

Jochen Bung

translated by Bruno Vieira

Summary¹

The topics of juridical everyday-business are relatively short lived and the commentary on this everyday-practice frequently runs behind. Following the rapid development of High-Court jurisdiction, especially at the EU-level, we notice a setting of methodological standards that cannot be comprehended by the guidelines of classical interpretation. As jurisprudence is a practical discipline and as legal practice has developed its own inner dynamics, the role of legal theory becomes a matter of increasing necessity.

Introduction

Jurisprudence is essentially a practical discipline. Therefore, it has not been established as an institutional dualism of applied and theoretical jurisprudence at the universities, unlike e.g. mathematics or physics. However, a look at the previous history of the subject shows that there was a period (in West-Germany from about the 1970s to the 1990s) in which a self-confident legal theory sought to do genuine basic research.² It was a time of enthusiastic reception of argu-

Resumo¹

A discussão dos tópicos do dia-a-dia jurídico tem vida útil curta e os comentários sobre esse quotidiano são em grande parte perfunctórios. Seguindo o rápido desenvolvimento das competências dos Tribunais Superiores especialmente na esfera da União Europeia pode-se notar um conjunto de balizas metodológicas que não podem ser compreendidas à luz das diretrizes das interpretações clássicas. A ciência do direito é uma disciplina essencialmente prática e como a prática jurídica desenvolveu sua própria dinâmica interna, o papel da teoria do direito se transforma numa questão de crescente necessidade.

Introdução

A ciência do direito é uma disciplina eminentemente prática. Desse modo, não foi estabelecido nas universidades um dualismo entre direito aplicado/direito teórico, diferentemente da matemática ou da física por exemplo. Contudo um olhar na recente história da matéria revela que houve um período (na Alemanha ocidental dos anos 70 até os anos 90) no qual uma teoria legal autoconfiante procurava fazer pesquisa básica genuína². Foi uma

1 The text is based on a lecture I gave in Beijing and Brussels in 2005. As it seems to me, the arguments are still correct, even the speaking of new approaches, which of course is in some measure a hint at the dialectics implied in the widespread notion of Old Europe.

2 See e.g. E. Hilgendorf (2005), *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Würzburg.

1 Esse texto é baseado numa palestra que proferi em Pequim e Bruxelas em 2005. Me parece que os argumentos permanecem corretos mesmo se falando de novas abordagens, que claro dão uma pista da dialética envolvida na noção bem disseminada de Velha Europa.

2 Ver v.g. E. Hilgendorf (2005), *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Würzburg.

ments from neighbouring disciplines like philosophy and the social sciences, without concern for the aspect of practical utility.

Regrettably, this golden age of theory is over. The topics of juridical everyday-business are relatively short lived and the commentary on this everyday-practice frequently runs behind. Following the rapid development of High-Court jurisdiction, especially at the EU-level, we notice a setting of methodological standards that cannot be comprehended by the guidelines of classical interpretation. The distinction between *interpreting* and *developing* the law, essential in German legal methodology, has obviously become pointless. Legislation also appears to be a laboratory – first experimenting and then evaluating the outcome.

Of course, these developments are not accidental, but result from societal transformations, not chosen by courts and only partly intended by the legislator. Therefore, the fundamental criticism of political conservatism and economic liberalism is not correct. It is true that there are too many obscure legal regulations. And it is also true that probably half of them might not be needed at all. The problem is – quoting

época de recepção entusiasmada de argumentos das disciplinas vizinhas como a filosofia e as ciências sociais sem que houvesse maior preocupação com o aspecto de utilidade prática da pesquisa.

Lamentavelmente, essa era dourada da teoria acabou. Hoje em dia, os tópicos do quotidiano jurídico têm vida útil fugaz e as reflexões sobre esse dia-a-dia frequentemente não acompanham seu ritmo. Seguindo o rápido desenvolvimento das jurisdições das Cortes Superiores, especialmente na esfera da União Européia, podemos notar um conjunto de instrumentos metodológicos que não podem ser compreendidos pelas diretrizes da interpretação clássica. A distinção entre *interpretar* e *desenvolver* o direito, essencial na metodologia jurídica alemã, obviamente não faz mais sentido. A legislação tornou-se um laboratório – onde primeiro se experimenta e só depois se se avaliam os resultados.

É claro que esses desenvolvimentos não são acidentais e sim um resultado de transformações sociais que não foram arquitetadas pelos tribunais e só foram parcialmente pretendidas pelos legisladores. Portanto a crítica fundamental do conservadorismo político e do liberalismo econômico não é correta. Evidente há muitas regulações jurídicas obscuras. E é também verdade que provavelmente metade dela não são sequer necessárias. O problema é - para citar Henry

*Nota do tradutor: O termo *High Courts* neste texto, tem aceção tipicamente européia e, portanto não é necessariamente equivalente ao termo Cortes Superiores. Isso por que na Europa as Altas Cortes ou Cortes Superiores possuem essa atribuição que as diferencia por critérios hierárquicos horizontais, no caso da estrutura interna de países ou por critérios hierárquicos verticais no caso de cortes que abarcam vários países.

Henry Ford on the costs for advertising – we do not know which half.

