

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Do desacordo à resposta correta Três ensaios sobre a crítica interpretativista de Dworkin ao positivismo jurídico

Dissertação de Mestrado

Ramiro de Ávila Peres

Orientador: Alfredo Storck

Porto Alegre, 5 de março de 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Do desacordo à resposta correta Três ensaios sobre a crítica interpretativista de Dworkin ao positivismo jurídico

Dissertação apresentada ao
Departamento de Pós-Graduação
em Filosofia da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em
Filosofia

Orientador: Alfredo Storck

Ramiro de Ávila Peres

Porto Alegre, 5 de março de 2015.

CIP - Catalogação na Publicação

de Ávila Peres, Ramiro

Do desacordo à resposta correta: Três ensaios sobre a crítica interpretativista de Dworkin ao positivismo jurídico / Ramiro de Ávila Peres. -- 2015. 110 f.

Orientador: Alfredo Carlos Storck.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Porto Alegre, BR-RS, 2015.

1. Filosofia do Direito. 2. Filosofia Moral. 3. Filosofia Analítica. 4. Positivismo Jurídico. 5. Interpretação. I. Carlos Storck, Alfredo, orient. II. Título.

Agradecimentos

Tenho um débito intelectual, pessoal e antigo para com os colegas do grupo de estudos de filosofia do direito da Faculdade de Direito, – em especial, Lucas Bortolozzo, Mateus Baldin, Luiz Reimer Rieffel e Paulo MacDonald. Juntamente com o professor Cláudio Michelin, eles foram determinantes para o meu interesse nos temas tratados neste trabalho. Além disso, foram responsáveis por minha “conversão” à filosofia, já que me estimularam a frequentar as aulas do professor Balthazar Barbosa Filho, a quem também agradeço (*in memoriam*).

Ainda, sou grato aos professores Domingos S. D. da Silveira, Sílvia Altmann, Jônadas Techio e Paulo Faria pelas lições e discussões, bem como pela inspiração. Eles são responsáveis pela minha introdução a temas como direitos fundamentais e filosofia contemporânea, mas (o que, para os não iniciados, talvez seja um estranho fenômeno) e pelo apreço que desenvolvi por esses assuntos.

Sou grato aos colegas dos seminários do PPGFil, cuja companhia tornou não apenas as aulas, mas, principalmente, as pausas para o café prazerosas e produtivas. Ainda que seja preciso um pouco de solidão para uma boa reflexão filosófica, sem colegas com quem se a possa compartilhar, torna-se embalde, se não nocivamente solipsista.

Tenho especial gratidão pelos colegas dos Seminários de Filosofia do Direito, nos quais o embrião desse trabalho foi formado, com destaque para Gabriel Bilhalva, Patrícia Graeff e, principalmente, Mariana de Oliveira, cuja presteza e senso de organização são admirados por todos nós. Também devo graças aos cicerones desses seminários, os professores Paulo MacDonald (novamente citado), Wladimir Lisboa e

Alfredo Storck – ao qual ainda devo o fato ter sido meu orientador nessa empreitada, um feito épico de paciência e compreensão.

Agradeço também, à UFRGS, que tem sido meu segundo lar há mais de onze anos, bem como aos que lhe dão vida (seus funcionários e comunidade acadêmica) e aos que a sustentam (o povo brasileiro).

Por fim, o que devo a minha família (a meus pais, meus irmãos, a Mônica e a Sofia) supera o que posso chamar de gratidão. Também supera o que seria possível descrever: como falar sobre quão importante foi para mim a companhia, a paciência e o amor de todos? Dizer que a dissertação não teria existido sem eles, ou que não teria sentido, é trivial; poderia dizer algo afim sobre a água ou sobre a gravidade. Dito isso, silêncio; afinal, “o que não se pode falar, deve-se calar” – e isso quem me ensina todo dia é um cão, muito melhor do que Wittgenstein.

Àquela que me acordou esta manhã.

“Alguém cria uma obra de arte a partir de sua vida se vive e ama bem em família ou em comunidade, sem qualquer fama ou façanha. (...) Se ansiamos por esse tipo de realização, como acredito que deveríamos, podemos tratá-lo como uma forma de imortalidade. Encaramos a morte acreditando que fizemos algo de bom em resposta ao maior desafio com que um mortal se depara. Isso pode não ser o suficiente para você: pode não aliviar nem um pouquinho o medo que enfrentamos. Mas é a única forma de imortalidade que podemos imaginar; ao menos é o único tipo que temos algum motivo para querer. Essa é uma convicção religiosa, se algo o é”.

(Ronald Dworkin, Religion without a God. p. 160, tradução livre)

Sumário

Resumo.....	7
Introdução.....	9
Cap. 1: Critérios, desacordo e o conceito de direito em Dworkin	21
1.1 A força do ‘agulhão semântico’	24
1.2 O agulhão semântico e os desacordos teóricos.....	28
1.3 O debate Raz-Dworkin	34
1.3.1 O argumento da autoridade	40
1.3.2 Crítica ao argumento da autoridade.....	41
1.3.3 Princípios: incorporação ou mera referência?	42
1.4 Considerações finais	45
1.4.1 À guisa de apêndice.....	48
Cap. 2: Fontes e respostas corretas.....	52
2.1 Introdução	52
2.2 O que são lacunas	54
2.3 A tese das fontes e a refutação ‘simples’ do reducionismo por Dworkin	55
2.4 Possíveis análises lógicas alternativas da tese das fontes	56
2.4.1 A solução de Raz.....	59
2.4.2 Implicações da solução de Raz.....	62
2.5 Resposta certa e indeterminação	63
2.5.1 Conceitos morais	67
2.5.2 Conflito ou competição	73
2.6 Considerações finais	77
Cap. 3: Destacamento e ‘salto de fé’ para ouriços	80
3.1 Introdução	80
3.2 Seria o ponto de vista destacado um problema para o interpretativismo?.....	83
3.3 Holmes – um juiz ‘destacado’?	89
3.4 A visão de dois sistemas.....	93
3.5 Considerações finais	100
Considerações Finais.....	101
Referências Bibliográficas	108

RESUMO

Estudamos dois argumentos de Ronald Dworkin contra a tese de que o direito é exclusivamente determinado por fatos sociais. De acordo com o primeiro, positivistas devem concluir que, se dois advogados estiverem usando diferentes critérios factuais para decidir se uma proposição de direito é verdadeira ou falsa, então cada um quer dizer algo distinto do que diz o outro quando afirma o que é o direito – i.e., não há desacordo genuíno entre os dois, pois estão falando de coisas diferentes. O segundo ataca uma visão reducionista da relação entre a tese das fontes e a tese da indeterminação do direito: se uma proposição jurídica x é verdadeira num sistema jurídico se, e somente se, corresponde a uma ‘fonte’, e se isso também vale para a negação de x , então é simples demonstrar que a ausência de uma fonte para x equivale a uma fonte para não- x - logo, o sistema é ou completo, ou inconsistente. As duas conclusões seriam inaceitáveis; portanto, o positivismo deveria ser abandonado em favor de uma concepção interpretativista do direito. Uma possível escapatória a esses argumentos é admitir uma separação o direito propriamente dito – um sistema de normas, para o qual as teses das fontes e da indeterminação são necessariamente verdadeiras – e o raciocínio jurídico, o qual é compatível com desacordos teóricos e a busca da resposta moralmente correta. Contudo, para Dworkin, o debate sobre o conceito de direito então se torna irrelevante (pois sua função era prática: investigar como os juízes devem decidir) e circular, já que os discordantes já assumem, ab ovo, uma certa relação entre direito e moral. Ao final, a disputa precisa ser decidida em função de qual a melhor filosofia prática.

ABSTRACT

We'll study two arguments against the thesis that law is exclusively determined by social facts. According to the first, positivists must conclude that, if two lawyers use different factual criteria to decide if a legal proposition is true or false, then each means something distinct from the other when he says what is the law – i.e., there's no genuine disagreement between them both, because they're talking past each other. The second one attacks a reductionist view of the relationship between the source thesis and the indetermination thesis: if a legal proposition x is true in a legal system if, and only if, it corresponds to a source, and if it applies to x 's denial also, then it's simple to show that the absence of a source for x is equivalent to a source for non- x – so, the system is either complete or inconsistent. The conclusion of both arguments is unacceptable; therefore, positivism must be abandoned in favor of an interpretive conception of law. One possible way out to these arguments is to admit a separation between law as properly understood – a system of norms, to which source and indetermination theses are necessarily true – and legal reasoning, which is compatible with theoretical disagreements and the search for a moral right answer. However, for Dworkin, the debate over the concept of law then becomes irrelevant (since its function was practical: to inquire over how judges should decide) and circular, since the debaters assume, *ab ovo*, some relationship between law and morality. In the end, the dispute has to be decided according with the best practical philosophy.

Introdução

Em junho de 2012, a Suprema Corte dos EUA tomou uma decisão histórica ao julgar o caso *Florida et al. Vs. US Department of Health and Human Services* (567 U.S. (2012), 132 S.Ct 2566); no processo, vinte seis Estados e companhias litigavam contra o governo federal, alegando a inconstitucionalidade do *Affordable Care Act*, editado pela administração Obama, uma vez que (entre outros pontos): a) esta lei obriga cidadãos americanos a comprar seguro-saúde (sob pena de pagar uma penalidade), e b) a Constituição americana afirma apenas que o Congresso tem poder para proibir e limitar o comércio (de acordo com a *Commerce Clause*), mas não menciona nenhum termo que permita obrigar cidadãos a comprar um serviço, segue-se que c) a lei é inconstitucional. Esse argumento foi aceito por quatro (os considerados ‘conservadores’) dos nove juízes do Suprema Corte; além deles, o Presidente da Corte, Justice Roberts, concordou com a premissa (b), embora haja, junto com os quatro juízes restantes (até então, Roberts nunca havia votado com os liberais), declarado o dispositivo constitucional, por estar abrangido pelo poder do Congresso de criar tributos, enfatizando que juízes não-eleitos devem ser extremamente relutantes ao anular uma decisão de um legislativo eleito. Ronald Dworkin assim se manifestou a respeito da opinião apresentada pelos juízes conservadores:

If the Court does declare the act unconstitutional, it would have ruled that Congress lacks the power to adopt what it thought the most effective, efficient, fair, and politically workable remedy—not because that national remedy would violate anyone’s rights, or limit anyone’s liberty in ways a state government could not, or be otherwise unfair, but for the sole reason that in the Court’s opinion our constitution is a strict and arbitrary document that denies our national legislature the power to enact the only politically possible national program. If that opinion were right, we would have to accept that our eighteenth-century constitution is not the enduring marvel of statesmanship we suppose but an anachronistic, crippling burden we cannot escape, a straitjacket that makes it impossible for us to achieve a just national society¹.

¹ “Se o Tribunal de fato declarar o ato inconstitucional, terá decidido que o Congresso não tem o poder de adotar o que ele pensou ser a solução mais eficaz, eficiente, justa e politicamente viável, não porque essa solução nacional violaria os direitos de ninguém, ou limitaria a liberdade de uma forma que

A principal pergunta de Dworkin é: por que a distinção entre ‘limitar’ e ‘requerer’ (entre regulação “positiva” e “negativa”) seria tão fundamental? Essa resposta não poderia ser provida por mera análise linguística. Deveríamos, então, investigar o que os Founding Fathers tinham em mente ao redigir o dispositivo constitucional? Segundo Dworkin, a única resposta válida ensaiada pelos conservadores a essa questão é que, se o Congresso tivesse o poder de obrigar os cidadãos a comprar seguros, então ele o teria também para obrigar a comprar qualquer coisa, desde brócolis até carros elétricos.

Qualquer resposta que possa ser dada a essa questão extrapola os parâmetros definidos pelo conjunto de leis editado pelos órgãos legislativos americanos e pelos precedentes reconhecidos.

Um pouco de biografia

Dworkin, falecido em 14 de fevereiro de 2013, era conhecido por debates de temas atuais de relevância envolvendo princípios de moralidade política², como a importância da democracia e do Estado de Direito, a permissibilidade da eutanásia e do aborto, o financiamento público da saúde e da cultura ou as liberdades individuais. Em linguagem cotidiana e despretensiosa, dissecava as posições adversárias, para em seguida apresentar sequências de críticas e concluir com defesas frequentemente

um Estado não poderia limitar, ou seria de outra forma injusta, mas com o único motivo de que, na opinião do Tribunal, nossa Constituição é um documento rigoroso e arbitrário, que nega ao nosso legislador nacional o poder de aprovar o único programa politicamente possível nacionalmente. Se essa opinião estivesse certa, teríamos de aceitar que a nossa Constituição do século XVIII, não é a maravilha duradoura do estadismo que supomos, mas uma carga anacrônica e insuportável de que não podemos escapar, uma camisa de força que nos torna impossível alcançar uma sociedade justa nacional”[tradução livre]. Em “Why the Mandate Is Constitutional: The Real Argument”. In *The New York Review of Books*, publicado em 10.3.2012. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/may/10/why-mandate-constitutional-real-argument/>>.

² NAGEL, Thomas. “Ronald Dworkin: The Moral Quest”. Resenha do livro “Ronald Dworkin”, de Stephen Guest (Stanford Law Books, 2013). Publicado em 21.11.2013. Disponível em <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2013/nov/21/ronald-dworkin-moral-quest/>>, acesso em 21.11.2014.

apaixonadas de princípios liberais, mergulhados em reflexões por vezes filosoficamente abstratas. Integrava ativamente organizações como o Council of Writers and Scholars Educational Trust, bem como o conselho editorial do periódico deste, o Index on Censorship, com o qual contribuía; ainda, foi consultor de direitos humanos para a Fundação Ford e integrante do Comitê do Partido Democrata no estrangeiro (Democratic Party Abroad).

Esse tipo de atividade sob as “luzes da ribalta” foi um dos fatores que lhe rendeu prestígio suficiente para ganhar o Holberg Prize em 2007. Mas, por mais atraído que fosse pela “arena pública”, Dworkin era particularmente reconhecido como filósofo do direito e teórico acadêmico da tradição da filosofia analítica – seja por sua extensa contribuição à filosofia jurídica (em especial pela divergência de mais de 40 anos com a teoria do positivismo jurídico de Herbert L. A. Hart e seus defensores), seja pelos seminários coordenados com Thomas Nagel na Faculdade de Direito da NYU, seja por sua teoria da moralidade e até, no fim de sua vida, por incursões em metafísica, epistemologia e teoria da religião³.

O objetivo da apresentação desses dados biográficos não é, por óbvio, enaltecer a memória desse autor, mas fornecer informações que poderão auxiliar no esclarecimento das questões com que vamos nos defrontar no decorrer deste trabalho. Para Dworkin, esses dois aspectos (a arena pública e a academia) de sua vida não eram tão distintos, mas complementares – a participação pública era importante tendo em vista o papel peculiar que filósofos têm na ‘divisão de trabalho’ que há em qualquer sociedade. De forma análoga à maneira como passou da academia para os artigos de revista, sua teoria passara de discussões jurídicas aplicadas (e.g., se a Constituição permite que os Estados proíbam o aborto) para questões de filosofia do direito (como “o

³ Como diz seu colega e amigo Thomas Nagel (ibid.), a quem, junto com B. Williams e T. Scanlon Justice for Hedgehogs é dedicado, “ele queria produzir uma versão moderna da República”.

que é o direito em uma determinada sociedade?”, “qual a relação entre direito e moral?”), de filosofia política (e.g., a relação entre o direito e as condições para o exercício legítimo da coerção estatal) e de filosofia moral (“um feto é uma pessoa?”, “é escusável matar um feto?”). Seus primeiros livros (*Levando os direitos a sério* e *Império do Direito*) são particularmente conhecidos pela crítica ao positivismo jurídico de H. L. A. Hart e pela exposição de alguns dos fundamentos de sua teoria geral do direito e da interpretação jurídica; contudo, também dão espaço privilegiado a discussões de filosofia política (com o objetivo peculiar de criticar teorias utilitaristas) e a questões teóricas e aplicadas do direito constitucional americano.

