

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 178
Abril/junho – 2008

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Decisões jurídicas e teoria lingüística

O prescritivismo universal de Richard Hare

Roberto Freitas Filho

Sumário

Introdução. 1. Breve informação sobre Richard Hare. 2. A linguagem prescritiva e as palavras de valor. 2.1. A natureza da Teoria. 2.2. Princípios formulados com palavras de valor. 3. Universalizabilidade. 4. Palavras funcionais. 5. Palavras descritivas e avaliatórias: distinções. 6. O significado. 6.1. Significado e palavras funcionais. 7. Relação entre significado avaliatório e descritivo. 8. Imperativos e lógica. 9. Princípios morais substantivos. 10. Lógica e dever de fundamentação das decisões. 11. Complexidade do silogismo. 12. Silogismo, segurança jurídica e previsibilidade. 13. Aplicabilidade da Teoria ao Direito. 14. Um exemplo. 15. A teoria aplicada aos tribunais. 16. Anotações finais.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo apresentar de forma sistematizada o Prescritivismo Universal, teoria moral proposta por Richard Hare, bem como justificar a sua aplicação ao discurso jurídico. A aplicação do Prescritivismo Universal permite a análise lógica dos argumentos utilizados pelos tribunais desde as perspectivas da identidade e da não-contradição, sendo um importante instrumento analítico para a apreciação das decisões em que são utilizados princípios e cláusulas gerais.

O Prescritivismo Universal não permite prescrever qualquer conteúdo eventualmente tido como correto das decisões, mas sim investigar se o requisito de coerência de

Roberto Freitas Filho é Professor de Direito - UniCEUB; Doutor - USP; Professor Visitante - Universidade de Wisconsin, Madison; Assessor Jurídico da Liderança do PSB no Senado Federal, Líder Senador Renato Casagrande.

sentido, empregado nos conceitos com os quais se fundamentam as decisões, é respeitado. É, portanto, um instrumento teórico poderoso para a análise de coerência das decisões sem uma preocupação com sua correção substantiva, na medida em que é constituído de dois conceitos formais: a universalizabilidade e a prescritividade.

1. Breve informação sobre Richard Hare

Richard Mervyn Hare foi um filósofo da moral que influenciou, com sua metaética¹, a teoria da linguagem na segunda metade do século XX. Em sua juventude, passou por uma experiência dramática na Segunda Guerra Mundial, fato que influenciou seu interesse pela moral: foi prisioneiro dos japoneses do ano de 1942 ao fim da guerra.

Hare foi declaradamente influenciado pela filosofia da linguagem de John Austin e pelo segundo Wittgenstein, bem como pela filosofia utilitarista e, ainda, pelas idéias de Kant. A influência do utilitarismo não conduziu Hare a aceitar o princípio da utilidade como fundamento das regras éticas, mas sim a reconhecer que o indivíduo faz considerações de ordem utilitarista ao produzir julgamentos éticos. Assim, uma de suas crenças centrais é a de que o indivíduo deve se imaginar na posição do outro.

¹ Sobre os conceitos relacionados à ética: "The field of ethics, also called moral philosophy, involves systematizing, defending, and recommending concepts of right and wrong behavior. Philosophers today usually divide ethical theories into three general subject areas: metaethics, normative ethics, and applied ethics. *Metaethics* investigates where our ethical principles come from, and what they mean. Are they merely social inventions? Do they involve more than expressions of our individual emotions? Metaethical answers to these questions focus on the issues of universal truths, the will of God, the role of reason in ethical judgments, and the meaning of ethical terms themselves. *Normative ethics* takes on a more practical task, which is to arrive at moral standards that regulate right and wrong conduct. This may involve articulating the good habits that we should acquire, the duties that we should follow, or the consequences of our behavior on others. Finally, *applied ethics*

Hare construiu uma teoria por ele próprio denominada "Prescritivismo Universal", segundo a qual as palavras morais, tais como "bom", "dever", "correto", têm duas propriedades lógico-semânticas: universalizabilidade e prescritividade. Em síntese, a propriedade da universalizabilidade é aquela segundo a qual um julgamento moral deverá ser expresso de forma que contenha um rol finito de termos universais. Segundo essa propriedade, um julgamento moral dá origem a uma *regra moral* (a qual Hare chama de "princípio"), ou seja, pode ser expresso dessa maneira. A propriedade da prescritividade é aquela segundo a qual os agentes morais devem realizar a conduta que eles consideram moralmente obrigatória quando estiverem física e psicologicamente aptos a assim agirem.

A influência kantiana em Hare é perceptível quando se aplicam a situações práticas as duas propriedades do discurso moral. Estabelecida uma regra expressa em termos universais, tal regra deve ser aceita e obedecida pelo indivíduo que a propõe. Se esse não está apto a agir conforme tal regra, então não se verifica um verdadeiro julgamento moral. Para que nos reconduzamos ao discurso moral, faz-se necessária a modificação do julgamento original, de forma que o comportamento descrito possa ser universalizável e aceito, inclusive, pelo agente que o propõe. Inspirado no imperativo categórico de Kant, o julgamento moral

involves examining specific controversial issues, such as abortion, infanticide, animal rights, environmental concerns, homosexuality, capital punishment, or nuclear war. By using the conceptual tools of metaethics and normative ethics, discussions in applied ethics try to resolve these controversial issues. The lines of distinction between metaethics, normative ethics, and applied ethics are often blurry. For example, the issue of abortion is an applied ethical topic since it involves a specific type of controversial behavior. But it also depends on more general normative principles, such as the right of self-rule and the right to life, which are litmus tests for determining the morality of that procedure. The issue also rests on metaethical issues such as, 'where do rights come from?' and 'what kind of beings have rights?'" FIESER, [200-].

correto é aquele que é preferível em todas as possíveis situações.

A combinação dos dois requisitos (universalizabilidade e prescritividade), e, portanto, a adoção do Prescritivismo Universal, conduz a um modo de consequencialismo denominado “utilitarismo de preferências”. Hare propõe que a teoria moral kantiana leva a um utilitarismo de preferências, na medida em que a adoção do imperativo categórico por um determinado agente conduz a prescrever um julgamento moral aceitável estando ele em qualquer posição envolvida na situação, devendo considerar as preferências de todos os envolvidos.

Embora influenciado por Kant, Hare difere dele ao propor que o agente deve universalizar suas prescrições considerando, porém, as consequências da sua ação. A especificidade das circunstâncias do caso real no qual o agente está envolvido deve, desta forma, ser considerada, bem como os resultados práticos da aplicação de um imperativo categórico. Contudo, Hare se afasta da visão kantiana, ao propor a universalizabilidade das nossas prescrições, inserindo o dever de consideração das circunstâncias específicas de aplicação da máxima.

2. A linguagem prescritiva e as palavras de valor

A teoria de Hare (2003, p. 8) é uma teoria ética, o que significa que é sobre os conceitos morais, tendo, entretanto, por base a natureza, o significado e as propriedades lógicas de tais conceitos. Não inclui nenhum conceito moral substantivo e, portanto, não propõe um conteúdo moral universal. É uma teoria que se contrapõe ao intuicionismo. Afirma, assim, que os significados das palavras morais são explicados em suas propriedades lógicas formais.

As principais propriedades das palavras morais são duas: serem prescritivas e universalizáveis. O fato de que o sentido das palavras morais é prescritivo revela que

seu uso serve para a reflexão sobre a ação humana, embora nem todas as prescrições tenham um sentido moral, já que algumas são ordens singulares, sem referência a um princípio geral. A propriedade da “universalizabilidade”, termo cunhado por Hare (2003, p. 8), é aquela segundo a qual “a pessoa que sinceramente dá a eles [proferimentos prescritivos] assentimento deve aplicá-los, não apenas a si mesma, mas a qualquer agente que esteja em situação precisamente igual à sua”.

Em sua primeira obra de grande repercussão, *A linguagem da moral*, propõe introduzir o leitor à ética, tendo como perspectiva o estudo lógico da linguagem da moral. A questão que nos interessa mais de perto entre as abordadas pelo autor é a explicação do funcionamento no chamado *modo imperativo*, que, segundo ele próprio, consiste na parte principal de seu argumento (HARE, 1996).

2.1. A natureza da teoria

No “Prescritivismo Universal”, a lógica que governa os enunciados morais é a lógica das prescrições morais. A teoria se enquadra no marco de uma teoria não-descritivista, na medida em que não busca o estudo da verdade de uma sentença com base na convergência de sentido da palavra com um objeto qualquer. A preocupação recai sobre a possibilidade de controle do discurso pela via da coerência na utilização dos significantes e a teoria é, portanto, não-descritivista racionalística (HARE, 1996, p. 67).

Para que se possa proceder a uma investigação sobre a moral, é necessária, como requisito prévio, a identificação das regras que governam a argumentação, ou seja, uma gramática que permita algum tipo de apreciação do discurso. Sua teoria ética é, portanto, uma teoria sobre o significado e propriedades lógicas das palavras morais (HARE, 1996; p. 74).

A linguagem prescritiva é, como já dito, aquela que tem como objetivo a indicação

da conduta humana devida, tendo em vista a existência de problemas sobre como agir. Os problemas relativos à decisão sobre a correção da ação humana têm como uma de suas características fundamentais o fato de serem prementes, inadiáveis. Assim, aquele que se vê na situação de agir tem de fazê-lo de forma inescusável. O modo imperativo é aplicado a tais situações.

Na linguagem prescritiva, há imperativos singulares e universais, bem como juízos de valor não-morais e morais. O modo imperativo é expresso na forma de comandos e tal característica aproxima, portanto, a linguagem da moral à linguagem jurídica. A adoção do Prescritivismo Universal torna possível proceder à análise dos comandos jurídicos distinguindo os tipos de comandos que podem ser aplicados de forma direta daqueles que devem necessariamente ser especificados antes que se proceda à aplicação ao modo dedutivo, o que será visto a seguir.

A diferença, esboçada por Hare (1996), no tocante aos tipos de sentenças dá-se entre uma “afirmação”, caracterizada por ser uma sentença indicativa simples², e um “comando”. A sentença indicativa é usada para dizer *como algo acontece*, e uma sentença imperativa é usada para dizer a alguém que *faça algo acontecer*.

Em relação à diferença entre linguagem indicativa e linguagem prescritiva, um ponto importante é que imperativos não podem ser reduzidos a indicativos, como se houvesse um sentido verdadeiro objetivamente comparável com o objeto ao qual se faz referência em uma prescrição. Assim, não somente as sentenças indicativas têm existência significativa, mas também as prescritivas, embora a função dos dois mo-

dos seja diversa em determinado discurso. Uma sentença prescritiva, ao determinar uma conduta, expressa um sentido interno e uma relação entre os sujeitos, o que resulta em que há uma distinção lógica entre os dois modos.

2.2. Princípios formulados com palavras de valor

Há princípios gerais que são formulados com palavras de valor as quais, se forem tratadas como auto-evidentes, podem gerar problemas lógicos. A importância desse ponto é fundamental para que se esclareça como, no âmbito do Direito, é possível decidir com aparência de fundamentação adequada sem que efetivamente assim se dê. Quando uma norma é formulada com uma palavra de valor, não é possível tratá-la como um conceito analítico. A transcrição do argumento de Hare (1996, p. 45) é elucidativa.

