

UMA TERCEIRA VIA ENTRE OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO: A “HERMENÊUTICA DA FUNÇÃO” COMO DIMENSÃO PRAGMÁTICO-NORMATIVA DO DIREITO

A THIRD WAY BETWEEN OBJECTIVISM AND SUBJECTIVISM: “FUNCTION HERMENEUTICS” AS A NORMATIVE-PRAGMATIC DIMENSION OF LAW

LENIO LUIZ STRECK¹

VICTOR BIANCHINI REBELO²

RESUMO

O artigo problematiza a classificação tradicional das escolas jurídicas segundo o dualismo objetivismo/subjetivismo, especialmente a tese segundo a qual o positivismo analítico seria objetivista e o realismo jurídico norte-americano, subjetivista. A partir de uma reconstrução histórico-filosófica dos paradigmas que orientam a teoria do direito, o texto demonstra que essa dicotomia é instável e frequentemente atravessada por “cruzamentos fundacionais”, nos quais elementos da filosofia da consciência e do objetivismo clássico se combinam de modo paradoxal. Mostra-se que o positivismo, longe de sustentar uma objetividade forte, admite discricionariedade e fragmentação interpretativa; por outro lado, o realismo não se reduz a voluntarismo judicial, conservando vínculos com uma busca por valores comunitários e por certa inteligibilidade intersubjetiva da prática jurídica. Como alternativa ao impasse, propõe-se a “hermenêutica da função”, inspirada no pragmatismo normativo e no inferencialismo de Brandom e na “moralidade que torna o direito possível” de Fuller. Nessa perspectiva, o conteúdo do direito não deriva de um dado essencial prévio nem da vontade subjetiva do intérprete, mas das articulações

ABSTRACT

This paper questions the traditional classification of legal schools according to the objectivism/subjectivism dualism, especially the thesis that analytical positivism is objectivist and American legal realism is subjectivist. Based on a historical and philosophical reconstruction of the paradigms that guide jurisprudence, the text demonstrates that this dichotomy is unstable and often crossed by “foundational intersections,” in which elements of the philosophy of consciousness and classical objectivism combine in a paradoxical way. It shows that positivism, far from sustaining “strong” methodological objectivity by its conceptual intentionality, admits discretion and interpretive fragmentation; on the other hand, realism is not reduced to judicial voluntarism, retaining links with a search for community values and a certain intersubjective intelligibility of legal practice.

As an alternative to the impasse, “function hermeneutics” is proposed, inspired by Robert Brandom’s normative pragmatism and inferentialism alongside Fuller’s “morality that makes law possible”. From this perspective, the content of law does not derive from

- 1 Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular do Programa de PósGraduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS. Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Email: lenio@professorstreck.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>.
- 2 Mestre summa cum laude e doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), como bolsista Proex/Capes. E-mail: RebeloVictor@edu.unisinis.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1455-8307>.

inferenciais e dos compromissos assumidos no interior de práticas discursivas normativamente estruturadas. A objetividade jurídica é compreendida como exigência funcional e intersubjetiva própria do direito enquanto prática social racionalmente organizada. Ao deslocar o foco do fundamento metafísico para a função normativa das práticas, o artigo sustenta uma terceira via capaz de superar o dualismo entre objetivismo e subjetivismo e de oferecer uma nova chave de leitura para a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica da função. Brandom. Fuller. Teoria do direito.

a prior essential datum or from the subjective will of the interpreter, but from inferential articulations and commitments made within normatively structured discursive practices. Legal objectivity is understood as a functional and intersubjective requirement of law as a rationally organized social practice. By shifting the focus from the metaphysical foundation to the normative function of practices, the article argues for a third way capable of overcoming the dualism between objectivism and subjectivism and offering a new reading key for the Hermeneutic Critique of Law (CHD).

KEYWORDS: Function hermeneutics. Brandom. Fuller. Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

Por muito tempo a dogmática jurídica e a teoria do direito restaram presas entre dois paradigmas filosóficos que, em tese, parecem conflitantes: o objetivismo e o subjetivismo. Também por muito tempo intérpretes relacionaram escolas teóricas a ambos os paradigmas de forma mais ou menos parecida. Em geral, escolas teóricas como o jusnaturalismo, a escola da exegese, o positivismo normativista, a jurisprudência analítica e a jurisprudência dos conceitos são tidas como partidárias do objetivismo, enquanto o movimento do direito livre, o realismo jurídico e a jurisprudência dos interesses representam posturas subjetivistas.

Busca-se, neste artigo, questionar essa categorização, especialmente no que diz respeito à caracterização da jurisprudência analítica como sendo objetivista e o realismo jurídico como sendo subjetivista. Em uma primeira parte, questiona-se o rótulo de objetivista dado à proposição teórica da teoria positivista analítica do direito, demonstrando que sua crença no chamado “quadro básico” (*basic picture*) descrito por Dan Priel — uma versão mais abrangente do “quadro padrão” (*standard picture*) proposto Mark Greenberg — obriga o positivismo pós-hartiano a adotar uma postura fatalmente subjetivista,³ enquanto o realismo jurídico, comumente visto como subjetivista, pode ser visto como objetivista caso seja interpretado a partir do que os realistas de fato disseram, e não como foram (mal) interpretados por autores contemporâneos.⁴

3 GREENBERG, Mark. The Standard Picture and Its Discontents, *in*: LEITER, Brian; GREEN, Leslie (Eds.) Oxford Studies in Philosophy of Law, Oxford: [s.n.], 2011, v. 1, p. 39–106; PRIEL, Dan, Making Sense of Nonsense Jurisprudence, Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series, 2020, p. 5, n. 10.

4 Por todas as críticas, *cf.* PRIEL, Dan, The Political Theories of the Legal Realists, 2025. (Manuscrito não publicado). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=5455254>. Acesso em: 18 fev. 2026; PRIEL, Dan, The Myth of Legal Realist Skepticism, Osgoode Hall Law School Le-

Em um segundo momento, após rechaçar ambos os paradigmas — mesmo com as adequadas indicações dos realistas como objetivistas e dos partidários do “quadro básico” como “subjetivistas” —, defende-se o que se denomina de uma terceira postura entre subjetivismo e objetivismo, a “hermenêutica da função”, a qual adequa a ideia de dois autores supostamente distantes no plano teórico, o jurista Lon L. Fuller e o filósofo Robert B. Brandom. As teorias de ambos, afigura-se, podem ser conciliadas em uma dimensão pragmático-hermenêutica-normativa do direito, a fim de aliar uma teoria semântica que dê conta da ruptura paradigmática da linguagem na filosofia (Brandom) e uma visão pragmática no sentido amplo sobre a criação democrática do direito (Fuller) com fins de reorientar o enquadramento paradigmático na filosofia do direito em consonância com a Crítica Hermenêutica do Direito.⁵

Para tanto, divide-se o texto em seis partes: após esta introdução, na segunda, introduz-se o conceito de paradigmas filosóficos e como eles se relacionam com a teoria do direito; na terceira parte aborda-se o tema do objetivismo e do subjetivismo no âmbito hermenêutico de aplicação do direito e o problema dos cruzamentos fundacionais; na quarta parte realiza-se uma intervenção no debate sobre como o realismo jurídico e o positivismo analítico pós-hartiano são considerados, de maneira equivocada, como teorias que se apoiam, respectivamente, nos paradigmas subjetivista e objetivista — e sustenta-se que o correto seria o contrário; e na quinta discorre-se sobre como a articulação entre a teoria semântico-pragmática de Brandom com os oito desiderata de Fuller pode proporcionar uma dimensão pragmático-normativa que permita romper com o dualismo objetivista e subjetivista o qual a relação entre positivismo e realismo jurídico parece estar presa. Na sexta parte, conclui-se com um breve resumo do que foi discutido.

gal Studies Research Paper Series, 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4142277>. Acesso em: 18 fev. 2026.

- 5 A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), matriz teórica desenvolvida pelo primeiro coautor e consolidada como uma das primeiras teorias jurídicas originalmente brasileira, está fundamentada em uma releitura de um tripé epistêmico composto pela pragmática normativa de Wittgenstein, a filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, respectivamente e a ideia de direito como integridade de Dworkin. A CHD, dentro da chave de leitura que pretendemos apresentar aqui, pretende ser uma teoria pragmática em sentido amplo, isto é, oferecer duas dimensões pragmáticas do fenômeno jurídico: uma epistêmica, abandonando a procura incessante e desinteressada por uma resposta à questão conceitual e analítica sobre “o que é o direito?” para uma resposta hermenêutica e normativamente engajada para responder a questão “o que é isto — o direito?”; e uma dimensão pragmática-normativa que busca na adjudicação uma teoria da decisão para que sejam construídas respostas adequadas ao ordenamento jurídico e ao texto constitucional. Tal dimensão tem na legitimidade constitucional do direito e da jurisdição seu argumento central.

2. O QUE SÃO PARADIGMAS FILOSÓFICOS?

As posições teóricas que assumimos refletem, muitas vezes, apenas a superfície de um processo compreensivo muito mais complexo. Na verdade, em inúmeros casos, elas acabam por espelhar um conjunto de elementos que conformam o *modo* de se organizar o pensamento e de determinação do processo de conhecimento que rege uma determinada época. Essa dimensão profunda, organizadora de nossa racionalidade, não pode ser acessada através dos instrumentos teóricos desenvolvidos por uma ciência qualquer.⁶ Essa dimensão é filosófica. Para termos acesso a ela, necessitamos nos envolver em um processo catártico, de *des-construção* da história da filosofia. Um processo no qual, desde Heidegger,⁷ há um envolvimento intrínseco em face da facticidade.

Assim, no caso do direito, por exemplo, é muito comum encontrarmos teorias que apresentam determinados postulados epistemológicos que, se olhados mais de perto, representam apenas a consequência da projeção desse modo de organização — filosófica — do pensamento predominante no interior daquele tempo histórico. Esse fator ordenador, que condiciona o enquadramento do conhecimento em uma determinada época, denomina-se, com Ernildo Stein,⁸ de *paradigmas filosóficos*.