O positivismo de Hart não pretende negar que direito e moralidade frequentemente coincidem, mas afirmar que são ‘conceitualmente distintos’. Para Hart, as questões de ‘moralidade crítica’ (o que determina o que devemos fazer e como devemos julgar a conduta de outros) são substantivas, de modo que dependem do ‘conteúdo’ da moralidade; com o direito é diferente, pois determinamos se algo é juridicamente requerido investigando as fontes do direito, como as decisões legislativas e judiciais, e não os méritos do direito. Nesse aspecto, regras jurídicas seriam como as de um jogo, e qualquer questão jurídica poderia ser respondida olhando a respectiva fonte, mesmo que essas não sejam claras e consistentes – se for esse o caso, não há direito a aplicar, e qualquer decisão que soluciona a dúvida deve ser entendida como criando ‘novo direito’⁴.

Dworkin se consagrou defendendo que o sistema jurídico não se esgota no âmbito reconhecido pela “regra de reconhecimento” de Hart; além das regras, o sistema jurídico apresenta outra possibilidade de standards – os princípios, os quais não

⁴ RIPSTEIN, Arthur, “Anti-Archimedeanism”. In Ronald Dworkin, Arthur Ripstein (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 3. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1160304>.

poderiam ser especificados por qualquer regra de segunda ordem⁵. Ao fim e ao cabo, Dworkin acaba por rejeitar o positivismo completamente, e coloca em seu lugar uma outra teoria filosófica:

He rejects Hart's positivism, he rejects the idea that the law on a particular question can be identified exclusively by its sources, he rejects the idea that the law has gaps in it, and, most important, he rejects the very idea of the sort of conceptual analysis of law that Hart claimed to provide. The rejection of this approach to legal philosophy is among the most prominent features running through all of Dworkin's work. In rejecting Hart's account of the nature of law, Dworkin, at least in part, rejects the question that it is supposed to answer. At the same time, he denies that the rejection of those questions means that he has simply changed the subject. Instead, he argues that the question that Hart took himself to be answering is really a version of the question that he, Dworkin, provides a better answer to. For Dworkin, questions about law are always questions about the moral justification of political power, and any answer to those questions that purports to be about something else must be interpreted as an oblique answer to that moral question⁶.

Na resolução dos casos controversos (aqueles em que juristas inteligentes, conhecedores das normas válidas e dos precedentes, discordam), um juiz deve apelar para argumentos morais de princípio; os direitos são como trunfos que o sujeito tem, invocáveis contra o bem-estar geral. Para ilustrar como se pode aplicar sua teoria, Dworkin imagina um “Juiz Hércules”, amplo conhecedor de um sistema jurídico bem desenvolvido e de seus princípios; o esforço construtivista deste julgador visa, pois, a encontrar a resposta correta – a “melhor resposta possível”. Portanto, o papel dos juízes

⁵ “Se apenas designarmos nossa regra de reconhecimento pela frase ‘o conjunto de princípios vigentes’, atingimos apenas a tautologia de que o direito é o direito. Se, ao invés disso, tentássemos de fato listar todos os princípios vigentes, falharíamos. Eles são controversos, seu peso é totalmente importante, são inumeráveis, e se deslocam e mudam tão rápido que o começo de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos ao meio” (DWORKIN, Ronald M., "The Model of Rules" (1967). Faculty Scholarship Series. Paper 3609. Tradução livre. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609).

⁶ “Ele rejeita o positivismo de Hart, rejeita a ideia de que a lei sobre a questão em particular pode ser identificado exclusivamente por suas fontes, rejeita a ideia de que a lei tem lacunas, e, mais importante, ele rejeita a própria ideia do tipo de análise conceitual do direito que Hart afirmou fornecer. A rejeição dessa abordagem da filosofia jurídica é uma das características mais proeminentes que percorrem toda a obra de Dworkin. Ao rejeitar a abordagem de Hart da natureza do direito, Dworkin, pelo menos em parte, rejeita a pergunta que ela se propõe a responder. Ao mesmo tempo, ele nega que a rejeição dessas questões significa que ele simplesmente mudou de assunto. Em vez disso, ele argumenta que a questão que Hart pensou que respondia é, na realidade, uma versão da pergunta à qual ele, Dworkin, proporciona uma melhor resposta. Para Dworkin, perguntas sobre a lei são sempre questões sobre a justificação moral do poder político, e qualquer resposta a essas perguntas que pretenda ser outra coisa deve ser interpretada como uma resposta oblíqua a essa questão moral” [tradução livre. RISPTAIN, op. cit., p. 3.

sempre é reconhecer os direitos que os indivíduos já têm, e os casos controversos não dão azo à utilização da discricionariedade judicial – muito pelo contrário, ela violaria princípios básicos, na medida em que implicaria a alteração a posteriori de obrigações e direitos por órgãos sem legitimação democrática⁷.

O traço central da obra de Dworkin é a rejeição de ‘todas as tentativas de estudar questões de filosofia moral, política e jurídica de um ponto de vista externo a nossas maneiras ordinárias de pensar sobre elas’⁸, sob o pressuposto de que isso permitiria um conhecimento especial desses assuntos⁹; essas tentativas são apelidadas de Arquimedeanismo, em alusão à lendária frase de Arquimedes sobre necessitar apenas de uma alavanca e de um ponto de apoio para mover o mundo – como se fosse possível colocar-se fora do mundo para movê-lo.

É esse anti-arquimedeanismo que embasa seu despreço a teorias meta-éticas e ‘meta-jurídicas’ em geral, pois considera desnecessária e infundada a tentativa de produzir teorias de segunda ordem sobre moral e direito – uma vez que toda proposição sobre filosofia moral (ou jurídica) seria também uma proposição moral (ou jurídica). Na filosofia moral, isso o conduz a uma defesa da objetividade dos enunciados normativos e da ‘tese da resposta correta’, a partir da refutação geral das teorias apelidadas de

7 FIGUEIROA, Alfonso García. *Princípios y Positivismo Jurídico: el no positivismo principialista em las teorías de Ronald dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 1998. pp. 219 e ss.

⁸ Ripstein, op. cit., p. 5, tradução livre.

⁹ Não à toa, há semelhanças entre essa crítica ao Arquimedeanismo e a crítica de Nagel à ‘visão de lugar nenhum’ que caracteriza uma busca excessiva por objetividade através do progressivo destacamento do objeto: “cria-se um ponto de vista objetivo deixando mais subjetiva, individual ou mesmo a perspectiva meramente humana para trás ; mas há coisas sobre o mundo, a vida e nós mesmos que não podem ser adequadamente compreendidas de um ponto de vista objetivo máximo, por mais que se possa alargar a compreensão para além do ponto a partir do qual começamos. Muito está essencialmente ligado a um determinado ponto de vista ou tipo de ponto de vista, e a tentativa de dar uma explicação completa do mundo em termos objetivos destacados dessas perspectivas inevitavelmente leva a falsas reduções ou à negação absoluta de que certos fenômenos patentemente reais existem em absoluto” [NAGEL, Thomas. *The View from Nowhere*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 7, trad. livre].

ceticismo externo¹⁰ e das teorias arquimedeanas do pluralismo axiológico¹¹ - i.e., a ideia de que o conflito entre valores é inevitável e de que, para várias questões, é preciso favorecer um valor em detrimento do outro de modo um tanto arbitrário, na medida em que nenhum outro princípio possa justificá-lo.

Na filosofia do direito, o anti-arquimedeanismo leva a uma crítica da tese de que uma teoria do direito independe de uma investigação normativa. Nosso objetivo primário é estudar o ataque de Dworkin à tese de que aquilo que se pode ou deve fazer dentro de um sistema jurídico (o que ele chama de conceito dogmático de direito) é determinado por critérios empiricamente verificáveis. Para tanto, é preciso entender como a filosofia de Dworkin partiu do fato do desacordo entre juristas (ilustrado pelos *hard cases* que lhe permitiram invocar o argumento dos princípios, depois o argumento do agulhão semântico e, por fim, a teoria dos conceitos interpretativos) para chegar a uma defesa robusta da ideia de que há respostas corretas para questões jurídicas, mesmo que não possamos demonstrá-las. Frisaremos a discussão dessas questões do ponto de vista da filosofia do direito; contudo, é razoável supor que, se elas não são fundamentalmente as mesmas que os filósofos encontram ao tratar das divergências a respeito dos juízos morais¹² e da discussão sobre o status destes¹³, são ao menos suficientemente relacionadas ou análogas.

¹⁰ A crítica ao ceticismo externo é o principal foco da primeira parte do livro *Justice for Hedgehogs* e do artigo “Objectivity and Truth: you better believe it”; já estava presente, porém, em *Law's Empire*. Na realidade, os fundamentos da defesa da objetividade dos juízos morais é mais antigo; data pelo menos dos seminários ministrados na companhia de Gareth Evans, como nos informa Stephen Guest (Ronald Dworkin. 3ª Ed. Stanford: Stanford Law Books, 2013, pp. 15-6).

¹¹ Isso não implica uma rejeição a uma tese pluralista sobre a individualização dos valores; i.e., Dworkin não defende que todos os valores sejam idênticos (v. Raz, Joseph. “A Hedgehog's Unity of Value”. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 32/2014*; *Columbia Public Law Research Paper No. 14-396*. 26.5.2014 Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2441858>).

¹² Um problema que levou Anscombe a propor uma moratória sobre a reflexão a respeito da filosofia moral até que se tivesse uma psicologia moral adequada que permitisse definir, e.g., o que torna algo injusto. Essa é a primeira das três teses de seu célebre artigo. V. ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth M. “Modern Moral Philosophy”. In *Philosophy* 33, nº 124, Jan de 1958. Disponível em: <www.pitt.edu/~mthomps/readings/mmp.pdf>.

A dissertação é composta por três capítulos independentes, a serem submetidos à publicação separadamente. Eles tratam de aspectos importantes e conexos da crítica interpretativista ao positivismo jurídico.

O primeiro (cuja versão inicial foi apresentada no Grupo de Trabalho de Filosofia do Direito do Encontro da ANPOF de 2014¹⁴) trata do argumento do desacordo, segundo o qual a teoria positivista não poderia explicar a existência de discordâncias teóricas entre juristas (i.e., não poderia explicar como dois juristas que concordam a respeito de todas as premissas factuais em um caso podem divergir sobre sua conclusão), exceto com a admissão de que o desacordo é espúrio: os dois juristas, ao adotarem teorias do direito distintas, estariam usando diferentes conceitos de direito. Revisamos, então, parte da literatura em torno desse argumento, e a relação que ele guarda com a teoria geral da interpretação de Dworkin.

O argumento do desacordo acusa os positivistas de serem presas de um “agulhão semântico” – i.e., de pressupor a tese de que todos os conceitos são ou de espécies naturais, ou definidos por critérios socialmente compartilhados. Via de regra, os teóricos do positivismo jurídico se defendem da pecha, acusando Dworkin de atacar um ‘espantalho’. Ocorre que essa pressuposição não é nenhuma aberração, mas costuma ser assumida de forma quase irrefletida em nossa linguagem ordinária; afinal, dizer que

¹³ Que guardam certa correspondência com os problemas clássicos de filosofia moral, conforme exposto por Stephen Cavell: “Histórica e dialeticamente, o conceito de razão ou de conhecimento, e com isso o de racionalidade, levanta dois grandes problemas para o filósofo moral, (1) Uma oportunidade para a reflexão moral ocorre quando os homens encontram -se em desacordo com o outro, ou com eles mesmos, sobre as perguntas, "o que deve ser feito?" e "o que estou a fazer?" [...] (2) mesmo quando não há desacordo, portanto, nenhum argumento, sobre o que deveria ser feito, mesmo quando eu consegui 'convicção racional' sobre esta questão, ou quando a resposta é óbvia desde o início, eu ainda posso, de fato, não fazer o que, aparentemente, sei ser o correto, ou não deixar de fazer o que sei com certeza ser um mal. [...] Dialeticamente, esse problema se reflete em questões sobre a natureza dos juízos e conceitos morais, ou sobre a 'faculdade' mediante a qual são conhecidos” (The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality and Tragedy. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 247-8, tradução livre).

¹⁴ Apresentado dia 29.10.2014. Resumo disponível em <<http://www.anpof.org/portal/index.php/pt-BR/agenda-encontro-2/user-item/475-sergiomariz/139-agenda-xvi-encontro/10012-criterios-desacordo-e-o-conceito-de-direito-em-dworkin>>.

algo é um tigre é atribuir-lhe uma certa propriedade natural, e dizer que algo é um livro é relacioná-lo a um conjunto de critérios (mais ou menos estabelecidos por uma prática comum) usados para identificar livros. Nesses casos, o significado do termo é determinado (até onde o puder ser) por questões de fato, passíveis de serem reveladas por uma investigação empírica (biológica ou lexicográfica). Com a tese de que o direito também é determinado por fatos empíricos, o positivismo teria seguido uma linha semelhante – às custas, porém, de tornar-se incapaz de explicar disputas não empíricas a respeito do direito.

Como contraponto a Dworkin, usamos principalmente as críticas e a teoria do direito de Joseph Raz – defensor do positivismo exclusivista (a tese de que, por necessidade conceitual, princípios morais jamais podem ser incorporados ao direito), e conhecido pelas contínuas réplicas às críticas ao positivismo¹⁵. Isso nos permite expor, no segundo capítulo, a discussão entre Raz e Dworkin sobre a existência de lacunas jurídicas. Começamos por estudar um argumento simples proposto por Dworkin contra uma versão reducionista (i.e., uma teoria em que as normas jurídicas guardem uma relação de correspondência com as respectivas fontes) do positivismo jurídico. Para superá-lo, Raz tem de desenvolver uma versão da tese das fontes que faça justiça ao caráter normativo do direito. Analisaremos uma das consequências dessa teoria de Raz: a segregação entre a teoria do direito propriamente dito e a teoria da prática jurídica. Contudo, a primeira é calcada na tese das fontes, donde pressupõe a tese da existência de lacunas jurídicas; a segunda não: na realidade, a possibilidade de a prática jurídica fornecer respostas certas se torna uma questão moral, como prega Dworkin. Assim, se o

¹⁵ Ao ponto de estabelecerem uma conhecida rivalidade, conforme Guest (op. cit., p. 22): “Notei que havia inimizade quando Raz apresentou-se no Colóquio em 2000. Dworkin faria o que Raz consideraria uma observação rasteira; Raz pegaria uma cópia de um dos livros de Dworkin dizendo algo como ‘Mas na nota 145 você contradiz o que disse...’ (pegando outro livro) ‘páginas 45- 48 de . . .’ Em certo ponto, Dworkin disse: ‘Pare de tentar derramar sangue’. Todos olhamos para nossas anotações!’.

positivismo ainda consegue manter uma tese das fontes coerente, tem de arriscar abrir mão da ideia de que as fontes (e, portanto, o próprio direito) determinam como as pessoas e os juízes devem agir.