“Se o princípio geral advogado contém uma palavra de valor, pode-se fazê-lo parecer evidente por si mesmo, tratando-o como analítico, e então, quando a mesma palavra de valor aparece na premissa menor factual, pode ser tratado como se fosse descritivo. Por exemplo, poderíamos afirmar a auto-evidência (porque analítica) do princípio de que devemos cumprir nosso dever, e então poderíamos averiguar qual é nosso dever por meio de algum processo de descoberta de fatos (*e.g.*, consultando uma faculdade chamada senso de dever ou então vendo a que tipos de ato a palavra ‘dever’ é aplicada em nossa sociedade e depois denominando ‘deveres’ esses atos). Desse argumento, aparentemente, poderíamos chegar a uma conclusão, ‘Devo desempenhar um ato particular A’, e daí ao imperativo ‘Faça A’, simplesmente com base em duas premissas, ‘Uma pessoa deve cumprir seu dever’ e ‘A é meu dever’, a primeira das quais é auto-

² Hare (1996, p. 6-7, grifo nosso) evita a polêmica sobre a existência de sentenças afirmativas simples, com a mera assunção de sua possibilidade, mas ressalva no texto uma menção, não totalmente explícita, aos que defendem a impossibilidade de uma indicação pura: “Pela mesma razão empregarei a palavra ‘afirmação’ para abrigar tudo o que é expresso por sentenças indicativas típicas, *se é que tais existem*”.

evidente e a segunda factual. Mas isso é um equívoco. Se 'dever' é uma palavra de valor, então não podemos decidir o que é nosso dever meramente consultando o uso das palavras ou vendo se temos ou não determinada reação psicológica, mas apenas tomando uma decisão moral".

O reconhecimento de que a inserção de termos avaliatórios (ou termos com palavras de valor) em princípios gerais gera problemas de aplicação conduz a investigação de Hare no sentido de tentar demonstrar a possibilidade de uma racionalidade moral. A decisão moral (assim também a jurídica) deve, portanto, ser tomada com base na lógica e nos fatos. No Direito, isso implica dizer que aspectos relevantes relativos a fatos considerados importantes para o julgamento não podem ser desconsiderados nem distorcidos.

A análise das propriedades das palavras de valor é um elemento essencial para prescrever algo no âmbito da linguagem. As palavras de valor não são somente aquelas nas quais a função avaliativa é mais evidente, como "bom", "correto" e "dever", mas também há outras. Segundo Hare (1996, p. 85), "quase toda palavra de nossa língua pode ser usada ocasionalmente como palavra de valor (isto é, aprovar ou o contrário)".

As palavras de valor sempre expressam um juízo sobre algo sobre o que se está a falar. Quando se diz que algo é bom, a palavra "bom" é utilizada para expressar aprovação em relação a uma série de características que entendemos merecedoras de uma avaliação positiva³.

3. Universalizabilidade

Princípio do Prescritivismo Universal, a universalizabilidade garante que o argu-

³ Hare se opõe às teorias as quais chama de naturalistas, dizendo que elas deixam de fora o elemento prescritivo da linguagem dos juízos de valor e, dessa forma, acabam por derivar juízos de valor a partir de fatos.

mento seja coerente logicamente, independentemente do que quer que seja seu conteúdo substancial. É um erro lógico o emissor contradizer algo que acaba de ser anunciado por ele como um princípio⁴.

O que a tese da universalizabilidade professa é que não se pode fazer um juízo moral diferente para duas ações que se desenvolvam em contextos de similaridade em seus aspectos relevantes (HARE, 1963, p. 33). A universalizabilidade é, assim, um princípio lógico, não moral, já que não propõe nenhum conteúdo prescritivo relativo a uma ação moral.

O que permite a discussão sobre o conteúdo do princípio moral é a ideia de *preferências*. Em seu aspecto formal, a filosofia moral é uma parte da filosofia lógica. A solução para o problema da escolha do conteúdo das decisões a serem tomadas é o recurso à ideia de que as preferências das pessoas a serem afetadas pelas decisões morais do sujeito devem ser consideradas. Tais preferências têm caráter empírico, e não meramente conceitual ou crítico (HARE, 1981, p. 5).

A teoria de Hare (1981, p. 5) é situada, assim, em sua fase madura, no campo de uma metaética e também de uma ética normativa, na medida em que ele propõe um elemento substantivo de natureza utilitarista a ser introduzido, dando um passo além do que havia dito ter pretendido nas primeiras obras. Contudo, a contradição somente é possível de ser demonstrada por meio de um critério formal, tendo em vista que as pessoas utilizam a linguagem com um tipo de finalidade específica, que é indicar o comportamento correto a ser realizado. Hare (1981) preocupa-se, assim, com a coerência do discurso, dando elementos para a verificação das contradições

⁴ Assim afirmando, Hare tem de lidar com o problema do fanático que se coloca na posição de sofrer as conseqüências nefastas de um princípio que poderia ser tido pelo senso comum como ilógico. O termo "ilógico" aqui é utilizado no sentido vulgar, como o faz Neil MacCormick (2003) em *Legal Reasoning and Legal Theory*.

que porventura ocorram. Esse ponto é especialmente interessante, na medida em que sua teoria nos permite a apreciação da coerência do discurso daquele que julga e, ao julgar, determina como agir⁵.

Embora diga que sua teoria é em parte uma ética normativa, Hare (1981, p. 15) nega a possibilidade de verificação da correção de uma opinião moral. Assim, em termos de preferências pessoais, não há como julgar uma opinião individual, diferentemente dos princípios morais. É justamente por tal motivo que a idéia de controle de conteúdo substantivo das decisões jurídicas é algo bastante contestável.

O que se pode esperar de uma teoria crítica de natureza formal como o Prescritivismo Universal, na perspectiva de um resultado de possibilidade crítica substantiva, é a exposição da lógica dos conceitos morais e a partir daí a busca em mostrar como eles geram certas regras que conduzem à adoção de um determinado método de raciocínio moral normativo de natureza substantiva (HARE, 1981, p. 20). Parece, entretanto, que o ponto forte da teoria não é o seu conteúdo substantivo, mas seu aspecto formal, que permite a identificação de inconsistências no âmbito do discurso jurídico. O princípio da universalizabilidade desempenha um importante papel doador de sentido de justiça à teoria. Hare (1981) define a universalizabilidade e a prescritividade⁶ e ambas se relacionam com a idéia de isonomia. Assim, um juízo

⁵ A importância do contexto dialógico aparece de forma mais intensa em uma elaboração posterior do Prescritivismo Universal: "And since the language is mainly for communication between people, the speakers of a language will usually agree on how the words in it are to be taken. This agreement can be formalized after mutual discussion. But there is nothing to stop a particular speaker using a word in a different way from others in his community; provided that he makes this clear, no confusion will result" (HARE, 1981, p. 11).

⁶ We say something prescriptive if and only if, for some act *A*, some situation *S* and some person *P*, if *P* were to assent (orally) to what we say, and not, in *S*, do *A*, he logically must be assenting insincerely (HARE, 1981, p. 21).

proferido em um determinado caso deve ser aplicado em relação aos demais casos em que haja identidade de circunstâncias situacionais⁷.

O conceito da palavra "significado" é, como visto, problemático, já que a teoria não é descritivista. Assim, um importante esclarecimento sobre a teoria ética de Hare é o significado que atribui à palavra "significado". "Significado" deve ser entendido como incluindo o sentido e a referência a algum objeto.⁸ Assim, tanto as propriedades sintáticas quanto gramaticais afetam o significado das sentenças, que independem dos sentidos descritivos que ensejem verificações veritativas. O sentido das palavras de valor tem relação primordialmente com sua função lógica em uma dada sentença e o lugar da lógica na teoria ética será crucial, pois sem ela não pode haver raciocínio. É a lógica prescritiva que torna possível a racionalidade no pensamento moral e não são as condições de verdade substantiva dos enunciados morais. A proposta de uma moral universal com conteúdo mínimo está, aqui, portanto, afastada. Da mesma forma se dá com as decisões jurídicas, sendo impossível prescrever decisões corretas, no sentido empírico do termo.

4. *Palavras funcionais*

Além dos dois sentidos possíveis de utilização da linguagem, um descritivo e outro avaliativo, há também dois tipos de palavras, considerando-se a descrição de

⁷ Universalizability can be explained in various equivalent ways; it comes to this, that if we make different moral judgements about situations which we admit to be identical in their universal descriptive properties, we contradict ourselves. By 'different', I mean such that, if they were made about the same situation, they would be inconsistent with one another (HARE, 1981, p. 21)

⁸ O autor apóia-se em Austin (1997, p. 100): "Admittedly we can use 'meaning' also with reference to illocutionary force - 'He meant it as an order', &c. But I want to distinguish *force* and meaning in the sense in which meaning is equivalent to sense and reference, just as it has become essential to distinguish sense and reference".

seu objeto: palavras funcionais e palavras não-funcionais. As palavras funcionais comportam em sua descrição a referência a uma função que possuem.

A definição de o que são palavras funcionais é problemática, já que é possível que estejamos utilizando, por exemplo, a palavra "automóvel" em um contexto no qual o falante não esteja querendo significar um automóvel no sentido lexical, e assim, como a palavra é utilizada por um falante em particular, afeta o seu significado. De qualquer forma, um automóvel é definido como um veículo, um meio de transporte. Se a função do automóvel como um meio de transporte não é sabida, não é possível entender o que propriamente é um automóvel. Não é essa classificação de palavras que ocupa destaque no Prescritivismo Universal, mas aquelas cujo significado é dado pela função de avaliação, ainda que seu uso pressuponha que aquilo que é o objeto descrito possa o ser por meio de uma palavra funcional. Em outras palavras, se digo que um automóvel é bom, há uma pressuposição de que se saiba a finalidade do objeto descrito para que se faça uma afirmação de valor como essa.

5. Palavras descritivas e avaliatórias: distinções

Uma fonte de imprecisão na compreensão do pressuposto de que as palavras têm função avaliatória é o fato de que há similaridades entre o uso delas no sentido avaliatório e descritivo na linguagem. Isso ocorre, pois, às vezes, utilizam-se palavras de valor em sentido preponderantemente descritivo. Por exemplo, quando certos critérios avaliativos sobre o objeto são de conhecimento comum entre os falantes, e tal sentido é já bastante cristalizado, ou seja, estabilizado de forma bastante forte, é possível usar a palavra "bom" com um sentido descritivo. Um bom automóvel é um automóvel com algumas características conhecidas por sujeitos que se comunicam

e "um bom veículo" pode ser considerado por eles, mesmo que a intenção no uso da palavra seja apenas descritiva. Embora Hare faça essa ressalva, parece claro que, ainda que com intensidade menor do que em outras circunstâncias, a palavra "bom" acaba por carregar o sentido de recomendação. A questão aqui passa para o campo pragmático do uso da palavra.

Uma segunda similaridade é que podemos utilizar palavras de valor em um sentido descritivo da linguagem em que elas podem ser aplicadas aos contextos de aprendizado, por meio da exemplificação. Ao indicar, por exemplo, um determinado objeto de uma determinada coloração e seguir indicando outros de mesma coloração à qual se denomina uma cor "x", estaremos indicando o sentido descritivo da palavra "x". O mesmo pode ocorrer com uma palavra de valor que seja utilizada em um sentido descritivo.

