa e superior à humana para seu embasamento e justificação.

Valendo-se do inferencialismo histórico-expressivo propugnado por Brandom, Decat explicita e torna acessível em sua tese um procedimento racional, semântico e interacional na abordagem da normatividade jurídica, que dispensa o recurso aos dualismos. E o faz pragmaticamente, ao comportar-se como interlocutor, que usa conteúdos conceituais extraídos de vivências e experiências próprias e alheias e, através destes elementos, se torna capaz de identificar e explicitar razões para o discurso e os posicionamentos que assume.

Por outro lado, a dificuldade em avançar na teorização e fundamentação racionais dos valores na construção do Direito, por parte dos próprios agentes institucionais e privados do Direito, se apresenta associada a grande dose de inércia e conformismo, explicáveis tanto pelo exacerbado culto à autoridade, muito arraigado na área jurídica, como também por um processo educacional incentivador da repetição do mesmo e avesso à crítica, ao diferente e à inovação. Decat certamente sabe que trilha um caminho já aberto, mas que muitos ainda resistem em percorrer. Em vez de repetir o já escrito e ou dito por outros, Decat pensa por si mesmo e assume posição. Assim agindo, põe

em prática mais uma vez o inferencialismo expressivo, abre mais uma frente, mesmo sabendo-a mais uma possibilidade entre outras. É sua posição, sua tese. Mas posição fundamentada e justificada, que não se considera última palavra ou a única e verdadeira resposta ao problema em questão. Assume posição, mas sabe e quer que o exercício da racionalidade intersubjetiva prossiga seu curso ao trazer novos argumentos e perspectivas. Que outros se dediquem também a este trabalho indispensável, simultaneamente teórico e prático.

Pode-se ver que um prefácio ou uma apresentação introdutória não substituem ou dispensam a leitura minuciosa e atenta da tese defendida por Thiago Decat na linha de Filosofia do Direito do Curso de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Trata-se de um texto denso, bem estruturado, criativo e instigante, que demanda recorrer às fontes citadas, correlacioná-las e assumir posições.

Tomando como referência a concepção brandomiana de uma racionalidade histórico-expressiva, Decat sustenta que a racionalidade instrumental adotada pelo Positivismo Jurídico (Kelsen e Hart, em especial) inviabiliza tanto uma abordagem racional dos valores como uma convincente teoria da legitimidade ética do Direito. Decat sustenta também que é graças à racionalidade histórico-expressiva que o Direito como integridade (Dworkin) integra valores implícitos na prática social e é capaz de legitimar racionalmente o Direito.

Pode-se questionar a releitura feita por Brandom do texto hegeliano sobre o reconhecimento. Tomar conhecimento dela, compreendê-la, ter e poder apresentar as razões para dela divergir ou com ela concordar é o que importa se se busca construir uma compreensão mais adequada do ponto de vista da racionalidade concebida e exercitada como intersubjetiva. Esta é mesmo uma regra neopragmatista acerca

do jogo ou exercício compartilhado da racionalidade: cada interlocutor leva para sua compreensão e seu agir as vivências, crenças e experiências que acumulou e que constituem sua perspectiva ou seu olhar acerca de si mesmo e da realidade. Diferentes perspectivas e diferentes contextos podem levar a concepções divergentes acerca de um mesmo objeto. O que não significa que as demais perspectivas não tenham valor ou que não possam alegar suas razões e fazê-las valer. Em razão mesmo da intersubjetividade, que pressupõe a subjetividade dos interlocutores, é que Brandom retoma o conceito hegeliano de reconhecimento.

É fato que Hegel e Fichte conferiram ao reconhecimento uma dimensão inovadora no âmbito da Filosofia Prática. Até então, sob influência da lógica aristotélica, associavam-se a reconhecimento a concordância com um juízo e ou sua afirmação como verdadeiro. Deste modo, a afirmação ou a adesão ao conteúdo de um enunciado eram consideradas como reconhecimento e aceitação de seu conteúdo ou significado e, por correspondência, sua negação como rejeição ou repúdio de seu conteúdo. Presentes a linguagem, a liberdade e a autonomia individuais, bem como o Estado como entidade política juridicamente constituída, Fichte e Hegel se deram conta de que a subjetividade individual politizada a partir da Modernidade europeia era também algo construído social e intersubjetivamente. Ou seja, o indivíduo humano tornado cidadão de um Estado, em sua subjetividade individual e personalizada, não era algo pronto por ocasião de seu nascimento. Ele seria moldado pelas práticas sociais em que estava inserido. O que o cidadão se torna enquanto individualidade pessoal é resultado não apenas de sua ação sobre si mesmo, mas também de sua ação ao interagir com os demais humanos e da ação destes sobre ele. Ao agir ele se torna alguém, uma pessoa, e pode ser admitido e considerado como tal pelos demais. É