As jurisprudence is a practical discipline, as I have pointed out, and as legal practice has developed its own inner dynamics, the role of legal theory becomes a matter of increasing necessity. I think there are basically three answers to that issue. Firstly, one could claim that with respect to the obvious self-sufficiency of legal practice, one should cease regarding the law as a suitable object of theorizing. Secondly, one could make the confusing complexity of legal practice an object of confusingly complex theories. Finally, you could follow the classical approach of theory, and thus focus on giving simple answers to the fundamental questions of the law. As long as we do not ignore the difference between “simple” and “as simple as possible” we should presumably prefer the third alternative.

1. The basic question of legal methodology

Regardless of the mutability of the legal “matter” legal theory still addresses the same fundamental questions. One of them refers to the right application of the law. We can consider this to be the basic question of legal methodology (as an elementary part of legal theory). In the following analysis I shall attempt to give an answer to that question and work out some of its implications. Referring the law to the question of its right application in the first place means to acknowledge the law as something to be grasped in some way before it is thought to be applied. That seems to be self-evident to the point of being almost trivial, but is by no means uncontroversial in the discourse of legal theory. As German legal theorists Mariele Dederichs and Ralph Christensen

Ford sobre os custos da publicidade – que não se sabe qual metade.

A ciência do direito é uma disciplina eminentemente prática como eu mencionei anteriormente, e como a prática legal adquiriu sua própria dinâmica interna, o estudo da teoria legal se transforma numa questão de crescente necessidade. Eu penso que há basicamente três vertentes para a questão. Em primeiro lugar poderia se afirmar com relação a óbvia autonomia da prática legal que não há espaço para tomar essa prática como objeto de teorização. Em segundo lugar poderia se considerar a prática legal como muito complexa e fazer dela um objeto de teorizações mais complexas e confusas. Finalmente poderia se adotar a abordagem clássica teórica e, portanto, focar em dar respostas simples a perguntas fundamentais do direito. Contudo que não se ignore a diferença entre “simples” e “o mais simples possível” nós devíamos dar preferência a terceira alternativa.

1. A questão básica da metodologia jurídica

Não obstante a mutabilidade dos “assuntos” legais, a teoria legal ainda enfrenta as mesmas questões fundamentais. Uma delas se refere a correta aplicação do direito. Podemos considerar esta como questão primordial da metodologia jurídica (como parte elementar da teoria legal). Na análise a seguir procurarei responder esta questão e trabalhar algumas das suas implicações. Levantar a questão da aplicação correta do direito é em primeiro lugar reconhecer o direito como algo a ser de algum modo entendido antes de ser aplicado. Isso pode parecer obvio a ponto de parecer trivial mas não é de modo algum incontroverso no debate da teoria legal. Como os teóricos alemães Mariele Dederichs e Ralph Christensen afirmam: *Não existe direito antes do caso* (“Es gibt [...] kein

claim: *There is no law before the case* (“Es gibt [...] kein Recht vor dem Fall”).³ The underlying argument of that statement – I assume – was expressed by the philosopher Hans-Georg Gadamer this way: *Understanding always is applying* (“Verstehen ist [...] immer schon Anwenden”).⁴

This is the type of argument that one cannot easily disprove. After careful reflection, over and over again, at first thinking it to be right, I am now inclined to assume the opposite. Not that I disagree with it completely, but I believe it does not help in the progress of the fundamental question of legal methodology. That understanding always is applying somehow takes away the point of right application. However, Gadamer’s “axiom” gives a hint about how we need to proceed in treating the basic question of legal methodology. I have said that this question implies that the law is something to be grasped before its application. Following Gadamer’s axiom we can suppose that this “grasping” must demand some kind of understanding. As the notion of understanding the law as such is not sufficiently distinct, I propose to concentrate on a segment of the law, which works better as an object for understanding. I mean a very typical segment of the law, namely a *legal norm*. By that step we have reached a problem that can be put as follows: What does it mean to understand a norm before referring it to the question of its right application? It is

Recht vor dem Fall”).³ O base do argumento aqui – eu presumo – foi expressado pelo filósofo Hans-Georg Gadamer assim: *Entender é sempre aplicar* (“Verstehen ist [...] immer schon Anwenden”).⁴

Esse é o tipo de argumento que não é fácil contradizer. Depois de uma cuidadosa e repetida reflexão, primeiro com a impressão de que o argumento estava correto, eu tendo a achar agora o contrário. Não que eu discorde completamente, mas acontece que o argumento não ajuda no progresso da questão fundamental da metodologia jurídica. Afirmar que entender seja sempre aplicar, desvia de certa maneira o foco já mencionado da aplicação correta. Contudo, o “axioma” de Gadamer dá uma pista de como devemos enfrentar a questão fundamental da metodologia jurídica. Eu disse que esta questão implica que o direito é algo a ser entendido antes da sua aplicação. Seguindo o axioma de Gadamer supomos que esse “entendimento” demanda algum tipo de compreensão. Como a noção de compreender o direito não é suficientemente clara, eu proponho me ater a uma parte do direito que funciona melhor como objeto de compreensão. Essa é uma parte bem típica do direito, a *norma legal*. Dado esse passo, chegamos a um problema que pode ser colocado da seguinte maneira: O que significa compreender uma norma antes de falar de sua aplicação cor-

3 M. Dederichs and R. Christensen (2004), *Die Rolle der Beobachtung zweiter Ordnung in der Rechtsprechung des EuGH*, in F. Müller, Isolde Burr (eds.), *Rechtssprache Europas*, Berlin, p. 365.