Na formulação do filósofo brasileiro, esses paradigmas filosóficos funcionam como “princípios organizadores” que exercem uma função no conhecimento científico. Para ele, esse elemento organizador “pode ser considerado como um vetor da racionalidade científica, isto é, como um princípio com o qual se pode examinar aquilo que é implicitamente carregado pelo discurso científico”⁹. Nesse sentido, a noção de paradigma filosófico funciona como um transcendental não clássico, ou seja, não ligado às amarras da subjetividade.

6 Esse debate também já se deu na filosofia de tradição analítica. Cf. SEARLE, John R., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford: Oxford University Press, 2011. No entanto, a separação entre a filosofia analítica e continental é contestada e sua melhor explicação pode ser encontrada em Friedman A Parting of the Ways: Carnap, Cassirer, and Heidegger, Chicago: Open Court, 2000.

7 Cf. HEIDEGGER, Martin, *Being and Time*, Malden, MA.: Blackwell Publishing, 2007. Tal processo de “des-construção” da história da filosofia guarda relação com o tensionamento entre as abordagens apropriacionistas (interpretação *de re*) e contextualistas (interpretação *de dicto*) da história. Eu discuto tais temas em REBELO, Victor Bianchini, *A pena é uma poderosa espada: O contextualismo linguístico de Quentin Skinner e a questão do método na historiografia (jurídica)*, São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2024.. Cf. também FERREIRA, Gabriel, *A defense of an inferentialist historiography of philosophy: commitments, incompatibilities, and entitlements*, *Trans/Form/Ação*, v. 47, n. 3, p. e0240060, 2024.

8 STEIN, Ernildo, *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2022, p. 127. Na filosofia analítica o conceito de paradigma pode ser “traduzido”, mais genericamente, como “tradição”. Acredito que o termo proposto por Stein é mais preciso.

9 *Ibid.*

Exerce ele uma função de fundamentação, no sentido de ser um elemento organizador, estruturante e abrangente.

Essa investigação, por exemplo, funciona a partir do paradigma da fenomenologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica.¹⁰ A partir desse eixo fundamental, opera-se o trabalho de desconstrução e de reconstrução do pensamento jurídico, mormente aquele ligado ao elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica.

Nesse processo desconstrutivo/construtivo é possível observar a ocorrência de posturas científicas/interpretativas no direito que professavam outros paradigmas filosóficos. No caso, podemos mencionar dois grandes paradigmas filosóficos:

a) o da *filosofia clássica*, também nomeado como realismo filosófico, em que o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos “objetos” ou daquilo que é “dado” ao conhecimento [daí que Sellars e seus seguidores passarão a nomear uma tal postura como “mito do dado”¹¹]. Nesse aspecto, o tipo de atividade interpretativa que terá lugar no contexto desse paradigma será *objetivista*, porque presa ao objeto conhecido, ou, ainda, objeto cognoscível; b) o da *filosofia da consciência*, que coloca como fator de organização, que se antecipa em todo processo de conhecimento, a subjetividade que conhece as coisas. Nesse âmbito, o conhecimento não é “dado”. Aqui, o conhecimento é “construído” por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos.

Entre os principais filósofos que representam o paradigma da consciência, entre eles Descartes, Kant, Fichte e Hegel, mais do que os antecessores é Nietzsche que representa uma fase na história da filosofia em que a subjetividade tem seu fundamento baseado na *vontade*. Se, desde Platão, vigiam no pensar filosófico valores como a razão, virtude, compaixão e justiça, Nietzsche afirma que estes valores aprisionam o homem, que deve se dirigir a um estado superior de consciência.¹² Seguindo na história epocal do ser, no final da metafísica, o ser se manifesta como *vontade de poder*. A passagem de Descartes a Nietzsche é, justamente, a da transição entre razão e vontade. Como enumera Heidegger, se em Descartes o sujeito é uma *egocidade representadora*, o ente onde se manifestam os objetos, em Nietzsche o homem é sujeito no sentido de seus impulsos e desejos¹³.

10 GADAMER, Hans-Georg; WEINSHEIMER, Joel; MARSHALL, Donald G., *Truth and Method*, First paperback edition, translation revised by Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall. London: Bloomsbury, 2013.

11 SELLARS, Wilfrid, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, 4. edn. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003, p. 33.

12 NIETZSCHE, Friedrich; DEL CARO, Adrian, *Thus spoke zarathustra: a book for all and none*, Reprint with corrections. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2012.

13 HEIDEGGER, Martin, Nietzsche. 1/2: The will to power as art. The eternal recurrence of the

Eis a grande distinção entre a filosofia da consciência em sentido estrito e a sua vulgata voluntarista que virá a ser patrocinada pelos partidários do “quadro básico”, do qual falaremos nas próximas seções. De Descartes a Hegel e Kierkegaard, a subjetividade é entendida como um ponto onde aparecem os outros entes com os quais entramos em contato. Isso não significa afirmar, de todo modo, que a subjetividade, antes de Nietzsche, não seja relativista. Em *Introdução à Filosofia*, Heidegger vai dizer que “[s]e a verdade pertence ao sujeito enquanto sujeito e apenas a ele, ou seja, se de acordo com sua própria essência a verdade reside no sujeito, então ela é necessariamente algo ‘subjetivo’”, enquanto não houver algo que mantenha uma certa intersubjetividade.¹⁴ Mas é somente com Nietzsche que a *vontade* se torna fundamento, e essa vontade não tem fundamento se não ela mesma, culminando no absoluto relativismo. Daí que, nesse contexto, teremos um tipo de interpretação que podemos nomear como *subjetivista*.

Em resumo: tendo em conta os paradigmas filosóficos que dirigem a interpretação, é possível dizer que *objetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido a partir de um aprisionamento do sujeito que conhece ao objeto que é conhecido; ao passo que *subjetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência (e/ou de suas vulgatas voluntaristas), no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos.

Nesses termos, como o fator determinante da interpretação do direito acaba por ser a Lei, *objetivistas* são as posturas que entendem a lei como um dado jurídico pronto e acabado tendo o intérprete a tarefa de simples revelação do sentido, nela alocado por alguma autoridade externa a ele, intérprete, que pode ser a vontade divina, o sentido cosmológico das coisas ou, simplesmente, a ação de um legislador racional. Já as posturas subjetivistas são aquelas que despreendem o intérprete desse invólucro legal e o apresenta como um verdadeiro criador de sentidos. Nesse caso, o sentido originário da lei e a autoridade de quem a emite cede lugar para a sensibilidade do intérprete que deverá interpretá-la segundo, por exemplo, as finalidades para as quais ela fora criada; os interesses sociais que levaram à sua edição, entre outras coisas. Haverá, inclusive, os mais extremados que defenderão que a interpretação é um ato de vontade livre daquele que a profere, sendo o direito o resultado de suas ações interpretativas.

Em todo caso, há uma convenção teórica no direito que posturas hermenêutico-interpretativas professadas pela escola da exegese, da jurisprudência dos conceitos, da jurisprudência analítica e do positivismo normativista são — do ponto de vista do paradigma filosófico que as guia — objetivistas; ao passo

same, *in*: , Repr., 3. pr. San Francisco: Harper, 1993, p. 142.

14 HEIDEGGER, Martin; MCNEILL, William, *Introduction to Philosophy*, Bloomington (Ind.): Indiana University press, 2024, p. 119.

que o movimento do direito livre, o realismo jurídico e a jurisprudência dos interesses representam posturas subjetivistas. Neste texto desafia-se essa suposição, em especial tanto em relação à caracterização do positivismo analítico (e também normativista) como objetivista, quanto à caracterização do realismo jurídico como subjetivista.

Há um apanhado razoável de evidências teóricas e históricas que sustentam esse argumento, mas antes, na próxima seção, faz-se necessário explicitar um possível complicador, que se apresenta quando a mesma proposição teórica se relaciona dualmente com o paradigma objetivista e subjetivista, como se estivesse em um “dilema” metafísico.

3. O DILEMA OBJETIVISMO *VERSUS* SUBJETIVISMO NO ÂMBITO (HERMENÊUTICO) DA APLICAÇÃO DO DIREITO: O PROBLEMA DOS “CRUZAMENTOS FUNDACIONAIS”

A aplicação do direito, como afirma a Crítica Hermenêutica do Direito há tempos,¹⁵ está assentada num tipo muito curioso de sincretismo que podemos nomear aqui por “cruzamentos fundacionais”. Vale dizer, no direito, o paradigma objetivista, da filosofia clássica, encontra-se por vezes associado ao paradigma subjetivista, da filosofia da consciência.

Na verdade, levando a questão às últimas consequências, o problema retratado acaba por desaguar na própria relação entre direito e política. Posturas aplicativas e/ou metodológicas como a escola da exegese e a jurisprudência dos conceitos — e, nalgum sentido, a jurisprudência analítica — são expressão de uma movimentação filosófica que se encontra situada no interior do paradigma da filosofia da consciência, mas, ao mesmo tempo, produzem um modelo de aplicação do direito que retira a possibilidade de participação da subjetividade do julgador no momento da formação normativa.¹⁶ Professa-se uma espécie de “mito do dado”: os sentidos das normas jurídicas já estão postos pelo legislador; é um dado que não pode sofrer modelação por parte do intérprete/julgador.

Talvez essa afirmação não seja inteiramente verdadeira para a jurisprudência analítica, ao menos no que diz respeito à teoria descritiva proposta pelos positivistas pós-hartianos, justamente porque o propósito da jurisprudência

15 STRECK, Lenio Luiz, *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

16 Os autores que se filiam a essa corrente são inúmeros. Cf. GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 277–278; SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2013, p. 406–407, n. 16; SUGARMAN, David, *Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman*, *Journal of Law and Society*, v. 32, n. 2, p. 267–293, 2005, p. 290–291; COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott (Orgs.), *Methodology*, in: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002, v. 1, p. 347; GREEN, Leslie, *Jurisprudence for Foxes*, *Transnational Legal Theory*, v. 3, n. 2, p. 150–160, 2012, p. 158.

analítica sempre foi conceitual, isto é, definir o que seria o direito (o que “conta” como direito) independentemente das opiniões substantivas sobre o tema. Nesse caso, o propósito de responder à pergunta “o que é isto — o direito?” seria inteiramente filosófico.¹⁷ Contudo, assumir a tarefa da teoria do direito como sendo puramente conceitual em razão de encontrar os critérios de juridicidade para se responder à pergunta “o que é isto — o direito?” gera um ônus argumentativo: o de assumir que esses critérios de validade não respondem a requisitos substantivos, como o de legitimidade política. Autores desde Dworkin vem contestando essa maneira de compreender o fenômeno jurídico.¹⁸

Onde estaria, então, a subjetividade de que tanto se fala? Onde estaria a consciência que poderia colocar ordem de sistema — logicamente rigorosa — no caos normativo da lei humana?