O terceiro capítulo começa com a análise de uma crítica lançada por John Gardner a Dworkin: a ideia de que o direito é determinado pela moralidade implicaria que não poderíamos ter um ‘ponto de vista destacado’ em relação às proposições jurídicas que afirmamos. Apesar do que há de falacioso na objeção de Gardner, ela também realça um ponto importante da teoria da interpretação de Dworkin, e revela uma dificuldade exposta, de outra forma, por Thomas Nagel:

Esta teoria geral de interpretação é uma das propostas mais controversas de Dworkin. Parece haver claramente uma diferença entre fazer o melhor sentido de algo e dar-lhe uma leitura que faz com que seja tão bom quanto possível. É verdade que sempre que estamos diante de um sistema normativo como o direito, cujo ponto é guiar a conduta, não podemos compreendê-lo simplesmente como um padrão de comportamento. Temos que vê-lo como um conjunto internalizado de normas e princípios que os participantes tomam como justificando seu comportamento. Mas não precisamos compartilhar esse ponto de vista, a fim de entendê-lo, mesmo que tenhamos de confiar em nossa própria capacidade para julgamentos de valor quando interpretamos como os outros veem como corretas coisas que acreditamos estarem erradas, e vice-versa. Nós não vamos entender um mau sistema, a menos que nós enxerguemos como os seus participantes o veem como bom. Mas isso parece diferente de mostrá-lo em sua melhor luz, como Dworkin propõe¹⁶.

Essa crítica serve de fio condutor para estudar alguns aspectos da teoria da moralidade de Dworkin – como as características construtivistas que a distinguem de teorias realistas. Ainda, nesse capítulo, a própria ideia de ‘destacamento’, introduzida por Raz para compatibilizar a normatividade do direito com a tese das fontes, é alvo de críticas, as quais expomos na medida em que permitem lançar luz sobre a filosofia de Dworkin. O ponto fundamental é que a teoria da interpretação precisa garantir um espaço para a crítica moral do direito, à luz de valores morais que (ao contrário da prática jurídica) não variam de acordo com a sociedade. Logo, se, segundo o

¹⁶ NAGEL, Thomas. “Ronald Dworkin...” (trad. livre).

dworkiniano, o direito é um conceito moral e interpretativo, assim como a justiça, é tentador concluir que, ou ambos são relativos à sociedade, ou nenhum deles o é: “A prática jurídica é diferente em distintas comunidades políticas, assim como, claro, os direitos e deveres das pessoas. Se a justiça é um conceito interpretativo, por que o mesmo não deveria ser verdadeiro em relação a ela?”¹⁷.

Para garantir a invariância dos conceitos morais, é preciso afastar essa ‘ameaça’ relativista: se as práticas que associamos com a justiça na comunidade em questão são tão radicalmente díspares das nossas (ao menos depois de havermos refletido adequadamente a respeito), podemos estar seguros de que se relacionam ao mesmo conceito¹⁸? A ameaça, portanto, tem de pressupor similaridade suficiente entre as práticas das diferentes comunidades: é preciso que haja alguma convergência entre alguns casos paradigmáticos de (in)justiça¹⁹; mas, nesse caso, o problema se dissolve numa questão moral ordinária, e podemos comparar as práticas de duas sociedades de forma semelhante a como comparamos as práticas de pessoas diferentes:

Podemos considerar uma grande proporção das afirmações substantivas que outras culturas fazem sobre a justiça como erros; fazemos isso quando supomos que a melhor justificativa disponível dos paradigmas da atribuição e da resposta que compartilhamos justifica rejeitar essas afirmações. Devemos

¹⁷ DWORKIN, Ronald M. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 170, trad. livre. Doravante referido como ‘JH’.

¹⁸ Note-se como é distinto o exemplo de duas sociedades que aplicam o termo “justiça” (ou outro relacionado) a práticas totalmente díspares dos exemplos do argumento do desacordo, em que integrantes de uma mesma comunidade linguística divergem sobre qual é fundamento de suas práticas comuns. No primeiro caso, Dworkin admite que se pode tratar de um ‘desacordo espúrio’; posso, p. ex., reprovar a prática ianomâmi de enterrar gêmeos recém-nascidos, mas é possível que não haja entre nós um desacordo genuíno a respeito do conceito de justiça (talvez o silvícola não tenha esse conceito, assim como pode ser que eu não compreenda algum conceito que ele atribui a essa prática), o que de forma alguma me impede de aplicar esse conceito (lembrando que está proscrita a objeção arquimedea de que é apenas ‘o meu conceito de justiça’ – que outro conceito eu poderia aplicar?) à prática ianomâmi. Pode-se, é claro, duvidar da utilidade dessa aplicação: seria como, parafraseando Bernard Williams, fazer o papel de ‘Kant na corte do Rei Arthur’ (v. *In the Beginning Was the Deed*, New Jersey: Princeton University Press, 2005, p. 10).

¹⁹ Cabe prevenir uma possível homonímia: ‘paradigma’ aqui desempenha uma função semelhante (pré-conceitual) à dos ‘estereótipos’ da teoria do significado de *The meaning of ‘meaning’* (v. n. 38); não confundir, pois, com o que Kuhn designa por paradigmas científicos – i.e., elementos fundamentais de uma teoria. Por exemplo, para Kuhn, a teoria termodinâmica de Joseph Black acarretou uma mudança de paradigma (v. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1962, 3ª ed. 1996, p. 15); para Dworkin, os casos paradigmáticos de calor (os exemplos do uso do termo ‘calor’) são os mesmos, mas a concepção de ‘calor’ foi alterada com a teoria de Black.

julgar por nós mesmos qual é a justificação adequada desses paradigmas e estruturas partilhadas, e nenhuma justificativa que aprovasse a discriminação de gênero o seria. Eles compartilham o conceito de justiça conosco, mas – ao menos assim podemos supor de forma sensata – eles não entendem esse conceito profundamente. Não há relativismo nessa história, só erro da parte deles²⁰.

E, no entanto, o caso do direito é distinto em um aspecto: qualquer teoria plausível do direito e da moralidade pressupõe que decisões locais têm um papel muito mais relevante no primeiro conceito do que no segundo; mesmo aqueles que, como Dworkin, assumem que o direito é um ‘ramo’ da moralidade, precisam aceitar essa distinção entre a parte e o todo. E é por isso (e não por uma ‘mera’ necessidade conceitual) que não há problema algum em reconhecer que cada sistema jurídico tem o seu conceito doutrinário próprio de direito (como não há problema algum em reconhecer que cada sociedade tem uma regra particular de promessa).

²⁰

JH, p. 171.

Capítulo I - Critérios, desacordo e o conceito de direito em Dworkin

Sócrates: [...] I will suggest that these enmities arise when the matters of difference are the just and unjust, good and evil, honourable and dishonourable. Are not these the points about which men differ, and about which when we are unable satisfactorily to decide our differences, you and I and all of us quarrel, when we do quarrel? [Eutyphro, 7d]

[...] but now it would seem that what is loved by the gods is also hated by them. And therefore, Euthyphro, in thus chastising your father you may very likely be doing what is agreeable to Zeus but disagreeable to Cronos or Uranus, and what is acceptable to Hephaestus but unacceptable to Here, and there may be other gods who have similar differences of opinion. [Euthyphro, 8a²¹]

Ronald Dworkin começa o oitavo capítulo de *Justice for Hedgehogs* com uma pergunta curiosa: ‘How is disagreement possible?’²². O artifício retórico remete a um famoso argumento, apresentado por Dworkin no fim do primeiro capítulo de *Law’s Empire*:

Se dois advogados estão, na verdade, seguindo regras diferentes ao usar a palavra " lei", utilizando diferentes critérios factuais para decidir quando uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa , então cada um deve significar algo diferente do outro, quando ele diz o que o direito é .

[...] Assim, os dois juízes não estão realmente discordando sobre qualquer coisa quando um nega e outro afirma esta proposição. Eles estão falando de coisas diferentes [talking past each other]. Seus argumentos são inúteis da forma mais trivial e irritante, como uma discussão sobre bancos, em que uma pessoa tem em mente instituições financeiras e a outra, as margens do rio.

[...] A lógica que provoca esse caos é a lógica que acabamos de descrever, o argumento de que, a menos que advogados e juízes compartilhem critérios factuais sobre os fundamentos de direito não pode haver pensamento significativo ou debate sobre o que o direito é²³.

O ponto de Dworkin é que, se o que é juridicamente devido (o que é “o direito”) em uma determinada situação é definido por um conjunto de normas determinadas previamente por um conjunto finito e cognoscível de fatos empíricos, e se dois juristas concordam a respeito de todos os fatos empíricos relevantes de um caso (em especial os que determinam as normas relevantes), então eles não poderiam discordar, racionalmente, a respeito da decisão; afinal, ou eles estão seguindo os mesmos critérios

²¹ Tradução de Benjamin Jowett, in <classics.mit.edu/Plato/euthyphro.html>.

²² DWORKIN, Ronald M. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 157.

²³ *Law’s Empire*, p. 11, tradução livre. Esse é o “argumento padrão” de Dworkin, utilizado em diferentes contextos e discussões; começa por mostrar que uma definição categórica de um tema filosófico (moralidade, liberalismo, religião, etc.) é falsa, por não dar conta da divergência entre os usuários do conceito, e parte para uma teoria interpretativista do mesmo tema.

factuais para decidir o que é o direito (donde o desacordo só seria possível se discordassem a respeito de uma das premissas empíricas – o que é excluído pela hipótese), ou não estão seguindo os mesmos critérios – e, nesse caso, o desacordo seria apenas aparente: eles estão falando de coisas distintas.

Não faltaram críticas a esse argumento. Segundo Joseph Raz, ele apresentaria uma tese que ninguém se dispõe a negar: que a teoria do direito não pode ser uma explicação do significado da palavra ‘direito’ (Law)²⁴, ou que ‘alguns conceitos não podem ter uma explicação semântica (semantic account)’²⁵. Logo, teria falhado principalmente por errar o alvo: ao tentar provar a implausibilidade do ‘positivismo semântico’, teria deixado de atingir positivistas contemporâneos de importância – em especial, H. L. A. Hart, para quem o argumento não se aplicaria à teoria exposta em *The Concept of Law*, uma vez que ele não defenderia que a verdade de proposições que descrevem direitos e deveres jurídicos depende apenas de ‘simples fatos’ (plain facts), fixados de acordo com regras linguísticas compartilhadas por juristas, que determinam o uso e, portanto, o significado da palavra ‘direito’, muito menos que sua teoria da regra de reconhecimento seria baseada nesse engano:

[...]na verdade nada no meu livro ou em qualquer outra coisa que eu escrevi sustenta essa abordagem de minha teoria. Assim, a minha doutrina de que sistemas jurídicos municipais desenvolvidos contêm uma regra de reconhecimento especificando os critérios para a identificação das leis que os tribunais têm de aplicar pode estar enganada, mas em lugar nenhum baseio esta doutrina sobre a ideia equivocada de que é parte do significado da palavra "direito" que deve haver uma tal regra de reconhecimento em todos os sistemas jurídicos, ou na ideia ainda mais equivocada de que se os critérios para a identificação dos fundamentos da lei não forem indiscutivelmente fixos, "direito" significa coisas diferentes para pessoas diferentes. Na verdade, este último argumento atribuído a mim confunde o significado de um conceito com os critérios para a sua aplicação, e tão longe de aceitar isso eu expressamente chamei a atenção (na página 160 deste livro), para explicar o conceito de justiça, para o fato de que os critérios para a aplicação de um

²⁴ RAZ, Joseph. “Two Views of the Nature of the Theory of Law: a partial comparison”, in Hart’s *Postscript: essays on the Postscript to the Concept of Law*. Ed. Jules Coleman. New York: Oxford University Press, 2001, p. 2.

²⁵ Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1986, p. 44.

conceito com um significado constante pode tanto variar quanto ser controverso²⁶.

Contudo, o ponto de Dworkin não é que o positivista comete uma inferência espúria de que o direito depende de questões de fato a partir de uma premissa semântica, nem que ele acredita que, se o direito fosse controverso, ‘direito’ significaria coisas diferentes para pessoas diferentes, mas que a tese positivista central (que veremos a seguir – a ‘tese das fontes’) não permite uma explicação para o fato trivial do desacordo teórico. O exemplo do termo “justiça” que Hart refere em outra passagem do *Concept of Law* ilustra o de que se trata esse problema: não basta reconhecer que o termo é controverso (pois é isso que requer uma explicação), que seu significado não é idêntico ao conjunto de critérios usados para aplicá-lo (pois cabe explicar o que constituiria esse significado, e para que servem esses critérios), muito menos que é vago (pois isso não explica como e em que se constitui essa vagueza – mormente quando o problema da vagueza é tradicionalmente associado com ‘casos de fronteira’ na aplicação de um critério, e não, como nos exemplos de Dworkin, com a utilização de critérios díspares²⁷).

Inicialmente, veremos como, a despeito da análise de Hart, a força do argumento do ‘agulhão semântico’ (na verdade, um argumento geral sobre a possibilidade do desacordo teórico²⁸) não se limita à crítica a uma teoria sobre o significado do termo ‘direito’ (o chamado ‘espantalho’ do ‘positivismo semântico’), mas também a teorias

²⁶ HART, Herbert Lionel A. *The Concept of Law*. Pós-escrito à 2ª Ed. New York: Oxford University Press, 1994, pp. 245-6, tradução livre.

²⁷ Como define Timothy Williamson, vagueza é “susceptibility to borderline cases in which a judgement is neither clearly correct nor clearly incorrect” (WILLIAMSON, Timothy. ‘Vagueness in Reality’, in M. Loux and D. Zimmerman, eds., *The Oxford Handbook of Metaphysics*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 690). Um exemplo é o Monte Everest – não sabemos em qual rocha ele começa/termina. Frequentemente, quando se fala da ‘vagueza’ dos termos normativos, trata-se de algo mais semelhante a um caso de ambiguidade (como o exemplo do ‘agulhão semântico’ mostra).

²⁸ Doravante, referimos “argumento do agulhão semântico” e “argumento do desacordo” como o mesmo argumento - a menos que se expresse o contrário.

gerais que sustentem que o direito é uma questão de “simples fato”²⁹ ou de “fatos sociais”; nesse ponto, trataremos das análises distintas de Scott Shapiro e Joseph Raz relativas a esse argumento dworkiniano. O argumento do desacordo é um artifício teórico usual na obra de Dworkin, que caracteriza o objeto da discussão como um “conceito essencialmente contestado”³⁰ e enseja a apresentação de uma teoria interpretativa sobre o tema.

A seguir, trataremos de como o positivismo hard de Raz busca refutar o argumento de Dworkin (assim como, de forma geral, as teorias que permitam incluir critérios morais no conceito de direito). Após, submeteremos a teoria de Raz às críticas de Kenneth Himma e Dworkin, de modo a, finalmente, esclarecer algumas das diferenças cruciais entre as concepções de Raz e de Dworkin quanto ao conceito de direito.

1.1 A força do ‘agulhão semântico’

Segundo Raz, a tese do ‘positivismo semântico’ é claramente falsa, pois uma explicação do conceito de direito (que é o objetivo da teoria jurídica) não é uma explicação da palavra ‘direito’ (que seria o objetivo do ‘positivismo semântico’)³¹. Mas não é por esse motivo que Dworkin recusa essa concepção (i.e., o positivismo semântico); o agulhão semântico implica que um certo tipo de explicações gerais do

²⁹ Pecha que, na realidade, Hart (ibid., p. 246) recusa, ao admitir que alguns sistemas de direito incorporam, além de testes de pedigree, princípios morais e valores para identificar o direito válido (a famosa tese da incorporação, que caracteriza o positivismo soft). Mesmo sem levar em conta o pós-escrito, há quem destaque que, em *The Concept of Law*, Hart não afirma, nem implica o plain-fact positivismo – v., e.g.: TOH, Kevin. “An Argument Against The Social Fact Thesis (and some additional preliminary steps towards a new conception of legal positivism)”, in *Law and Philosophy*, Setembro de 2008, Volume 27, Issue 5, pp. 445-504, disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1650749>>).