Uma terceira similaridade entre as palavras descritivas e as palavras de valor é sumamente importante para os fins do presente argumento. Ela consiste no fato de que tanto palavras como "vermelho", por exemplo, que tem um sentido descritivo, quanto "bom", usada para descrever um "bom automóvel", podem ser imprecisas em seu uso. A polissemia (assim como a vagueza ou a imprecisão) não é uma característica que diferencie as palavras descritivas das palavras de valor (HARE, 1981, p. 123). O padrão para se determinar o que é a cor vermelha ou o que é um bom automóvel é normalmente impreciso. Tal fato é importante na medida em que uma das diferenças entre as normas casuísticas e as cláusulas gerais (normas fechadas e abertas, respectivamente, digo eu) apontada pela doutrina jurídica de forma recorrente é a vagueza ou imprecisão semântica dos textos normativos que as compõem. Tal afirmação não descreve adequadamente o aspecto mais importante para a diferenciação dos tipos normativos, já que em ambos a linguagem é polissêmica, vaga e imprecisa

sa. O que diferenciá as normas casuísticas das cláusulas gerais (ou as normas fechadas das normas abertas) é a função lógica das palavras que as compõem. A transcrição do autor é elucidativa:

“Certamente não é verdade que as palavras de valor se distingam das palavras descritivas porque são mais imprecisas, descritivamente, do que estas. Há exemplos imprecisos e rígidos de ambos os tipos de palavra. Palavras como ‘vermelho’ podem ser extremamente imprecisas, sem que se tornem avaliatórias, e expressões como ‘bom efluente de esgoto’ podem ser o objeto de critérios bastante rígidos sem, de modo algum, deixar de ser avaliatórios” (HARE, 1981, p. 124).

A chave para a compreensão da função lógica das palavras de valor está na dissociação dos seus sentidos descritivo e avaliatório. O significado avaliatório das palavras de valor sempre será mantido, seja qual for o objeto da avaliação, sendo que o significado descritivo da palavra poderá variar dependendo do objeto sobre o qual se refere. Assim, um bom automóvel, um bom livro, um bom relógio são sempre objetos sobre os quais estamos (todos nós, que utilizamos a linguagem) a falar, dando-lhes aprovação, proferindo um juízo positivo. Evidentemente, quando falamos sobre um automóvel, um livro ou um relógio, o que consideramos critérios para a avaliação diferirá para cada objeto. Da mesma forma, quando avaliamos – para tomar um exemplo de texto normativo jurídico – se há “onerosidade excessiva”, haverá em cada caso específico, dependendo de que tipo de relação jurídica se analisa, uma série de critérios para determinar o sentido descritivo da expressão, embora o sentido avaliatório esteja mantido. Dizer que há onerosidade excessiva significa avaliar negativamente uma situação em face de um equilíbrio desejado. Entretanto, do ponto de vista descritivo, o que é excessivamente

oneroso, por exemplo, em um contrato de compra e venda de um medicamento de uso contínuo será avaliado segundo certos critérios, enquanto, em um contrato de *leasing* de veículo, a mesma questão será avaliada segundo outros critérios.

O aspecto central da possibilidade de apreciação da coerência das decisões jurídicas é que as sentenças sintéticas não são analisáveis por meio da contradição dos seus termos, mas pela utilização dos vocábulos pela comunidade que as profere. É possível descobrir se uma afirmação sintética está correta analisando o uso da língua, e as definições lexicais são, em certo sentido, arbitrárias, no sentido de que não se pode fundamentar racionalmente por dedução de algo que lhes dê fundamento. Usar uma série de critérios para determinar, para continuarmos no exemplo dado, o que é “excessivamente oneroso” e explicitá-los é uma condição precedente à análise lógica das decisões. Se houver um déficit de explicitação dos elementos descritivos dos termos e expressões que compõem a norma aplicada, a possibilidade de apreciação lógica relativa a decisões proferidas fica prejudicada, ou mesmo obstada.

Assim como no discurso moral, no Direito, quem julga sempre o faz em primeira pessoa, segundo critérios tomados sob a perspectiva do julgador. A diferença entre as palavras de valor em contextos não morais e contextos morais é que nestes é possível ao sujeito colocar-se na posição daquele que tem uma ação a ser avaliada. Quando algum objeto, por exemplo, uma bola de futebol, recebe o adjetivo “boa”, como uma “boa bola de futebol”, colocar-se no lugar da bola não faria sentido. Entretanto, ao dizer que Fulano é um “bom árbitro de futebol”, é possível ter o sentimento de empatia que indica a possibilidade de colocar-se em seu lugar, ainda que potencialmente. Um juízo de valor moral é algo que comove (no sentido de mover em comunhão), já que aquele que profere o juízo pode se colocar no lugar do homem sobre quem se

fala⁹. Assim, no Direito, ao empregarmos palavras de valor, estamos aprovando ou desaprovando pessoas ou condutas de pessoas (HARE, 1996, p. 149).

6. O significado

O problema do “significado” das palavras está ligado à idéia de que elas são utilizadas segundo algumas regras e, portanto, o tipo do significado é determinado pelo tipo de regras que regulam o seu uso. Hare (1963) reconhece o caráter de “textura aberta” das palavras e seu caráter polissêmico, o que torna especialmente complexo a aplicação das normas. São as regras de utilização das palavras que dão consistência ao seu uso prático, o que permite inteligibilidade entre os falantes (HARE, 1963, p. 5). Seu problema, entretanto, não é esse, já que a questão que investiga não é relativa à polissemia da linguagem natural, mas diz respeito à diferença relativa à função lógica das palavras em um proferimento.

A investigação sobre a distinção entre as diferentes funções das palavras leva Hare a propor que as palavras que possuem significado descritivo podem ser apreciadas, quanto à sua correta utilização, por meio da relação existente entre a sua *referência* a um determinado objeto e o tipo do objeto referido, tendo em vista o uso corrente pelo falante. A verificação da correção do uso de uma palavra pressupõe a assunção de que o falante esteja falando a verdade (ou agindo com essa disposição)¹⁰.

⁹ Uma questão intrigante é a do problema que surgirá quando houver inteligência artificial capaz de desenvolver a habilidade do julgamento. Haveremos de decidir, então, sobre a possibilidade de julgar uma máquina que “decidiu agir” de uma determinada forma. Situação exemplar ocorre no filme *2001 - Uma odisséia no espaço*, clássico do diretor Stanley Kubrick, de 1968, no qual há um computador inteligente, HAL 9000, que toma uma decisão tendo em vista dois “princípios” potencialmente conflitantes: manter o curso da missão até seu objetivo e, por outro lado, não causar mal aos humanos que tripulavam a nave.

¹⁰ A idéia de que “falantes estão a falar a verdade” é, nesse sentido, um princípio que constitui a comunicação humana. A idéia da “verdade” como um

Há tipos diferentes de palavras, que devem ser utilizadas segundo diferentes tipos de regras. As cores, por exemplo, não possuem uma definição descritiva no sentido de que os objetos tenham determinadas características físicas que possam ser descritas, mas o uso de uma palavra que signifique uma cor pode ser apreciado por sua referência à cor da qual se fala. Dessa forma, há características que distinguem diferentes tipos de palavras e sua utilização será correta ou não dependendo da referência de tal palavra a qual objeto, relação essa que se estabelece pelo uso – seja léxico, no jargão, na gíria, etc. – e pelo contexto de sua utilização.

Os juízos que fazemos sobre as coisas podem ser de natureza descritiva e os predicados em tal juízo serão descritivos, sendo o modo indicativo (HARE, 1963, p. 10). Assim como os juízos morais, os juízos descritivos têm como característica serem universalizáveis. Há uma característica lógica comum das afirmações tanto morais quanto factuais: se alguém diz que um determinado objeto é de cor azul, outro objeto que possua a mesma característica do anterior, no aspecto relevante “coloração”, deverá ser chamado de azul, em respeito à coerência no uso da linguagem. Todas as coisas que forem de tal cor deverão, em nome da coerência lógica e da não-contradição, merecer universalmente a mesma qualificação.¹¹

Nas palavras cujo significado é descritivo, o conceito de *similaridade* é importante. Assim, objetos que possuem similaridades relevantes entre si, em certos aspectos,

princípio constitutivo da linguagem tem, no direito, repercussão no princípio da boa-fé, segundo o qual se entende que a atuação dos sujeitos deve se dar de forma verdadeira, transparente, sincera etc.

¹¹ Hare (1963, p. 12) faz referência ao compromisso futuro do falante com a utilização da palavra: “... any singular descriptive judgement is universalizable: viz. in the sense that it commits the speaker to the further proposition that anything exactly like the subject of the first judgement, or like it in the relevant respects, possesses the property attributed to it in the first judgement”.

serão designados da mesma forma. A dificuldade reside na escolha dos aspectos de similaridade relevantes entre dois objetos e a solução para tal problema está, segundo Hare (1963), em esclarecer em qual sentido o falante está utilizando o termo. Falar sobre o aspecto coloração de um determinado objeto significa falar da impressão que nos causa à visão e, conseqüentemente, os demais objetos que nos causem tal impressão deverão ser chamados pelo mesmo termo antes utilizado. Segundo Hare (1963), nas palavras descritivas, a denominação do objeto é puramente convencional,¹² já que o sentido de tais palavras é relativo a uma convenção sobre circunstâncias situacionais.

6.1 Significado e palavras funcionais

Os diferentes tipos de palavras não têm as mesmas funções significativas. Há palavras que têm como significado a descrição de um objeto e as palavras de valor, como visto, são usadas para outro fim.

Tornando a utilizar o conceito de “palavras funcionais”, pode-se ilustrar a necessidade de explicitação dos critérios de avaliação. Uma palavra é uma palavra funcional se, para explicar seu significado

¹² No caso das onomatopéias, põe-se a interessante questão de que tal não seja uma mera convenção, mas tenha relação com uma característica física do objeto descrito e, portanto, tenha algo a ver com a descrição de uma essência. “Difícilmente se encontrará outro aspecto da semântica que tenha despertado tanto interesse como a onomatopéia. A vasta literatura a este respeito vai desde as caprichosas fantasias sobre a cor dos sons da fala até às experiências realizadas em condições laboratoriais”. ULLMANN (1978, p. 178). Segundo o autor, as onomatopéias têm os seguintes pontos de interesse semântico: 1) há semelhança intrínseca entre o nome e o sentido, de tal forma que as onomatopéias são semelhantes em diversas línguas; 2) a motivação fonética se dá na condição da existência entre nome e sentido. Os sons se ajustam ao significado do objeto; 3) mesmo quando o som é adequado à expressão do significado, a onomatopéia entrará em jogo se o contexto lhe for favorável; 4) a palavra é onomatopáica se é *sentida* como tal. Sobre a busca de motivação fonética para a relação entre a palavra e o sentido do objeto, diz o autor: “Essa busca de motivação estendeu-se mesmo até à palavra escrita.

de forma completa, temos de dizer *para que* serve o objeto a que se refere, ou o que se espera que ele faça (HARE, 1963, p. 107). Aí está introduzida a idéia de uma finalidade como critério funcional da palavra, ou seja, saber o que algo é tem a ver com saber para que esse algo serve. O problema é que, ao definir uma palavra descritiva sem a inclusão de sua finalidade, é possível que aspectos importantes para a correta avaliação de uma situação que a envolva sejam omitidos. Tome-se o exemplo de uma broca¹³, instrumento que serve para fazer buracos nas paredes. Dizer que uma determinada broca é uma “boa broca” pressupõe revelar o critério finalístico com base no qual é feita a avaliação¹⁴.