Ora, a subjetividade está espelhada na ação do legislador, seja ele um corpo legislativo determinado (um parlamento); seja ele a expressão da sabedoria de especialistas/professores que constroem a lei a partir das descobertas da ciência jurídica. A filosofia da consciência (ou, por vezes, em uma vulgata desta, o simples voluntarismo judicial) se manifesta aqui como um tipo de vontade política que limita a ação do julgador. Trata-se de uma *vontade de sistema* que se manifesta de forma mais esplendorosa na experiência da codificação. Como afirma Losano, a partir do caráter indiscutivelmente racional (portanto, expressão de uma consciência; a *consciência legislativa*) que revestia a obra do legislador ou dos professores, o que poderia o intérprete — seja a doutrina seja a jurisprudência — fazer além de espelhar, ou revelar, aquela ordem racional já posta pela *vontade do legislador*.

Daí que, no momento da aplicação, o *mito do dado* é o que prevalece.¹⁹ Todavia, no momento da formação do direito, da efetiva planificação legislativa da sociedade, dá-se a manifestação da subjetividade do legislador: sua obra é fruto de uma construção — arbitrariamente — racional. Ora, não existe mais

17 Os autores que se filiam a essa corrente são inúmeros. Cf. GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 277–278; SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2013, p. 406–407, n. 16; SUGARMAN, David, *Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman*, *Journal of Law and Society*, v. 32, n. 2, p. 267–293, 2005, p. 290–291; COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott (Orgs.), *Methodology*, in: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002, v. 1, p. 347; GREEN, Leslie, *Jurisprudence for Foxes*, *Transnational Legal Theory*, v. 3, n. 2, p. 150–160, 2012, p. 158.

18 Cf. DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 2006.; ver também PRIEL, Dan, *The Misguided Search for the Nature of Law*, 2015. (Manuscrito não publicado).

19 Um dos coautores já explicitava essa duplicidade ou dicotomia subjetivismo na criação e objetivismo na aplicação, tendo como exemplo a dogmática jurídica brasileira. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (Da 9ª ed. em diante essa distinção já aparece.)

Deus ou a Cosmologia para aprofundar o conteúdo do direito humano concreto. O que sobra, então? Sobra a Razão — com “R” — o principal fundamento da filosofia da consciência.²⁰

Quando a razão legislativa não consegue mais segurar em si todos os sentidos, a vontade — o elemento determinante da filosofia da consciência; a manifestação mais decisiva da subjetividade — *salta do nível político para o nível judicial*. Não é à toa que Kelsen²¹ chama o âmbito das práticas jurídicas de política jurídica e diz que ali se pratica a interpretação como um ato de vontade: trata-se da consagração disso que aqui me refiro: a filosofia da consciência sempre está presente nos fundamentos do positivismo jurídico e da experiência do direito moderno. Por isso, não é de estranhar que apenas em 2015 o novo CPC conseguiu retirar o livre convencimento do juiz, sendo que o processo penal continua sendo conduzido por este imaginário.

Como isso ocorre? Em um primeiro momento, ela se manifesta na *vontade do legislador* que, no momento de sua aplicação judicial, é articulada a partir do mito do dado, da ideia objetivista de que a lei carrega consigo todos os seus sentidos; no momento seguinte o que se tem é uma fragmentação completa das estratégias objetivistas para uma afirmação cabal de que a vontade — que caracteriza a ação política — é também um atributo do poder judiciário que possui como dever a tarefa de afirmar — e não revelar, como se pensava no paradigma objetivista — a *vontade da lei* que, ao fim e ao cabo, se converte em vontade do juízo que afirma o sentido da lei.

Podemos analisar essa mesma questão a partir de um problema mais propriamente aplicativo do direito, associado ao dogma da subsunção. No contexto de predomínio objetivista, a subsunção é a forma privilegiada de se retratar o modo como o direito deveria ser aplicado. Os movimentos críticos, com predominância originária dos *critical legal studies*, que instalaram os primeiros passos do subjetivismo hermenêutico, começam a apontar para uma necessária ultrapassagem do dogma da subsunção a partir da criação de outras formas de representação da aplicação do direito. (É por isso que se tornou um lugar comum na dogmática se comparar o realismo jurídico com os movimentos teóricos críticos do direito, quando em verdade eles guardam uma diferença importante. Apesar de ambos compartilharem do questionamento ao dogma da subsunção, enquanto no realismo o questionamento ainda guarda uma relação próxima com o objetivismo conservador de uma busca pelos “valores da comunidade política”, os teóricos críticos do direito — especialmente no âmbito do

20 Esse racionalismo é bem diferente do defendido por Brandom, que fundamenta sua tese inferencialista como um jogo de dar e pedir *razões*. Ver BRANDOM, Robert B., *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Cambridge: Harvard University Press, 2000.

21 KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009, p. Cap. 8.

critical legal studies nos Estados Unidos — apostaram muito mais no subjetivismo e no protagonismo social dos juízes. Também por essa razão (apesar de que ele talvez não concorde com meu argumento sobre o vínculo dos realistas com o paradigma objetivista) Priel rechaça a tese de que os teóricos críticos do direito seriam “herdeiros” dos realistas).²²

Falando especificamente sobre o dogma da subsunção, é possível dizer que ele opera em dois níveis distintos. Em primeiro lugar, há que se destacar um aspecto político-jurídico, de justificação. Em um segundo momento, existe uma determinação técnico-operacional.

a) do ponto de vista político-jurídico, o *dogma da subsunção* efetua — através de uma série de justificativas que são articuladas a partir de argumentos retirados de um horizonte cultural determinado — uma redução epistemológica do problema do conceito de direito. Concebe-se, nesse sentido, o direito como sendo o conjunto das disposições que compõem as leis de um determinado Estado nacional. O conceito de direito é equiparado, nesse sentido, ao conceito de lei.

Como já mencionado, essa equiparação entre direito (*jus*) e lei (*lex*) deve-se a uma série de elementos culturais que emergiram em um determinado tempo histórico. A principal consequência política da manifestação desse fenômeno é que ela abre espaço para a exclusão do problema da justiça no campo do direito. Um desses elementos, embora não seja o único, pode ser pensado a partir de alguns argumentos de rousseauianos que causaram impacto nas concepções desse movimento. De fato, é conhecida a afirmação do genebrino — presente em seu *Do Contrato Social* — de que a ideia de uma lei injusta seria contraditória uma vez que não seria possível que o povo (que fez a lei) pudesse ser injusto consigo mesmo.²³

Ou seja, em sendo a lei produto da deliberação da vontade geral; em sendo ela a manifestação da soberania popular — uma vez que, para Rousseau, o povo é quem manda, e o governo é quem obedece — não poderia haver leis injustas ou mesmo, poderíamos dizer, contrárias ao direito. Logo, a lei seria igual ao direito.²⁴

22 Cf. PRIEL, The Myth of Legal Realist Skepticism, p. 16.

23 Ver as discussões sobre o tema em GOYARD-FABRE, Simone, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris: C. Klincksieck, 1973. VETŐ, Miklós, *La Naissance De La Volonté*, Paris: L'Harmattan, 2002.. O autor de *O Contrato Social* defendia, assim, de um modo totalmente dissonante com relação ao que era pregado por juristas como Grotius e Burlamaqui, que a soberania tinha como titular o povo, que a exercia na forma da vontade geral.

24 Não deixa de surpreender como a conclusão da filosofia política iluminista chega perto, retiradas as devidas reflexões analíticas com os esforços conceituais do positivismo jurídico descritivo de conceituar o direito com base nos critérios de validade jurídica. Ao tratar a pergunta sobre o que é o direito como uma mera questão conceitual — diferenciando-a de uma teoria da adjudicação (cf. KRAMER, Matthew H., *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Reprint. Oxford: Oxford Univ. Press, 2007, p. 129; 161; COLEMAN, Jules L.,

Por outro lado, os movimentos de recepção do direito romano prepararam as condições para o processo que culminou com a codificação do direito privado. De fato, a autoridade dos estudos universitários acerca da formação dos conceitos jurídicos e sua respectiva aplicação às relações jurídicas de direito privado que surgiam a partir do advento do Estado Liberal contribuíram, significativamente, com a consolidação desse elemento cultural que produziu a equiparação entre lei e direito.

b) Desse elemento político decorre logicamente uma consequência técnica: se o conhecimento do universal, da generalidade do direito, já está dado pelo conhecimento da lei, então o trabalho do agente jurídico que exara a decisão judicial será aplicar esse conteúdo universal aos casos concretos apreciados.

A técnica inicial de decisão que servirá como mecanismo de aplicação do direito será a conhecida *subsunção*. Nesse caso, opera-se dedutivamente da premissa maior que é a lei em direção à premissa menor, o caso. Esse aspecto lógico abstrato — que será apelidado depois de conceitualista — está na base de movimentos culturais como a escola da exegese francesa e a jurisprudência dos conceitos alemã. Os grandes códigos civis do século XIX serão operacionalizados (no caso da escola da exegese) e pensados (no caso da Jurisprudência dos conceitos) tendo a decisão judicial como resultado desse procedimento estritamente subsuntivo de acomodação do caso judicial ao suporte fático previsto na legislação.

Ainda no século XIX, uma série de tensionamentos culturais começaram a impor algumas mudanças nas configurações conceituais da decisão jurídica. Em alguns casos, a própria pressão política da magistratura — que, já no final do século, começa a se fortalecer ganhando cada vez mais autonomia com a radicalização do Estado de Direito e o desligamento do processo civil do âmbito do direito material — levará a essa “mudança de rota”. Esse dado pode ser visualizado, por exemplo, na obra de Oskar von Bülow, que reivindicava maior espaço para a magistratura no processo de formação do direito. Para ele, a verdadeira “recepção do direito romano” não teria ocorrido no seio da universidade, mas, sim, através das decisões tomadas pela magistratura que embalavam o direito vivo, o direito do caso.²⁵

Por outro lado, no ambiente do direito francês, François Geny escreve, senão a primeira, certamente a mais famosa, crítica metodológica ao modelo de decisão estabelecido pelo exegetismo.²⁶ Geny atacava exatamente esse aspecto

The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Repr. 2008. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 170.) —, a jurisprudência analítica chegou a uma resposta bastante parecida com o reducionismo de Rousseau.