- D’ALMEIDA, Luís Duarte. *The Grounds of Law*. Paper apresentado na McMaster Philosophy of Law Conference: “The Philosophy of Ronald Dworkin”, em 30 de maio de 2014. Destaco que se trata de um draft, disponível em: <http://lawconf.mcmaster.ca/papers_and_program.html>.

³⁰ V. GALLIE, W.B.. “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol.56, (1956), pp. 167–198.

³¹ Raz, op. cit., p. 30.

conceito de direito seriam implausíveis – pois levariam à impossibilidade do desacordo³² entre juristas.

Por isso, Raz sugere ‘expandir’ o agulhão semântico; tomá-lo como não se aplicando apenas às explicações da ‘palavra’, mas também a explicações criteriais do conceito de direito:

[...]To make the argument apply to the law we need to reformulate it to apply beyond the explanation of the meaning of words. ‘A criterial explanation’ of a concept, let us say, (1) states a rule setting out conditions for the (correct) use of a concept; and (2) is a true explanation by virtue of the fact that is a correct statement of the conditions for the correct use of the concept actually used by those who use it³³.

O argumento de Dworkin, portanto, seria melhor entendido como expressando que alguns conceitos não podem ser explicados por critérios compartilhados. De forma geral, esta “expansão” parece correta, na medida em que reconhecida pelo próprio Dworkin:

I hypothesised that they [positivistas analíticos] assume that all concepts, including the doctrinal concept of law are criterial concepts and that proper analysis of the doctrinal concept must therefore consist in elucidating the tests that lawyers share, except in borderline cases, for judging whether

³² Conquanto haja quem obste ao apelo a “argumentos do desacordo” (ou argumentos afins baseados em referências a atitudes proposicionais contrastantes) em debates filosóficos contemporâneos, em especial em debate sobre questões semânticas entre objetivistas, contextualistas (realistas) e relativistas (contextualistas não-indexicais), consideramos que Dworkin não é imediatamente atingido por essa objeção pois seu argumento não trata “apenas” de uma questão de semântica, mas de uma objeção a uma teoria do conceito doutrinário (e, portanto, dos fundamentos) do direito; neste caso, o relativismo não é considerado uma opção plausível (como veremos no último capítulo). A respeito de discussões sobre desacordo na filosofia analítica, Macfarlane fez um interessante sumário: “Disagreement is the crux of debates between relativists, objectivists, and contextualists. Objectivism accounts for the disagreement we feel in disputes of taste, at the cost of imputing implausible kinds of error and chauvinism to speakers; contextualism avoids chauvinism at the cost of losing the disagreement. Relativism, it is alleged, does better than objectivism because it avoids imputing error and chauvinism, and better than contextualism because it vindicates our intuitions of disagreement. But if the question is posed in a binary, all-or-nothing way—does relativism allow that disputes of tastes are genuine disagreements, or does it not?—it tends to generate conflicting answers. It is common for objectivists to balk at accepting the relativist’s claim to vindicate genuine disagreement about matters of taste. After all, on the relativist views, aren’t both parties right from their own perspectives? And doesn’t that show that it isn’t really disagreement at all? On the other hand, it is common for contextualists to balk at the relativist’s claim that there is genuine disagreement about matters of taste”. V. MACFARLANE, John. “Varieties of Disagreement”, disponível em <<http://johnmacfarlane.net/varieties.pdf>>, datado de 18.6.2009, pp. 17-8 do arquivo.

³³ “Para que o argumento se aplique ao direito precisamos reformulá-lo para aplicar-se além da explicação do significado das palavras. ‘Uma explicação criterial’ de um conceito, digamos, (1) enuncia uma regra determinando condições para o uso correto de um conceito, e (2) é uma explicação verdadeira em virtude do fato de que é um enunciado correto das condições para o uso correto do conceito de fato utilizado por aqueles que o usam”. V. Raz, op. cit., p. 12, tradução livre.

propositions of law are true. I called that assumption – that all concepts are criterial – the ‘semantic sting’.

[...] I should now characterize the sting more broadly: it lies in the assumption that all concepts depend on convergent linguistic practices of the kind I described in the Introduction: a practice that marks out the concept’s extension either through shared criteria of application or by attaching the concept to a distinct natural kind.³⁴

Dworkin está fazendo referência às teses usuais do externalismo semântico: o que determina a extensão (i.e., o aspecto intensional³⁵ do conceito – o seu significado) de um termo referente a uma espécie natural como ‘água’ ou ‘tigre’, não é o estado mental do falante, mas um elemento do respectivo ambiente (no caso da água, sua estrutura molecular – H₂O; no caso do tigre, seu DNA). Mesmo que nunca venhamos a conhecer plenamente o que constitui certa espécie natural (o que exigiria uma investigação científica bem sucedida), o que quer que o faça permite avaliar a correção da aplicação do termo em relação a qualquer situação contrafactual – em outras palavras, isso permite que o termo funcione como um designador rígido, referindo o mesmo tipo de objeto em qualquer mundo possível³⁶. Vamos, pois, ignorar a ideia implausível de que o direito poderia ser um conceito de espécie natural³⁷.

Algo análogo ocorre com conceitos definidos por critérios convencionais, como termos técnicos (‘artrite’), ou com funções sociais (‘contrato’) – eles também teriam significados distintos em mundos onde fossem usados de acordo com critérios distintos uma vez que o significado desses termos é fixado de acordo com a respectiva convenção

³⁴ DWORKIN, Ronald M. *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, pp. 225-6.

³⁵ O termo “intensão” é ora utilizado na acepção que tem em lógica e semântica, designando a propriedade conotada por uma palavra, em contraste às instâncias atuais a que o termo se aplica (i.e., sua “extensão”).

³⁶ V. PUTNAM, Hilary W. “The meaning of ‘meaning’”. In *Mind, Language and Reality*. *Philosophical Papers*, vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1975, pp. 215-71. Para Putnam, o significado de um termo é dado por um vetor formado por quatro elementos: a) o conjunto de objetos (extensão do termo) referidos pelo termo, individuados pela sua intensão (no caso da água, sua fórmula química); b) um conjunto de descrições típicas (estereótipos); c) indicadores semânticos que colocam o objeto dentro de determinadas categorias (gêneros do objeto), e d) indicadores sintáticos (como o termo é empregado na linguagem: se é um substantivo, um verbo, etc.).

³⁷ Embora seja comum que teóricos e juristas falem a ‘natureza do direito’, ou de determinada instituição, é mais plausível interpretar essas afirmações como figuras de linguagem, sem conteúdo propriamente metafísico.

ou costume (embora possa haver semelhanças suficientes entre conjuntos de critérios para dizermos que são conceitos semelhantes). Nestes casos, não há que se falar em qualquer ‘essência’ possivelmente oculta ao falante. Para Dworkin, um conceito é criterial quando a) utilizamos os mesmos critérios para identificar suas instâncias – e, conseqüentemente, b) identificamos as mesmas instâncias (ou seja, convergir em sua aplicação), salvo engano. Quando ‘a’ obtém, mas não ‘b’, estamos na ‘zona cinzenta’: os critérios que compartilhamos não mais servem para definir o conceito³⁸.

O conceito sociológico de direito é criterial, segundo Dworkin: que “tipo específico de estrutura sócio-institucional” merece ser chamado de sistema jurídico não é determinado pela natureza das coisas, mas por critérios compartilhados pelos respectivos usuários do conceito³⁹. Uma caracterização mais precisa desse tipo de conceitos, e o tipo de divergência que podem suscitar, é oferecida em *Justice for Hedgehogs*:

People share the concept of an equilateral triangle, for example, when they all use a particular test— figures with three equal sides are equilateral triangles— to identify specimens. People who share a concept in this way may nevertheless fall into illusory disagreement about its proper use in some circumstances. [...] Our apparent disagreement about how many books there are on a table is illusory if you count large pamphlets as books but I do not. The concepts of baldness and of a book, we may say, are vague criterial concepts because although people mainly agree about the correct criteria for their application, they differ over a range of application that each regards as marginal. It makes sense to say either that we share the concept in such cases because we use the same criteria in standard cases or that the concepts we use are only so slightly different that we should treat them as the same concept. The point is the same: it is the identity of our criteria that makes disagreement genuine when it is genuine⁴⁰.

Porém, quando dois juristas debatem sobre o conceito doutrinário de direito, a divergência não pode ser sanada por estipulação – como poderia ocorrer caso fossem

³⁸ Não creio que, para manter as teses (a) e (b), precisaríamos assumir a noção de que há conceitos ‘puramente’ criteriosais; elas se baseiam no fato de que critérios obedecem a uma função: são um teste para julgar se algo se subsume a um conceito. “Criteria are specifications a given person or group sets up on the basis of which (...) to judge (assess...) whether something has a particular status or value” (CAVELL, Stephen. *The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality and Tragedy*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 9).

³⁹ JR, pp. 3-4.

⁴⁰ JH, pp. 158-9.

dois sociólogos discutindo se determinada sociedade tem um sistema jurídico. O conceito doutrinário de direito é um dos conceitos interpretativos, que compartilhamos “not because we agree in their application once all other pertinent facts are agreed upon, but rather by manifesting an understanding that their correct application is fixed by the best interpretation of the practices in which they figure”⁴¹; em outras palavras, o conceito é compartilhado não porque concordemos sobre o que ele significa, mas porque, ao usá-lo, toma-se uma posição a respeito de o que ele deveria significar⁴². Esse é o cerne da disputa entre Dworkin e o positivismo⁴³.

1.2 O aguilhão semântico e os desacordos teóricos

Podemos cotejar a interpretação de Joseph Raz do argumento do aguilhão semântico com o que Scott Shapiro considera ser uma crítica ‘extremamente’ poderosa ao positivismo, para a qual ‘nenhuma’ das objeções a Dworkin até então apresentadas seria uma efetiva resposta - de que

legal positivists are unable to account for a certain type of disagreements that legal participants frequently have, namely, those that concern the proper method for interpreting the law. The only plausible explanation for how such disagreements are possible, Dworkin claimed, is that they are moral disputes⁴⁴.

Nota-se que a objeção dos desacordos teóricos é esboçada no começo do primeiro capítulo de *Law’s Empire* (seguida da apresentação de casos que exemplificam

⁴¹ Ibid., p. 160.

⁴² DWORKIN, Ronald. *Religion without a God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013, p. 7.

⁴³ “Positivism and interpretivism are both theories about the correct use of the doctrinal concept. Positivism has traditionally treated that concept as criterial: it has aimed to identify the tests of pedigree that lawyers or at least legal officials share for identifying true propositions of doctrinal law. Interpretivism treats the doctrinal concept as interpretive: it treats lawyers’ claims about what the law holds or requires on some matter as conclusions of an interpretive argument, even though most of the interpretive work is almost always hidden” [JH, p. 402].

⁴⁴ SHAPIRO, Scott J. “The ‘Hart-Dworkin’ Debate”: A Short Guide for the Perplexed (February 2, 2007). In *University of Michigan Public Law, Working Paper No. 77*, p. 27. Disponível no SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. As páginas referidas correspondem à numeração do respectivo arquivo. Uma versão semelhante desse artigo foi publicada posteriormente no primeiro capítulo da coletânea de Ripstein, op. cit..

desacordos teóricos⁴⁵), enquanto o ‘agulhão semântico’ é apresentado como tal somente no começo do capítulo seguinte⁴⁶. Para Shapiro, o agulhão é usado por Dworkin para explicar por que razão os positivistas alegam que os fundamentos do direito são determinados por consenso⁴⁷. Este argumento ‘distinto’⁴⁸ do desacordo, porém, é mais geral; está relacionado aos fundamentos e às condições de verdade das proposições jurídicas:

Propositions of law are true in virtue of the “grounds of law.” [...] Given the distinction between propositions and grounds of law, Dworkin argues that two different types of legal disagreements are possible. The first type involves disagreements about whether the grounds of law have in fact obtained. [...] Dworkin calls these “empirical disagreements”. The second type of disagreement does not relate to whether the grounds of law have obtained; rather, it involves conflicting claims about what the grounds of law are. For example, one party to a dispute might argue that a statute is valid because Congress has the authority to enact a certain kind of legislation and has so acted. The second party might concede that the formal conditions for

⁴⁵ “Since it matters in these different ways how judges decide cases, it also matters what they think the law is, and when they disagree about this, it matters what kind of disagreement they are having” [LE, p. 3.].

⁴⁶ “I shall call the argument I have just described, which has caused such great mischief in legal philosophy, the semantic sting. People are its prey who hold a certain picture of what disagreement is like and when it is possible. They think we can argue sensibly with one another if, but only if, we all accept and follow the same criteria for deciding when our claims are sound, even if we cannot state exactly, as a philosopher might hope to do, what these criteria are” [LE, p. 45].

⁴⁷ Shapiro, op. cit., p. 39, n. 58.

⁴⁸ Embora Shapiro considere esse um argumento diferenciado na bibliografia de Dworkin (em particular, muito distinto dos argumentos de Levando os direitos a sério, que teriam sido amplamente respondidos), este discorda: “But I do not believe that my later arguments are different from my earlier ones in any important respect. Shapiro distinguishes the two sets of arguments in the following way: they point out that lawyers often disagree about what the law is on some matter, even though they agree about all the historical facts that positivists cite as exhausting the truth conditions of propositions of law. My earlier arguments, by contrast, make an essentially taxonomic point: that the moral principles that judges often cite to justify their legal decisions [...] are also legal principles and that taxonomic positivists are therefore wrong to separate legal from moral principles in the way they do” [JR, p.233]. De fato, no “Modelo de Regras II”, podemos notar como o argumento dos princípios está conectado ao argumento do desacordo, quando Dworkin contrasta a noção de regra social de Hart com sua definição de ‘regra normativa’:

“[...]se uma comunidade jurídica possui uma prática particular, como a prática de não usar chapéu na igreja, então será mais provável, mais do que surpreendente, que os seus membros sustentem diferentes regras normativas, cada uma delas supostamente justificada por essa prática. Eles discordarão quanto a se os bebês devem ou não usar gorro, pois divergirão se, uma vez considerados todos os aspectos, o fato da prática justifica a afirmação daquele dever. Alguns podem pensar que a prática como um todo institui uma forma de insulto ou desrespeito que pode ser cometida pelos pais de uma criança. Outros podem discordar, por diversas razões. É verdade que eles expressarão sua discordância, mesmo neste caso trivial, como uma discordância sobre as exigências da “regra” relativa ao uso de chapéu nas igrejas. Mas a referência não será à regra que é constituída pelo comportamento comum, isto é, uma regra social, mas à regra que é justificada pelo comportamento comum, isto é, uma regra normativa. Eles discordam precisamente sobre o que é essa regra” [Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 92; itálico do original, negrito nosso].

enactment have been met but nevertheless claim that Congress lacks the authority to so legislate⁴⁹.