A dificuldade fica ainda mais presente quando o valor positivo de um objeto é identificado com a eficiência de sua função. A avaliação sobre uma determinada broca ser boa ou não dependeria não somente de abrir buracos, mas, por exemplo, de abrir buracos bem delineados, não machucar o utente, etc.

A questão importante para os efeitos do presente argumento é que não há nenhuma propriedade que seja identificável *a priori* como sendo partilhada por todas as classes de objetos que permita julgá-los como ins-

Alguns escritores dizem sentir uma analogia entre o significado de certas palavras e a sua forma visual. O poeta Lecomte de Lisle disse uma vez que se a palavra francesa para a idéia de ‘pavão’ *paon* (pronunciada *pã*) se viesse a escrever sem o *o*, não veria mais a ave abrindo a cauda. Indo talvez mais longe, Paul Claudel descobre nos dois *tt* da palavra francesa *toit* ‘telhado’ as duas empenas de uma casa, e apercebe-se da caldeira e das rodas na palavra *locomotive* ‘locomotiva’. Essas extravagâncias parecem remontar a uma forma primitiva de escrita em que os símbolos visuais eram diretamente representativos das coisas que designavam e ainda não estavam subordinados à palavra falada” (ULLMANN, 1978, p. 190).

¹³ Fiz uso do exemplo do autor.

¹⁴ Segundo Hare (1963, p. 108), “se definimos ‘broca’ de tal forma que essa premissa maior seja analítica, incluindo então a palavra ‘broca’ na conclusão ‘Esta não é uma boa broca’, tornamos esta conclusão derivável apenas da premissa menor indicativa, ‘Esta broca não abre buracos’”.

trumentalmente bons. Assim, somente com os elementos do “caso concreto” é que se pode proceder a uma avaliação completa do objeto.

A determinação dos critérios de avaliação de um objeto é que permitirá a formulação de um juízo que pode ser universalizado. Assim, se alguém afirma que um relógio é uma caixa metálica com engrenagens e ponteiros que giram em determinada cadência, não será possível dizer se um relógio é um bom relógio, já que não está sendo fornecido nenhum critério de utilidade¹⁵. Por outro lado, se alguém afirma que um relógio é um aparelho que permite saber os determinados momentos de um dia com precisão, posso ajuizar que um bom relógio é o que cumpre a sua finalidade. É possível, ainda, refinar os critérios e dizer que o relógio não deve parar, não deve atrasar nem adiantar, deve durar um período razoável em funcionamento etc. Um bom relógio é o que tem tais características e, dessa forma, qualquer relógio que preencha as características de um bom relógio será assim considerado.

7. Relação entre significado avaliatório e descritivo

É certo que é possível aprender novos padrões descritivos para avaliar o que é *bom* (ou *excessivamente oneroso*) em um caso diferenciado ou, ainda, refinar o rol de critérios para a avaliação de casos semelhantes a outros que já ocorreram anteriormente, mas a função de avaliação continua a mesma¹⁶. O significado avaliatório é, assim, primário em relação ao significado descritivo tanto pela permanência daquele em relação a este quanto pelo fato de que é possível usar a força avaliatória da palavra *modificar* o sig-

nificado descritivo em qualquer classe de objetos (HARE, 1996, p. 127). Os critérios para determinar o que é *bom* podem ser alterados sem que o sentido da palavra avaliatória se altere. Não se está redefinindo a palavra *bom* quando se estabelece uma alteração no padrão de avaliação, pois *bom* não é uma palavra com a qual somente se *descreva* um conjunto de atributos. Sua função é permitir a formação e explicitação de um juízo.

O significado descritivo das palavras de valor é, portanto, variável, na medida em que os critérios ou padrões de julgamento das situações podem variar, mas sua *característica avaliatória* não. Há, de certa forma, uma relatividade da linguagem da moral no que tange ao seu conteúdo, mas não em relação à sua função, já que esta é condição de um pensamento coerente e, portanto, significativo. Discordar desse fato é colocar em dúvida a função mais fundamental da linguagem que é a de transmitir significados. Hare (2003, p. 44) chega a dizer que “é a existência de palavras valorativas gerais compartilhadas, como ‘dever’, que torna possível uma discussão pacífica entre culturas”.

Os juízos descritivos e os juízos morais são, ambos no mesmo sentido, universalizáveis (HARE, 1963, p. 15). Com os juízos morais ocorre que, ao usar uma palavra com sentido descritivo para um objeto em uma situação sobre a qual se profere o juízo, há o comprometimento lógico pelo falante com o mesmo juízo a ser aplicado a outros casos nos quais estejam presentes os mesmos aspectos situacionais relevantes, sendo tais aspectos também expressos descritivamente. Significa dizer que, se há a utilização de um determinado sentido descritivo para uma situação *x*, outras situações em que estejam presentes os mesmos aspectos relevantes deverão também ensejar o mesmo juízo. O que impõe o dever de coerência é o sentido descritivo dos fatos a partir do qual se estabeleceu o sentido prescritivo do juízo. Assim, é a partir do conceito de palavra

¹⁵ MacCormick (2003, p. 22) dá o exemplo do relógio mencionando passagem de “As viagens de Gulliver”.

¹⁶ A utilização de padrões decisórios na aprendizagem se evidencia no direito na idéia de segurança jurídica, entendida como conhecimento do sentido normativo de um determinado dispositivo.

descritiva que se verifica a característica de universalizabilidade da teoria¹⁷.

Seguindo o mesmo raciocínio, uma instrução moral (ou jurídica) é diferente de uma instrução verbal descritiva. Dizer que algo é certo ou errado, que é bom ou mal, é, em alguma medida, prescrever (positivamente ou negativamente) o que se está a afirmar. A prescrição é sempre sintética, embora sua fundamentação seja analítica devido a seus termos descritivos¹⁸.

A palavra de valor tem, portanto, um sentido de recomendação moral e faz parte de seu sentido a idéia de recomendação. Sendo assim, há um sentido avaliatório que é constante, mas o sentido descritivo pode ser modificado, dada a alteração das circunstâncias que envolvem o juízo. Quando o sentido descritivo de uma palavra de valor precisa ser mudado, ou seja, quando o critério de avaliação tem de ser alterado, o sentido prescritivo permanece e alteram-se as condições para que se chame algo, por exemplo, de “bom”, tal como um “bom homem” (ou “honesto”, “corajoso”, etc)¹⁹.

Uma palavra que permite a identificação claramente prescritiva do sentido avaliatório é “dever”. Os juízos expressos com a palavra “deve” são prescritivos e requerem, se houver concordância com eles,

que a ação seja realizada em conformidade com os mesmos pelo próprio agente que concorda. Os atos de fala constativos, por sua vez, somente podem ser apreciados por meio das categorias de verdadeiro ou falso, o que leva aquele a quem são dirigidos a acreditar ou não no que é dito. Os critérios sobre os quais se baseia um juízo prescritivo são juízos constativos, ou seja, referem-se a alguma coisa a respeito da conduta que se tem de tomar²⁰.

Há uma diferença importante entre as duas espécies de atos de fala, o descritivo e o prescritivo (ou avaliatório). Enunciados morais têm um elemento em seu significado que proferimentos descritivos não têm, qual seja o *elemento valorativo*. Dizer algo objetivo sobre um fenômeno físico-molecular não é a mesma coisa que dizer algo sobre um fato institucional humano que dependa de uma avaliação moral (SEARLE, 1995). Assim, dizer que “a bola é branca” não é a mesma coisa que dizer que “fulano é um bom advogado” ou ainda que em determinada relação jurídica há uma “quebra de proporcionalidade” ou uma “onerossidade excessiva”. É nessa medida que a importância dos conceitos da teoria é revelada. Por meio deles é possível compreender as diferentes funções das palavras contidas

¹⁷ “It is impossible consistently to maintain that moral judgements are descriptive, and they are not universalizable. To put the matter even more starkly: a philosopher who rejects universalizability is committed to the view that moral judgments have no descriptive meaning at all” (HARE, 1963, p. 17).

¹⁸ “... it is not mere verbal instruction that we are giving, but something more: *moral* instruction. In learning that, of all kinds of man, *this* can be called good, our hearer will be learning something synthetic, a moral principle. It will be synthetic because of the added prescriptiveness of the word ‘good’; in learning it, he will be learning, not merely to use a word in a certain way, but to commend, or prescribe for imitation, a certain kind of man. A man who whole-heartedly accepts such a rule is likely to *live*, not merely *talk*, differently from one who does not. Our descriptive meaning-rule has thus turned into a synthetic moral principle” (HARE, 1963, p. 23).

¹⁹ Há expressões prescritivas que não são avaliatórias, pois não carregam significado descritivo. Por exemplo: “Alto!” (HARE, 1963, p. 26).

²⁰ Proferimentos prescritivos (ou “imperações”, como propõe Hare) podem não ter nenhuma relação de causa imediata a partir da qual se justifiquem. O exemplo dado é o de um sargento que, ao querer verificar a obediência de seu subordinado, diz-lhe: “Direita volver!”. No caso do uso da palavra “dever”, o proferimento é de outra natureza. Seu uso implica uma razão que justifique a ação. Poder-se-ia objetar ao exemplo do sargento de que existe uma razão para a sua fala, que seria testar a obediência do subordinado. Entretanto, o que se pretende argumentar é que não há uma razão para que ele tenha determinado que a ação se desse daquela forma em específico. Nada obstaria que o conteúdo da fala fosse: “Esquerda volver!” ou então: “Soldado, sentido!”. No caso dos proferimentos imperativos que expressam juízos morais ou jurídicos, a determinação de uma ação de uma forma específica deve ser acompanhada de razões que a justifiquem. A discricionariedade nas decisões jurídicas é absolutamente residual e não lhe caracteriza como um tipo de discurso.

em um texto jurídico normativo (portanto, prescritivo).

8. Imperativos e lógica

Com o fim de caracterizar a diferença entre os imperativos e os indicativos, Hare (1996, p. 21) utiliza os conceitos de “frástica” e “nêustica”. A distinção conceitual está relacionada com a diferença, em determinada sentença, entre o conteúdo do discurso e a relação estabelecida entre os sujeitos. Frástica é a parte da sentença que compõe o seu sentido lingüístico e nêustica é a parte da sentença que lhe dá o caráter relacional, pragmático²¹. É no plano da nêustica que se estabelece a diferença entre afirmações e comandos, na medida em que é no âmbito da relação que se estabelece a função do discurso; prescritivo ou descritivo.

Hare (1996, p. 26) observa que há uma bivalência nas possibilidades lógicas de frases expressas por comandos e a ausência de decisão, dessa forma, está fora das possibilidades de valência discursiva imperativa. Quem, no âmbito de um discurso imperativo, diz algo sempre afirma ou infirma algo. De forma análoga, a aplicação de tal conceito ao Direito nos conduz ao princípio da proibição do *non liquet*. A decisão (que é, portanto, uma forma de discurso imperativo) não pode deixar de ser expressa na forma “faça algo” ou “não faça algo”, não havendo decisão que se expresse na forma “faça ou não faça algo”²².