4 H.-G. Gadamer (1986) [1960], *Wahrheit und Methode*, Tübingen, p. 314. In drawing this parallel I do not mean to suggest that there are no significant differences between hermeneutics and “Strukturierender Rechtslehre”.

3 M. Dederichs and R. Christensen (2004), *Die Rolle der Beobachtung zweiter Ordnung in der Rechtsprechung des EuGH*, in F. Müller, Isolde Burr (eds.), *Rechtssprache Europas*, Berlin, p. 365.

4 H.-G. Gadamer (1986) [1960], *Wahrheit und Methode*, Tübingen, p. 314. Traçando esse paralelo, não quero sugerir que não existe diferença entre hermeneutica e “Strukturierender Rechtslehre”.

important to see that there has to be a space between understanding and applying to make sense of the basic question of legal methodology. If application is taken as a single criterion of understanding, the question of right application is obscured. What we need is a theory that applies the idea of “*hermeneutic autonomy of the object*” (Emilio Betti) to legal norms. This concept would imply a context-transcendent meaning of norms, as opposed to the application of the norm, which always requires a context.

2. *The role of semantics in legal methodology*

I think in this question we could make progress with the aid of philosophical semantics. In particular, with the idea of *sentences* as the smallest meaningful units of language⁵, connected with the notion that norms either appear in the form of a sentence or can be – like traffic signs for example – expressed in that form⁶. The claim that sentences are the smallest meaningful units of language has to be analyzed in two directions. For one thing, are single *words* not the smallest semantic unit? Let us see: If somebody says “house”, we normally do not understand her as long as it is not clear whether the expression is true or false. But “true” and “false” are characteristics of sentences and not of words. Therefore the word “house” in our example is either a one-word sentence (as the American philosopher W.V. Quine calls it⁷) or it is meaningless.

reta? É importante perceber que deve existir um espaço entre compreender e aplicar o direito para que a questão da correta aplicação do direito faça sentido. Se a aplicação é tomada como o único critério da compreensão a questão da aplicação correta é obscurecida. O que nós precisamos é uma teoria que empregue a idéia da *autonomia hermenêutica do objeto* (Emilio Betti) para as normas legais. Esse conceito implicaria numa contextualização transcendente do significado das normas em oposição a uma aplicação das normas que sempre exige um contexto.

2. *O papel da semântica na metodologia jurídica*

No que diz respeito a esta questão poderíamos progredir com a ajuda da semântica filosófica. Particularmente, com idéia de que as *sentenças* são a menor unidade de significado da linguagem,⁵ conectado com a noção de que as normas aparecem em forma de sentenças ou podem ser – como placas de trânsito, por exemplo – expressas desta forma.⁶ A afirmação de que as sentenças são as menores unidades de significado da linguagem tem que ser analisada em duas direções. Primeiro, não são as *palavras* as menores unidades semânticas? Vejamos: Se alguém diz “casa”, nós normalmente não entendemos do que se trata enquanto não ficar claro se esta expressão é verdadeira ou falsa. Mas “verdadeira” ou “falsa” são características de sentenças e não de palavras. Portanto a palavra “casa” no nosso exemplo ou é uma sentença de uma palavra só (como

5 Cf. L. Wittgenstein (1963) [1921], *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main, p. 24 (3.3): „Nur der Satz hat Sinn; nur im Zusammenhang des Satzes hat ein Name Bedeutung.“

6 See J. Bung (2005), *Die Norm im wahrheitskonditionalen Interpretationsschema*, *Rechtstheorie* 36, p. 41.

5 Cf. L. Wittgenstein (1963) [1921], *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main, p. 24 (3.3): „Nur der Satz hat Sinn; nur im Zusammenhang des Satzes hat ein Name Bedeutung.“

6 Ver J. Bung (2005), *Die Norm im wahrheitskonditionalen Interpretationsschema*, *Rechtstheorie* 36, p. 41.

Secondly, are *utterances* not the smallest semantic unit? Utterances are sentences in particular contexts of use. Can these contexts be part of a systematic theory of meaning? In philosophy of language this has been discussed under the title of “pragmatics”. I cannot point out its various concepts and definitions here, I just want it to be considered that pragmatics must mean something more than the claim that meaning depends on the context of use. To deserve the name of a theory, pragmatics must achieve more than paraphrasing the fact that defining the meaning of a sentence merely depends on the context of usage. This conflates the problem with its solution. To draw a parallel: I do not offer a theory of justice by claiming that justice can only be defined in individual cases. Thus I say virtually nothing at all. In a theory of meaning every attempt to go beyond the significance of the context must require developing a typology of generalised situations of usage. These have to be correlated in some way with the form and the meaning of the sentences under analysis (one example is J.L. Austin’s and John Searle’s theory of speech acts). In order to achieve this, we need a model of conventional language meanings such as John Searle has used to exemplify his term of a “constitutive rule”: *X counts as Y in context C*.⁸ However, what is applicable for a game – in the game of chess (C) a draw of *this* kind (X) counts as a draw with the knight (Y) – obviously does not work with language utterances. Here the context of usage is more intricate. By saying “*it is raining*” I usually

denomina o filósofo W.V Quine⁷) ou ela não possui significado.