Contudo, a teoria positivista usual não teria uma explicação para esse desacordo teórico, porquanto baseada na ‘visão do simples fato’, cujas duas teses Shapiro sumariza: “If officials agree that facts of type *f* are grounds of law in their system, then facts of type *f* are grounds of law in their system. Second, it holds that the only types of facts that may be grounds of law are those of plain historical fact”⁵⁰.

Pela primeira tese, os discordantes devem concordar sobre os “fundamentos do direito”; mas se eles assim concordam (afinal, só são os ‘fundamentos do direito’ porque eles concordam), como podem discordar sobre que proposições jurídicas são verdadeiras?

É este o argumento anti-positivista do primeiro capítulo de *Law’s Empire*; seu efeito é pervasivo: ao invés de apresentar um problema apenas para os raros “casos difíceis”, os desacordos teóricos ocorrem também nos casos fáceis – apenas, neste caso, não implicam julgamentos diferentes (i.e., os juristas convergem na extensão do conceito doutrinário, mas divergem em sua intensão). A própria classificação de um caso como *hard* ou *easy* é suscetível ao desacordo teórico; não há um critério compartilhado ao qual se possa apelar para tal classificação (exceto a própria constatação a posteriori de que o caso é objeto de controvérsia). Na realidade, costuma-se julgar um caso como difícil ou fácil mediante o uso de alguma teoria já pressuposta sobre os fundamentos do direito⁵¹.

Shapiro esboça o que seria uma possível refutação desse “novo” argumento *dworkiniano* – ou seja, uma teoria positivista que dê conta dos desacordos sobre os ‘fundamentos do direito’, mostrando “como a metodologia interpretativa apropriada

⁴⁹ Shapiro, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 31.

⁵¹ LE, p. 266 e p. 354.

pode ser ancorada em fatos sociais”⁵². Tal teoria começaria com as seguintes concessões: a) a rejeição da tese dos ‘simples fatos’: “interpretive methodology may be fixed in ways other than specific social agreement about which methodologies are proper”; b) a atribuição de um propósito à prática jurídica (‘One cannot understand disagreements over interpretive methodology unless one sees them as disputes about the point of engaging in the practice of law’); e c) a tese de que a busca de uma metodologia interpretativa apropriada implica buscar uma metodologia que melhor harmonize com os objetivos do sistema jurídico. Isto posto, a tarefa do intérprete seria “to impute to legal practice the political objectives that the current designers of the legal system sought to achieve” – i.e., adotar os pressupostos teóricos dos designers do sistema⁵³.

Fica claro que o argumento do desacordo expõe uma lacuna: se o direito realmente tem caráter normativo, não pode ter por fundamento apenas certos tipos de fatos (brutos ou sociais)⁵⁴. Recentemente, outros filósofos produziram argumentos no mesmo sentido⁵⁵. Kevin Toh, p. ex., sugere que os positivistas devem abdicar da tese de que fatos sociais determinam enunciados internos ao direito, já que há uma ‘lacuna inferencial’⁵⁶ entre considerações factuais e normativas:

⁵² Shapiro, op. cit., p. 43.

⁵³ Ibid.. Isso permite manter a tese da separação entre direito e moral, na medida em que tais esses designers são moralmente falíveis.

⁵⁴ D’Almeida faz uma distinção entre uma teoria de plain-facts (fatos simples, um espantinho que poucos teóricos defendem) e social facts (fatos sociais, uma tese mais comum entre positivistas); a distinção é muito importante: a tese dos fatos sociais está relacionada a uma importante tradição filosófica que relaciona regras com práticas compartilhadas – ao contrário da teoria do simples fato, que operaria um reducionismo implausível. V. DUARTE D’ALMEIDA, Luís, “Legal Statements and Normative Language” (January 25, 2013). Edinburgh School of Law Research Paper No. 2013/03. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2206811>. Contudo, como vimos, o argumento do desacordo oferece um desafio até mesmo para a tese dos fatos sociais.

⁵⁵ Na realidade, a própria teoria dos enunciados ‘destacados’, de Joseph Raz, parece servir ao mesmo fim – no caso, visa a fornecer uma explicação não-reducionista e baseada nas fontes para o uso da ‘linguagem normativa’ em proposições jurídicas. Para ele, “normative legal statements can be informatively made by speakers who merely adopt, without necessarily sharing, the point of view of someone who accepts that legal norms are justified and ought to be followed” [Duarte D’almeida, op. cit.].

⁵⁶ Análoga, pois, ao que Dworkin chama de ‘Hume’s Principle’: “[...]no series of propositions about how the world is, as a matter of scientific or metaphysical fact, can provide a successful case on its

[...]a presumption against the social fact thesis is created once we take seriously the following three theses: (i) the distinction, famously made by Hart, between “internal legal statements”, or the legal statements made by practitioners of law, on the one hand, and “external legal statements”, or the statements about laws made by theorists or observers of communities governed by laws, on the other; (ii) the normative nature of internal legal statements; and (iii) an inferential gap between normative statements on the one hand and factual statements on the other. The social fact thesis can be interpreted as a thesis about the grounds of external legal statements or as one about the grounds of internal legal statements. Taken in the first way, it is unproblematic; but taken in the second way, it cannot be stably combined with the conception of internal legal statements as normative statements. For the existence of the inferential gap between normative statements on the one hand and factual statements on the other makes it the case that among the grounds of any internal legal statements there must be some normative grounds as well as some factual ones⁵⁷.

Luís Duarte D’Almeida também chama a atenção para a mesma distinção entre enunciados externos e internos, frisando que o argumento do desacordo evidencia que a aplicação de uma regra independe de apelo a uma prática convergente:

What needs to be explained is what the phenomenon of theoretical disagreements is evidence of—namely, that judges do not think that the truth or correctness of their statements of law depends on everyone else agreeing with them. And of course if that is true, it is true across the board: it is true not merely of statements that happen in fact to be controversial, but equally of statements of law with which everyone else agrees⁵⁸.

Já Mark Greenberg, por outro lado, investiga a ‘metafísica’ do direito e busca apontar a maneira como os fatos o determinam; assim, identifica, no positivismo, algo semelhante à ‘lacuna inferencial’ de K. Toh – a ideia de que fatos sociais não podem determinar (ao menos não estabelecendo uma relação de explicação racional) o conteúdo do direito; e sugere que o problema em questão tem uma estrutura semelhante a outros ‘enigmas’ famosos na história da filosofia analítica – como o ‘novo problema da indução’ de Nelson Goodman⁵⁹ e o paradoxo sobre regras das Investigações Filosóficas de Wittgenstein⁶⁰ (na interpretação feita por Saul Kripke⁶¹):

own— without some value judgment hidden in the interstices— for any conclusion about what ought to be the case.” [JH, p. 44].

⁵⁷ Toh, op. cit., p. 447. Assim como o de Shapiro, Toh apresenta uma teoria positivista independente da tese dos fatos sociais – a qual, portanto, seria imune ao argumento do desacordo.

⁵⁸ D’Almeida, op. cit.

⁵⁹ Mais especificamente, trata-se do que Goodman chamou de o ‘problema pervasivo da projeção’: “O problema de justificar a indução tem sido deslocado pelo problema de definir a confirmação, e nosso trabalho a respeito deixou-nos com o problema residual de distinguir entre hipóteses confirmáveis e não-

[...] given the nature of the relevant kind of determination, law practices—understood as descriptive facts about what people have said and done—cannot themselves determine the content of the law. Value facts are needed to determine the legal relevance of different aspects of law practices⁶².

[...]

It may be helpful to notice that the problem has a structure similar to that of two famous philosophical puzzles: Nelson Goodman's problem about green and grue, and Saul Kripke's problem about plus and quus. In order for there to be legal requirements, it must be possible for someone to make a mistake in attributing a legal requirement (if just any attribution of a legal requirement is correct, the law requires that P and that not P and so does not require anything). One makes a mistake when one attributes a legal requirement that is not the one the law practices yield when interpreted in accordance with the correct model. For any candidate legal requirement, however, there is always a nonstandard or "bent" model that yields that requirement. It is therefore open to an interpreter charged with a mistake to claim that in attributing the legal requirement in question, she has not made a mistake in applying one model but is applying a different model⁶³.

O que se tornou mais claro (após a publicação de *Justice in Robes* e de *Justice for Hedgehogs*) é que o argumento do desacordo é um típico argumento anti-arquimedeano. Sua função é análoga à do argumento da 'Questão Aberta' de George Moore, constante do *Principia Ethica*, o qual invoca que a possibilidade de perguntar, de qualquer propriedade 'y', se 'y' é bom, implica que 'y' não poderia ser idêntica à própria bondade.

confirmáveis. Alguém pode dizer mais ou menos que a primeira questão era 'Por que uma instância positiva de uma hipótese dá qualquer fundamento para prever futuras instâncias?'; que a nova questão era 'O que é uma instância positiva de uma hipótese?'; e que a questão crucial que permanece é 'Quais hipóteses são confirmadas pelas suas instâncias positivas?'" [GOODMAN, Nelson. *Fact, Fiction and Forecast*. 4ª Ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983, p. 81. Tradução livre].

⁶⁰ "This was our paradox: no course of action could be determined by a rule, because every course of action can be brought into accord with the rule. The answer was: if every course of action can be brought into accord with the rule, then it can also be brought into conflict with it. And so there would be neither accord nor conflict here[...]" [WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. Tradução de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, 3ª Ed., Oxford: Basil Blackwell, 1986, § 201].

⁶¹ Para Kripke, se uma regra (ou seu significado) é determinada por (a) fatos passados (meu uso anterior da regra – uma série finita e factual), ou (b) um determinado estado mental, e descobrimos que (c) as aplicações passadas da regra são compatíveis com inúmeros significados (ou seja, não determinam sua aplicação futura) e (d) não parece haver um estado mental particular que corresponda à regra (àquilo que 'eu queria dizer com', ao 'significado'), a conclusão parece ser a de que as aplicações futuras de uma regra (possivelmente infinitas e contrafactuais) e o seu sentido não são determinados: "We cannot say that we all respond as we do to "68 + 57" because we all grasp the concept of addition in the same way ... There is no objective fact – that we all mean addition by "+", or even that a given individual does – that explains our agreement in particular cases. Rather our license to say of each other that we mean addition by "+" is part of a "language game" that sustains itself only because of the brute fact that we generally agree". [KRIPKE, Saul. *Wittgenstein on rules and private language: an elementary exposition*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982, p. 97].

⁶² GREENBERG, Mark. "How facts make law". In *Legal Theory*, Vol. 10, pp. 157-198, 2004; UCLA School of Law Research Paper No. 05-22. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=797125>. O excerto refere-se à p. 160.

⁶³ *Ibid.*, p. 182.

Da mesma forma, se o conceito doutrinário de direito é um conceito normativo, então sustentar uma semântica naturalista ou criterial nos levaria a violar o “Princípio de Hume” – o qual, segundo Dworkin, impede a conclusão espúria de um juízo de dever-ser a partir de premissas factuais⁶⁴. Esse argumento é bastante semelhante ao que Moore chamou de ‘falácia naturalista’: mesmo que uma propriedade natural (e.g., o prazer) sempre acompanhe a atribuição de bondade a um objeto, ou que se atribua bondade a essa propriedade natural, disso não se infere que prazer=bondade (do contrário, teríamos de pensar que toda predicação é uma forma de igualdade)⁶⁵.

1.3 O debate Raz-Dworkin

A solução de Raz destoa da sugerida por Shapiro e do restante da análise supra. Ele busca refutar a suposição do agulhão semântico de que explicações criteriais de um conceito impliquem a impossibilidade do desacordo teórico/avaliativo. Raz considera que só podemos sustentar que explicações criteriais implicam a impossibilidade de

⁶⁴ Embora se possa dizer, com Stephen Guest (op. cit.), que toda a filosofia de Dworkin parece fundamentar-se na “Lei de Hume”, é importante frisar que não é particularmente claro o que esse princípio significa – exceto que, para Dworkin, ele não é exatamente o que Hume pensava ser, nem justifica uma divisão precisa entre fato e valor, nem significa que basta uma premissa normativa para deduzir validamente um dever de um fato. Mesmo quando essa premissa é fornecida, o assunto não se torna menos controverso – ou, como diria a tartaruga a Aquiles, ela não força a conclusão.

⁶⁵ Outra semelhança é que ambos os autores defendem essa tese com um tipo de experimento contrafactual, no melhor estilo “twin earth”; Moore usa o chamado ‘teste do isolamento’ para ilustrar que nenhuma alteração de fatos empíricos pode alterar o caráter de nossos juízos de valor. Já Dworkin, em “Justice for Hedgehogs”, constantemente alega que nenhuma mudança empírica poderia alterar ‘fatos morais’ - se ‘matar inocentes é errado’ é uma proposição verdadeira, ela o é em qualquer mundo possível (que seja suficientemente próximo para podermos imaginar, ao menos). Nesse sentido, Terence Horgan e Mark Timmons, apresentam um ‘novo argumento da questão aberta’ baseado em Moore (“Troubles for New Wave Moral Semantics: the ‘Open Question’ Argument” Revived. In *Philosophical Papers*, Vol. XXI (1992), No. 3, disponível em <<http://thorgan.faculty.arizona.edu/sites/thorgan.faculty.arizona.edu/files/Troubles%20for%20New%20Wave%20Moral%20Semantics.pdf>>), aduzindo que se: a) uma propriedade natural x designa o que chamamos de bondade; b) numa Terra gêmea, uma propriedade natural y designa o que seus habitantes chama de bondade; conclui-se c) os habitantes de nosso mundo e do mundo hipotético ainda poderiam discordar sobre o que é bondade – i.e., ‘bondade’ não difere em significado para habitantes dos dois mundos; logo não é designado rigidamente nem por x, nem por y. Nenhum fato, social ou natural, pode fixar um designador rígido para conceitos normativos. Claro, esse argumento não se aplicaria diretamente ao direito: mudanças empíricas (e.g., a revogação de uma lei) implicam a alteração de fatos jurídicos. Mas note-se que mesmo essa mudança tem de ser de um tipo determinado – ela deve alterar o fundamento da proposição jurídica (como vamos discutir no capítulo seguinte).

desacordo se afastarmos três possíveis erros: a) uma concepção individualista da explicação de conceitos com base em critérios; b) a ignorância em relação à complexidade e não-transparência dos critérios (i.e., não só podemos usar diversos critérios para identificar um mesmo conceito, como nosso conceito pode ser vago) e, mais especificamente, à relativa independência de conceitos interligados; c) a ignorância de que explicações filosóficas de conceitos são distintas de outras explicações criteriais⁶⁶.

O primeiro caso implica que cada um dos participantes na disputa poderia alegar que tem um conjunto próprio de critérios que definem o conceito, distinto do conjunto de critérios do outro participante; cada um poderia dizer que tem o ‘seu’ conceito. Raz considera duvidoso, conquanto arguível, que Dworkin haja incorrido nesse erro⁶⁷.

O segundo engano ocorre quando ao menos um dos discordantes tem uma compreensão incompleta do conceito em questão; implica, pois, que ao menos um dos participantes não é um ‘mestre’ no uso desse conceito – e torna possível, inclusive alegar que nenhuma pessoa o seria. Mesmo assim, Raz reconhece que afastar esses dois primeiros enganos (afinal, eles apenas tratam dos casos em que ou alguém errou na aplicação de um conceito, ou se trata de um ‘caso de fronteira’ de um conceito vago) não explica os desacordos teóricos com que Dworkin exemplifica o aguilhão semântico⁶⁸. Esta tarefa cabe à noção de relativa independência de conceitos

⁶⁶ Raz, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁷ “The individualistic regards each person holding to a set of criteria that he or she follows when applying the concept. In principle each person may be the only person using that concept, i.e., the only one using these criteria. Those who have the concept may make mistakes in application (due to misperception, miscalculation, etc.) but cannot make mistakes about the criteria. Each person’s criteria define the concept for that person. If the others follow different criteria, that cannot be that either of them made a mistake. It only shows that they are following different concepts. You will recognize that Dworkin’s articulation of semantic sting contains echoes of this view”. *Ibid.*, pp. 15-6.