²¹ Esse tipo de distinção foi difundido, entre nós, por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2006), em seu livro *Teoria da Norma Jurídica*, no qual propõe análise da norma jurídica do ponto de vista pragmático. Ferraz Júnior constrói seu argumento com declarado amparo em Watzlawick, Beavin e Jackson (1997).

²² Evidentemente aqui se trata do caso de determinação de uma conduta adequada, na qual não há apenas a declaração judicial de uma faculdade de agir. O exemplo não serviria caso se considerasse uma sentença declaratória da existência de um direito, a partir do qual alguém é capaz de agir de mais de uma forma. Nesse caso, haveria um falso problema prático a resolver, posto que não se trataria da decisão sobre como realizar uma ação efetiva, mas sim sobre a possibilidade hipotética de se realizarem ações.

A teoria lida com a lógica formal e seus princípios aplicados à linguagem. Dessa forma, uma de suas preocupações é evidenciar o dever de coerência advindo do princípio da não-contradição. Em havendo sempre a possibilidade de os comandos serem expressos de forma contraditória, para que a contradição seja evitada, é necessário que sejam observadas determinadas regras lógicas. Assim,

“No caso de algumas expressões – as chamadas palavras lógicas –, essas regras são aquilo que dá às expressões todo o significado que elas têm. Assim, saber o significado da palavra ‘todos’ é saber que não se pode, sem autocontradição, dizer certas coisas, como, por exemplo, ‘Todos os homens são mortais e Sócrates é um homem, mas Sócrates não é mortal’” (HARE, 1996, p. 26).

Há, dessa forma, uma implicação necessária em se estabelecer um sentido específico a uma palavra e empregá-la num contexto discursivo. Se não fosse assim, não haveria possibilidade de comunicação entre os homens. A lógica é, nesse sentido, condição de possibilidade de comunicabilidade e coerência semântica. Uma importante consequência dessa constatação é que a nossa linguagem pressupõe o uso de sentenças universais (porque aplicadas de forma coerente, dadas as mesmas condições semânticas) no modo imperativo, tendo a sentença o sentido de um comando.

A lógica das sentenças imperativas, dessa forma, é passível de ser estudada com segurança, uma vez estabelecida a regra da universalidade semântica. Assim, a utilização de palavras em um mesmo sentido implica a determinação das mesmas conclusões, por uma imposição lógica de não-contradição.

Questão importante para a compreensão das regras lógicas do raciocínio prático é sua aplicação ao processo de dedução silogística, o que será abordado em maior detalhe em tópico superveniente. Em um

silogismo jurídico, a premissa maior será uma sentença cuja nêustica é a de um comando, enquanto a da premissa menor é a de uma afirmação fática, sendo que a conclusão é novamente um comando.

As regras para o funcionamento coerente do silogismo²³ são as seguintes:

(1) Nenhuma conclusão indicativa pode ser extraída validamente de um conjunto de premissas que não possa ser extraído validamente apenas dos indicativos entre elas;

(2) Nenhuma conclusão imperativa pode ser extraída validamente de um conjunto de premissas que não contenha pelo menos um imperativo.²⁴

As regras acima, notadamente a segunda, produzem como resultado o fato que, se um juízo moral serve para a orientação de escolhas, nenhum juízo moral pode se expressar por uma afirmação de fato.²⁵ Trazida para o campo do Direito, a afirmação leva à conclusão de que decisões não são atos de mero conhecimento, mas opções de valor.

9. Princípios morais substantivos

Os significados descritivos dos juízos morais são dados não somente pela regra de significado dos termos descritivos, mas pelos princípios morais substantivos (HARE, 1963, p. 30), embora Hare sustente que sua teoria moral não é substancial, mas sim lógica, e reafirme que os critérios de um juízo moral se modificam historicamente e de sociedade para sociedade (HARE, 2003, p. 44, 48). Aqui aparece a crítica a Kant por conta da rigidez moral de sua teoria, já que

²³ Sobre o silogismo jurídico, ver, exemplarmente, Karl English (2001), especialmente o capítulo 3. E Neil McCormick (2005b). *Rhetoric and the rule of law - a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, capítulo 3.

²⁴ Hare (1996, p. 30) faz, entretanto, uma ressalva, a dos “imperativos hipotéticos”.

²⁵ As regras, e especificamente a segunda delas, identificam-se com a conhecida assertiva de Hume de que não se pode deduzir uma proposição de “dever ser” a partir de proposições do “ser”.

este considera os princípios simples como os guias da ação, com o recurso direto ao imperativo categórico²⁶. A preocupação é endereçada às conseqüências de uma determinada ação, o que fará com que o autor tenha que aperfeiçoar sua teoria para dar conta não somente de propor uma forma de solução de problemas práticos considerando as conseqüências da ação, mas também com relação ao fundamento da decisão que resulta na não inaplicabilidade de um princípio geral no seu sentido *prima facie*.

É interessante verificar que Hare (2003, p. 51) se esforça em aproximar Kant da doutrina utilitarista devido ao argumento de que a universalização de uma máxima passa pela consideração da vontade alheia, o que dá peso igual às vontades de todos os afetados pelas ações de um determinado indivíduo. Assim, o problema da justiça é resolvido escolhendo-se a prescrição moral que realiza maximamente a satisfação das vontades, devendo-se tratá-las com imparcialidade e de acordo com sua força. Assim, a despeito de possíveis discordâncias, o autor entende que as idéias de Kant podem ser entendidas como uma espécie de utilitarismo de vontade racional.

10. Lógica e dever de fundamentação das decisões

O Prescritivismo Universal, como dito, é uma teoria *lógica* e não uma teoria moral substantiva, já que considera somente o significado das palavras. É fato que os juízos morais são motivados e racionalmente fundamentados, e daí segue que tais motivos expressam os fatos situacionais e fornecem os critérios pelos quais ocorre a avaliação do caso. Transposto o conceito para o Direito, tem-se que o dever de fundamentação pública das decisões é o que permite a explicitação dos critérios e também permite

²⁶ O conhecido imperativo categórico kantiano é descrito como: “age só segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2003, p. 51).

a crítica racional. A falta da apresentação de critérios e de explicitação dos fatos leva ao reconhecimento da irracionalidade da decisão.

Se fatos são qualificados de uma determinada maneira em um dado juízo, não é razoável que seja estabelecido um juízo oposto em situação semelhante se não for observada nenhuma diferença relevante que mude o contexto situacional. E essa é a característica de *universalizabilidade* dos juízos normativos (HARE, 2003, p. 34). Nessa medida, o critério lógico de verificabilidade aplicável ao juízo moral não é a dicotomia “verdadeiro/falso”, mas sim a idéia de inconsistência. No âmbito do conteúdo (frástico) das imperações, pode-se verificar uma inconsistência se o sentido é diverso daquele determinado por uma máxima.

Nesse ponto, Hare critica Austin (1997), quando este diz que somente os atos locutórios têm significado. Austin distingue três tipos de atos de fala: os locutórios, os ilocutórios e os perlocutórios. Hare (1996, p. 36-37) entende que tanto os atos locutórios quanto os ilocutórios são significantes e, portanto, submetem-se às regras da lógica. Os atos perlocutórios não são da mesma natureza, pois os efeitos de um determinado ato de fala não são controlados e, portanto, eles não fazem parte do significado das palavras em um determinado proferimento. Em outras palavras, uma imperação (proferimento imperativo) não pode ser caracterizada como tal por meio da intenção de quem fala, mas somente pelas palavras utilizadas no proferimento, ainda que para tanto se tenha de considerar sentido implícito no discurso. Um exemplo é o de uma patroa que diz a sua criada: “A mesa está empoeirada”. Somente esse proferimento não permite que se identifique o mesmo como uma imperação, a não ser que consideremos a mensagem implícita de determinação de que algo seja feito a respeito da sujeira.

O que caracteriza um ato de fala como prescritivo é o fato de que o indivíduo que

lhe dá assentimento tem o dever de agir de acordo com ele, estando física e psicologicamente capaz de fazê-lo (HARE, 1996, p. 36-37).²⁷ A prescritividade é, assim, um ingrediente vital no raciocínio moral e o uso prescritivo em juízos morais é o que permite o sentido de coerência do discurso. Da mesma forma ocorre, reitero, com o discurso jurídico, na medida em que um dos princípios (no sentido próprio do termo, ou seja, enquanto uma idéia que dá sentido e constitui um campo da experiência) que lhe confere sentido é o da isonomia²⁸.

Os juízos morais não são puramente prescritivos, pois podem ser tomados como um fato, na medida em que uma regra é aceita por força do hábito e repetida acriticamente. Entretanto, o fundamento da moralidade não se dá pelo apego acrítico a uma regra ou à sua obediência por medo. Hare fala sobre a função das leis morais do ponto de vista social e justifica sua função, criticando os cétricos relativamente à ausência da perspectiva moral interna de motivação para a ação:

“É fácil para os não-religiosos partir dessa analogia e chegar ao pensamento de que Deus não existe e que, portanto, tudo é permitido. Eles deveriam refletir sobre duas coisas. A primeira é que, exista Deus ou não, as atitudes que fazem com que nós respeitemos as leis da moralidade são uma necessidade social; não poderíamos viver em comunidades sem elas. Kant pode ter levado esse respeito a um excesso e sua lei moral era sem dúvida por demais simples e rígida.

²⁷ Hare (2003, p. 40-41) entende que nem todos os juízos morais são prescritivos e dá como exemplo o indivíduo que age em desconformidade com um princípio por fraqueza de vontade ou conveniência.

²⁸ Por isso a qualificação de um fato no âmbito de uma decisão judicial é um processo de determinação de um tipo, ou seja, uma classe de fatos que são caracterizados pela descrição de um conjunto de circunstâncias situacionais dadas. A isonomia é um princípio em sentido próprio, pois tal conceito constitui o campo jurídico. (LOPES, 2003).

Mas a sociedade ruiria se as crianças não fossem educadas a se sentir mal quando fizessem coisas ruins, e não deveríamos deixar que os psicólogos nos convençam do contrário sem evidência empírica para tanto. A segunda é que uma moralidade crítica refletiva pode *justificar* essas leis ou regras ou princípios e nossas atitudes para com elas. Assim, mesmo que não houvesse uma *grande dame*, teríamos de inventá-la. O pensamento moral crítico pode também corrigir os princípios se estes forem considerados inadequados à nossa situação” (HARE, 2003, p. 42-43).

A idéia expressa nessa passagem, transposta para o Direito, coloca em relevo a importância da fundamentação, especialmente em uma sociedade complexa e na qual a integração social é problemática, dada a possibilidade de dissenso e a necessária legitimação das decisões por uma racionalidade comunicativa²⁹.