Segundo, não seriam *enunciados* as menores unidades semânticas? Enunciados são sentenças em um contexto particular. Podem estes contextos serem parte de uma teoria sistemática de significado? Na filosofia da linguagem isso vem sido discutido como “pragmática”. Eu não posso apontar aqui seus vários conceitos e definições mas considerar que a pragmática deve ser algo além do que a afirmação de que o significado depende do contexto do uso. Para merecer ser chamada de teoria, a pragmática deve fazer mais do que parafrasear o fato de que definir o significado de uma sentença depende do contexto de seu uso. Isso junta o problema e a solução. Para traçar um paralelo: Eu não ofereço uma teoria da justiça apenas afirmando que a justiça só pode ser definida em casos individuais. De fato, dizendo isso eu não digo nada. Numa teoria do significado toda tentativa de ir além ir além do da significância do contexto requer o desenvolvimento de uma tipologia de situações gerais de uso. Isso tem que ser correlacionado de alguma maneira com a forma e o significado das sentenças sob análise (um exemplo é a teoria dos atos de fala de J.L Austin e John Searle. Para tanto nós precisamos de um modelo de significados de linguagem convencional como a que John Searle usou para exemplificar sua “regra constitutiva”: *X conta como Y num contexto C*.⁸ Contudo o que é aplicável ao jogo – no jogo de xadrez (C) um empate *deste* tipo (X) conta como um empate com um cavaleiro (Y) – obviamente não funciona com os enunciados da linguagem. Neste caso o contexto

7 Cf. W.V.O. Quine (1960), *Word and Object*, M.I.T. Press, Cambridge, Mass., p. 5.

8 J. R. Searle (1994) [1969], *Speech acts*, Cambridge University Press, p. 35.

7 Cf. W.V.O. Quine (1960), *Word and Object*, M.I.T. Press, Cambridge, Mass., p. 5.

8 J. R. Searle (1994) [1969], *Speech acts*, Cambridge University Press, p. 35.

mean it is raining, whereas in an ironical context, I could mean *that the sun was shining*. What I want to point out is that pragmatics is not an easy task if you want more than the variation of the view that only context matters.

In philosophical semantics the concept of context-transcendent meaning of sentences has taken the contours of a veritable theory by the work of the American philosopher Donald Davidson.⁹ The basic idea, certainly older than Davidson's conception, is that what a sentence means can be specified by giving the conditions under which it is true (of course you could call this a context of a special kind).¹⁰ Sentences are semantically autonomous, because they have by their form a reference to conditions under which they are true. In accordance with the Polish logician Alfred Tarski, Davidson has exemplified this idea by interpreting sentences in the pattern of the bi-conditional "s is true if and only if p". The well-known paradigmatic example is: "*Schnee ist weiß*" is true if and only if snow is white. Obviously, interpretations of that kind express semantic content that cannot be restricted to a particular context. In other words, the truth-pattern expresses the semantic universality of the sentence-form.

do uso é mais intrincado. Ao dizer "*está chovendo*" eu geralmente quero dizer que está chovendo; já num contexto irônico, isso poderia significar *que o sol está brilhando*. O que eu quero apontar é que a pragmática não é uma tarefa fácil quando quer se procura outras posições para além da importância da contextualização.

Em filosofia semântica o conceito de significados que transcendem o contexto tornou-se matéria de crescente importância no trabalho do filósofo americano Donald Davidson.⁹ A idéia básica, certamente mais velha do que a concepção elaborada por Davidson, é de que o que uma sentença significa pode ser esclarecido pelas condições de sua veracidade (claro que isso pode ser considerado um tipo especial de contexto).¹⁰ Sentenças são semanticamente autônomas, por que sua forma faz referência às condições de sua veracidade. De acordo com o lógico Alfred Tarski, Davidson exemplificou essa idéia interpretando sentenças no padrão bi-condicional "s é verdade se e somente se p". O conhecido exemplo paradigmático é "*Schnee ist weiß*" é verdade se e somente se a neve for branca. Obviamente, interpretações deste tipo expressam conteúdo semântico que não pode ser restringido a um contexto particular. Em outras palavras, o padrão de veracidade expressa a universabilidade semântica das sentenças.

9 D. Davidson (1984), *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford University Press.

10 See G. Frege (2007) [1892], *Über Sinn und Bedeutung*, in M. Textor (ed.), *Frege: Funktion – Begriff – Bedeutung*, Göttingen, p. 30: „So werden wir dahin gedrängt, den *Wahrheitswert* eines Satzes als seine Bedeutung anzuerkennen. Ich verstehe unter dem *Wahrheitswerte* eines Satzes den Umstand, dass er wahr oder dass er falsch ist“; L. Wittgenstein (1963) [1921], *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main, p. 36: „Einen Satz verstehen, heißt, wissen was der Fall ist, wenn er wahr ist.“