25 Sobre o tema, cf. Mario Losano *Sistema e struttura nel diritto: vol. 2 – Il novecento*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 153–154., no segundo volume de seu *Sistema e Estrutura do Direito*.

26 GENY, François; SALEILLES, Raymond, *Méthode D'interprétation Et Sources En Droit Privé Positif: Essai Critique*, Reproduction en fac-similé. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

predominantemente lógico-formal que o paradigma do dogma da subsunção carregava consigo. Sua grande intenção, como é sabido, era oferecer uma alternativa metodológica a esse “paradigma dominante” e que incorporasse um tipo de método científico mais adequado para o estudo do direito. No caso, o método adequado teria inspirações sociológicas — ao invés de lógico-filosóficas — e teria suas atenções voltadas para o fato jurídico em detrimento do entendimento meramente conceitual. Essa investigação sociológica permitiria demonstrar a existência de determinadas relações sociais que, apesar de necessitarem de um regramento normativo, ficavam fora da zona de cobertura da estrutura codificada do Direito. Haveria, portanto, zonas “livres de direito” no seio da sociedade.²⁷

Portanto, eis a explicitação dessa controvérsia entre objetivistas e subjetivistas à luz da hermenêutica. Portanto, há que se ter muito cuidado, para que não ocorram mal-entendidos acerca dessa complexa questão.

4. JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA E REALISMO JURÍDICO ENTRE OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO

É lugar comum do debate teórico que entre os diversos positivismos e o realismo jurídico dever-se-ia situar o primeiro como a consagração da objetividade interpretativa em maior ou menor grau²⁸ e o segundo como o ápice do subjetivismo decisionista.²⁹ É no mínimo controverso epitetar o realismo como subjetivista. Este texto serve também para rever o tema. Quanto ao erro comum da dogmática de indicar o positivismo kelseniano como partidário do objetivismo, esse é um erro muito comum na dogmática e na teoria do direito.³⁰ Já sobre a comum caracterização dos realistas como subjetivistas, esse também é um tema mais complexo. A base para entender o realismo e o positivismo como tendo a mesma raiz filosófica é assumir que ambos assumem os mesmos compromissos, entre eles o de que o direito é um fato social, o que nos leva a afirmar

27 Como nada é inteiramente novo na teoria do direito, esse é um tema que retornará com Hart no clássico *The Concept of Law*, que inaugura sobremaneira a teoria analítica conceitual do direito. É curioso observar que no prefácio, inclusive, Hart (*The Concept of Law*, Third edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. viii.) diz que a obra deve ser lida como um “ensaio de sociologia descritiva”. Nesse sentido, sua abordagem não seria tão diversa da jurisprudência sociológica proposta por autores como Roscoe Pound (*The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence*, *Harvard Law Review*, v. 24, n. 8, p. 591–619, 1911.) quanto Hart (*American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, *Georgia Law Review*, v. 11, n. 5, p. 969–989, 1977.) afirmava que era.

28 STRECK, Lições de Crítica Hermenêutica do Direito, p. 103.

29 LEITER, Brian, Explaining Theoretical Disagreement, *University of Chicago Law Review*, v. 76, n. 3, p. 1.215, 2007, p. 1.247.

30 Cf. STRECK, Lenio Luiz, Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010, p. 160–161.

que o realismo jurídico nada mais é do que um “positivismo fático”. Esse é um argumento bastante próximo do que Brian Leiter defende.³¹

Contudo, uma análise aprofundada na transição dos paradigmas filosóficos permite inverter essa tese. Propõe-se aqui que a jurisprudência analítica, ao institucionalizar a discricionariedade e a vontade do julgador, opera no âmbito do subjetivismo da filosofia da consciência, enquanto o realismo jurídico, ao ancorar-se nos valores comunitários e no conceito hegeliano de faticidade social (*Sittlichkeit*), constitui uma forma de objetivismo socio-axiológico com o qual uma leitura inferencialista poderia ler como intersubjetiva.³²

Começaremos pela jurisprudência analítica, a qual por ser contemporânea e herdeira busca identificar o Direito através de critérios sociais de validade, notadamente a “regra de reconhecimento”. No entanto, ao lidar com a “textura aberta” da linguagem, essa escola recai inevitavelmente em um paradigma subjetivista da filosofia da consciência. Para Hart,³³ em “casos difíceis” situados na penumbra da regra, o juiz não apenas interpreta, mas exerce discricionariedade legislativa, criando o direito a partir de sua própria escolha moral ou política. É fato que essa escolha encontra constrangimentos morais, políticos e econômicos, mas é inegável o caráter subjetivo que nasce na decisão judicial a partir de Hart.

Aprofundando esse problema, autores como Andrei Marmor sugerem que os juízes frequentemente operam sob uma “retórica de aplicação” para ocultar atos que são, em realidade, mudanças retrospectivas do direito.³⁴ Esse argumento de “ocultação” (*concealment argument*) pressupõe que o sentido do direito reside na consciência privada do magistrado, que deliberadamente manipula o texto. De modo similar, Brian Leiter aponta para o “oportunismo interpretativo”, no qual o julgador seleciona metodologias (como o textualismo

31 Cf. LEITER, Brian, Legal Positivism as a Realist Theory of Law, in: SPAAK, Torben; MIN-DUS, Patricia (Orgs.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, 1. ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2021, p. 79–102., mas que é contestado (PRIEL, Dan, Legal Realism, Legal Positivism, and Determinacy, American Journal of Jurisprudence, v. 71, 2026; *Id.* Were the Legal Realists Legal Positivists?, Law and Philosophy, v. 27, n. 4, p. 309–350, 2008.), contestação essa que não poderemos elaborar em detalhes aqui.

32 Isso se aplica a uma versão tradicionalista do realismo jurídico norte-americano, cujos expoentes são Llewellyn e Frank, em detrimento de uma segunda ala, a científica, cujo pensamento não seria objetivista. Ver PRIEL, Dan, Rival Legal Realisms, 2022. (Manuscrito não publicado). O foco aqui é tratar especialmente do caráter objetivista dessa corrente tradicionalista e não propriamente das diferenças entre as duas alas. Para uma discussão maior sobre os fundamentos do realismo jurídico estadunidense e suas diferentes frentes, cf. REBELO, Victor B. “Pragmatism, Instrumentalism, and Naturalism in the American Legal Realist Tradition” (tese de doutorado em desenvolvimento).

33 HART, H. L. A., Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford [Oxfordshire] : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1983, p. 63–64; HART, The Concept of Law, p. 123; 143.

34 MARMOR, Andrei, Positive law and objective values, Oxford; New York: Clarendon Press, 2001, p. 80.

ou o intencionalismo) apenas como ferramentas para justificar um resultado previamente escolhido por seu foro íntimo.³⁵ Uma prova que essa tradição de ceticismo interpretativo ser “originária” do positivismo analítico é que Hart apresentou uma versão do argumento de “ocultação”.³⁶

O colapso de qualquer tentativa de se relacionar a jurisprudência analítica no campo do objetivismo torna-se evidente em trabalhos de Jules Coleman e Joseph Raz. Coleman admite que juízes podem concordar sobre a existência de uma regra de reconhecimento, mas discordar radicalmente sobre sua aplicação, o que, na prática, dissolve a regra em uma série de práticas subjetivas individuais.³⁷ Raz, por sua vez, ao defender uma separação radical entre direito e moral, reconhece que, quando as fontes sociais se esgotam, o juiz mantém poder discricionário para decidir conforme seus próprios critérios de conveniência.³⁸

Assim, a pretensa objetividade do sistema analítico fragmenta-se em um “estado de natureza hermenêutico”, onde cada intérprete parte de um “grau zero” de sentido, imperando solipsisticamente em seus domínios. Tal panorama é desenvolvido a partir da suposição, pela jurisprudência analítica, do chamado “quadro básico” (*basic picture*) da teoria do direito.³⁹ De modo conciso, o quadro básico descreve uma série de proposições cujo teor é aceito como pressuposto teórico pela jurisprudência analítica. São eles:

O direito é uma criação humana e, como tal, possui características locais e temporais; (2) A moralidade não é uma criação humana. É atemporal e universal. Seu conteúdo não muda e é verdadeiro independentemente das atitudes humanas; (3) Segue-se de (1) e (2) que o direito e a moralidade são duas entidades bastante diferentes. Elas podem estar relacionadas de várias maneiras, podem até haver algumas “conexões necessárias” entre elas, mas essas conexões não devem nos confundir a ponto de pensarmos que o direito e a moralidade são o mesmo tipo de objeto. (4) Uma conexão importante entre o direito e a moralidade é que a moralidade é a referência para o direito. Avaliamos as leis humanas em relação à moralidade universal; (5) Existem certas características que distinguem o direito do não direito. Essas características, frequentemente chamadas de “critérios de validade jurídica” (ou “critérios de legalidade”), diferem de uma jurisdição para outra, mas todas as leis são leis em virtude de atenderem aos critérios exigidos para a legalidade em sua jurisdição. (6) *Embora diferentes jurisdições tenham diferentes critérios de legalidade, os critérios têm algumas características universais. Identificar essas características é fundamental para compreender a natureza do direito e, como tal, é uma tarefa primordial da filosofia do direito.*⁴⁰

35 LEITER, Explaining Theoretical Disagreement, p. 1.224.

36 HART, The Concept of Law, p. 274.

37 COLEMAN, The Practice of Principle, p. 116–117.

38 RAZ, Joseph, Legal Principles and the Limits of Law, Yale Law Journal, v. 81, p. 823–854, 1972, p. 823–825.

39 PRIEL, Making Sense of Nonsense Jurisprudence, p. 4–5.

40 *Ibid.* Grifo nosso.