neste contexto que Hegel, diferentemente de Fichte, concebe o reconhecimento como categoria também da Filosofia Teórica e, sob este aspecto, igualmente fundamental para o pensamento e a construção do Direito. Reconhecimento, então, significa que o eu individual aflora à consciência subjetiva mediante um outro humano e sua ação. É, com efeito, através do outro e de sua ação que um humano, ao se dar conta de um outro humano como semelhante a ele enquanto agente racional e simultaneamente diferente dele enquanto outro indivíduo, se auto-identifica e se autoconscientiza relativamente a si mesmo como indivíduo. A inserção nas práticas sociais e no uso da linguagem, bem como o conhecimento dos problemas e conflitos daí resultantes, elevam o reconhecimento a elemento constitutivo da personalidade social (que pode ser ‘agente’ ou ‘ator’, ‘autor’ e eventualmente ‘autoridade’) e também do mundo à sua volta. O reconhecimento hegeliano vai, portanto, além do aspecto moral. Ele é concebido como constitutivo da individualidade pessoal e social, de seu caráter dinâmico, interativo e processual. O reconhecimento é a expressão da capacidade de agir sobre si mesmo, sobre os demais e sobre o próprio mundo. Ele é a *Tätigkeit* hegeliana ou a contemporânea *Agency* em ação, pela qual o indivíduo se torna uma pessoa determinada e como tal é posicionado pelos demais. Este elemento tem se mostrado central na necessária reconstrução do conceito de pessoa, concebida ainda hoje no Direito como “substância individual de natureza racional”.

É, no entanto, mais importante chamar atenção para outros pontos relevantes da tese ora publicada para uma reflexão simultaneamente filosófica e científica acerca do Direito na atualidade, sua Filosofia e sua Teoria.

Em primeiro lugar, Decat traz para a discussão brasileira sobre o Direito uma linha de pensamento pouco disseminada nos atuais currículos universitários brasileiros,

tanto do Direito quanto da Filosofia. Trata-se do Neopragmatismo, principalmente em sua vertente brandoniana. Em jogo está uma postura filosófica, simultaneamente teórica e prática, que privilegia o agir e as práticas sociais, na medida em que as concebe como regidas por uma normatividade racional implícita, cujas consequências e resultados podem ser avaliados intersubjetivamente e possibilitar o redirecionamento do agir intencional. O Neopragmatismo remonta inicialmente a Charles Peirce e a integrantes do *Metaphysical Club*, a John Dewey e a George Herbert Mead. Seu posterior desenvolvimento está associado principalmente a Wilfrid Sellars, Willard Van Orman Quine, Sidney Hook, C. I. Lewis, Nelson Goodman, entre outros.

Neste contexto, é importante ressaltar que Idealismo Alemão, Pragmatismo Clássico, Filosofia Analítica e Neopragmatismo, apesar das diferenças e discordâncias teóricas e práticas, continuamente estiveram em contato e se constituíram na medida em que se contrapunham entre si. Kant e Hegel eram conhecidos pelos primeiros pragmatistas norte-americanos através de alemães que emigraram para os Estados Unidos após a guerra civil e que passaram adiante seu interesse por Kant e Hegel. Nesta época circularam traduções de textos destes autores, e muitos ‘Kant clubs’ e ‘Hegel clubs’ surgiram. Deve-se lembrar que o hegelianismo teve também seu momento inglês no final do século dezenove. Novamente, após a primeira guerra mundial e quando o Atomismo Lógico foi sucedido pela Filosofia Analítica, importantes filósofos, alguns antes integrantes do Círculo de Viena, emigraram para os Estados Unidos. Entre outros, Carnap, Reichenbach, Feigl, Tarski e Hempel são os mais conhecidos. Explica-se, pois, que na primeira metade do século vinte Cambridge e Oxford, na Inglaterra, tenham se tornado os locais preferidos de filósofos norte-americanos para completar seus estudos com