9 D. Davidson (1984), *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford University Press.

10 Ver G. Frege (2007) [1892], *Über Sinn und Bedeutung*, in M. Textor (ed.), *Frege: Funktion – Begriff – Bedeutung*, Göttingen, p. 30: „So werden wir dahin gedrängt, den *Wahrheitswert* eines Satzes als seine Bedeutung anzuerkennen. Ich verstehe unter dem *Wahrheitswerte* eines Satzes den Umstand, dass er wahr oder dass er falsch ist“; L. Wittgenstein (1963) [1921], *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main, p. 36: „Einen Satz verstehen, heißt, wissen was der Fall ist, wenn er wahr ist.“

I cannot go into the particulars of Davidson's theory here. But I would like to respond to a possible objection that could affect its suitability for legal methodology in general. It is a widespread opinion that norms are in no way related to truth. "*You shall not kill*" is neither true nor false at first sight. I hold against this opinion, that it is obviously not mistaken to say that "*you shall not kill*" is true if and only if the person addressed with "*you*" shall not kill. In this context a further distinction is of great importance. I may know what the case must be for a sentence to be true, without having to know if it is really true. I may know that "*es regnet*" is true if and only if it is raining, without knowing if it is really raining or how to find out if it is raining. The impossibility of a verificationist theory of normative meaning does not affect the truth-conditional project. We need not forget that even in the natural sciences a vast number of sentences cannot be verified. So nothing prevents us from claiming that we understand a norm, when we know the conditions under which it is true. On the basis of a "truth-theory" of the Davidson-type we can develop a theory of autonomous norm-meaning that we needed to address the fundamental question of legal methodology: the right application of the law. This semantic discussion is not relegated to the philosophical ivory-tower, but has immediate relevance for the constitutive principles of every legal system. Semantic autonomy of sentences is the condition for the generality and universality of the rules of law.

Eu não adentrar nos pormenores da teoria de Davidson. Contudo, eu gostaria de responder a uma possível objeção que pode afetar sua aplicabilidade para a metodologia jurídica em geral. É quase consensual a opinião de que as normas não têm ligação necessária com a verdade. "*Não matarás*" não é verdadeiro ou falso a primeira vista. Certamente não seria equivocado dizer que neste caso, que "*Não matarás*" seria verdade se e somente se o sujeito oculto da sentença – tu – obedecer o enunciado. Neste contexto uma distinção mais aprofundada é de grande importância. Eu posso saber quando uma sentença é verdade mesmo sem saber se ela realmente é verdade. Eu posso saber que "*es regnet*" é verdade se e somente se estiver chovendo, mesmo sem saber se está realmente chovendo ou até mesmo tentando descobrir se está ou não chovendo. A impossibilidade de uma teoria verificacionista de significados normativos não afeta o projeto da verdade-condicional. Precisamos lembrar que até mesmo nas ciências naturais um grande número de sentenças não pode ser verificada. Portanto nada impede de dizer que entendemos uma norma, quando soubermos as condições que permitam dizer que ela é verdadeira. Com base numa "teoria da verdade" como a de Davidson nós podemos desenvolver uma teoria de significados autônomos de normas que precisávamos para discutir a questão fundamental da metodologia jurídica: a correta aplicação do direito. Esta discussão semântica não está relegada a uma torre-de-marfim filosófica, tendo pertinência direta com os princípios constitutivos de todo sistema legal. A autonomia semântica das sentenças é a condição para a generalidade e a universabilidade das regras do direito.

3. *The problem or the paradox of right application*

Once we have worked out a concept of autonomous norm-meaning, we can refer the law to the question of its right application. Hence follows this problem: In the concept of application, the notion of rightness is already implied, because “application” is only intelligible with respect to the alternative of right or wrong application. Furthermore, this implies that there must be a criterion, with respect to which we can evaluate whether the application is right or wrong. In finding that criterion, however, the original problem of application returns. For the criterion itself can be conceived of as a norm, which must itself be analyzed with respect to the alternative of right or wrong application. The criterion of right norm-application itself requires yet another criterion for judging right or wrong application. Thus, we require a criterion for the right application of the criterion for the right application of the norm. And so on. But if it is true that we always needed criteria to evaluate the correctness of a norm’s application and if it is true that the notion of application can only be understood with respect to the alternative of “right” and “wrong”, then it follows that the notion of norm-application seems to paradoxically imply its own impossibility. For in the regressus of criteria we do not come to an end. And this, together with the fact that we undeniably do apply norms, inevitably leads to the strange idea of a non-criterial rightness (as we could provisionally call it). Once more: If the rightness of norm-applications entirely depended on criterial reference, they would (because of the infinite regress) be impossible; but we do apply norms, so some kind of “non-criterial rightness” must exist.