Como o próprio autor menciona, o ponto seis (com ênfase) é costumeiramente “onde toda a ação acontece”. Nesse sentido, ao reduzir o debate sobre “o que é isto — o direito?” a uma questão conceitual reduz em grande parte a relevância do debate sobre os graus de legitimidade política que um regime jurídico pode (ou não) ter. A jurisprudência analítica, portanto, separa o que seria uma empreitada filosófica da teoria do direito (de um lado) e a teoria da adjudicação (do outro). Apesar de aparentar, assim, estar inserida dentro do paradigma objetivista (da neutralidade metodológica), a jurisprudência analítica abre o caminho para o arbítrio judicial e sustenta o subjetivismo dentro de uma teoria da adjudicação a qual não está devidamente interessado.

Inversamente, o realismo jurídico norte-americano de cunho tradicionalista pode ser compreendido como uma postura objetivista ao organizar o sentido do direito a partir de padrões externos e independentes da vontade privada do julgador. Ao contrário da caricatura que o descreve como um ceticismo radical que reduz o direito ao “café da manhã do juiz”,⁴¹ o realismo tradicional de autores como Karl Llewellyn e Jerome Frank busca a validade jurídica na facticidade social e nos padrões objetivos de comportamento de uma comunidade.

Para esses autores, o direito não reside na mente do juiz, mas no conceito romântico de *Sittlichkeit* (vida ética habitual). Karl Llewellyn argumentava que a autoridade do direito deriva de sua correspondência com os valores compartilhados, o que impõe um limite objetivo à atuação judicial. O juiz realista não “inventa” o sentido de maneira solipsista; ele o extrai da realidade prática da sociedade. Como um dos heróis intelectuais de Llewellyn, Arthur Corbin destaca — sendo citado por Llewellyn —,⁴² “[o] juiz, se for honesto, estabelece uma regra que foi aprovada ou aceita pela comunidade no passado, ou uma regra que ele acredita que a comunidade aprovará no futuro”.⁴³ Da mesma maneira, Jerome Frank, em correspondência com o colega Felix Frankfurter (que viria a ser *justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos), afirmou: “Não digo que “a maioria das leis seja uma farsa ... Acho que o direito é bem real. Mas não acredito que funcione da maneira como parece, aparentemente, funcionar”.⁴⁴

Nesse sentido, o realismo jurídico estadunidense de corrente tradicionalista é objetivista porque o critério de correção está “fora” da mente do juiz, situado nos padrões de comportamento e nas expectativas legítimas da comu-

41 PRIEL, Dan, *Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea*, Buffalo Law Review, v. 68, n. 3, p. 899-930, 2020.

42 LLEWELLYN, Karl N., *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, v. 44, n. 8, p. 1222-1264, 1931, p. 1.227, n. 17.

43 LLEWELLYN, Karl N., *One “Realist’s” View of Natural Law for Judges*, Notre Dame Law, v. 15, n. 3, p. 7-8, 1938.

44 GLENNON, Robert Jerome, *The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank’s Impact on American Law*, Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 89.

nidade comercial e social. Nesse sentido, com Priel,⁴⁵ podemos entender que o realismo jurídico que Llewellyn defendia como uma espécie de “senso comum” (*residual non-expert horse-sense of the Community*) na aplicação do direito pelas cortes, que para esses autores seria o direito socialmente legitimado. Llewellyn chamava essa prática tradicional de reconhecer o direito “como ele é” dentro do seio social como o “grande estilo” (*Grand Style*), em oposição ao formalismo científico ou teórico que passava a reinar no ensino jurídico nas universidades de prestígio na época.⁴⁶ Mesmo Jerome Frank, frequentemente rotulado como um “cético radical”, demonstra um compromisso com o objetivismo (e um sentido mais processualístico) ao focar na verdade dos fatos.⁴⁷ A preocupação de Frank não era celebrar o arbítrio, mas criticar a falibilidade do sistema de apuração de fatos dentro do processo judicial que produzia injustiças por não atingir a realidade objetiva do que aconteceu.⁴⁸ Frank afirmava que as normas jurídicas são ferramentas que devem ser ancoradas na realidade, e não abstrações que servem para esconder preconceitos. Ele foi enfático ao declarar: “[n]enhuma pessoa sã negaria que as doutrinas ou ‘regras’ encontradas em casos anteriores têm algum efeito sobre as decisões”.⁴⁹

Dessa forma, o “objetivismo” realista reside na insistência de que a decisão jurídica deve ser publicamente justificada e coerente com a tradição histórica e as práticas sociais. Enquanto a jurisprudência analítica se refugia na inevitabilidade da consciência privada do juiz que tem como consequência fatal a discricionariedade,⁵⁰ o realismo jurídico tradicionalista de Llewellyn e Frank busca resgatar a densidade normativa da vida, tratando o juiz como o intérprete

45 PRIEL, The Myth of Legal Realist Skepticism, p. 79.

46 LLEWELLYN, Karl N. American Common Law Tradition, and American Democracy, Journal of Legal and Political Sociology, 1942, p. 31.

47 FRANK, Jerome, Law & the Modern Mind, New Brunswick: Routledge, 2009, p. xxii–xxiii; FRANK, Jerome, Cardozo and the Upper-Court Myth, Law and Contemporary Problems, v. 13, n. 2, p. 369–390, 1948, p. 384.

48 Da crítica de Frank pode ser traçado um paralelo com a crítica ao conceito de “verdade real”, típico do direito processual brasileiro.

49 FRANK, Jerome, Book Review, Yale Law Journal, v. 40, p. 1120–1123, 1931, p. 1.123.

50 A afirmação de que o positivismo jurídico (em especial o pós-hartiano, berço da jurisprudência analítica) necessariamente adota a discricionariedade judicial como um dos seus pressupostos é contestada (HIMMA, K., Judicial Discretion and the Concept of Law, Oxford Journal of Legal Studies, v. 19, n. 1, p. 71–82, 1999. No Brasil, o tema vem sendo desenvolvido em RONSONI, Barbara. Poderia um positivista rejeitar a tese da discricionariedade? [Manuscrito não publicado]). O principal argumento contra a ideia é o de que a inevitabilidade da discricionariedade não decorre logicamente da tese dos limites sociais do direito, mas de uma escolha institucional contingente que alguns sistemas jurídicos podem ou não adotar. Saber se a suposição é ou não verdadeira, contudo, não é relevante para nosso argumento, pois assumo que o positivismo analítico adota a discricionariedade a partir de sua abordagem conceitual sobre a natureza do direito. Isto é, ao positivismo não interessa discutir os méritos do que é o direito (GARDNER, John, Legal Positivism: 5½ Myths, The American Journal of Jurisprudence, v. 46, n. 1, p. 199–227, 2001.) Ao não debater os seus méritos, abre-se o caminho para a “contingência” e para o arbítrio do acaso.

de uma realidade objetiva que o precede e o limita. Nesse sentido, inverter o senso comum que se convencionou permite perceber que a jurisprudência analítica é o verdadeiro reduto do subjetivismo moderno, ao permitir que o sentido do direito seja decidido por atos de vontade solipsistas sob o manto da “textura aberta”.

Por outro lado, o realismo jurídico, comumente conhecido por ser a escola subjetivista *par excellence*, apresenta-se como um projeto objetivista, ao vincular a legitimidade da decisão à sua correspondência com os valores e costumes da comunidade política. O direito, para realistas tradicionalistas como Llewellyn e Frank, não é o que o juiz *quer*, mas o que a sociedade *determina*, em suas práticas sedimentadas, e exige que ele reconheça como tal.

Analisando ambas as escolas e suas ramificações, contudo, nota-se um elemento do “dado”. Na jurisprudência analítica, o dado é o conceitual, o convencionalismo, como criticou Dworkin,⁵¹ de que isolando-se as variáveis corretamente, poder-se-ia chegar na tese perfeita sobre a natureza do direito. No realismo jurídico norte-americano, por outro lado, o elemento do dado está na determinação dos valores da comunidade. Há, aqui, uma sofisticação tão ou maior do que há na jurisprudência analítica (apesar de a dogmática não reconhecer isso).⁵² Alguns identificam no realismo de Frank e Llewellyn as bases para uma leitura interpretativista do direito que irá aparecer futuramente em Dworkin,⁵³ ou mesmo na justificação moral de autogoverno (aparentemente calcada no direito natural, mas profundamente pragmática) de Fuller.⁵⁴ De todo modo, o tradicionalismo desses autores revela — até por uma questão histórica — uma fundamentação que aparenta quebrar com a metafísica, mas acaba adotando-a, inclusive sobre o ponto de vista religioso e político. Isso se dá pelos fundamentos filosóficos adotados pela maioria dos realistas jurídicos. Especialmente em Llewellyn e Frank, é possível identificar uma herança pragmatista em seu pensamento. Esse pragmatismo, herdado do que ficou conhecido como “pragmatismo americano clássico”,⁵⁵ nunca foi uma escola de pensamento que buscou quebrar com um fundamento religioso ou metafísico da sociedade, mas sim questionar as amarras do cientificismo e do darwinismo social, em favor de um naturalismo mais amplo.⁵⁶

51 DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1986, p. 114–150.

52 Para uma rara exceção à regra, ver TAMANAHA, Brian Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2010.

53 DWORKIN, *Law's Empire*; DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 2001.

54 Cf. FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, CT: Yale University Press, 2000.

55 Ver BRANDON, Robert, *Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent, and Contemporary*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011.

56 *Ibid.*, p. 6. Ver também MENAND, Louis, *The Metaphysical Club*, New York: Farrar, Straus

Uma maneira de romper esse ciclo entre objetivismo e subjetivismo presente na teoria do direito é assimilar a intersubjetividade característica da virada linguístico-pragmática da filosofia no âmbito “insular” da teoria do direito. É o que se propõe aqui realizar com o aporte da semântica inferencialista de Brandom e de como ela pode servir para uma leitura inferencial da própria ideia de moralidade mínima que torna o direito possível, da forma como apresentada por Fuller.

