

## Direito, artefatos e funções: uma possível resposta à objeção de Brian Leiter

JOÃO HENRIQUE LUTTNER<sup>1</sup>;  
RAFAEL FONSECA FERREIRA<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Universidade Federal do Rio Grande (FURG) – joaohenriquegnr@gmail.com

<sup>2</sup>Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande (FURG) – rafaelferreira@furg.br

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende defender uma abordagem funcionalista da teoria do direito através da tese que o conceito de direito é, *grosso modo*, mais bem compreendido como um tipo artefactual (*artefactual kind*) ou, dito de outra forma, como um artefato. Para isso, procura primeiro situar o trabalho dentro da tradição teórico-filosófica da análise conceitual, principalmente como entendida por filósofos analíticos do direito contemporâneos como Julie Dickson, Joseph Raz e Scott J. Shapiro. Em seguida, expõe a noção de artefato discutida na pesquisa, buscando explicar seus possíveis desdobramentos para a teoria geral do direito, especialmente para fins de sua explicação conceitual nos termos de sua função. Por fim, contrapõe este entendimento com a objeção levantada por Brian Leiter, cujo desafio teórico, se estiver correto, obstaria a possibilidade de defender uma concepção de artefato fundada na intencionalidade de seus autores e inviabilizaria esta empreitada teórica. A presente pesquisa elabora uma possível saída a isto, procurando demonstrar que o argumento de Leiter pode ser adequadamente respondido, sob o custo de uma ampliação do conceito de artefato. Com isto, subsistiria a viabilidade de uma abordagem funcionalista da teoria do direito, entendido como um artefato.

A fundamentação teórica do trabalho consiste na pesquisa qualitativa de autores centrais à teoria analítica do direito contemporânea. Mais especificamente, as bases da concepção de análise conceitual, método que fundamenta a presente pesquisa, devem muito aos escritos de DICKSON (2001), RAZ (2009) e SHAPIRO (2013) a respeito de como a atividade do teórico do direito é mais bem compreendida como uma teoria a respeito de seu conceito. A defesa da chamada “abordagem funcionalista” (*functional approach*) da teoria do direito, por sua vez, remete principalmente ao reavivamento do debate sobre as consequências teóricas de se incorporar a noção de “função” na filosofia jurídica, protagonizado por EHRENBERG (2016). A seção concernente à ideia de artefato, por fim, se baseia, nas contribuições da ontologia social e da metafísica contemporâneas e, principalmente, nos desenvolvimentos de Luka Burazin ao âmbito jurídico-teórico, especialmente na obra coletiva *Law as an Artifact* (BURAZIN; HIMMA; ROVERSI, 2018), a qual consiste na contribuição mais significativa para o entendimento das contendas contemporâneas sobre este assunto.

Os objetivos deste trabalho, neste sentido, se voltam para a análise da atual discussão acadêmica a respeito dos novos rumos metodológicos da teoria do direito, a possibilidade de se defender uma abordagem que procure explicar seu conceito em termos de suas funções e os desdobramentos teóricos da incorporação da tese de que o direito consiste em um tipo de artefato.

### 2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, tendo em vista a pesquisa qualitativa e a análise das teses sustentadas pelos principais expoentes da literatura especializada. O método empregado na escrita do trabalho, por sua vez, consistiu na análise conceitual, aqui entendida como empreitada teórico-filosófica que tem como base a ideia que uma teoria do direito deve consistir de proposições a seu respeito que (1) são necessariamente verdadeiras e (2) explicam adequadamente sua natureza, onde o termo “natureza” deve ser entendido como as propriedades essenciais que um dado conjunto de fenômenos deve exibir para que possa ser direito (DICKSON, 2001).

### 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Situando-se dentro da tradição filosófica da teoria analítica do direito, a presente pesquisa se fundamenta no que é entendido contemporaneamente como “análise conceitual”. Para os fins desse trabalho, pode-se entender este método como a ideia que uma teoria do direito deve ser entendida como consistindo em proposições a seu respeito que (1) são necessariamente verdadeiras e (2) explicam adequadamente sua natureza, onde o termo “natureza” deve ser entendido como as propriedades essenciais que um dado conjunto de fenômenos deve exibir para que possa ser direito (DICKSON, 2001) (RAZ, 2009). Em suma, na precisa formulação de Scott Shapiro, “descobrir a natureza do direito (...) é também descobrir suas propriedades necessárias, isto é, aquelas propriedades que o direito não poderia deixar de ter” (SHAPIRO, 2013, tradução livre). Esta primeira ressalva é de suma importância, pois, o que se pretende neste trabalho não se confunde com a tarefa da sociologia jurídica, ou mesmo com outros métodos dentro da teoria do direito, tais como aquele empregado pelo positivismo normativista, de pretensões quase-científicas, de Hans Kelsen (STRECK, 2011).