3. *O problema ou paradoxo da aplicação correta*

Uma vez trabalhado o conceito de normas com significado autônomo, podemos focar na questão da aplicação correta do direito. Temos assim o seguinte problema: no conceito de aplicação, a noção do correto já está implícito, pois “aplicação” só é inteligível a luz da aplicação correta ou errada. E além, isso quer dizer que deve haver um critério para verificar se a aplicação é correta ou não. Ao tentar achar esse critério, contudo, o problema original da aplicação surge novamente. O próprio critério pode ser visto como uma norma, que deve ser analisada à luz da sua aplicação correta ou incorreta. O critério de aplicação correta da norma por sua vez, requer ainda outro critério para julgar se sua aplicação é correta ou errada. E assim por diante. Mas se é verdade que sempre vamos precisar de um critério para avaliar a aplicação das normas e se é verdade ainda que a noção de aplicação só pode ser pensada segundo a alternativa “certa” ou “errada” então se conclui que a noção de aplicação de normas carrega em si o paradoxo da impossibilidade de aplicação, visto que no regressus de critérios nós não chegaríamos a um ponto final. Isso junto com o fato inegável de que nós *aplicamos* de fato as normas, leva inevitavelmente a estranha idéia de uma noção do correto sem critérios (como chamaremos provisoriamente). Mais uma vez: se a noção do correto, ou da correta aplicação das normas dependesse inteiramente de um referencial por critérios, teríamos uma tarefa (por causa do regresso infinito) impossível; mas nós aplicamos de fato as normas, então algum tipo noção do correto “sem critérios” deve existir.

It is interesting that the paradox of non-criterial rightness brings us back to the subject we started with, namely, the relation between theory and practice. It was Immanuel Kant who exposed the problem in these terms. Kant defines a theory as a set “of even practical rules [...], if these rules [...] are thought of in some general way, abstracted from a set of conditions which nevertheless have necessary influence on their application”¹¹. “Vice versa”, Kant continues, “not all operating is called [...] a practice”, but only one that can be described as the application of a rule.¹² With that, however, Kant comes across the aforementioned problem of the regress of rules via the constitutive aspect of rightness; the paradox that practice in the end cannot take place.

Kant attempted to solve the problem by introducing a third notion between theory and practice: *Urteilkraft* (power of judgement), by means of which we can distinguish, “if something is the case of the rule or not” (“ob etwas der Fall der Regel sei oder nicht”)¹³. For this *Urteilkraft*, he proceeds, cannot be given rules all the time.¹⁴ Following Kant, *Urteilkraft* is something which distinguishes the practical man, explicitly

É interessante que o paradoxo da noção do correto sem critérios nos leva de volta para onde começamos, isto é, a relação entre teoria e prática. Foi Immanuel Kant que expôs o problema nestes termos. Kant define a teoria como um conjunto de “regras práticas uniformes [...], se essas regras [...] são pensadas de forma geral, abstraídas do conjunto de condições que não obstante tem influência certa na sua aplicação”¹¹. “Vice versa” continua Kant, “nem toda operação é chamada de prática”, mas somente aquela que pode ser descrita como a aplicação de uma regra.¹² Com isso, contudo, Kant retorna ao já mencionado problema do regresso de regras pela via constitutiva da noção de correto; o paradoxo que a prática, no final das contas, não pode ocorrer.

Kant fez uma tentativa de resolver o problema introduzindo uma terceira noção entre teoria e prática: *Urteilkraft* (poder de julgamento), pelo qual nós podemos distinguir “se uma regra se aplica a um caso ou não” (“ob etwas der Fall der Regel sei oder nicht”)¹³. Esse *Urteilkraft*, continua Kant não fornece regras o tempo todo¹⁴. Segundo Kant *Urteilkraft* é algo que distingue o homem prático, em especial aquele operador

11 I. Kant (1983) [1793], Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nichts für die Praxis, Werke Bd. VI (Weischedel-Ausgabe), p. 127: „Man nennt einen Inbegriff selbst von praktischen Regeln alsdann *Theorie*, wenn diese Regeln, als Prinzipien, in einer gewissen Allgemeinheit gedacht werden, und dabei von einer Menge Bedingungen abstrahiert wird, die doch auf ihre Ausübung notwendig Einfluss haben.“

12 Ibid. (“Umgekehrt, heißt nicht jede Hantierung, sondern nur diejenige Bewirkung eines Zwecks *Praxis*, welche als Befolgung gewisser im allgemeinen vorgestellten Prinzipien des Verfahrens gedacht wird.“)

13 Ibid.

14 Ibid.

11 I. Kant (1983) [1793], Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nichts für die Praxis, Werke Bd. VI (Weischedel-Ausgabe), p. 127: „Man nennt einen Inbegriff selbst von praktischen Regeln alsdann *Theorie*, wenn diese Regeln, als Prinzipien, in einer gewissen Allgemeinheit gedacht werden, und dabei von einer Menge Bedingungen abstrahiert wird, die doch auf ihre Ausübung notwendig Einfluss haben.“

12 Ibid. (“Umgekehrt, heißt nicht jede Hantierung, sondern nur diejenige Bewirkung eines Zwecks *Praxis*, welche als Befolgung gewisser im allgemeinen vorgestellten Prinzipien des Verfahrens gedacht wird.“)

13 Ibid.

14 Ibid.

the practitioner of the law. There could be legal scholars “who can never become practical in their lives, because they miss the power of judgement”¹⁵. There is a rightness of the practice which is always a step ahead of its theoretical reflection, i.e. the attempt to say why the rightness is right. The English philosopher Gilbert Ryle talks of a *knowing-how* which he brings into contrast with the theoretical knowledge of *knowing-that*.¹⁶ Here lies another possible conceptualization of the problem. Theoretical knowledge, in having the form of *knowing-that*, means *explicit* knowledge, knowledge of the kind enabling one – on demand – to name the criteria of one’s proceeding. This leads to the assumption of an *implicit knowledge* underlying our practical performances.