5. EM DEFESA DE UMA HERMENÊUTICA DA FUNÇÃO

Como vimos aqui, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) surge no cenário teórico-jurídico com a ambição de transcender o dualismo metafísico que historicamente aprisionou a interpretação jurídica. Esse dualismo, manifestado na polarização entre objetivismo clássico e subjetivismo moderno, encontra seu fundamento em paradigmas filosóficos superados: o realismo filosófico (que localiza o sentido no objeto, ou na *voluntas legis*) e a filosofia da consciência (que localiza o sentido no sujeito, ou na *voluntas legislatoris* ou *voluntas judicis*). A CHD, ao se filiar à ontologia fundamental heideggeriana e ao giro ontológico-linguístico (Heidegger-Gadamer), rejeita o esquema sujeito-objeto como matriz de inteligibilidade para o direito.⁵⁷

Com efeito, o direito, ao invés de ser um objeto a ser descoberto ou mesmo cuja construção deve ser depurada (objetivismo), ou então uma projeção da vontade do intérprete (subjetivismo), é intrinsecamente um conceito interpretativo, cujo sentido surge na e pela linguagem. A linguagem, longe de ser uma “terceira coisa” interposta entre o sujeito e o objeto, é a condição de possibilidade para a compreensão, na qual o processo interpretativo é produtivo (*Sinngebung*), fazendo o sentido emergir. Contudo, essa produtividade não convalida decisionismos ou discricionariedades, pois o direito, por ser uma prática discursiva, exige respostas corretas fundadas no caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica.

Com isso, uma das possíveis chaves de leitura para a CHD é a que ela postula duas dimensões pragmáticas da interpretação do direito. Uma delas seria pragmático-epistemológica, que dá conta de explicitar, pragmaticamente, a pergunta “o que é isto — o direito?”, a qual sempre permeou todas as tentativas de teorização ou de se fazer ciência no direito, mormente a abordagem conceitual da jurisprudência analítica; e uma segunda, que se pretende aprofundar a análise neste espaço: uma dimensão pragmático-normativa do direito, essencial para sustentar a busca por decisões corretas (como o que prevalecerá na teoria da decisão desenvolvida a partir da heurística chamada de “três perguntas fundamentais”).⁵⁸

and Giroux, 2001.

57 STRECK, Lenio Luiz, Verdade e Consenso, 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

58 STRECK, Lenio Luiz, Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do

Essa dimensão implica a recusa da descrição do fenômeno jurídico como mero “fato social” ou “prática” destituída de normatividade, o que o distancia radicalmente dos diversos positivismos, que institucionalizam o direito ao admitirem a discricionariedade judicial como uma fatalidade do fenômeno jurídico, e do pragmatismo instrumental (ou em sentido estrito), como criticado por Brandom,⁵⁹ o qual reduz a verdade (ou veracidade de proposições) à utilidade ou ao sucesso na satisfação de desejos (o problemático modelo “crença-desejo”).

Em razão dessa releitura feita de alguns aportes teóricos que são mencionadas em obras do primeiro coautor, mas que não compõem o referencial recente da CHD que sustenta este texto — em especial Brandom, mas também Fuller em sua ideia de moralidade mínima que torna o direito possível —, que nos propomos nesta parte da seção a sugerir uma nova abordagem para superar o objetivismo e subjetivismo à partir dessa chave de leitura da CHD, que se denominará de “hermenêutica da função”.⁶⁰ Adota-se essa terminologia também por uma leitura pragmática daquilo que Alasdair MacIntyre identificou como “prática”, isto é, qual forma coerente e complexa de atividade humana socialmente estabelecida cooperativamente “qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa socialmente estabelecida, por meio da qual bens internos a essa forma de atividade são realizados”.⁶¹ Para compreender a ideia de “hermenêutica da função” é preciso entender que a prática (jurídica) só é “inteligível[l] dentro de uma tradição histórica de investigação e debate moral”.⁶² Sendo a tradição um “argumento historicamente ampliado e socialmente incorporado”,⁶³ tal prática só se torna de virtuosa a partir do desenvolvimento de padrões de excelência dessa prática, cuja inteligibilidade da atividade depende de sua inserção numa tradição viva.

Se a tradição pode ser “viva”, tal inteligibilidade não se dá em um grau zero de sentido, ou “Racionalidade”, mas sim em uma dimensão pragmático-normativa, a qual denomina-se de hermenêutica da função, a qual pode ser compreendida analiticamente como a ideia pragmatismo em sentido amplo articulado por Robert Brandom, especialmente em sua teoria inferencialista. Brandom define o conteúdo conceitual de expressões e performances não por

direito à luz da crítica hermenêutica do direito, 2. ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2019, p. 391–395.

59 BRANDOM, Perspectives on Pragmatism, p. 5 et seq.

60 O termo “hermenêutica da função” não deve ser confundido com função social do direito, assim como qualquer tipo de antiformalismo na interpretação. A hermenêutica da função defendida aqui por nós, que trata do tema sob a ótica da filosofia da linguagem, se fundamenta no pragmatismo em sentido amplo de Wittgenstein, na obra de MacIntyre e na teoria de Fuller (sempre trabalhada a partir da CHD), como é feito no presente artigo.

61 MACINTYRE, Alasdair C., *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 3rd ed. Notre Dame, Ind: University of Notre Dame Press, 2007, p. 187.

62 *Ibid.*, p. 223.

63 *Ibid.*, p. 223–224.

correspondência a objetos (representacionalismo), mas sim pelas articulações inferenciais dos compromissos assumidos e das autorizações reivindicadas pelos atores no “jogo de dar e pedir razões”.⁶⁴

Tal pragmatismo em sentido amplo, o qual se alinha com a compreensão da CHD de negar qualquer tentativa de descrever a verdade como correspondência (*adequatio intellectus et rei*), propõe quatro comprometimentos: i) pragmatismo metodológico, que prescreve que uma teoria semântica deve responder à pragmática, ou seja, a teoria pragmática (o estudo do uso das expressões linguísticas) fornece o objetivo explicativo e os critérios de adequação para a teoria semântica; ii) pragmatismo semântico, o qual afirma que o significado é determinado pela forma como os praticantes usam as expressões; iii) pragmatismo fundamental, o qual prescreve que o conhecimento teórico (*knowing that*) é entendido em termos de habilidades práticas (*knowing how*) para realizar ações; e iv) o pragmatismo normativo, que mais nos interessa aqui, o qual prevê o compromisso de que a teoria pragmática deve empregar um vocabulário normativo.⁶⁵

Tal abordagem pragmatista em sentido amplo, para Brandom, se distingue de uma versão em sentido estrito, a qual assume um quinto compromisso, o do v) pragmatismo instrumental, associado aos autores do pragmatismo americano, clássicos como William James e John Dewey, que define a verdade de uma crença pelo seu sucesso em promover a satisfação de desejos. O instrumentalismo, ao concentrar-se no sucesso do agente em alcançar um fim ou objetivo, assume o problemático modelo “crença-desejo”, que é criticado por Brandom por incorrer no “mito do dado”, uma vez que confunde sensações imediatas com desejos conceitualmente articulados, que são elementos de razões para a ação. A adesão ao pragmatismo normativo, por outro lado, é crucial, pois exige que as normas implícitas nas práticas discursivas sejam reconhecidas e aplicadas de forma racional e reflexiva, e não apenas por meio de hábitos ou comportamentos regulares, o que distingue criaturas sencientes de criaturas sapientes.⁶⁶

Ao assumir-se o componente racional de práticas como sendo o caso das práticas jurídicas, pode-se também assumir o conteúdo dessas práticas a partir do inferencialismo, pois nessa teoria está-se tratando de uma teoria pragmática que lida com a racionalidade e a normatividade de maneira intersubjetiva. Nesses termos, *ser racional* é participar desse jogo de linguagem que consiste em fazer e desafiar afirmações. Enunciados e estados são dotados de conteúdo proposicional apenas na medida em que sustentam relações inferenciais entre

64 Ver em especial os primeiros quatro capítulos de BRANDON, Robert, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, 4. ed. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2001.

65 BRANDON, *Perspectives on Pragmatism*, p. 56 et seq.

66 *Ibid.*, p. 73.

si, podendo servir e sustentar a necessidade de razões. A racionalidade, dentro desse referencial não-clássico, exige que os participantes se responsabilizem pelos comprometimentos que assumem, uma demanda que ecoa a integridade dworkiniana⁶⁷ e, consequentemente, na proposta de teoria da decisão da CHD.

O compromisso de Brandom com o pragmatismo normativo é o ponto de contato fundamental com a CHD. Ambos postulam por uma *leitura inferencialista* das práticas jurídicas, isto é, as interpretam como práticas cujo sucesso se dá na inteligibilidade das práticas discursivas e são regidos por normas implícitas que devem ser reconhecidas e aplicadas pelos praticantes de forma *racional* e *reflexiva*, e não por meros hábitos ou disposições *naturais* (a qual Thomas Bustamante chama de *leitura regularista*).⁶⁸ A distinção entre a criatura *senciente* (que apenas reage a estímulos) e a criatura *sapiente* (que age distintivamente racional) reside na capacidade desta última de tratar normas como razões. Ser racional é, portanto, participar do jogo de linguagem que exige fazer e desafiar afirmações que servem como razões para crenças.⁶⁹

Essa abordagem pragmático-normativa se opõe diretamente ao pragmatismo instrumental que já foi criticado pela CHD se utilizando dos mais diversos rótulos. Nesse sentido, posso citar alguns deles: pragmatismo jurídico, realismo retrô, empirismos, teorias consequencialistas, entre outros.⁷⁰ É preciso reconhecer que por vezes o uso desses conceitos foi feito de maneira mais ou menos livre pela CHD, sem o devido cuidado para com uma precisão conceitual que se pretende realizar agora com o termo que proposto como “hermenêutica da função”.

É para substituir o uso desses termos que a CHD utilizou no passado que o que Brandom chama de “instrumentalismo” encaixa tão bem. Quem defende esse compromisso que consiste em reduzir o critério de verdade ao “sucesso em promover a satisfação de desejos” (modelo crença-desejo), é incapaz de sustentar a racionalidade reflexiva exigida pelo direito. E é exatamente isso que se observa em tantas criticáveis teorias do direito. Uma delas, cuja crítica foi feita amiúde em outros trabalhos,⁷¹ é o precedentalismo à brasileira, o qual faz uma importação acrítica e equivocada da teoria dos precedentes advinda do *com-*

67 Para um dos primeiros trabalhos a identificar a relação entre o pragmatismo em sentido amplo de Brandom e autores do direito, como Dworkin, ver DECAT, Thiago Lopes, *Inferentialist Pragmatism and Dworkin's 'Law as Integrity'*, *Erasmus Law Review*, v. 8, n. 1, p. 14–25, 2015.