Dito isto, cumpre observar como, segundo os expoentes do positivismo jurídico pós-hartiano, o direito, diferentemente de algo como a água, não pode ser definido como um tipo natural (*natural kind*) – o termo “tipo” aqui se opõe àquele de “instância” (*token*), de forma que o conceito “direito” seria um tipo e, por exemplo, o ordenamento jurídico brasileiro seria uma instância deste tipo no mundo– mas, de outra forma, consistiria em um tipo artefactual (*artefactual kind*), visto que sua natureza parece ser artificial e atrelada à existência de seres humanos, sendo sua criação e permanência através do tempo vinculada a alguma intenção ou propósito atribuído por seus autores. É neste sentido que se mostra pertinente a definição elaborada por Risto Hilpinen, segundo o qual um artefato é “um objeto que foi intencionalmente feito para algum propósito” (HILPINEN, 2011, tradução livre). Partindo desta definição, autores como Luka Burazin e Andrei Marmor afirmarão que o direito é uma entidade cujo conceito é dependente de estados mentais, no sentido em que os estados mentais de seus criadores são constitutivos de sua própria existência (BURAZIN, 2018; 2019) (MARMOR, 2018).

Para os propósitos deste trabalho, importa salientar como a afirmação acima parece ter desdobramentos para a própria metodologia da teoria jurídica. É dizer, se o direito pode ser compreendido enquanto um artefato, e isto implica a noção de intencionalidade daqueles considerados seus “autores”, então parece ser o caso que a ideia de “artefatualidade” (*artifactuality*) também deriva aquela de “função”. Dito de outra forma, se o direito é concebido como sendo um artefato e, portanto, dotado de alguma função, mostra-se forçoso concluir como possível uma abordagem deste conceito que leva em conta sua função como parte do que

Ihe é constitutivo (EHRENBERG, 2016). Mais que isso, ainda, parece razoável afirmar que tal abordagem funcionalista não seria apenas viável, mas teria como consequência a capacidade de dar conta do problema da normatividade jurídica (isto é, a questão de como o direito é capaz de gerar e dar razões às pessoas, que as tomam não meramente como regras coercitivas, mas como obrigações propriamente ditas) por meio de uma explicação que pressuponha o direito como um artefato abstrato institucionalizado (EHRENBERG, 2016; 2018) cuja própria função seja aquela de dar razões para agir independentes de desejo (*subject independent*), ao atribuir “estatutos especiais a pessoas, eventos, objetos ou estados de coisas” que veem acompanhadas de poderes de “alterar os direitos e responsabilidades daqueles dentro do âmbito da instituição” (EHRENBERG, 2016; 2018).

Nota-se, portanto, que a presente defesa de uma abordagem funcionalista da teoria do direito parece depender da concepção aludida acima de artefato como objeto intencionalmente feito para algum propósito e, portanto, dependente de estados mentais. Assim, cumpre analisar se esta tese não estaria equivocada. É o que aparenta pensar o jus-filósofo americano e expoente da chamada “teoria naturalizada do direito”, Brian Leiter, o qual afirma que seria insustentável uma noção de artefato que proponha a dependência deste conceito a estados mentais de autores definidos e cuja intenção seja constitutiva de sua função. Para isso, o autor desenvolve dois pontos. Primeiro, objeta à ideia de intencionalidade autoral da tese aqui defendida, pelo motivo de que esta concepção seria incapaz de explicar a existência de artefatos que, como a cortesia e o direito, não parecem ter algum autor definido, cuja intenção seria rastreável. Em seguida, argumenta como definições de artefatos centradas na ideia de intenção atribuída acabam sendo vítimas de contraexemplos numerosos o suficiente para impedir a atribuição de alguma função definitiva e satisfatória aos mesmos (LEITER, 2018). Assim, seu argumento pode ser resumido da seguinte forma:

(i) dado que há artefatos que não parecem ter um autor definido e uma intenção rastreável, far-se-ia melhor em dar conta de tipos artefatuais de acordo com outra coisa que não a intenção atribuída a sua existência;

(ii) dado que (i) e que as funções de artefatos, quando não atribuídas por seus autores, mas por seu uso, parecem ser, invariavelmente, sujeitas a interesses variáveis, de forma a fazer impossível a tarefa de definir suas propriedades essenciais, far-se-ia melhor em não se apoiar na ideia de função ao explicar a natureza de um tipo artefatural, como o direito.