4. The problem of rationality

We must be aware that the talk of implicit knowledge or implicit norms¹⁷ does not have more explanatory force than our paradoxical term of non-criterial rightness. These concepts are not intelligible, they are instead a final point for reasoning. Here theory has come to its end. But what are the consequences for the fundamental question of legal methodology? Does it possibly mean that our norm-applications are *irrational* in their origin? If we cannot define the criteria leading our decisions to “right” or “wrong”, we have a *rationality-problem* indeed. What we do not *know*, we cannot *judge* and what is beyond our judgement might be deeply unreasonable. This problem is the reason

do direito. Pode haver juristas que “nunca se tornam práticos, por que eles não têm a habilidade de julgamento”¹⁵ Existe uma noção de prática correta que está sempre um passo a frente da reflexão teórica, ou seja, a tentativa de dizer por que a noção do correto é correta. O filósofo Gilbert Ryle fala do *saber-como* (knowing-how) que contrasta com o conhecimento teórico do *saber-que* (knowing-that)¹⁶ Aqui encontramos outra possibilidade de conceituação do problema. Conhecimento teórico, na forma de *saber-que*, significa conhecimento *explícito*, conhecimento que possibilita, por exemplo, uma pessoa discriminar os critérios de seu raciocínio. Isso leva a presunção de um *conhecimento implícito* que subjaz nossas ações práticas.

4. O problema da racionalidade

Nós temos que ter consciência de que falar sobre conhecimento implícito ou normas implícitas¹⁷ não é mais esclarecedor que nosso termo paradoxal do correto sem critérios. Esses conceitos não são inteligíveis, mas antes um ponto final num raciocínio. Aqui a teoria chega ao seu fim. Mas quais são as conseqüências disto para a questão fundamental da metodologia jurídica? Será que isso significa que nossa aplicação das normas é *irracional* desde a sua origem? Se não podemos definir os critérios que levam as decisões a serem “certas” ou “erradas” nós temos, de fato, um *problema de racionalidade*. O que não *sabemos*, não podemos *julgar* e o que está para além do nosso julgamento

15 Ibid. “[...] da für die Urteilskraft nicht immer wiederum Regeln gegeben werden können [...], so kann es Theoretiker geben, die in ihrem Leben nie praktisch werden, weil es ihnen an Urteilskraft fehlt [...]“)

16 G. Ryle (1949), *The Concept of Mind*, London.

17 See R.B. Brandom (1994), *Making it Explicit*, Cambridge, Mass.

15 Ibid. “[...] da für die Urteilskraft nicht immer wiederum Regeln gegeben werden können [...], so kann es Theoretiker geben, die in ihrem Leben nie praktisch werden, weil es ihnen an Urteilskraft fehlt [...]“)

16 G. Ryle (1949), *The Concept of Mind*, London.

17 Ver R.B. Brandom (1994), *Making it Explicit*, Cambridge, Mass.

why we cannot cease to keep on theorizing. We must realize that we cannot bring the paradoxical concept of non-criterial rightness to a solution. Nevertheless, we are urged into this direction, worried by the concern that we will possibly never know why we decided in this or that way, especially when it comes to execute the law.

To recapitulate the line of reflection so far, I have proposed, with respect to an increasingly non-transparent legal practice, neither to renounce any theoretical activity nor to react with non-transparent legal theory, but to see the virtue of theory in its capacity for delivering simple answers to fundamental questions. I have reasoned that the basic question of legal methodology results from the undertaking to refer the law to the question of its right application. Before we can concentrate on this question in the strict sense, we need to develop a theoretical argument for the semantic autonomy of the law. I have tried to achieve this with a theory of the semantic independence of the sentence-form, which is at least potentially the form of every legal norm. After this first step we were able to advance to the question of right application. Via the problem of the regress of rules we came to the paradoxical term of non-criterial rightness, which leads us to the problem of rationality. If our application of the law is finally not defined by criteria, these applications might be completely irrational, influenced by variables beyond our reach. Although the notion of non-criterial rightness is not intelligible and no object of meaningful theorizing, we are bound to continue the “theoretical job” because we regard ourselves as rational beings.

pode ser profundamente irracional. O problema é o motivo de nós não conseguirmos parar de teorizar. Temos que perceber que não podemos solucionar o paradoxal conceito do correto sem critérios. Não obstante, somos compelidos nesta direção, preocupados que possivelmente nunca saberemos por que decidimos nesta ou naquela direção, especialmente quando executamos a lei.

Para recapitular a linha de reflexão exposta até aqui, eu tenho proposto em relação a uma prática jurídica cada vez menos transparente, não renunciar a atividades teóricas nem reagir com teoria jurídica não-transparente, mas visualizar a virtude da teoria na sua capacidade de prover respostas simples a perguntas fundamentais. Argumentei que a questão básica da metodologia jurídica resulta na tentativa de olhar o direito a partir do fato de sua aplicação correta. Antes de focar nesse problema, nos precisamos desenvolver um argumento teórico para a autonomia semântica da lei. Tentei atingir isso com uma teoria de independência semântica da sentença, que é ao menos potencialmente a forma de toda norma jurídica. Depois desse primeiro passo nós podíamos avançar para a questão da aplicação correta. Pela via do problema do regresso das regras, nos chegamos à noção paradoxal do correto sem critérios, que nos leva para o problema da racionalidade. Se a aplicação da lei não é definida por critérios, essa aplicação pode ser completamente irracional, influenciada por variáveis além do nosso alcance. Embora a noção do correto sem critérios não seja inteligível e não seja objeto para teorização relevante, continuamos o “trabalho teorizante” por que nos consideramos como seres racionais.