68 BUSTAMANTE, Thomas, *Fish versus Dworkin: A Comparison Between Two Versions of Legal Pragmatism*, in: *New Essays on the Fish-Dworkin Debate*, London: Hart Publishing, 2023, p. 274.

69 *Ibid.*

70 Tal problema já é mais encontrado em STRECK, Dicionário de hermenêutica, p. 345–346., onde o autor já reconhece como exceção ao problema do “consequencialismo do pragmatismo” os trabalhos da filósofa Susan Haack e em certa medida Ronald Dworkin.

71 Ver STRECK, Lenio Luiz, *Precedentes Judiciais e Hermenêutica*, 7. ed. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2025.

mon law para o Brasil, transformando a construção racional dos precedentes feita no passado em “teses” para o futuro, como se o judiciário legislador o fosse. Tudo em nome da “finalidade”; do “bem maior”: da “satisfação” da sociedade (?) que *deseja* um judiciário *mais eficiente* e com mais *segurança jurídica*. Um claro exemplo, pois, do uso instrumental do direito que adere ao modelo “crença-desejo”.

O modelo crença-desejo é problemático ao ponto de um positivista como Joseph Raz também criticá-lo por postular que desejos razoáveis (como o filosófico por conhecimento) transcendem o impulso e exigem razões para a ação.⁷² Ao rejeitar o instrumentalismo e abraçar o pragmatismo normativo inferencialista, a CHD se alinha a uma tradição que busca a objetividade no plano da intersubjetividade e da responsabilidade.

O inferencialismo de Brandom providencia o referencial semântico (e lógica e analiticamente expressivo) para a objetividade (no sentido de ser explicitado e justificado racionalmente) ao exigir que os participantes do jogo (os juízes, em particular) se responsabilizem pelos comprometimentos que assumem. Essa responsabilidade exige a integridade do direito (Dworkin), pois os conceitos jurídicos são normas que determinam “qual é a razão para o quê” (*what is a reason for what*).⁷³ A racionalidade exigida para a hermenêutica da função é, portanto, a racionalidade histórico-expressiva hegeliana (na leitura de Brandom), que consiste em escolher retrospectivamente uma trajetória expressivamente progressiva através de aplicações passadas de um conceito, de modo a determinar uma norma que se possa entender como estando no controle de todo o processo e, assim, projetar para o futuro (porque decisões judiciais aplicam o direito com base no passado).⁷⁴

Outro componente importante para compreender a ideia de inteligibilidade de padrões de excelência da prática jurídica está presente na proposta teórica de Lon L. Fuller, a qual oferece a justificativa estrutural para a exigência de objetividade dessa racionalidade, ligando-a à função inerente do direito: a moralidade interna.⁷⁵ O autor define o direito como um “empreendimento” que tem como propósito “submeter a conduta humana ao governo de regras”.⁷⁶

72 RAZ, Joseph, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, New York, NY: Oxford Univ. Press, 1999, p. 52–54.

73 BRANDOM, Robert, *Reason in Philosophy: Animating Ideas*, Harvard Univ. Press. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 2013, p. 14.

74 BRANDOM, Robert, A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges’ Chain Novel, *in*: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Orgs.), *Pragmatism, Law, and Language*, New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2014, p. 19–39.

75 Aproximar Fuller de uma premissa teórica formulada por MacIntyre pode parecer óbvio, mas ressaltamos que não estamos buscando uma fundamentação calcada na ideia de *virtue ethics*, mas sim em uma releitura pragmática que compõe com Fuller.

76 FULLER, *The Morality of Law*, p. 129.

Para que esse empreendimento seja possível, ele deve satisfazer um conjunto de desideratos de excelência (os oito “caminhos para a criação do direito”), que incluem: generalidade, promulgação, não retroatividade, clareza, não contradição, possibilidade de obediência, constância e congruência entre ação oficial e regra declarada.⁷⁷

O ponto crucial do argumento de Fuller, que fundamenta o que se denomina aqui de “hermenêutica da função”, é que as considerações que levam à excelência do direito são as mesmas que definem o que conta como existência do direito, no nível mais baixo.⁷⁸ Uma falha total ou substancial em qualquer um desses princípios de legalidade não resulta apenas em “direito ruim”, mas em algo que não pode ser adequadamente chamado de sistema jurídico.⁷⁹

Fuller argumenta que a legalidade, ao tratar os sujeitos como agentes responsáveis, capazes de compreender e seguir regras, estabelece um vínculo de *reciprocidade* entre o governante e o cidadão.⁸⁰ A obrigação do cidadão de obedecer à lei depende da obrigação do legislador de apresentar o direito de forma que possa ser conhecida e seguida.⁸¹ A falha nessa reciprocidade destrói a própria racionalidade da prática social.

Nesse sentido, a moralidade interna fulleriana não é uma moralidade de dever (*duty*), mas primariamente uma moralidade de aspiração (*aspiration*), visando à plena realização das capacidades humanas.⁸² Contudo, mesmo na aspiração, o direito precisa de princípios mínimos para ser possível.⁸³ O direito, ao fazer exigências práticas, deve levar em conta a capacidade de seus sujeitos de compreendê-las e segui-las, tratando-os como agentes autônomos.⁸⁴ A hermenêutica da função encontra aqui sua restrição objetiva: o intérprete não pode adotar um sentido que anule a função do direito de guiar a conduta, nem que rompa o vínculo de reciprocidade.

Como foi posto, a “hermenêutica da função” consolida a superação do dualismo objetivista/subjetivista ao integrar a CHD, o inferencialismo de Brandom e o conceito de moralidade de Fuller. Ela define que a interpretação jurídica

77 *Ibid.*, p. 61.

78 *Ibid.*, p. 56.

79 *Ibid.*

80 *Ibid.*, p. 35.

81 *Ibid.*

82 Dessa forma, ainda que se defenda princípios como “deontológicos”, a moralidade que funda o direito é, para a CHD, uma moralidade de aspiração, a qual nos fornece os frutos de princípios jurídicos, os quais, esses sim, serão interpretados como deveres (*duty*). Nesse ponto, Dworkin e Fuller são conciliáveis. Não à toa Leiter, que critica qualquer abordagem como que não seja baseada no direito como um “fato social”, é um contumaz detrator de ambos. Cf. LEITER, Legal Positivism as a Realist Theory of Law, p. 79.

83 FULLER, The Morality of Law, p. 16.

84 Cf. MURPHY, Colleen, Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law, Law and Philosophy, v. 24, n. 3, p. 239–262, 2005.

deve ser pautada pela função inerente que o direito desempenha, exigindo uma racionalidade discursiva (Brandom) que impeça a arbitrariedade e garanta a integridade, baseada nos limites funcionais introduzidos por Fuller.

O *telos* do direito (guiar a conduta) impõe que o processo de interpretação observe a legalidade (clareza, publicidade, não-retroatividade etc.). Se o juiz (o ator discursivo) falha em justificar suas inferências de forma coerente com a cadeia histórico-expressiva do direito, ele não apenas toma uma decisão “ruim”, mas mina a função do direito. A coerência e a integridade, por sua vez, servem como blindagem contra o decisionismo e o voluntarismo.

A tese da “hermenêutica da função”, portanto, provê uma terceira via: a objetividade não é um dado essencialista, nem uma ficção metodológica, mas uma exigência funcional e intersubjetiva imposta pela própria natureza do direito como prática social estruturada pela razão e pela moralidade mínima que o torna possível. Ao ligar a semântica à prática e à função normativa, a hermenêutica da função revela o fracasso do dualismo em capturar a natureza complexa e intersubjetiva do fenômeno jurídico.

CONCLUSÃO

Com este estudo, observa-se a origem conceitual das escolas teóricas do direito, sendo que se deve enquadrar teorias sempre levando em consideração seu referencial filosófico, isto é, seu paradigma.

Depois, definiu-se e identificou-se a perenidade dos paradigmas filosóficos objetivistas e subjetivistas, demonstrando na seção seguinte como, na teoria do direito, a inclusão de uma escola teórica em um ou outro dos paradigmas se torna um dilema frente aos “cruzamentos fundacionais” entre as escolas que seguem imunes à quebra paradigmática da viragem linguística.

No caso do realismo jurídico norte-americano, há uma aparente caricatura que é feita por parte da doutrina, de que este seria a apoteose do subjetivismo. Não é, embora se possa detectar esse problema naquilo que se pode chamar de “realismo retrô” praticado no Brasil, perceptível no precedentalismo. A tradição realista consta, na obra tradicionalista de Frank e Llewellyn, com o referencial que mais se aproxima da intersubjetividade que se almeja alcançar com a “hermenêutica da função”, mas peca por colocar os valores da comunidade como uma construção social (intersubjetiva), mas que deveria ser “encontrada” pelo julgador. Nesse ponto, os realistas apostaram — também pela sua condição histórica, pois escreviam em meio à consolidação da reviravolta linguístico-pragmática, dado que não se sabe se algum deles estava interessado nas obras de Heidegger, Wittgenstein, ou mesmo do Círculo de Viena — em uma espécie de mito do dado que paira entre objetivismo (valores comunitários determinados) e subjetivismo (empirista, dado que muitos dos realistas — mesmo

os tradicionalistas Frank e Llewellyn — subscreveram expressa ou tacitamente ao modelo crença-desejo e/ou à instrumentalização do direito).⁸⁵

Por outro lado, o positivismo jurídico — em especial o discutido neste artigo proposto pela jurisprudência analítica — também paira entre objetivismo e subjetivismo, pois sua pretensão conceitual (de aparência objetiva e desinteressada, isto é, pretensamente empírica) acaba por adotar aquilo que Dan Priel chama de “quadro básico”, um conjunto de pressupostos que acabam por designar uma função meramente conceitual, de determinar os critérios de validade jurídica de sistemas jurídicos que abandona a questão da legitimidade do direito — jogando-o para a mera contingência institucional dos sistemas. Ao adotar o quadro básico, portanto, a jurisprudência analítica acaba (mesmo que isso seja negado por autores como Himma) por admitir a discricionariedade judicial como uma fatalidade do direito, fazendo outros teóricos, como Leiter, defendam a ideia de que o positivismo analítico (ainda que por vezes seja também para ele, no caso do argumento de autoridade de Raz, uma teoria “moralista”),⁸⁶ ao fim e ao cabo, seja uma teoria realista.