Leiter propõe, em seguida, uma definição de artefato que dispensa o conceito de intenção, segundo a qual algo é um tipo artefatural se (1) resulta de ação humana, (2) é responsável a interesses humanos e (3) não é um tipo natural.

Ainda que dotada de plausibilidade, a objeção colocada acima não é de todo inescapável. Isto porque o argumento de Leiter depende de uma concepção muito estrita do conceito de artefato relacionado à intenção do autor, que não é a única possível. É o que argumenta o presente trabalho, seguindo Luka Burazin (BURAZIN, 2016; 2019), quando afirma que a ideia de “intenção autoral” não necessita ser quantitativamente definida, podendo comportar a ideia de “autoria coletiva” por diversos atores através do tempo, inclusive daqueles que colocam este artefato em questão e os que fazem uso do mesmo. Assim, não seria cabida a objeção (i) a uma definição de artefato que incorpore uma noção ampla de autoria. Da mesma forma, a assertiva de que atribuir intenções a um artefato como o direito sempre terminaria por excluir algum número de contraexemplos possíveis, a ponto de ser insustentável defender esta tese, tem a consequência negativa de supor que artefatos institucionalizados de complexidade

inegavelmente alta, como o direito, teriam surgido de forma não intencional, como já seria o caso de artefatos ordinários (um remédio criado ao acaso, por exemplo). Da mesma forma, a incorporação da ideia de intenção não implica negar que parte do processo de vir à existência deste artefato institucionalizado envolva emergência gradual de uma prática já existente (BURAZIN, 2016).

#### 4. CONCLUSÕES

Esta pesquisa, que consiste em parte de um projeto de pesquisa mais amplo, onde se investiga a viabilidade de uma abordagem funcionalista do positivismo jurídico contemporâneo fundada na análise conceitual, tem como conclusão que, ainda que a proposta de Leiter de uma definição de artefato que não inclua as ideias de autoria, intenção e função seja plausível, seu argumento só tem força para inviabilizar uma definição muito estrita de artefato que envolva estes elementos. Não é o caso da definição sustentada neste trabalho e defendida por teóricos como Kenneth Ehrenberg e Luka Burazin, como se procurou demonstrar.

Da mesma forma, demonstrada a viabilidade da tese do “direito como artefato”, nos termos deste trabalho, mostra-se forçoso concluir que, se artefactualidade implica função, então também é necessário afirmar que uma abordagem funcionalista à teoria do conceito de direito é, *prima facie*, defensável.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BURAZIN, L. Can There Be an Artifact Theory of Law? **Ratio Juris**, Vol. 29, N. 3, p. 385-401, 2016.
- BURAZIN, L. Legal Systems as Abstract Institutional Artifacts. In: BURAZIN, L; HIMMA, K; ROVERSI, C (Eds.) **Law as an Artifact**. Oxford: Oxford University Press, 2018, capítulo 6, p. 112-135.
- BURAZIN, L. Law as an Artifact. In: SELLERS, M; KIRSTE, Stephan (Eds.) **Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy**. Springer, 2019. *Forthcoming*.
- DICKSON, J. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford – Portland, Oregon: Hart Publishing, 2001.
- EHRENBERG, K. **The Functions of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- EHRENBERG, K. Law Is an Institution, na Artifact, and a Practice. In: BURAZIN, L; HIMMA, K; ROVERSI, C (Eds.) **Law as an Artifact**. Oxford: Oxford University Press, 2018. Capítulo 9, p. 177-191.
- HILPINEN, R. **Artifact**. Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive, 2011. Acessado em 14 set. 2019. Online. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/artifact/>
- MARMOR, A. Law, Fiction and Reality. In: BURAZIN, L; HIMMA, K; ROVERSI, C (Eds.) **Law as an Artifact**. Oxford: Oxford University Press, 2018. Capítulo 3, p. 44-60.
- RAZ, J. **The Authority of Law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SHAPIRO, S. **Legality**. Cambridge, Massachusetts – London, England: Harvard University Press, 2013.
- STRECK, L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.