I would like to warn, however, against a kind of theorizing that turns around the paradox of non-criterial rightness, describing and re-describing it on and on. The result would not be a theory in the right sense, but essentially a linguistic merry-go-round. It does not explain anything, but causes giddiness. I recommend to leave the paradox in its place and try seriously to make the rationality-problem less ominous.

5. *Antiscepticism and intersubjectivity*

As I see it, there are two essential arguments contradicting the supposition that the problem of rationality actually leads to the irrational application of the law. The significant key-words in this context are *antiscepticism* and *intersubjectivity*. When we examine the basic question of legal methodology, it becomes evident that we cannot attain the criteria of the right application out of the imaginative faculty of one single person. The right application of the law is an intersubjective procedure. When I follow criteria I cannot explain to anybody, I have no criterion to distinguish the right from the erroneously right application. The application of the law as an intersubjective procedure, however, confines the paradox of non-criterial rightness. We can assume that the preconditions of my judgements and actions beyond my judgement are not exactly the unknown preconditions of another individual. Therefore our dialogue is a chance to mutually notice our “implicit criteria” and challenge them by demanding reasons for them.¹⁸ This is the basic idea of the theory of discourse, which was particularly applied to

Gostaria de fazer uma advertência, no entanto, em relação a uma teorização que gira em torno do paradoxo do correto sem critérios, descrevendo-o e redescrivendo-o. O resultado não seria teoria propriamente dita, mas essencialmente um carrossel linguístico. Não explica nada, e causa confusão. Eu recomendo deixar o paradoxo de lado e tentar seriamente tornar o problema da racionalidade menos intimidador.

5. *Anticeticismo e intersubjetividade*

Do meu ponto de vista, existem dois argumentos essenciais contrários a suposição de que o problema da racionalidade leva, de fato, a aplicação irracional da lei. As palavras-chave neste contexto são anticeticismo e intersubjetividade. Quando examinamos a questão básica da metodologia jurídica, torna-se evidente que nós não podemos extrair os critérios da aplicação correta da faculdade imaginativa de uma só pessoa. A aplicação correta do direito é um processo intersubjetivo. Eu não tenho critério para distinguir entre uma aplicação correta ou equivocada. A aplicação correta como um processo intersubjetivo, contudo, reafirma o paradoxo do correto sem critérios. Podemos assumir que as precondições dos meus julgamentos e ações não são exatamente as precondições desconhecidas de outro indivíduo. Conseqüentemente nosso diálogo é uma chance de perceber mutuamente nossos “critérios implícitos” e desafiar-los, exigindo justificações para eles.¹⁸ Esta é a idéia básica da teoria do discurso, que foi particularmente aplicada aos problemas teóricos jurídicos pelo filósofo alemão Jürgen Habermas

18 I do not believe that we need special “transcendental arguments” to ensure that this interaction works and I also do not see the danger of a new regressus. All arguments and reasons must be suitable for *persons*, who are, at least as far as we know, *finite beings*.

18 Eu não acredito que precisamos de argumentos “transcendentais” especiais para garantir que essa interação funcione e também não vejo perigo de um novo *regressus*. Todos os argumentos e razões devem ser compatíveis com *peessoas*, que são, até onde sabemos *seres finitos*.

legal theoretical problems by the German philosopher Jürgen Habermas and legal theorists Robert Alexy and Klaus Günther.

But could it not be possible that we enlarge our errors through the exchange of our arguments and opinions and thus entangle ourselves even more deeply in the problem of rationality? No, this cannot be, for most of our beliefs and arguments must be true. The reason is simple: The more errors we suppose the less able we are to single out the objects of these errors. We have good reasons to believe that our view of the world to a large extent *is* true. Therefore fundamental scepticism of rationality has no grounds of its own. The argument against scepticism connected with the intersubjective restriction of *implicit* gives us strong reason to keep to our self-understanding as rational beings and rational appliers of the law.

e pelos teóricos jurídicos Robert Alexy e Klaus Günther.

Mas será que não seria possível aumentar nossas falhas pela troca de argumentos e opiniões, nos envolvendo ainda mais no problema da racionalidade? Não, não seria possível, pois a maior parte das nossas crenças tem que ser verdadeiras. A razão é simples: Quanto mais erros supomos, menos somos capazes de apontar a razão destes erros. Nós temos boas razões para crer que nossa visão de mundo *é*, em grande parte, verdadeira. Conseqüentemente o ceticismo fundamental em relação à racionalidade não tem bases em si mesmo. O argumento contra o ceticismo, conectado com a restrição intersubjetiva do *implícito*, nos dá fortes razões para manter nosso auto-entendimento como seres racionais e aplicadores racionais do direito.