11. Complexidade do silogismo

O silogismo jurídico não é um processo mental de natureza exclusivamente lógica, na medida em que pressupõe a determinação de sentido de um fato e sua identificação sob uma determinada classe de eventos, o que é, em grande medida, um processo de avaliação do sujeito que julga. Sob esse tópico, Hare (1996, p. 60) discute as dificuldades do processo silogístico aristotélico. Em sintonia com MacCormick (2003,

²⁹ Jürgen Habermas (1997, p. 45-46) trata da questão, na perspectiva da razão comunicativa: “Se for verdade, como eu penso, seguindo Durkheim e Parsons, que complexos de interação não se estabilizam apenas através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, então a sociedade tem que ser integrada, em última instância, através do agir comunicativo. Em tal situação, agudiza-se o seguinte problema: como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes?”.

p. 129), coloca em evidência a questão de que as decisões são tomadas considerando-se as conseqüências que delas advenham. Ele chama as conseqüências de *efeitos* e os que advirão da tomada da decisão influirão na determinação do que será feito. O sujeito agente estará, ao decidir por uma das alternativas de ação, considerando o conjunto dos efeitos que fazem diferença no que de fato ocorre. Embora o autor defenda a consideração dos efeitos quando da tomada de decisão, não equipara o sentido do termo *efeito* à idéia de conveniência pessoal (HARE, 1996, p. 60).

Uma das dificuldades do processo silogístico – que se conecta diretamente com a idéia de verificação de coerência das decisões – é aquela que diz respeito ao fato de que não é possível fundamentar uma decisão de como agir com base em uma premissa menor que contenha palavras de valor³⁰.

Somente na determinação da existência factual de certas condições é possível aplicar a universalização de uma determinada regra de conduta. Isso fica claro em relação à factualidade da aplicação dos princípios³¹, já que ao aprender como agir não se está aprendendo a realizar um ato isolado, mas, sim, a realizar um tipo de ato que será realizado sempre que houver as mesmas condições relevantes subsumíveis ao princípio aprendido. Aprender a fazer alguma coisa é aprender não somente a reproduzir um padrão de ação, mas também a considerar as condições nas quais a ação é realizada. As condições nas quais se dá a ação são, evidentemente, muito variadas, o que envolve a capacidade de selecionar as

³⁰ “Por razões que se tornarão evidentes quando tivermos examinado a lógica das palavras de valor, é muitíssimo importante, numa exposição verbal de um argumento sobre o que fazer, *não permitir palavras de valor na premissa menor*. Ao formular os fatos do caso, devemos ser o mais factuais que pudermos” (HARE, 1996, p. 61, grifo nosso).

³¹ Não é demais lembrar que Hare não distingue princípios de regras, o que, do ponto de vista jurídico, tem absoluta relevância.

similaridades e diferenças, projetar os efeitos futuros e compensar as diferenças relevantes entre as condições do princípio e da situação³². Aparece aqui a noção de que um princípio moral tem uma função didática, assim como no Direito o conhecimento de um padrão de conduta é necessário, tendo em vista a segurança jurídica. A idéia de que os princípios podem ser ensinados e fundamentados é evidenciada no Direito, em especial, no preceito que determina a fundamentação e a publicidade das decisões. É por meio da fundamentação que será possível verificar com base em quais princípios e regras foram tomadas as decisões e, considerada a explicitação pública dos motivos que conduziram à aplicação de princípios e regras, proceder à crítica da decisão. É nesse sentido que a decisão é racional, ou seja, há que ser fundamentada com argumentos justificados, permitindo sua crítica.

A coerência é um critério crítico para a apreciação das decisões proferidas. Hare (1963, p. 216, grifo nosso) mostra como uma estratégia de falseamento pode ser utilizada para justificar a subsunção de um fato a uma determinada premissa:

“The point is this: it is part of the meanings of the moral words that we are logically prohibited from making different moral judgements about two cases, when we cannot adduce any difference between the cases which is the ground for the difference in moral judgements. This is one way of stating the requirement of universalizability which, as we have

³² “Os princípios que nos são ensinados inicialmente são de um tipo provisório (muito parecidos com o princípio ‘Nunca diga o que é falso’, que discuti no capítulo anterior). Nosso treinamento, depois dos estágios iniciais, consiste em aprender esses princípios e torná-los menos provisórios; fazermos isso usando-os continuamente em nossas próprias decisões e, algumas vezes, abrindo exceções a eles; algumas das exceções são feitas porque nosso instrutor nos mostra que determinados casos são exemplos de classes de exceções ao princípio, e algumas das exceções elegemos por nós mesmos” (HARE, 1996, p. 65).

seen, is fundamental to all moral reasoning. Since Nazi cannot justify his different treatment of Germans and Jews without adducing some difference between their cases, *he invents a difference*”.

Aquilo que é chamado pelo autor de “invenção” de uma diferença é, na verdade, a introdução de uma distinção não relevante no rol daquelas que fazem parte do sentido de uma palavra descritiva e que permite o tratamento distinto em relação a dois casos que são, em realidade, semelhantes.

No processo dedutivo, a conclusão já está em algum imperativo na premissa, do que decorre que necessariamente haja um comando do qual derive o dever. Assim, toda inferência dedutiva tem caráter analítico, pressupondo necessariamente a coerência entre as afirmações envolvidas no processo, sendo um dos termos universalizável e outro a ser subsumido ao primeiro³³. O problema da inferência acaba por entreabrir a questão da coerência. Se não há coerência interna num processo dedutivo entre termos das premissas, ou o aplicador está a falsear intencionalmente o sentido dos (ou de um dos) termos que as compõem ou simplesmente ele os desconhece. No Direito, o problema aparece com frequência em fundamentações de decisões nas quais há o estabelecimento de um sentido a um termo da premissa que discrepa de seu sentido léxico ou em seu jargão específico³⁴. Em um processo lógico-

³³ O autor define o termo “analítico” dizendo que uma sentença é analítica se: “1) o fato de uma pessoa dissentir dela é critério suficiente para dizer que interpretou mal o significado do falante ou 2) ela é implicada por alguma sentença que é analítica no sentido 1)” (HARE, 1996, p. 43).

³⁴ Hare (1996, p. 34) trata do problema ao dizer que, “assim, se alguém professasse admitir que todos os homens são mortais e que Sócrates é um homem, mas se recusasse a admitir que Sócrates é mortal, o correto não seria, como se sugere às vezes, acusá-lo de algum tipo de obtusidade lógica, mas dizer ‘você evidentemente não conhece o significado da palavra ‘todos’, pois, se conhecesse, saberia *eo ipso* como fazer inferências dessa espécie”.

dedutivo, há uma relação necessária entre as premissas e a conclusão, de modo que o que está na última já estava implícito nas primeiras³⁵.

Como já dito, o processo de dedução que se procede no julgamento moral ou jurídico não é infenso às avaliações e seleções de diversos aspectos relativos ao caso. “Se alguma ciência tem como objetivo dar-nos conclusões substanciais sobre questões de fato, então, se seu método é dedutivo, essas conclusões devem estar implícitas nas premissas” (HARE, 1996, p. 40). Por sua vez, a dedução, no campo da moral e do Direito, pressupõe considerações valorativas (LARENZ, 1997, p. 406), o que a distingue da dedução matemática³⁶.

Do ponto de vista do sentido descritivo das palavras, os princípios³⁷ com os quais as decisões são tomadas nunca são auto-evidentes e seus elementos e conceitos podem ser analiticamente postos sob crítica. Assim, um princípio de conduta não é rejeitável se for contraditório rejeitá-lo e, além disso, não se pode rejeitar um princípio se for irracional fazê-lo. Nesse ponto, Hare (1996) exemplifica o dever de adesão aos princípios (portanto, o seu caráter universalizável enquanto princípio), fazendo menção à condição racional do indivíduo³⁸. Diferentemente da moral, no Direito há um padrão de apreciação

de adequação da conduta a determinados princípios reconhecidos dogmaticamente e identificáveis quanto à fonte. A estabilização semântica de palavras de valor em determinados princípios é, no âmbito do Direito, menos problemática na medida em que o próprio texto normativo é posto dogmaticamente e é a partir dele que se procede ao trabalho hermenêutico. Havendo já um texto, há palavras que possuem um sentido minimamente consensual, seja léxico, seja relativo ao jargão.

12. Silogismo, segurança jurídica e previsibilidade

A segurança jurídica, entendida como conhecimento e previsibilidade (razoável) do sentido normativo dos comandos, tem relação com a capacidade de ação segundo padrões de conduta aprendidos. Hare (1996) coloca em destaque a questão da possibilidade de aprendizagem dos princípios por meio do qual decidimos como agir. Suas observações sobre a aprendizagem tomam relevo já que justificar racionalmente uma decisão moral é um processo que tem de ser precedido da absorção de certos padrões relacionados às palavras de valor. Em passagem na qual se utiliza do exemplo do aprendizado sobre como dirigir um veículo adequadamente, Hare (1996) expõe a impossibilidade de extrair de um princípio de conduta composto de palavras de valor a instrução de como proceder a fim de que seja possível dirigir adequadamente. Não seria possível instruir alguém dizendo, por exemplo, que ele deve dirigir “evitando inconvenientes desagradáveis”.

“É inútil estabelecer de início um fim geral, ‘evitar inconvenientes desagradáveis’; pois ‘inconveniente’ é uma palavra de valor e, até que tenha experiência de direção, o aluno não saberá que tipo de situação deve ser considerada inconveniente evitável. O fim ou princípio geral é vazio até que, por meio de nossa instrução detalhada,

³⁵ Karl English (2001b) trata do problema no já citado *Introdução ao pensamento jurídico*.

³⁶ Tal afirmação, que pode parecer um truísmo banal, merece ser lembrada, já que na teoria jurídica se observa por vezes que autores prestigiados se referem ao método dedutivo como método da “ciência do direito”, sem qualquer ressalva quanto à distinção entre as ciências humanas e exatas e os limites de verificabilidade da correção do silogismo. Por exemplo, Reale (2002, p. 83-84).

³⁷ Hare utiliza o termo “princípio” para se referir indistintamente aos conceitos de regras e princípios, comandos, preceitos ou máximas, não adotando, portanto, a diferença encontrada em Dworkin e outros. (Cf. LOPES, 2003).

³⁸ “Às vezes, no lugar de ‘racional’, temos outras expressões, como ‘uma pessoa moralmente evoluída ou moralmente educada’ ou ‘um juiz competente e imparcial’” (HARE, 1996, p. 44).

tenhamos dado conteúdo a ele” (HARE, 1996, p. 70-71, grifo nosso).

O mesmo ocorre com os textos normativos que são utilizados para determinar condutas e que são formulados com palavras de valor. Não há como retirar deles, sem uma determinação mais minudente por meio de palavras descritivas, uma conduta especificamente obrigatória.

Ocorre que, no processo de determinação do sentido específico de um comando expresso por palavras avaliatórias, a dificuldade do processo silogístico é colocada em relevo e, assim como MacCormick, Hare (1996, p. 72) reconhece que a justificação de uma decisão compreende tanto as considerações consequencialistas, com a descrição de efeitos decorrentes da adoção de determinada ação, como a descrição de princípios que são adotados e, ainda, a consequência da adoção de tais princípios, ou seja, a adequação à teleologia da norma.