G. Moore, Bertrand Russell, Gilbert Ryle, Peter Strawson e John Austin.

A partir da década de setenta do século passado ressurgiu o interesse pelo Idealismo Alemão nos Estados Unidos, graças ao intercâmbio de professores visitantes alemães e a novos rumos da pesquisa sobre Kant e Hegel. Entre estes professores e pesquisadores se destaca Dieter Henrich (Konstellationen, Stuttgart, 1991), cuja pesquisa desencadeia uma nova leitura de Hegel. Na Alemanha, por outro lado, o interesse pelo Pragmatismo se desenvolve. Apel e Habermas, por exemplo, se aproximam tanto da Filosofia Analítica como do Pragmatismo, além de serem professores visitantes em universidades norte-americanas. Karl-Otto Apel literalmente introduz Peirce e o Pragmatismo na Alemanha ao traduzir para o alemão dois volumes de textos do autor e escrever uma longa e reconhecida introdução ao desenvolvimento filosófico de Peirce. Importantes pragmatistas atuais de língua alemã são Hans Joas, Michael Quante, Pirmin Stekeler-Weithofer, Mathias Klatt, Michael Hampe, entre outros. Representantes do renovado interesse de estudiosos norte-americanos e canadenses atuais por Kant e por Hegel são Allen Wood, Frederick Beiser, Karl Ameriks, Terry Pinkard, Robert Pippin, Stephen Houlgate, Robert Stern, Michael Forster, Kenneth Westphal, John Burbidge, H. S. Harris, entre muitos outros.

O Pragmatismo, que fora suplantado pela Filosofia Analítica nos EUA, ressurgiu como Neopragmatismo quando o programa analítico se esgotou. O *New Pragmatism* deve assim muito ao próprio desenvolvimento da Filosofia Analítica, em especial a Donald Davidson, Richard Rorty, Hilary Putnam, Susan Haack para só mencionar alguns filósofos recentes. Robert B. Brandom é o neopragmatista catalizador maior do avanço em diferentes áreas do conhecimento, como Linguagem, Literatura, Política, Ética,

Direito, entre outras, na abordagem de seus respectivos objetos. Neste contexto, Robert Brandom conecta tanto a Filosofia Analítica com o Pragmatismo peirceano, como estas duas correntes de pensamento com Kant e Hegel. Brandom dá ainda um passo adiante ao assimilar e integrar em sua versão neopragmatista os avanços ocorridos na Lógica, na Linguística e nas Ciências Sociais antes mencionados, como demonstram suas publicações, principalmente *Making It Explicit: Reasoning, Representing & Discursive Commitment* (1998), *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism* (2001), *Tales of the Mighty Dead: Historical Essays in the Metaphysics of Intentionality* (2002) e *Between Saying & Doing: Towards An Analytic Pragmatism* (2008).

Como se vê, a colaboração trazida pela tese de De-  
cat para a construção continuada do Direito é grande  
para aqueles que, conscientes de seu papel de cidadãos e  
titulares de direitos e do próprio Estado Democrático de  
Direito, se dispõem a pensar por si mesmos exercendo a  
intersubjetividade.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 2014

Antônio Cota Marçal

Graduado em Filosofia pela UFMG e em Direito  
pela PUC/MG

Doutor em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe  
Universität de Frankfurt am Main

Professor dos Cursos de Graduação e Pós-  
Graduação  
em Direito da PUC/MG

## Introdução

### 1.1. PROBLEMATIZAÇÃO E ASPECTOS METODOLÓGICOS

A Teoria do Direito, desde que passou a reconhecer a legitimidade como dimensão relevante dessa ciência normativa, tem que se ocupar com questões de racionalidade e, mais precisamente, em extrair do direito como prática social elementos que expressem certos modelos de racionalidade para que possa reivindicar aceitabilidade racional.