Apesar de não adentrar o debate sobre se o positivismo pressupõe o “argumento central do realismo” (*legal realism’s Core Claim*),⁸⁷ o que se buscou demonstrar aqui é que há um senso comum que coloca teorias positivistas (mesmo elas sendo plurais como são) como teorias eminentemente objetivistas. Tal objetivismo metodológico, como foi demonstrado, não se sustenta se o quadro básico for levado às últimas consequências e se a pergunta “o que é o direito” for de interesse meramente filosófico ou conceitual. Disso não se tira, contudo, que se está defendendo aqui o “argumento central” do realismo de Leiter, isso porque acreditamos, com Priel, que os realistas defendiam algo além disso. Há um componente de defesa da tradição do *common law* que os enquadra inclusive em um prisma do objetivismo romântico (lembremos da defesa do *Grand Style*) sobre a adjudicação do direito.⁸⁸

Evitando o dualismo objetivismo-subjetivismo, encontra-se na proposta da hermenêutica da função uma saída não-clássica e pragmática para os problemas de objetividade no direito. Também por isso este artigo serve como uma proposta que busca apresentar aquilo que chamamos de segunda dimensão pragmática da Crítica Hermenêutica do Direito, qual seja, a pragmático-nor-

85 A questão sobre se os realistas conheciam, ou até mesmo se estavam interessados, no debate sobre o *linguistic turn* na filosofia é uma possível agenda de pesquisa para trabalhos futuros, da qual não será discutida aqui.

86 PRIEL, Legal Realism, Legal Positivism, and Determinacy, p. 79–80; 98.

87 Para mais desse debate, cf. *ibid.*

88 A partir de seus textos, é possível dizer que Priel não concordaria com nosso argumento sobre o objetivismo dos realistas e insistiria que tais autores, mormente Frank e Llewellyn, são teóricos mais incompreendidos ainda. A aproximação que Priel faz dos realistas com Dworkin no texto “Making Sense of Nonsense Jurisprudence” demonstra exatamente isso.

mativa, que se utiliza dos aportes substantivos de Fuller (que sustentam uma fundamentação da legitimidade social do direito, sem fazer uso do objetivismo romântico dos realistas) e da semântica pragmática de Brandom, a qual nos parece ser o que mais sofisticado se há no momento em termos de trabalho em filosofia da linguagem, com evidentes repercussões normativas, como a do aumento da legitimidade política de decisões que se fundamentem a partir do poder de agência de atores sociais que dão e exigem razões a partir dos compromissos e autorizações assumidas pela comunidade de interpretes de um mesmo sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

BRANDOM, Robert. A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel. *In*: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Orgs.). *Pragmatism, Law, and Language*. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2014, p. 19–39. (Routledge studies in contemporary philosophy, 53).

BRANDOM, Robert. *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. 4. ed. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2001.

BRANDOM, Robert. *Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent, and Contemporary*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

BRANDOM, Robert. *Reason in Philosophy: Animating Ideas*. Harvard Univ. Press. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 2013.

BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. 1st ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. (Duncker & Humblot reprints).

BUSTAMANTE, Thomas. Fish versus Dworkin: A Comparison Between Two Versions of Legal Pragmatism. *In*: *New Essays on the Fish-Dworkin Debate*. London: Hart Publishing, 2023, p. 259–290. (Law and Practical Reason).

COLEMAN, Jules L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Repr. 2008. Oxford: Oxford University Press, 2008. (Clarendon law lectures).

COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott (Orgs.). *Methodology*. *In*: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002, v. 1.

DECAT, Thiago Lopes. Inferentialist Pragmatism and Dworkin's 'Law as Integrity'. *Erasmus Law Review*, v. 8, n. 1, p. 14–25, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2001.

FERREIRA, Gabriel. A defense of an inferentialist historiography of philosophy: commitments, incompatibilities, and entitlements. *Trans/Form/Ação*, v. 47, n. 3, p. e0240060, 2024.

FRANK, Jerome. Book Review. *Yale Law Journal*, v. 40, p. 1120–1123, 1931.

FRANK, Jerome. Cardozo and the Upper-Court Myth. *Law and Contemporary Problems*, v. 13, n. 2, p. 369–390, 1948.

FRANK, Jerome. *Law & the Modern Mind*. New Brunswick: Routledge, 2009.

FRIEDMAN, Michael. *A Parting of the Ways: Carnap, Cassirer, and Heidegger*. Chicago: Open Court, 2000.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven, CT: Yale University Press, 2000.

GADAMER, Hans-Georg; WEINSHEIMER, Joel; MARSHALL, Donald G. *Truth and Method*. First paperback edition. translation revised by Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall. London: Bloomsbury, 2013. (The Bloomsbury revelations series).

GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GARDNER, John. Legal Positivism: 5½ Myths. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 46, n. 1, p. 199–227, 2001.

GENY, François; SALEILLES, Raymond. *Méthode D'interprétation Et Sources En Droit Privé Positif: Essai Critique*. Reproduction en fac-similé. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016. (Anthologie du droit).

GLENNON, Robert Jerome. *The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank's Impact on American Law*. Ithaca: Cornell University Press, 1985.

GOYARD-FABRE, Simone. *La philosophie du droit de Montesquieu*. Paris: C. Klincksieck, 1973.

GREEN, Leslie. Jurisprudence for Foxes. *Transnational Legal Theory*, v. 3, n. 2, p. 150–160, 2012.

HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford [Oxfordshire] : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Third edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. (Clarendon law series).

HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Malden, MA.: Blackwell Publishing, 2007.

HEIDEGGER, Martin. Nietzsche. 1/2: The will to power as art. The eternal recurrence of the same. *In*: Repr., 3. pr. San Francisco: Harper, 1993.

HEIDEGGER, Martin; MCNEILL, William. *Introduction to Philosophy*. Bloomington (Ind.): Indiana University press, 2024. (Studies in continental thought).

HIMMA, K. Judicial Discretion and the Concept of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 19, n. 1, p. 71–82, 1999.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009.

KRAMER, Matthew H. *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trim-mings*. Reprint. Oxford: Oxford Univ. Press, 2007.

LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. *University of Chicago Law Review*, v. 76, n. 3, p. 1.215, 2007.

LEITER, Brian. Legal Positivism as a Realist Theory of Law. *In*: SPAAK, Tor-ben; MINDUS, Patricia (Orgs.). *The Cambridge Companion to Legal Positi-vism*. 1. ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2021, p. 79–102. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108636377%23CN-bp-4/type/book_part>. Acesso em: 17 fev. 2026.

LEITER, Brian; GREEN, Leslie (Orgs.). *The Standard Picture and Its Discon-tents*. *In*: GREENBERG, Mark (Ed.). *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Oxford: [s.n.], 2011, v. 1, p. 39–106.

LLEWELLYN, Karl N. American Common Law Tradition, and American De-mocracy. *Journal of Legal and Political Sociology*, 1942.

LLEWELLYN, Karl N. One “Realist’s” View of Natural Law for Judges. *Notre Dame Law*, v. 15, n. 3, p. 7–8, 1938.

LLEWELLYN, Karl N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pou-nd. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1222–1264, 1931.

LOSANO, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto: vol. 2 – Il novecento*. Mila-no: Giuffrè, 2002.

MACINTYRE, Alasdair C. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3rd ed. No-tre Dame, Ind: University of Notre Dame Press, 2007.

MARMOR, Andrei. Positive law and objective values. Oxford; New York: Clarendon Press, 2001.

MENAND, Louis. The Metaphysical Club. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. *Law and Philosophy*, v. 24, n. 3, p. 239–262, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich; DEL CARO, Adrian. Thus spoke zarathustra: a book for all and none. Reprint with corrections. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2012. (Cambridge texts in the history of philosophy).

POUND, Roscoe. The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence. *Harvard Law Review*, v. 24, n. 8, p. 591–619, 1911.

PRIEL, Dan. Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea. *Buffalo Law Review*, v. 68, n. 3, p. 899–930, 2020.

PRIEL, Dan. Legal Realism, Legal Positivism, and Determinacy. *American Journal of Jurisprudence*, v. 71, 2026. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=5532382>>.

PRIEL, Dan. Making Sense of Nonsense Jurisprudence. Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series, 2020. Disponível em: <<https://www.ssrn.com/abstract=3696933>>. Acesso em: 21 ago. 2025.

PRIEL, Dan. The Misguided Search for the Nature of Law. 2015. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2642461>>. Acesso em: 12 fev. 2026.

PRIEL, Dan. The Myth of Legal Realist Skepticism. Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series, 2022. Disponível em: <<https://www.ssrn.com/abstract=4142277>>. Acesso em: 21 ago. 2025.

PRIEL, Dan. The Political Theories of the Legal Realists. 2025. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=5455254>>. Acesso em: 18 fev. 2026.

PRIEL, Dan. Were the Legal Realists Legal Positivists? *Law and Philosophy*, v. 27, n. 4, p. 309–350, 2008.

RAZ, Joseph. Engaging Reason: On the Theory of Value and Action. New York, NY: Oxford Univ. Press, 1999.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, v. 81, p. 823–854, 1972.

REBELO, Victor Bianchini. A pena é uma poderosa espada: O contextualismo linguístico de Quentin Skinner e a questão do método na historiografia (jurídi-

ca). São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2024. (Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação),

SEARLE, John R. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

SELLARS, Wilfrid. *Empiricism and the Philosophy of Mind*. 4. edn. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica*. 7. ed. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2025.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SUGARMAN, David. Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman. *Journal of Law and Society*, v. 32, n. 2, p. 267–293, 2005.

TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2010.

VETÖ, Miklós. *La Naissance De La Volonté*. Paris: L'Harmattan, 2002. (Collection L'ouverture philosophique). *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. *Georgia Law Review*, v. 11, n. 5, p. 969–989, 1977.

Recebido em: 06/05/2026

Aprovado em: 02/07/2026