Com relação à fundamentação última do princípio mais remoto para a tomada da decisão (o problema da projeção *ad infinitum* da fundamentação lógica), Hare (1996, p. 73) resolve kantianamente a questão, indicando um *a priori* necessário para o conhecimento e resolução do problema prático de como agir: a justificação do princípio último é a própria opção de aceitar um modo de vida que é baseado na consideração de tudo o que se pode fundamentar. No limite, uma determinada ideologia é o que vai revelar os princípios últimos que dão fundamento às ações dos indivíduos³⁹. Está, assim, revelado o limite

³⁹ Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994), falando sobre o caráter jurídico das normas, suas instituições e núcleos significativos, enuncia os valores e as ideologias como núcleos significativos que permitem algum controle sobre a contingência dos conteúdos normativos: “Em situações sociais mais complexas, porém, nem mesmo os papéis sociais funcionam a contento. Por isso, os sistemas sociais conhecem outros núcleos significativos, como os *valores*. Trata-se de centros significativos que expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente. Por exemplo, podemos confiar que, numa interação, a *justiça* (valor do *justo*)

do Prescritivismo Universal, na medida em que, já que ideologias competem entre si, não é possível propugnar um conteúdo moral universal por meio dela. Parece, de fato, que o mais adequado é abdicar de propor a possibilidade de apreciação de um conteúdo moral universal mínimo para decisões jurídicas, na medida em que não é possível, do ponto de vista lógico, qualquer critério de apreciação das decisões nesse nível⁴⁰.

Novamente coloca-se a importância da aprendizagem como requisito de possibilidade de conformação ao padrão de conduta ou à sua crítica. A adaptação dos princípios às mudanças situacionais é um processo de mudança em padrões morais e tem relação com o sentido das palavras de valor. Do ponto de vista da generalidade dos comandos, as decisões não podem ser ensinadas, mas somente os princípios sobre os quais as decisões são tomadas. Aí entra o valor da educação para a estabilização de

prevalece, podendo ser esperado com maior garantia. Valores são, assim, símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou ainda, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social”. E quanto às ideologias, diz o autor: “Como é intuitivo, sendo os valores núcleos significativos muito abstratos, é preciso ainda outro mecanismo integrador, capaz de conferir-lhes um mínimo de consistência concreta ainda que genérica. Isto é a função das *ideologias*. Estas são conjuntos mais ou menos consistentes, últimos e globais de avaliações dos próprios valores. Assim, enquanto os valores, por sua abstração, são expressões abertas flexíveis, as ideologias são rígidas e limitadas. Elas atuam, ao avaliar os valores, no sentido de tornar conscientes os valores, estimando as estimativas que em nome deles se fazem, garantindo assim o consenso dos que precisam expressar os seus valores, estabilizando, assim, em última análise, os conteúdos normativos. Temos, pois, a justiça *no sentido liberal, comunista, fascista* etc. As ideologias, portanto, conjugam os valores, hierarquizando-os, permitindo que se os identifique, quando em confronto, que se opte pela justiça contra a ordem ou pela ordem contra a liberdade, pela dignidade contra vida etc.” (FERRAZ JÚNIOR, 1994. p. 114-115).

⁴⁰ Trata-se de um ceticismo de conteúdo das decisões jurídicas. João Maurício Adeodato (2002, p. 317, 320) esclarece que o termo ‘cético’ não era usado na Idade Média; reapareceu já depois do Renascimento, traduzido diretamente do grego das obras de Sexto Empírico e Diógenes Laércio; e tem seu sentido, do

certos padrões morais e Hare (1996, p. 79) aponta o problema de uma educação moral demasiadamente rígida que leve à obediência absoluta a princípios absolutamente rígidos. Tais pessoas seriam “capazes de se manterem nos trilhos, mas fracos para fazer manobras”. A importância das palavras de valor no processo de aprendizado moral toma relevo na medida em que elas apontam um padrão a ser seguido e dão indicações sobre o sentido do padrão. Por exemplo, ser um “bom” filho é ser um filho que segue um determinado padrão de conduta, que pode ter o sentido de ser obediente aos pais, honesto e trabalhador.

A importância dessa questão, transposta para o Direito, tem relação com a idéia de segurança jurídica, no sentido de conhecimento e previsibilidade do sentido de um determinado texto normativo. As normas têm um sentido orientador das condutas e têm uma função pedagógica em relação à esfera das possibilidades de ação do sujeito. Assim, a cobrança de fundamentação adequada das decisões tem como objetivo, entre outros, permitir o conhecimento das razões que levam alguém a ter de agir de determinada forma.

13. Aplicabilidade da teoria ao Direito

Embora trate das regras lógicas da linguagem da moral, o Prescritivismo Universal é aplicável ao Direito. É oportuno esclarecer, antes de apresentar a possibilidade de aplicação da teoria ao campo jurídico, uma

ponto de vista gnoseológico, relacionado com o postulado de que o conhecimento preciso do mundo não é possível, o que relativiza a percepção dos acontecimentos. Do ponto de vista axiológico, o ceticismo não consiste desprezo pela justiça ou parâmetros éticos, mas sim uma postura de negação da intolerância e do dogmatismo. O argumento desenvolvido no presente trabalho não parte de um ponto de vista cético quanto ao método, pois penso que a aplicação do prescritivismo universal, respeitadas as pretensões limitadas à análise lógica das decisões, é universalizável. Com respeito, entretanto, ao conteúdo das decisões, há dificuldades em se propor decisões corretas em sentido empírico e, portanto, nesse sentido, adoto uma postura cética.

passagem que pode ser fonte de algum equívoco, já que Hare faz afirmação sobre a aplicação do conceito de universalizabilidade ao Direito que pode levar a enganos, se mal compreendida. Em *Freedom and Reason*, ele discute a aplicação da universalizabilidade a todas as palavras avaliatórias em geral e reflete sobre a posição de um falante que profere um juízo jurídico. Embora a passagem seja longa, é necessária sua transcrição dada a importância para o argumento.

“Having made it clear that universalism, as I am maintaining it, is a logical and not a moral thesis, I shall now try to remove certain sources of confusion as to its precise import. First of all, it may very well be asked whether this is a doctrine about *moral* uses of words only, or whether it is a doctrine about evaluative words in general. The answer which I wish to give to this question is a somewhat complicated one, since we have to steer between at least two errors. It is a doctrine about evaluative words in general, but one which requires *careful qualification*. If we take as an example the word ‘ought’, it seems to me that, whatever the type of ‘ought’-judgement that is been made (moral, aesthetic, technical, &c.) the judgement is universalizable.

This is one reason why *the word ‘ought’* cannot be used in making legal judgements; if a person has a certain legal obligation, we cannot express this by saying that he *ought* to do such and such a thing, for the reason that ‘ought’-judgements have to be universalizable, which, in the strict sense, legal judgements are not. The reason why they are not is that a statement of law contains an implicit reference to a particular jurisdiction; ‘It is illegal to marry one’s own sister’ means, implicitly, ‘It is illegal in (e.g.) England to marry one’s own sister’. But ‘England’ is here a singular term,

which prevents the whole proposition being universal; nor is it universalizable, in the sense of committing the speaker to the view that such a marriage would be illegal in any country that was otherwise like England. It is therefore impossible to use 'ought' in such a statement. The moral judgement that one *ought* not to marry one's sister is however universal; it implies no reference to a particular system" (HARE, 1963, p. 35-36, grifo nosso).

O problema colocado refere-se à utilização da palavra "ought" no Direito⁴¹. A afirmação de Hare pode dar a impressão, à primeira vista, de que não é possível aplicar o conceito de universalizabilidade ao raciocínio jurídico. A impressão que porventura se tenha é equivocada. Em primeiro lugar, o próprio autor trata da aplicabilidade do Prescritivismo Universal ao Direito em obra posterior, *Moral thinking*, de 1981, especialmente no Capítulo 9, intitulado Direitos e Justiça (*Rights and Justice*). O segundo argumento contra essa idéia é que o autor aplica ao conceito de universalizabilidade enquanto princípio lógico de coerência, na linha dos princípios da identidade e da não contradição, a idéia de um limite empírico do sistema jurídico vinculado ao Estado, enquanto o sistema moral não estaria vinculado a esse limite. Assim, os juízos morais seriam universais, pois seriam aplicáveis a todo o universo do discurso moral dos seres humanos, enquanto os juízos jurídicos estariam restritos ao universo do discurso jurídico, portanto localizável. Ocorre que não há essa diferença, na medida em que o princípio da universalizabilidade é referente ao ponto de vista do falante, e não daqueles pertencentes a um determinado universo de falantes. Assim, se *eu* digo que "não se deve desposar a própria irmã", expressando

⁴¹ Convém lembrar que a idéia de "dever" na língua inglesa pode ser expressa pelas palavras "ought" e "must", sendo que o sentido da primeira tem relação com o aconselhamento de algo que deva ser feito, enquanto a segunda reflete a idéia de obrigação.

um princípio moral, não posso dizer que A, irmão de B, poderá desposá-la sem que isso seja contraditório. O mesmo ocorre com o juízo jurídico. Se um juiz ou tribunal afirma que, segundo a lei, "não é permitido a alguém desposar a própria irmã", o mesmo juiz ou tribunal não poderá afirmar que é permitido a A desposar sua irmã B, sob pena de mácula ao princípio da universalizabilidade, posto que há aí uma contradição entre os sentidos das duas afirmações.

Um terceiro argumento para a justificativa da aplicação do princípio da universalizabilidade ao Direito consiste no fato de que diferentes culturas têm diferentes conceitos sobre como é correto agir, e isso não invalida a teoria, já que não há na mesma qualquer proposição de conteúdo moral. Assim, o autor reconhece, ainda que indiretamente, que há mais de um sistema moral, no que concerne ao conteúdo dos juízos. Logo, a existência de um limite para um sistema de crenças ou conteúdos normativos não torna o juízo, seja moral, seja jurídico, um juízo singular, como quer o autor. No capítulo dedicado ao tema do utilitarismo, em *Freedom and Reason*, Hare (1963) discorre sobre a aplicação do conceito de universalizabilidade no campo do Direito, lidando com a idéia conseqüencialista de resultado da decisão para a sociedade como um todo. Assim, pondera que os interesses de todos em uma dada sociedade, espelhados na lei, devem ser considerados pelo juiz quando de sua decisão⁴².

Acrescente-se ainda que a teoria do Prescritivismo Universal de Hare é utilizada por importantes autores para a

⁴² "The judge is there as an officer appointed by the community to enforce the law; and, if he does not enforce it, then, quite apart from considerations of 'abstract' justice, the interests of at least the great majority of people in the community will be harmed". E segue, agora na hipotética reflexão feita pelo juiz em primeira pessoa: "But I am considering the people whom you will rob, and whom other people, encouraged by your example, will rob, if I don't put you in prison, and I find it easier to universalize the maxim that thieves should be put in prison" (HARE, 1963, p. 116-117).

reflexão no campo do Direito, o que indica a utilidade e a pertinência da aplicação de seus conceitos, ainda que possa ser objeto de controvérsias⁴³.

Um juiz deve obedecer ao princípio da universalizabilidade aplicando a lei segundo o que ela determina e ao mesmo tempo não fazendo diferenciação entre casos semelhantes. A justiça na aplicação da lei ocorre na medida em que há a obediência à lei e tratamento igual a casos similares (HARE, 1963, p. 124). O tratamento igual é uma regra puramente formal e a dificuldade reside na determinação do sentido do texto legal, bem como na qualificação dos casos supervenientes como similares ao anterior. Hare (1981, p. 125) defende o compromisso moral do juiz com a decisão proferida e com o próprio sistema legal. Assim, advoga que, se o juiz não concordar com as leis com as quais deve julgar, por achá-las perniciosas, deverá desistir de sua função, já que teria de justificar moralmente suas decisões, o que seria impossível sem cair numa forma de decisionismo.