No momento atual, o caráter pós-tradicional das sociedades modernas parece ter contribuído para a consolidação de duas alternativas no que diz respeito a estas questões. A primeira, típica dos teóricos positivistas, entende que o caráter pós-tradicional das sociedades contemporâneas exerce um efeito “libertador”, semelhante ao que se produziu em relação às demais ciências, tornando desnecessária a fundamentação racional do direito. Assim, a autocompreensão da ciência positivista do direito, em termos análogos ao funcionamento das ciências naturais na modernidade, exime os que desposam esta visão da obrigação de argumentar pela justificação do direito, ou seja, pela sua aceitabilidade racional.

A segunda alternativa consiste em buscar esta fundamentação numa racionalidade de tipo pós-metafísico para orientar o saber e o agir, ou seja, para o conhecimento

e para a ação que se realizam nas práticas sociais. Como exemplo desta abordagem, podem-se mencionar os esforços de Habermas no sentido de continuar o projeto de uma teoria crítica da sociedade por meio do desenvolvimento do conceito de racionalidade comunicativa e do entendimento mútuo de capacidades integradoras. Esta racionalidade consiste na justificabilidade e criticabilidade do saber subjacente e manifesto de atos de fala por meio do resgate discursivo de pretensões de validade<sup>1</sup> e dos compromissos implícitos que tornam isto possível. (HABERMAS, 2012, p. 17-91)

No entanto, o reconhecimento do direito como prática social num contexto pós-tradicional não permite o abandono completo das questões de legitimidade. Mesmo que se restrinjam a descrever e explicar seu objeto, como espera o positivismo jurídico, suas proposições científicas devem ser compatíveis com uma abordagem complementar de tipo sociológico. Tal abordagem deve dar conta de partir destas descrições em busca de uma racionalidade capaz de ser expressa por elas e de motivar a aceitação do direito em contextos pós-tradicionais, sob pena de estas proposições descritivas falarem de algo que não se pode relacionar com a prática social do direito, em outros termos, sob pena de se falar sobre algo que as pessoas que vivenciam o direito não reconhecem como tal.

---

<sup>1</sup> Os termos alemães *Geltung* e *Gültigkeit* serão utilizados neste trabalho igualmente como validade. Embora *Gültigkeit* refira-se à validade lógica formal e *Geltung* ao sancionamento social e à aceitabilidade racional de normas, práticas sociais ou intuições, a opção por empregar para ambos os termos a expressão “validade”, em detrimento da estratégia de utilizar como tradução do termo *Geltung* a palavra *validez* justifica-se por ter-se consolidado no campo jurídico o emprego da palavra validade para abranger ambos os sentidos. Para evitar ambiguidades, quando se empregar a palavra validade com o sentido de *gültigkeit* acrescer-se-á a ela o complemento “lógica”.

Diante disto, torna-se necessário investigar o tipo de racionalidade que uma abordagem sociológica que visasse complementar uma teoria positivista meramente descritiva seria capaz de reconhecer por trás das proposições da ciência positivista do direito. Na esteira de Habermas, pode-se reconhecer tal abordagem na explicação da legitimidade pela legalidade, conforme a sociologia do direito de Weber. Na ação racional visando a fins, de cunho instrumental e implícita às qualidades formais do direito, poder-se-ia identificar tal racionalidade. (HABERMAS, 1997, p. 193-203)

Apesar da grande relevância da obra de Habermas, de seu mérito em fundamentar a legitimidade do direito numa racionalidade prática de tipo discursivo e de seu sucesso em mostrar a relevância do direito democrático como mecanismo capaz de realizar a integração social em uma sociedade complexa – controlando o risco de sua colonização por diferenciações da racionalidade instrumental consolidadas em subsistemas sociais – a distinção entre racionalidade instrumental e comunicativa, amplamente empregada pelo autor, não esgota esta noção. Habermas o reconhece em função de uma crítica de Schnädelbach:

Que todos os proferimentos racionais possam, em princípio ser defendidos quando questionados, pode-se admitir; mas isto não quer dizer que aquilo a partir do que a argumentação se desenvolve deveria, ele mesmo, apresentar a forma da argumentação para ser considerado racional; racionalidade argumentativa ou discursiva (Habermas) é apenas um âmbito parcial. A fixação em um modelo fundacional da racionalidade a considerar irracional tudo o que não é inteiramente fundado sobre a argumentação e o discurso – e com isso o campo do irracional assumiria proporções gigantescas. Racional é também a faculdade da prova da realidade (Freud), de aprender por enganos e

erros (Popper), de solucionar problemas em contextos de ação retroacoplados (Gehlen), de escolher meios orientados a fins (M. Weber) – podem-se acrescentar vários outros modelos proeminentes; os que citei não se reduzem simplesmente ao esquema “fundamentação” ou “resgate discursivo de pretensões de validade”. (SCHNÄDELBACH *apud* HABERMAS, 2004, p. 99-100)

Diante destas considerações, duas interrogações complexas se impõem a este trabalho. Em primeiro lugar, será possível identificar uma concepção de racionalidade expressa nas teorias do direito de cunho positivista? Em segundo lugar, haverá também uma concepção de racionalidade, se não assumida, pelo menos compatível com a racionalidade comunicativa/discursiva habermasiana, que esteja igualmente expressa em outras teorias e em outras críticas centrais ao positivismo?

Neste ponto, acredita-se que o avanço da pesquisa pode ser obtido levando em consideração dois argumentos auxiliares do campo do pragmatismo filosófico que serão utilizados como referencial teórico da pesquisa. O primeiro deles pode ser extraído do livro *The collapse of the fact/value dichotomy*, de Hilary Putnam (2003). Putnam afirma que a raiz da dicotomia entre juízos de fato e juízos de valor – bem como a afirmação da irracionalidade destes – que está na base do positivismo, se encontra no conceito de racionalidade prática empirista de tipo humeano e na inflação empirista da distinção entre analítico e sintético em uma dicotomia.

O segundo pode ser extraído do livro *Tales of the mighty dead*, de Robert Brandom (2002) e consiste em empregar uma taxonomia de racionalidade em que as classificações finais encampam os avanços das anteriores e solucionam suas deficiências. Deste modo, reconhece nos últimos dois

modelos, tanto a explicação da insuficiência da racionalidade subjacente ao positivismo quanto a matriz comum de algumas das abordagens pós-positivistas mais relevantes. Estes modelos de racionalidade são o inferencialista e aquele que pode ser chamado de racionalidade como *história sistemática* ou de *racionalidade reconstrutiva* ou ainda *racionalidade expressiva*. Apesar de este modelo ser devido em grande parte a Hegel, Brandom o desenvolve a partir de uma leitura normativo-social e não sob a perspectiva metafísica das obras do filósofo alemão.

Com isto, pode-se formular finalmente o problema que direciona este trabalho: é possível afirmar que há uma racionalidade, compatível e abrangente em relação à racionalidade comunicativa habermasiana no seu papel fundamentador do Estado Democrático de Direito, mais pluralista em nível metafilosófico, dissociada de um nível tão alto de coação racional transcendental de cunho pragmático, manifesta na prática social do direito e cuja assunção pela teoria do direito tem levado a correções nas concepções positivistas da aplicação judicial de normas e à crítica do abandono da dimensão da legitimidade?

Têm-se como suposições críticas a nortear o desenvolvimento da presente pesquisa, as seguintes afirmações:

1) Há uma forma de racionalidade, denominada racionalidade expressiva ou histórico-reconstrutiva de inspiração hegeliana que resiste a uma deflação metafísica e que funciona em compatibilidade com racionalidades discursivas de tipo pragmático formal, tais como a comunicativa habermasiana e a dos comprometimentos e dos “estar autorizado” (*entitlements*) inferencialmente articulados como propõe Brandom (2002a).

2) Supõe-se também que esta racionalidade esteja operante em algumas das mais relevantes concepções pós-positivistas da teoria do direito e que se manifesta na própria prática social do direito.

3) Toma-se como pressuposto teórico aceito que o positivismo jurídico se compromete com o reconhecimento de apenas uma forma de racionalidade, a saber, a racionalidade instrumental, e que esta visão é determinante da dicotomia entre fato e valor que está em sua base. Considera-se que a crítica a esta dicotomia, feita pelas concepções pós-positivistas do direito, apoia-se na possibilidade aberta por modelos mais amplos de racionalidade que permitem tratar os valores de modo racional.