⁶⁸ “As we saw, this argument fails. Criterial explanations of concepts are consistent with the fact that people who use the rules setting out these criteria may make mistakes about which criteria are set by the rules. This means that there could be disagreements about the criteria for the use of concepts, even if the concepts are susceptible to criterial explanations. But in and of itself this does not explain the

interligados, que explica como podemos ter desacordo avaliativo/teórico sobre conceitos definidos por critérios.

Raz aduz que podemos ter, e.g., explicações criteriais de conceitos como “guerra justa”: uma condição para que uma guerra seja justa é que os atos bélicos sejam proporcionais aos danos evitados. De fato, as pessoas discordarão sobre o conceito relacionado, mas independente, de proporcionalidade no caso – i.e., sobre que atos são proporcionais aos danos evitados. Mas um ‘entendimento compreensivo’ sobre a comparação dos danos não seria necessário para o uso correto do conceito de guerra justa; às vezes, podemos estar ‘perdidos’ sobre como comparar os possíveis danos dos dois lados, e, inclusive e portanto, não saber se uma determinada guerra é, ou não, justa^{69 70}.

Essa “refutação do aguilhão pressupõe que alguns conceitos não são capazes de explicação criterial”. Isso não implica que o conceito de direito não seja suscetível desse tipo de explicação; é Dworkin quem teria o ônus de “negar que o conceito de direito ou de justiça possam explicar-se criterialmente”⁷¹. Ele falharia em distinguir entre os níveis de abstração na descrição do desacordo; no caso da guerra justa, tanto a discussão sobre

possibility of theoretical interesting disputes about such criteria. To do that we have to add other elements to the rejection of individualism”. Ibid., pp. 18-9.

⁶⁹ Ibid., pp. 23-4.

⁷⁰ Talvez seja útil comparar esse ponto com uma observação de Stephen Mulhall [Stanley Cavell: *Philosophy's Recounting of the Ordinary*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 78] a respeito da distinção traçada por Cavell entre critérios e standards: “[...] the ordinary notion of a criterion typically presupposes a distinction between criteria and standards: the criteria set up by the given authority can be satisfied to a greater or lesser degree, and standards are needed to determine that degree. [criteria determine whether an object is of the right general kind, whether standards discriminate the degree to which candidates satisfy to those criteria. [...] if, for example, American officials fix ‘the capacity to raise and support effective armed forces’ as a criterion of the stability of the Saigon government, then the question of how one determines the degree to which that criterion is satisfied is critical, and to leave the matter open would be either deluded or devious”. Seria duvidoso especular se Raz admite que, no exemplo da guerra justa, definir se a medida bélica é proporcional é uma questão de standards. É certo, porém, que Raz e Dworkin não levam em conta essa separação entre critérios e standards. Mesmo Cavell observa que, em casos como o de definir se o governo é estável, a questão dos standards é tão crítica quanto a dos critérios, de modo que seria irresponsável deixá-la em aberto [Cavell, op. cit., p. 11].

⁷¹ Contudo, o ponto de Dworkin é justamente negar que tem esse ônus; como veremos, não se pode, via de regra, provar que um conceito é criterial ou interpretativo – mormente quando se admite que alguns conceitos não se prestam à explicação criterial. Isso é uma questão filosófica, não lexicográfica; a resposta depende de qual a melhor teoria de análise conceitual.

se a proporcionalidade é um critério do conceito de guerra justa quanto sobre se o custo de reparo é um teste da proporcionalidade são da forma “isto é uma guerra justa” – logo, ambos os casos são disputas sobre o critério para aplicação do conceito de guerra justa⁷².

Quanto ao conceito de justiça, p. ex., se considerarmos que um estado justo é aquele que torna mais provável que seus cidadãos levem uma vida boa, racional, alguém que sustentasse opiniões errôneas sobre o conceito de ‘vida boa’ ou ‘racionalidade’ não falharia, apenas por isso, em compartilhar e compreender o conceito de estado justo⁷³. E, por conseguinte, ‘a noção de estado justo pode ser explicada criterialmente, enquanto os que a usam se engajam em disputas teóricas sobre as condições de verdade para julgar se um estado é justo’⁷⁴.

Essa exposição de Raz nos remete a uma lição similar de Hart sobre o conceito de justiça:

There is therefore a certain complexity in the structure of the idea of justice. We may say that it consists of two parts: a uniform or constant feature, summarized in the precept 'Treat like cases alike' and a shifting or varying criterion used in determining when, for any given purpose, cases are alike or different. In this respect justice is like the notions of what is genuine, or tall, or warm, which contain an implicit reference to a standard which varies with the classification of the thing to which they are applied. A tall child may be the same height as a short man, a warm winter the same temperature as a cold summer, and a fake diamond may be a genuine antique. But justice is far more complicated than these notions because the shifting standard of relevant resemblance between different cases incorporated in it not only varies with the type of subject to which it is applied, but may often be open to challenge even in relation to a single type of subject⁷⁵.

A falha de Dworkin, portanto, estaria na compreensão dessa complexidade de alguns conceitos criteriais. Como veremos, essa noção de conceitos interligados permite a Raz abordar a relação entre direito e moralidade de forma original, e afirmar que o

⁷² Raz, op. cit., p. 24 – tradução livre.

⁷³ A alusão à República de Platão é óbvia. Pode-se contrastar com Dworkin, esse diálogo ilustra a idéia de que a teoria da justiça de Platão seria não uma análise do conceito de justiça, mas uma investigação interpretativa.

⁷⁴ Raz, op. cit., p. 24. Tradução livre.

⁷⁵ Hart, op. cit., pp. 159-60.

direito é identificado por processos ou atividades que não dependem do seu conteúdo, como, e.g., a condição de que ele ‘reivindique autoridade legítima’. Assim, poderíamos discordar radicalmente sobre nossas concepções (de caráter avaliativo) sobre o conceito de legitimidade, e mesmo discordar sobre os critérios aplicados em relação ao conceito (vago) de autoridade. Isso permite dizer que compartilhamos critérios sobre o conceito de direito (p. ex., que ‘o direito reivindica autoridade legítima), mesmo que sustentemos desacordos avaliativos relacionados a esse conceito (o que conta como legitimidade); mas então parece que apenas mudamos o problema de lugar. Isso não permite reduzir os argumentos e as disputas apresentados pelos juristas a ‘questões de simples fato’, nem fornece uma refutação ao argumento do desacordo teórico. Mas por que deveria fazê-lo?

Para Raz, existem diferenças de generalidade e vagueza entre explicações ‘ordinárias’ e explicações teóricas de um conceito⁷⁶; por exemplo:

If you ask what is a state because you wonder whether Lichtenstein is a state, the answer is likely to be other than if you ask what is a state, wishing to know whether the European Union is a state. Theoretical explanations, philosophical explanations among them, are somewhat different.⁷⁷

O propósito de explicações teóricas é um ‘entendimento mais sistemático dos conceitos’, uma explicação compreensiva que os esclareça, e não apenas guie o seu uso. Ao contrário do que Dworkin pressupõe, quando juristas disputam sobre como um tribunal deve decidir um caso, eles não estão discutindo, necessariamente, o que é ‘o direito aplicável a este caso’. Ou seja, Raz concede que as regras/critérios por que as pessoas julgam o ‘uso correto’ do conceito de direito (e, poderíamos acrescentar, por que as pessoas identificam os fundamentos/fontes do direito) não explicam, nem determinam como o juiz deve decidir. Mas isto não demonstra que o conceito de direito

⁷⁶ E ainda mais diferenças entre explicações sobre a ‘natureza’ de algo, como o direito, e explicações ordinárias do respectivo conceito. Para uma discussão mais extensa sobre as relações entre “explicações de um conceito” e “explicações daquilo que ele conceitua”, v. RAZ, Joseph. “Can There Be a Theory of Law?”. *Blackwell Guide To Philosophy Of Law And Legal Theory*, Martin Golding, William Edmundson (eds.), Blackwell, 2004 . Disponível no SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1010287>>.

⁷⁷ Raz, “Two Views...”, p. 25.

(inclusive o conceito de ‘o que é o direito neste sistema’) não possa ser explicado criterialmente; para isso, teríamos de assumir a premissa de que todas as normas que as cortes usam são normas jurídicas do respectivo sistema⁷⁸.

Portanto, a solução de Raz ao argumento de Dworkin é muito distinta da sugerida por Shapiro; ele deflete a ‘objeção do desacordo teórico’, na medida em que considera que nem todos os desacordos sobre como decidir um caso são propriamente jurídicos e que uma teoria geral do direito, cujo propósito seja esclarecer este conceito de forma abrangente, não tem (nem precisa ter) a pretensão de apresentar critérios para explicar ou resolver todos esses desacordos. Talvez se possa dizer que Raz aceita um dos ‘chifres do dilema’: o desacordo teórico não é um desacordo propriamente jurídico; é uma divergência quanto a questões sobre direito, mas não de direito – quanto às razões para decidir de uma forma ou de outra.

1.3.1 A tese da autoridade

Raz formula um poderoso argumento contra a tese da possibilidade de incorporação de conceitos morais ao direito e contra o interpretativismo de Dworkin⁷⁹; ele é baseado na tese da autoridade – a ideia de que o direito necessariamente “reivindica autoridade legítima”⁸⁰. Podemos sintetizar o argumento de Raz em quatro passos:

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ “Dworkin's theory, one must conclude, is inconsistent with the authoritative nature of law. That is, it does not allow for the fact that the law necessarily claims authority and that it therefore must be capable of possessing legitimate authority. To do so it must occupy, as all authority does, a mediating role between the precepts of morality and their application by people in their behaviour. It is this mediating role of authority which is denied to the law by Dworkin's conception of it” [Ethics in the Public Domain, New York: Oxford University Press, 1996, p. 225-6].

⁸⁰ Como expõe Kenneth Einar Himma: “Accordingly, the Authority Thesis implies an important constraint on the existence conditions for law: “If the claim to authority is part of the nature of law, then whatever else the law is it must be capable of possessing authority” (Ethics in the public domain, 215). In other words, every conceptually possible system of law must be capable of possessing authority. A system of norms incapable of bearing authority cannot sincerely claim legitimate authority and is thus conceptually disqualified from being a legal system” [“Law's Claim to Legitimate Authority”. Em Hart's

- a) se o direito reivindica autoridade legítima⁸¹, toda norma jurídica deve poder ser dotada de autoridade;
- b) para ser dotada de autoridade, uma norma deve ser identificável sem a necessidade de basear-se nas considerações que a justificam⁸²;
- c) toda norma jurídica deve poder ser dotada de autoridade, logo:
- d) considerações morais não podem integrar normas jurídicas.

Portanto, a refutação do incorporacionismo assume a tese da autoridade tanto como uma ‘propriedade conceitual/necessária’, referente a todos os sistemas jurídicos possíveis (o que, para Dworkin, seria uma questão relacionada ao conceito sociológico de direito), e como um critério para julgar se uma norma pode ou não ser jurídica (ou seja, a tese também seria válida para o conceito doutrinário de direito)⁸³. Aparentemente, Raz está usando uma explicação criterial (filosófica) do conceito de direito para definir um critério de identificação de instâncias de normas jurídicas.

1.3.2 Crítica ao argumento da autoridade

O que significa, para Raz, dizer que ‘o direito reivindica autoridade’? Não é estranho imputar uma atitude proposicional a um sistema jurídico? John Gardner nega que o seja; o sentido da afirmação seria bastante simples – autoridades jurídicas fazem

Postscript: Essays On The Postscript To The Concept Of Law, Jules L. Coleman (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 273. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=928095>>.

⁸¹ Importante notar que, segundo Raz, tal reivindicação implica que sua teoria da autoridade não é axiologicamente vazia (value-free). Ela tem uma premissa que pressupõe a existência de um juízo moral: mesmo que a autoridade seja “moralmente indefensável”, deve ser entendida por várias pessoas (elas devem acreditar, ou agir como se acreditassem) como moralmente defensável, do contrário, não poderia ser tratada como autoritativamente vinculante; a reivindicação em questão (e as diretrizes da autoridade) deve ser moralmente inteligível.

⁸² “First, a directive can be authoritatively binding only if it is, or is at least presented as, someone's view of how its subjects ought to behave. Second, it must be possible to identify the directive as being issued by the alleged authority without relying on reasons or considerations on which directive purports to adjudicate” [Raz, Ethics in..., p. 218].

⁸³ Dworkin observa que Raz não faz a distinção entre o conceito sociológico e o doutrinário; ele sugere que Raz, por vezes, argumenta como se o direito fosse uma espécie natural – o que seria mais uma marca do aguilhão semântico (v. JR, p. 229).

tal reivindicação em nome da comunidade política: “Law makes claims only insofar as law-applying officials make those very same claims at the very same time and place”⁸⁴. Mesmo que ainda possa soar estranho o uso do termo ‘reivindicação’ (ou ‘alegação’, outra tradução do termo claim) nesse contexto (já que a atitude em questão não precisa ser expressamente enunciada), isso não afeta a ideia de que há uma pressuposição ou pretensão de autoridade legítima imputável a uma instituição ou conjunto de pessoas; essa imputação ‘fraca’ de atitudes proposicionais mantém a força do argumento de Raz, e escapa às críticas supra.

Mas como podemos identificar essa reivindicação, a que fato ela pode corresponder? Segundo Himma, há cinco práticas/fatos, observáveis nos sistema jurídico, em que Raz fundamenta sua tese:

(1) the enforcement of law as exclusionary; (2) the use in the law of such terms as “right” and “duty”; (3) the official designation of legal institutions as “authorities”; (4) the claims of officials that subjects “owe” allegiance and “ought to obey the law”; and (5) the beliefs of officials that they have legitimate authority”⁸⁵.

Cabe notar que tanto Dworkin⁸⁶ quanto Himma⁸⁷ apresentam contra-exemplos hipotéticos de sistemas em princípio possíveis em que tais comportamentos estariam

⁸⁴ Law as a leap of Faith. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 131.

⁸⁵ Himma, op. cit., p. 283.