14. Um exemplo

Para visualização da aplicação prática da teoria no campo do Direito, pode-se tomar como exemplo uma “cláusula geral”, o caso da aplicação do artigo 6º, V, segunda parte, do Código de Defesa do Consumidor, cujo texto é:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

...

V – a modificação das *cláusulas contratuais* que estabeleçam prestações desproporcionais ou *sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;*” (grifo nosso)

Expressa em forma mais apropriada à análise lógica e completada com os termos

⁴³ São exemplos: Alexy (2001); MacCORMICK (2003); Günther (2004); Alchourrón (2002); Santiago Nino (1998).

que dão sentido em acordo com o microsistema de defesa do consumidor, a sentença imperativa fica da seguinte forma:

Se:

Em um contrato de fornecimento de produto ou serviço houver uma cláusula contratual excessivamente onerosa para o consumidor, que assim venha a ser considerada por ter origem de fato superveniente ao momento da realização do contrato

Então:

Haverá revisão judicial de seu conteúdo para que se restaure o equilíbrio anteriormente existente

É importante notar que a conduta determinada pela norma ao fornecedor aqui não aparece totalmente revelada, na medida em que seu dever é, ocorrida a mudança das condições com a conseqüente onerosidade excessiva, alterar o conteúdo da cláusula para que seja preservado o equilíbrio contratual. O que importa verificar é que nessa máxima imperativa existe uma expressão problemática do ponto de vista hermenêutico justamente porque não possui a natureza de uma palavra descritiva: “cláusula contratual excessivamente onerosa”. O problema está em que não há como se proceder a uma estabilização semântica prévia à aplicação de tal norma relativamente aos termos que funcionam como palavras de valor, como é o caso de “onerosidade excessiva”⁴⁴.

⁴⁴ Hare (1981, p. 55) cita Hart, que, ciente do problema, também já havia chamado atenção para a dificuldade inerente à linguagem natural: “Em todos esses casos, a modificação do princípio assume a forma de uma alteração, não de sua formulação efetiva, mas das condições sob as quais se sustenta que o princípio é válido, isto é, uma alteração do âmbito da palavra crucial ou, como vamos denominá-la mais adiante, de seu significado descritivo, com a retenção de seu significado avaliatório. É assim, como salienteou o Professor H.L.A. Hart, que os princípios jurídicos são muitas vezes modificados por meio de decisões judiciais, como, por exemplo, pela decisão de determinar se a queda ocasional de uma bola de críquete numa rua pública deve ou não ser adequadamente denominada uma ‘infração’. A palavra em questão não precisa (como aqui) ser uma palavra de valor; pode ser

No caso de normas expressas dessa forma, a idéia de que conduta possa ser orientada por um mero procedimento de inferência não é correta e não é possível excluir a idéia de “decisão” do raciocínio sobre a conduta correta, sendo que ela é da própria essência da razão prática. Decidir o que significa onerosidade excessiva e que uma dada diferença justifica a exceção à regra é um processo outro que não o de meramente inferir algo.

15. A teoria aplicada aos tribunais

A teoria do Prescritivismo Universal pode ser aplicada ao discurso dos tribunais. Se o julgador não aplica ao texto legal uma interpretação que leve em conta os fatos de forma adequada, não permite a universalização semântica do mesmo. Desse modo, não se opera o prescritivismo, pois ele, julgador, está livre para, em não declinando suficientemente os fatos e as circunstâncias situacionais a partir dos quais tomou a decisão, dar outras decisões sem romper aparentemente com o dever de coerência. Outra forma de atuação é o simples julgamento conflitante. O julgador diz algo e, posteriormente, diz algo diferente, incorrendo em uma contradição.

Diferentemente da moral, no Direito a palavra em língua inglesa que indica a prescritividade não é o “ought” (*deveria*), mas o “must” (*deve*, em um sentido mais intenso, mais forte do que o da palavra anterior). Hare esclarece a diferença entre os diferentes usos das duas palavras e suas diferentes cargas de prescritividade e é evidente que a palavra “deve” possui o caráter de prescritividade e de universalizabilidade utilizada em juízos sobre como agir, e especialmente na forma deontica em que se apresenta o discurso jurídico decisório. O uso da palavra “deve” (ou *must*)

uma palavra descritiva cujo significado é impreciso o bastante para admitir tal tratamento. Tais decisões, é claro, tornam a lei mais precisa, não menos. O âmbito da palavra pode ser efetivamente alterado ou pode meramente tornar-se mais preciso”.

deixa, portanto, bastante clara a aplicação da teoria de Hare (1981, p. 24) ao discurso jurídico. O próprio autor reconhece que a palavra “deveria”, utilizada no contexto do discurso moral, tem de ser entendida com a carga de prescritividade e universalizabilidade que tem a palavra “deve”. “But ‘ought’ aspires to the status of ‘must’, and, as we shall see, in rigorous, critical, moral reasoning, has to be used like it”.

No âmbito do Direito, o caráter de prevalência das decisões é, mais do que no discurso moral, visível. A decisão jurídica é o resultado de um juízo produzido no nível crítico do raciocínio e é prevalecente em relação a outros possíveis princípios de ação. As obrigações jurídicas e os direitos previstos em lei são princípios (no sentido dado por Hare ao termo) do nível intuitivo e permitem sua especificação ou modificação em vista do caso. A diferença entre os dois níveis do raciocínio é aplicável ao Direito:

“If we can find a method of critical thinking which will enable us to select moral principles of all sorts, there is no reason why we should not use this same method for selecting principles which lay down rights and obligations in particular, as well as principles of justice (more or less in Professor Rawls’ sense, 1971). (sic) And if we are able by critical thinking to decide which moral principle should override which in cases of conflict between principles, we ought similarly, by the same means, to be able to decide which right or obligation should override which” (HARE, 1981, p. 153).

O método a ser empregado em relação ao Direito segue o procedimento de seleção dos princípios para o uso no nível intuitivo, tendo em vista a aceitação e utilidade dos mesmos. É de notar que Hare escreve tendo em mente o sistema do *common law*, o que diferencia o procedimento de seleção para o nível intuitivo de uso. No caso do sistema do Direito codificado, a seleção é facilitada pela remissão aos dispositivos legais. Ha-

verá, no entanto, a possibilidade de que vários, entre esses, possam se apresentar como princípios *prima facie* aplicáveis a um determinado caso. Hare (1981, p. 156) pensa o processo de escolha de tais princípios segundo o critério da aceitabilidade geral e da consideração imparcial dos interesses dos indivíduos em dada sociedade.

16. Anotações finais

A filosofia da linguagem⁴⁵ tem como contribuir, como instrumento analítico, para a ética, na medida em que nela há a preocupação com o estudo do conceito de *significado*, em seus diversos sentidos. A análise dos significados das palavras permite a investigação das suas propriedades lógicas e, dessa forma, fornece um instrumento crítico em termos de quais raciocínios são bons e quais não são (HARE, 2003, p. 20). Ao investigarmos um tipo de raciocínio que se expressa por meio de um tipo de discurso, o discurso jurídico, a filosofia da linguagem pode ser de bastante utilidade para a análise de decisões jurídicas.

A importância do conceito de *universalizabilidade* aparece justamente no momento do diálogo sobre o bem agir. Essa característica da linguagem da moral, e igualmente da linguagem jurídica, é que permite a apreciação lógica dos juízos e, embora não haja um conteúdo único possível e determinado para um juízo moral ou jurídico, a lógica não permite que se adotem padrões inconsistentes e se realizem juízos discrepantes para situações semelhantes. A universalizabilidade é, portanto, uma condição do pensamento racional e é o que confere o seu sentido de justiça enquanto isonomia.

⁴⁵ Hare (2003, p. 20) faz uma distinção entre filosofia da linguagem e filosofia lingüística. Ele se assume como um filósofo lingüístico, na medida em que este seria "alguém que acredita em um modo específico de fazer filosofia (*qualquer* espécie de filosofia, não apenas filosofia da linguagem), a saber, aquele que consiste em estudar os significados das palavras que apresentam problemas filosóficos e, assim, resolver os problemas".

O significado das palavras de valor é, em uma importante medida, prescritivo, e de acordo com esse significado não é aceitável, do ponto de vista lógico, que um mesmo sujeito profira juízos diferentes para situações idênticas, pois isso resulta na perda da idéia de isonomia e, portanto, da coerência moral ou jurídica do juízo.

A lógica é definida, pelo menos em parte, como o estudo das palavras que as pessoas usam em seu discurso, com o fim de apurar quais das coisas que elas dizem, dado o modo como usam as palavras, são verdades necessárias (HARE, 2003, p. 22). Assim, estudar o sentido segundo o qual uma determinada palavra está sendo usada em um discurso permite a verificação se aquele que a está usando comete erros lógicos, ao não seguir as regras. É possível, portanto, apreciar um discurso prescritivo como o discurso jurídico a partir das regras lógicas que são aplicáveis a determinadas palavras. Isso não quer dizer que os sons ou uma determinada grafia que expressa uma dada palavra não possam expressar sentidos dados por uma comunidade de falantes. Em verdade é isso que acontece. Ocorre que, desde que uma determinada palavra seja utilizada para expressar um determinado significado, ela não poderá ser utilizada no sentido oposto, ou mesmo diverso, sem que isso caracterize uma contradição. Falar significa expressar significados reciprocamente conhecidos e, ao proferir contradições, aquilo que se deseja expressar não é expresso, a não ser, evidentemente, que por alguma razão seja o caso de intencionalmente expressar-se uma ironia ou um *nonsense*. Mas esse não é o caso do discurso jurídico, no qual há a pretensão de dizer o que fazer ou julgar se o que se fez ou fará é correto ou não.

Na perspectiva do Prescritivismo Universal, estabelecer a validade das inferências lógicas é estabelecer que as palavras sejam utilizadas nessas inferências de tal forma que as conclusões realmente decorram das premissas (HARE, 2003, p. 64).

O estudo da lógica, por seu lado, leva ao estudo da linguagem, na medida em que entender o que significa um determinado argumento é condição para que se possa decidir racionalmente o que fazer em uma determinada situação. É nesse sentido que o Prescritivismo Universal é útil para a apreciação das decisões jurídicas.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University, 1997.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001a.
- _____. Capítulo 3. In: _____. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001b.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.
- _____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FIESER, James. Ethics. *The University of Tennessee at Martin*, Martin, [19--?]. Disponível em: <<http://www.utm.edu/research/iep/e/ethics.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2005.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: M. Fontes, 1996.
- _____. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003.
- _____. *Freedom and reason*. Oxford: Oxford University, 1963.
- _____. *Moral thinking: its levels, method and point*. Oxford: Oxford University, 1981.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: M. Claret, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, n. 160, p. 56, out./dez. 2003.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 2003.
- _____. *Rhetoric and the rule of law- a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University, 2005a.
- _____. Capítulo 3. In: _____. *Rhetoric and the rule of law- a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University, 2005b.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- SEARLE, John. *The construction of social reality*. New York: The free, 1995.
- ULLMANN, Stephen. *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. 2. ed. Tradução de J. A. Osório Mateus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. São Paulo: Cultrix, 1997.