O trabalho desenvolvido mostra-se pertinente diante do exíguo número de estudos brasileiros que tratam da legitimidade e da aceitabilidade racional do direito de uma perspectiva não exclusivamente discursiva e pela leitura de teorias não positivistas do direito a partir de uma perspectiva filosófica pragmatista não instrumentalista que sugere.

A razão parcial disto está, sem dúvida, na relevância que a obra de Habermas, especialmente a sua teoria discursiva do direito e da democracia, amealhou para si em função da posse das mesmas características que ele atribui ao inferencialismo de Brandom: “[...] rara ligação de impulso especulativo e longo fôlego” (Habermas, 2004, p.135). Está, também, no fato dele ter conseguido elaborar uma concepção de racionalidade pós-metafísica, integrá-la a uma teoria crítica da sociedade e conceder nesta teoria um papel extremamente relevante ao direito na integração social, compatibilizando sua força e sua aceitabilidade racional em sociedades pós-tradicionais.

No entanto, parte desta predominância acadêmica decorre da falta de fôlego especulativo de outras abordagens, paralelas às de Habermas, que tratam da aceitabilidade racional do direito e não demonstram que este tratamento do direito emana de uma concepção mais ampla e supra-jurídica de racionalidade.

Neste contexto se encaixam as obras de Dworkin (2007) e de MacIntyre (1991), na medida em que já reco-

nhecem a justificação racional do direito e de uma tradição do conceito de justiça, respectivamente, como decorrentes da capacidade de reconstruir a sua história de modo a maximizar o seu sentido e projetar normas para o futuro. O que lhes falta, no entanto, é uma reflexão explícita sobre o conceito de racionalidade, que lhes permitiria conectar sua reflexão com outras concepções do direito ou de justiça e com as concepções de racionalidade que lhes subjazem.

É exatamente a possibilidade desta conjugação que a articulação explícita do modelo inferencial de racionalidade e da racionalidade histórico-expressiva levada a cabo por Brandom, inaugura.

Ademais, no campo do direito, pouco se refletiu sobre o modelo de racionalidade subjacente ao positivismo, pois sempre se discutiu e se criticou sua orientação metodológica. Mas esta orientação tem por trás de si certo compromisso com uma compreensão da racionalidade, como se pode mostrar numa reflexão a partir dos argumentos de Putnam (2003).

Neste sentido, o trabalho proposto se justifica pela realização destes dois escopos relativamente novos e dos frutos que se pode obter de sua combinação: compreender, em termos de racionalidade, a querela entre positivistas e pós-positivistas no direito, com a finalidade de aperfeiçoar modelos de fundamentação existentes e de ampliar o vigor de certas concepções pós-positivistas ao explicitar a racionalidade que lhes subjaz, possibilitando também sua integração interdisciplinar.

O trabalho dirige-se ainda à concretização de dois objetivos gerais. Primeiramente, visa compreender as relações entre as concepções de racionalidade identificadas ao longo da pesquisa e as concepções teóricas do direito que as expressam (no caso, positivistas e pós-positivistas) e, em que medida, as complementações, incompatibilidades

**E**ste livro discute o problema da integração racional dos valores nas teorias positivistas e pós-positivistas do Direito. Visa explicar como as concepções de racionalidade subjacentes às teorias do direito são determinantes do seu sucesso ou fracasso em lidar com a legitimidade. Empregando a classificação de modelos de racionalidade de Robert Brandom, o trabalho buscou demonstrar como a capacidade ou a incapacidade dos modelos empregados pelas diferentes teorias do Direito em propiciar tratamento racional dos valores é decisiva para o seu êxito ou desinteresse em disponibilizar razões convincentes para que os destinatários das normas jurídicas se sujeitem a elas. Argumenta-se que a racionalidade instrumental subjacente ao positivismo jurídico é, em grande medida, responsável pela sua incapacidade de tratar do valor e da dimensão da legitimidade do direito; e que a racionalidade histórico-expressiva subjacente à teoria do Direito como integridade manifesta-se na apresentação do direito como guiado por princípios morais implícitos à prática e, portanto, valoroso e legítimo.



**D' PLÁCIDO**  
EDITORA

[www.livrariadplacido.com.br](http://www.livrariadplacido.com.br)

ISBN 978-85-8425-051-6



9 788584 250516