⁸⁶ “[...] Pode haver direito onde ninguém [...] entende a ideia de que alguma coisa é exigida, proibida ou permitida em virtude de uma prática nesse sentido? [...] Imagine (se for capaz) uma comunidade na qual pessoas trajando togas negras exercem o monopólio do poder de coerção, outras pessoas, que são eleitas pelo povo, formulam algo que oferecem como conselhos sábios a serem seguidos pelo público, e as pessoas de toga negra transformam em prática, por preocupação com a eficiência, o fato de levar em conta esses sábios conselhos em seus veredictos. Mas ninguém pensa que se exige que as pessoas de togas negras assim o façam. Elas simplesmente fazem, e as pessoas fazem planos em conformidade com tais atos, e, embora às vezes as pessoas de togas negras surpreendam os cidadãos, esses acontecimentos são tratados como golpes de má sorte, como os furacões. Os membros dessa comunidade carecem do conceito doutrinário de direito não podemos dizer sobre essas pessoas, como disse a nosso respeito em O Império do direito, que elas adotam uma atitude interpretativa diante da questão relativa ao que suas práticas exigem delas e de suas autoridades.[...]Mas nós dispomos do conceito doutrinário e podemos, de maneira sensata, pô-lo em prática nas circunstâncias que lhe são inerentes. Disse, na Introdução, que embora nosso conceito sociológico de direito seja criteriológico e impreciso, ele tem limites, e um deles requer que deve fazer sentido supor que direitos, deveres e outras relações normativas possam ser atribuídos ao que consideramos como um sistema jurídico. Os membros da comunidade que imaginei não podem fazer isso se contarem apenas com seus próprios meios, mas nós podemos fazer isso por eles. [...] Podemos dizer que eles têm um sistema jurídico, a despeito de si mesmos[...]. Todas estas afirmações seriam certamente acadêmicas [...]. Ainda assim, as afirmações não

ausentes, sem que pudéssemos julgar, com certeza, que não se trata de um sistema jurídico⁸⁸. O exemplo do comerciante devoto como se entende que a incorporação de um princípio não é incompatível com a autoridade: suponha-se que um homem de negócios, de um ramo em que se aplicasse o princípio do *caveat emptor*, se convertesse a uma religião que determinasse agir de forma honesta e justa no comércio; ele então passaria a agir de modo diferente, em deferência à autoridade de sua nova religião, mesmo que para isso tivesse de ponderar sobre as mesmas razões que sempre teve (isto é, sobre o que é agir honestamente no comércio). Outrossim, poderia pensar que, em suas atitudes negociais anteriores, ao não revelar defeitos em mercadorias, p. ex., ele violara um preceito religioso⁸⁹.

1.3.3 Princípios: incorporação ou mera referência?

seriam absurdas” [A Justiça de Toga, tradução de Justice in Robes por Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 327-8]. Cabe notar que esse exemplo de Dworkin é utilizada em outro contexto, em que está explicitamente comentando uma discussão de Raz sobre a possibilidade de haver direito (no sentido sociológico) onde se careça do conceito de direito.

⁸⁷ Himma imagina um sistema S semelhante ao sistema jurídico americano, mas no qual os legisladores, oficiais e cidadãos são céticos quanto à tese da autoridade legítima; i.e., eles não estão convencidos de que seu sistema jurídico possa ser legítimo, e se abstém de fazer afirmações nesse sentido. Com isso, eles se abstém de usar termos como ‘autoridade’, ‘dever’, ‘obrigação’, etc., e passam a usar ‘oficial’, ‘requerido’, ‘mandatório’, etc. No exemplo de Himma, podemos considerar que as ‘leis’ (i.e., os padrões públicos de conduta) sejam justas, e que a convergência de comportamento, a convencionalidade e o ponto de vista interno estejam presentes. Os cidadãos atendem às regras em razão de seu conteúdo – seja porque são moralmente exigíveis, seja porque consideram melhor, para todos e de forma geral, coordenar seu comportamento através de diretrizes, as quais são identificadas pelos oficiais mediante uma regra de reconhecimento putativa. Os cidadãos chamam tais regras de direito porque elas são asseguradas pelo uso da força estatal – assim as distinguindo de outras regras que não tenham essa característica (Himma, op. cit., pp. 289-90).

⁸⁸ Himma também aduz que, se a tese da reivindicação fosse uma verdade conceitual dos sistemas jurídicos, então seria impossível saber que existe um sistema jurídico sem saber se existe a correspondente reivindicação – embora esse seja precisamente o caso de um sistema jurídico do qual se conhece muito pouco, como é o caso da Coreia do Norte (v. HIMMA, Kenneth Einar., “Inclusive Legal Positivism”. In COLEMAN, Jules L. & SHAPIRO, Scott (eds). Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy, Oxford: Oxford University Press, 2002. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=928098>).

⁸⁹ JR, p. 207. Como o que está em jogo aqui é o próprio conceito de autoridade, não poderíamos criticar o exemplo de Dworkin apenas apontando que religião e direito são coisas diferentes. Uma crítica afim poderia funcionar se explicasse em que sentido o conceito de autoridade, em religião, é diferente do conceito de autoridade no direito (o fato de que as autoridades jurídicas são, essencialmente, pessoais e temporais, p. ex.).

Outro aspecto fundamental da resposta do positivismo exclusivista (em boa parte independente do argumento da autoridade) é a explicação para a invocação de normas morais pelos juristas e pela legislação. Como poderíamos encaixar, e.g., a Primeira Emenda à Constituição Americana nesse conceito? Segundo Raz, não devemos pensar nela como enunciando um princípio jurídico de liberdade de expressão, mas sim como uma norma jurídica que remete os juízes a um conceito externo ao sistema. Até que eles hajam definido uma determinada doutrina sobre essa ‘cláusula’, tal doutrina não é juridicamente vinculante.

When we survey the development of the American Supreme Court decisions on, say, freedom of expression, and even when we confine our attention to those which correctly apply the First Amendment of the American Constitution, we are aware that the general view is that those decisions have greatly developed the legal protection of freedom of expression in the USA and that many of the doctrines which govern freedom of expression have become part of the law in recent times. They correctly apply the First Amendment. But they were not legally binding until enshrined in the jurisprudence of the court.

A noção de conceitos relativamente independentes que enunciamos supra permite essa distinção: os juristas compartilham o mesmo conceito ‘jurídico’ da Primeira Emenda, mas esse conceito tem uma lacuna importante; eles compartilham os mesmos critérios para identificá-la e para identificar os casos em que ela é relevante. Mas não é juridicamente determinado se certo statute a ofende ou não, até que haja um julgamento (por uma autoridade reconhecida) nesse sentido.

Logo, a menção a conceitos morais na argumentação jurídica (e mesmo em fontes do direito) não permite ‘incorporá-los’ ao direito. Tais conceitos são externos ao sistema jurídico em questão, da mesma forma como a legislação de outro país (nos casos de direito internacional privado), ou um conceito científico ou matemático. Ao usá-los, os juristas raciocinam moralmente – assim como, ao calcular juros de mora, raciocinam matematicamente, sem que, apenas por isso, o direito tenha uma conexão com a matemática.

Isso pode levar-nos a concluir que conceitos jurídicos são ‘opacos’ à substituição de um termo por uma expressão definida extensionalmente equivalente – como ocorre nas atitudes proposicionais. Na realidade, a ideia de que ‘o direito reivindica autoridade legítima’ parece pressupor isso – pois reivindicar/alegar são atitudes proposicionais⁹⁰. Assim, mesmo que a Constituição Americana proíba/afirme proibir, p. ex., o cerceamento à liberdade de expressão, não se infere que ela proíbe (ou não) que se limite o financiamento de campanhas políticas. Dworkin considera que isso pode ser estimulado por “personificações não punidas”:

[...] do fato de Jéfté ter decidido que a primeira pessoa que visse depois de sua vitória fosse sacrificada [...], e do fato de que a primeira pessoa que viu ter sido [sic] sua filha, não se infere que ele tenha determinado que sua própria filha fosse sacrificada. [...] Portanto, se cedermos ao hábito de dizer que o direito ou a Constituição ‘determina’ ou ‘ordena’ que não se adote nenhuma forma de direito que viole a liberdade de expressão, por exemplo, podemos nos sentir tentados a pensar que, do fato (moral) de que as restrições financeiras às campanhas políticas violam a liberdade de expressão, se infere que a Constituição determinou ou ordenou que não se adotasse nenhuma restrição financeira a essas campanhas. Podemos pensar: a Constituição talvez não soubesse que as restrições às campanhas violam a liberdade de expressão. Isso, porém, é um grave erro: um resíduo da versão de “comando” do positivismo analítico postulada por John Austin e hoje abandonada. “As leis comandam que” é algo que só pode ser racionalmente entendido como uma maneira simbólica de formular proposições sobre direitos, deveres ou poderes morais, e essas proposições são transparentes à substituição. O fato de que o Congresso “determinou” alguma coisa não é relevante para nenhuma proposição de direito a menos que se infira dessa determinação – como pode não ser o caso – que as pessoas têm os direitos, deveres e poderes que o Congresso determinou que tenham⁹¹.

Contudo, não está demonstrado que tal ‘personificação’ seria de todo um erro⁹²; ela não é incoerente com o que afirmamos, até o presente, sobre a teoria de Raz. Ele, como os positivistas em geral, assume que o direito está calcado em fatos – e, mais especificamente, em práticas sociais e decisões humanas. Dworkin não poderia pressupor que é absurdo assumir que diretrizes jurídicas são abertas à substituição, nem

⁹⁰ O que ficará claro no Cap. 3.

⁹¹ Dworkin, *A Justiça de Toga*, pp. 401-2.

⁹² Curiosamente, em *Law’s Empire* (p. 167), Dworkin usa uma personificação semelhante da comunidade para defender a teoria do direito como integridade. Embora o contexto seja um tanto diferente, ele sugere uma aproximação com a teoria de Raz, para quem o direito é uma forma de organização da comunidade política.

que o direito é insuscetível de certas ‘ficções antropomórficas’, pois isso é parte do que precisa provar. E ambos os autores têm sucesso ao apelarem para nossas práticas linguísticas: ora se diz que a Cláusula de Igual Proteção da Constituição Americana condena a segregação racial, mesmo antes das decisões da Suprema Corte a respeito; ora se diz que a separação de escolas por raça era permitida, até a decisão do caso Brown.

1.4 Considerações finais

Dworkin parece admitir, no final de *Justice for Hedgehogs*, que a discussão travada com o positivismo foi em boa parte circular: por mais que apontasse que princípios morais e discussões teóricas tinham de ser incluídos no conceito de direito, o positivista tinha a possibilidade de dizer que essas eram questões externas, sem que houvesse um ponto de vista de onde julgar a disputa:

When more than forty years ago I first tried to defend interpretivism, I defended it within this orthodox two systems picture. I assumed that law and morals are different systems of norms and that the crucial question is how they interact. So I said what I have just said: that the law includes not just enacted rules, or rules with pedigree, but justifying principles as well. I soon came to think, however, that the two- systems picture of the problem was itself flawed, and I began to approach the issue through a very different picture.

[...]

There is a flaw in the two- systems picture. Once we take law and morality to compose separate systems of norms, there is no neutral standpoint from which the connections between these supposedly separate systems can be adjudicated. Where shall we turn for an answer to the question whether positivism or interpretivism is a more accurate or otherwise better account of how the two systems relate? Is this a moral question or a legal question? Either choice yields a circular argument with much too short a radius.⁹³

Não há, apenas no “material jurídico” (nas fontes do direito), nada que permita concluir qual a relação entre o direito e a moralidade. Precisamos de uma teoria de ambos que já assume o que busca responder (se conceitos jurídicos são abertos ou

⁹³ JH, p. 402. Pode-se ver, ao fim da introdução do *Justice in Robes*, que Dworkin já começava a esboçar essa nova visão de sua teoria do direito e da moral – que na realidade não se trata de dois sistemas com uma intersecção necessária.

fechados à substituição, por exemplo). Da mesma forma se nós tratamos a questão como exclusivamente moral: perguntar se “é melhor que o direito seja intrinsecamente conexo à moralidade” é já assumir um tipo de resposta.

Para Dworkin, essa dificuldade é insolúvel dentro da visão de que moralidade e direito são dois sistemas distintos; e não podemos simplesmente assumir que, na realidade, essa é uma questão ‘conceitual’, a ser respondida por uma análise do conceito de direito. Nós só poderíamos fazer isso pressupondo que o conceito de direito é um conceito criterial, o que nos permitiria identificar os critérios que compartilhamos referentes ao conceito de direito, a fim de concluir se eles permitem responder a pergunta sobre a relação entre direito e moralidade⁹⁴. Mas, novamente teríamos de assumir parte do que estávamos tentando provar: esses critérios incluem somente o ‘material jurídico’, os ‘fundamentos do direito’? Neste caso, como eles explicam os desacordos teóricos? Ou os princípios morais que os juristas utilizam para justificar decisões (e que integram as condições de verdade de proposições da argumentação jurídica)? Na realidade, foi com essas questões que iniciamos este trabalho.

Por outro lado, temos de reconhecer que o interpretativismo (e a visão de um sistema só – isto é, que o direito é um ‘ramo’ da moralidade) também está enredado numa circularidade:

The doctrinal concept of law can only be understood as an interpretive concept with the character and structure we reviewed in Chapter 8. So defending an analysis of that interpretive concept can only mean defending a controversial theory of political morality. An analysis of the concept must assume from the start an intimate connection between law and morality. The supposed escape from the circularity problem is no escape at all⁹⁵.

⁹⁴ JH, p. 406.

⁹⁵ Ibid., p. 404.

A diferença é que o interpretativismo alega que essa circularidade pode ser uma virtude, não um vício. Se isso é ou não verdade é uma questão da qual depende não só a validade dessa concepção de direito, mas de toda a teoria interpretativista.

We are always guilty of a kind of circularity. There is no way I can test the accuracy of my moral convictions except by deploying further moral convictions. My reasons for thinking that tax cheating is wrong are good reasons if the arguments I rely on are good ones. That is too crude an account of the difficulty: we hope that the circle of our opinions has a wider radius than that. But if I am faced with someone who holds moral opinions radically different from my own, I cannot count on finding anything in my set of reasons and arguments that he would be irrational not to accept. I cannot demonstrate to him that my opinions are true and his false⁹⁶.

Mas essa indemonstrabilidade não significa a ausência de uma resposta (e, portanto, não significa que nenhum dos lados esteja certo). Precisamos decidir como se conduz uma investigação filosófica. Para Dworkin, a filosofia prática é uma forma de interpretação conceitual - um tipo de interpretação em que a distinção entre 'autor e intérprete desaparece: nós criamos juntos o que cada um e todos interpretamos'⁹⁷. Trata-se de um empreendimento distinto, pois, não só da investigação empírica e da análise lógica, mas também da interpretação 'colaborativa' e da interpretação 'explicativa'⁹⁸ - nas quais o intérprete visa a descobrir ou esclarecer o significado de um objeto externo (um texto, uma obra de arte, uma mensagem, ou mesmo um conjunto de acontecimentos históricos).

⁹⁶ JH, p. 100.

⁹⁷ JH, p. 157.

⁹⁸ Essa talvez seja a divergência maior com Raz, para quem a investigação do conceito de direito é uma forma de interpretação explicativa: “[...]the concept of law is not a product of the theory of law. It is a concept that evolved historically, under the influences of legal practice, and other cultural influences, including the influence of the legal theory of the day. Legal philosophy seeks to understand the nature of law and that involves improving our understanding of the concept of law. If they acquire such understanding, judges will gain in the same way that they will gain if their understanding of history, economics, and politics is improved. But the soundness of their arguments, even if it depends on correct application of the concept of law, does not depend on their having the understanding which legal philosophy aspires to provide”. [“Two views...”, p. 36]. Mesmo que esse seja um tipo de investigação filosófica diferente da interpretação conceitual pregada por ouriços, ainda é muito distante do estereótipo de que a filosofia jurídica não tem conexões com a filosofia moral e política (dois campos de estudo em que Raz adota uma perspectiva mais engajada que descritiva), ou, como referido por Dworkin, que é uma disciplina “that can be pursued on its own with neither background experience nor training in or even familiarity with any literature or research beyond its own narrow world and few disciples” (JR, p. 213).

A teoria da verdade nesse tipo de interpretação não é independente da teoria da investigação - na realidade, a diferença é, principalmente, de grau⁹⁹. Isso sugere alguma semelhança com o que Hilary Putnam chamou de 'realismo interno'¹⁰⁰, com algumas formas de construtivismo moral e com alguns aspectos de teorias pragmatistas da verdade (o próprio Dworkin faz um comentário sobre a conexão de sua teoria da verdade específica para o domínio da moralidade com a teoria geral de Charles Sanders Peirce¹⁰¹).

Por fim, para Dworkin, a despeito dessa eventual incapacidade de convencer outrem da verdade de minhas convicções, é possível convencê-lo (e a mim mesmo) de algo tão importante quanto: de que agi de forma responsável ao formar tal convicção e agir a respeito. Ao fim e ao cabo, o princípio da responsabilidade (um princípio ético geral) enseja um teste não só para nossas condutas em geral, mas para nossa 'metodologia' moral - e, no fim, fornece um desafio complexo para qualquer teoria arquimedea¹⁰².

1.4.1 À guisa de apêndice

Sócrates e Eutífro se encontram no tribunal: este para denunciar o pai por ter causado a morte de um empregado, aquele para defender-se de uma acusação de impiedade. Como o segundo ostenta entender o que é piedade, o filósofo pede que o explique, a fim de poder elaborar sua defesa.

⁹⁹ JH, p. 179.

¹⁰⁰ PUTNAM, Hilary. Reason, Truth and History, Cambridge,: Cambridge University Press, 1981.,pp. 151-53

¹⁰¹ JH, p. 177.

¹⁰² “[...] I emphasized the distinction between moral truth and moral responsibility. But I also said that the interpretive reasoning required for moral responsibility is our best hope for achieving moral truth. I can now put the connection rather differently. Our theory of moral responsibility must be an appropriately concrete specification of our theory of moral truth, and any skepticism about the possibility of truth for some class of moral judgment must be secured through the exercise of moral responsibility” [JH, p. 180].

Eutífro tenta responder afirmando que piedade é o que agrada aos deuses (6e-7a), mas Sócrates retorque que os deuses discordam entre si; o primeiro então reformula sua definição (9e): piedade é o que agrada a todos os deuses, e impiedade, o que todos detestam. Isso leva Sócrates a formular o famoso Dilema: os deuses amam o piedoso porque é o piedoso, ou ele é o piedoso porque os deuses o amam? Afinal, a aprovação unânime dos deuses parece ser antes um atributo do que é piedoso, e não aquilo que o caracteriza.

A essa altura, podemos justificar por que razão começamos com uma epígrafe do Euthyphro; Dworkin ocupa um lugar semelhante ao de Sócrates ao apontar que reduzir o conceito de direito a questões factuais ou semânticas é um obstáculo à investigação das disputas teóricas entre juristas¹⁰³. E o teórico do direito ocupa uma posição semelhante à de Eutífro ao supor que, havendo uma ‘relação bijetora’ entre o conjunto de proposições jurídicas e o conjunto de critérios factuais estabelecidos por certos fatos sociais, conclui-se que estes determinam aquelas. Poderíamos eludir essa objeção reformulando a tese de Eutífro?

Pode-se interpretar Sócrates como sugerindo que não podemos conceituar piedade sem remeter a “razões dependentes”; que para definir o que é um ato pio, um ato que agrada os deuses, devemos compreender por que os agrada. Mas isso não implica que não possamos identificar um ato pio sem formular tais razões, sabendo que a ação os agrada.

Talvez este seja o limite de nossa analogia com o diálogo: ninguém contesta que as razões por que as autoridades jurídicas decidem sejam importantes para compreender o conceito de direito e projetá-lo sobre casos inéditos; mas, ao contrário dos deuses, tais autoridades expõem critérios públicos que lhes permitem convergir (e permitem aos

¹⁰³ Na realidade, Dworkin sugere que o método de Platão pode ser visto como interpretativo [JH, pp. 184-6].

súditos identificar essa convergência sem participar de um diálogo platônico)¹⁰⁴. Além disso, tais autoridades podem errar (e grosseiramente), já que existe uma distância importante entre aquilo que reconhecem como direito e aquilo que deveriam reconhecer.

Mas, levando a analogia adiante, suponhamos que os Olímpicos se reunissem, identificassem um conjunto de atos que agradam a todos, e outro que desagradam a todos (talvez Zeus redigisse uma lista de regras ou testes para reconhecer se um ato pertence a esse conjunto); nesse caso, Eutífro poderia reformular suas respostas a Sócrates, e dizer que, de fato, o piedoso é piedoso porque os deuses o amam (talvez ele dissesse: “é isso que piedoso significa”); que podemos, em princípio, identificar o que é piedoso verificando se o ato se encontra naquela lista, e que a razão por que os deuses amam o que amam não faz parte do conceito de piedade.

É possível que Sócrates observasse que tal lista dificilmente conteria/produziria todos os atos piedosos (e somente os atos piedosos); que enunciados gerais, como o de que os deuses desaprovam mortes sem justificação, seriam objeto de disputa (ao menos sobre quanta justificação havia). Ao que Eutífro poderia responder que existe uma zona cinzenta entre o conceito de piedade e o de impiedade.

Sócrates poderia acabar por referir que, se é assim, a ‘lista’ não lhe ajuda tanto, pois ela não põe fim à dúvida: primeiro, porque podem enganar-se ao aplicá-la; segundo, para decidir se suas ações são ímpias ou não, os dois talvez tenham de apelar para as razões que tornam algo digno do amor ou desamor dos deuses (mormente se a lista for aberta ou incompleta) – afinal, os deuses devem amar o que é digno de ser amado¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Voltaremos a uma comparação entre direito e religião no cap. 3.

¹⁰⁵ Ou, na ‘teologia’ dworkiniana, “The conviction that a god underwrites value, however, as I will argue, presupposes a prior commitment to the independent reality of that value. That commitment is available to nonbelievers as well” (Religion without a God, p. 1).

Isso leva a uma importante questão sugerida pelo diálogo, da qual Eutífro não se dá conta: de que se, ao final, eles devem ‘fazer o que deve ser feito’, apenas invocar que denunciar um assassino agrada aos deuses não o isenta de se perguntar se estava certo em denunciar seu pai. Mesmo que houvesse uma lista, ela poderia, no máximo, auxiliar Eutífro a tomar a decisão, mas não poderia tomá-la por ele.

De forma análoga, aceitamos que descobrir o que é o direito é uma coisa; decidir se vamos segui-lo, outra. Dworkin sugere que as duas questões devem ser respondidas em conjunto; se isso não dissolve o dilema, ao menos busca torná-lo irrelevante – uma questão meramente conceitual. Assim como para Sócrates, a questão fundamental é de que maneira devemos decidir.

Capítulo II - Fontes e respostas corretas

2.1 Introdução

A indagação sobre a existência de uma resposta correta para qualquer questão jurídica é menos inocente do que parece; é um pouco distinta de uma pergunta jurídica determinada, como “é proibido matar borboletas?”. À primeira vista, poderia ser solucionada de forma negativa, com um fundamento ‘simples’ e elegante: uma resposta só é correta em função de um determinado procedimento que assegure a cognoscibilidade e o valor de verdade do conteúdo da afirmação correspondente (ou, poderíamos acrescentar, de seu contrário); na inexistência desse procedimento, o sistema contém uma lacuna.

Essa solução ‘simples’ costuma ser defendida por positivistas jurídicos, associada a uma teoria sobre a completude do sistema jurídico. Em seu artigo “O modelo de regras”, de 1967, Dworkin caracteriza como a posição positivista (a ser atacada) o seguinte conjunto de teses:

- a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizadas direta ou indiretamente pela comunidade [...] identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas.
- b) O conjunto dessas regras é coextensivo com ‘o direito’, de modo que, se o caso de alguma pessoa não estiver coberto por uma regra dessas [...], então esse caso não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, ‘exercendo seu discernimento pessoal’ [...].
- c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que faça ou se abstenha de fazer alguma coisa¹⁰⁶.

A tese a supra define o que seria uma resposta correta num sistema e é relacionada ao que se costuma chamar de tese das fontes; já a conclusão b sobre a existência de lacunas (e, portanto, da falta de respostas corretas para algumas questões

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald M. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 27-8. Grifo do original.

jurídicas) fundamenta a tese da discricionariedade, e depende da definição de obrigação jurídica (tese c).

Segundo Dworkin, esse ‘sistema de regras’ ignora características fundamentais de nossa prática – em especial, a categoria dos princípios de direito, que seriam padrões reconhecidos sem o uso de critérios específicos ou de testes (o que contraria a, a tese das fontes), capazes de fundamentar a decisão judicial (negando b, a tese da discricionariedade)¹⁰⁷.

A solução positivista pode ser simples, mas não simplória: para Raz, a tese das fontes permite que o direito seja, em certo sentido, completo, segundo a análise adequada das expressões que definem proibições e permissões, as quais devem ser entendidas como afirmações sobre a existência de razões para agir. Isso não significa que não haja lacunas em um sistema jurídico: na realidade, elas surgiriam invariavelmente, e se fundarim não na incompletude lógica do sistema, ou na mera finitude do conjunto de fontes, mas decorrem, necessariamente, da indeterminação de fatos, da vagueza da linguagem e da existência de conflitos insolúveis¹⁰⁸. Segundo Raz, esse dois fatos (a completude lógica dos sistemas e a existência de lacunas semânticas) são ‘verdades analíticas’ a respeito dos sistemas jurídicos.

Por fim, estudaremos as críticas de Dworkin à alegação de que o direito apresenta lacunas do segundo tipo – uma argumentação que depende de sua teoria da interpretação.

2.2 O que são lacunas?

¹⁰⁷ Ibid..

¹⁰⁸ Destaco que essa discussão em torno da tese das fontes ainda é um problema “Eutifrônico”: supondo que o conjunto de proposições

Primeiramente, podemos definir como lacunas apenas situações de interesse prático, em que não se possa fornecer uma resposta correta a uma determinada questão jurídica.

There is a gap in the law when a legal question has no complete answer. Understanding a question is knowing what counts as a correct answer. [...] A legal gap exists if none of the possible complete answers to a legal question is true.

[...]

Legal Gaps. A legal system is legally complete if there is a complete answer to all the legal questions over which the courts have jurisdiction. It contains a legal gap if some legal questions subject to jurisdiction have no complete answer¹⁰⁹.

Por outro lado, questões jurídicas são definidas pelo caráter da resposta exigida – i.e., a resposta é uma proposição jurídica, as quais são identificadas de acordo com suas condições de verdade; em especial, sempre é uma questão jurídica saber o que o direito requer em um caso. Quando ele não requer uma decisão específica, a questão é irrespondível – há uma lacuna¹¹⁰. Logo, determinar se o direito demanda ou não certa ação para uma determinada pessoa pode ser respondido de duas formas:

1. $LR_c x, \phi$ ¹¹¹, the law conclusively requires that action; and
2. $LPer_c x, \phi +$, i.e. the law conclusively permits the omission of that action.

Disso, segundo Raz, seguem-se duas possibilidades de lacunas:

1. ' $LR_c x, \phi$ ' is neither true nor false and ' $LPer_c x, \phi +$ ' (i.e. ' $LR_c x, \phi$ ') is neither true nor false¹¹².

¹⁰⁹ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: essays on law and morality*. New York, Oxford University Press, 1979, pp. 70-1. Doravante citado como 'AoL'.

¹¹⁰ "A legal question is identified independently by the character of its answers: only legal propositions are possible complete answers to a legal question and legal propositions of a given legal system are identified by their truth-conditions as determined by the doctrine of identity. In every case there is one legal question which encompasses all the others: What decision does the law require in this case? A complete answer is provided by pointing to a decision which the law requires. When no decision is required by law the question is unanswerable and there is a legal gap". AoL, p. 71.

¹¹¹ Ibid. Infere-se da notação de Raz que "L" é um operador que conota algo como "legalmente"; " $R x, \phi$ " representa a relação diádica entre um sujeito x e uma ação ϕ , tal que x tem uma razão para fazer ϕ . O índice subscripto 'c' destaca que tal ação é conclusiva (o que, para Raz, significa que o sujeito tem um "dever"); o índice sobrescrito '+' significa algo como 'complementar de' e, aplicado a ϕ , representa qualquer ação além de ϕ . Logo, a sentença $LR_c x, \phi$ lê-se "legalmente, x tem uma razão conclusiva para fazer ϕ ".

¹¹² Essa definição faz pensar no que Dworkin considera a segunda versão da tese 'no-right-answer' (DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 178-9): "A segunda versão da tese de nenhuma resposta correta, por outro lado, não supõe que exista algum espaço lógico, nesse sentido, entre as proposições de que um contrato é válido e de que não é válido, ou de que uma pessoa é responsável ou não o é, ou de que um ato é um crime ou não o é. Não supõe que exista alguma terceira possibilidade e, no entanto, nega que uma das duas possibilidades disponíveis sempre seja válida, porque pode não ser verdade que uma delas o seja. Por essa segunda versão da tese, a pergunta "O contrato de Tom é válido ou não é válido?" é como a pergunta "Tom é de

2. '(-LR_c x, φ) & (-LPer_c x, φ +)' is true¹¹³.

2.3 A tese das fontes e a refutação 'simples' do reducionismo por Dworkin

Uma das definições fornecidas por Raz da tese das fontes é a seguinte:

A--A social condition is necessary for identifying the existence and content of the law: A rule is a legal rule only if it meets a social condition. B--A social condition is sufficient for identifying the existence and content of the law: A rule is a legal rule if it meets the social condition.¹¹⁴

Ou seja, aparentemente, uma condição social seria sempre uma condição necessária e suficiente para uma proposição jurídica. Isso, porém, poderia levar a pensar na relação entre fontes e proposições jurídicas como de equivalência funcional simples

– uma posição facilmente refutável, como demonstrado por Dworkin¹¹⁵:

Se (p) tem equivalência funcional de verdade com L(p), então (p) é falso, e não simplesmente não verdadeiro, quando L(p) é falso. Portanto, quando L(p) é falso, (-p), que é a negação lógica de (p), deve ser verdadeiro. Como L(p) deve ser verdadeiro ou falso, então (p) ou (-p) deve ser verdadeiro, que é o que a segunda versão nega.

Ou, conforme esquematizado por Raz¹¹⁶:

- (1) [Tese das fontes] ⊢ p ↔ S(p).
- (2) ⊢ -p ↔ -S(p) (contraposição de (1))
- (3) ⊢ -p ↔ S(-p) (substituição de 'p' por '-p' em (1)).

Pela transitividade da equivalência:

- (4) ⊢ -S(p) ↔ S(-p)¹¹⁷

meia-idade ou não? Pode não haver nenhuma resposta certa para a segunda questão se Tom tiver uma idade que se encontre na fronteira entre a juventude e a meia-idade, não porque reconhecemos categorias de idade distintas tanto da meia-idade como da não meia-idade, mas porque, no limite, e um erro dizer que alguém é ou não é de meia-idade”.

¹¹³ Esta, por sua vez, parece ter relação com a primeira versão da tese 'no-right-answer' de Dworkin: “Nessa primeira versão da tese, a pergunta “O contrato de Tom é válido ou inválido?” é tão equivocada quanto a pergunta “Tom é jovem ou velho?”. [...] Segundo a primeira versão, a pergunta jurídica também ignora uma terceira possibilidade, que é a de que uma troca de promessas pode não constituir nem um contrato válido, de modo que os juízes tenham o dever de impor a troca, nem um contrato inválido, de modo que os juízes tenham o dever de não o impor, mas alguma outra coisa, que poderia ser chamada, por exemplo, de contrato ‘incoativo’” (ibid., pp. 179-80).

¹¹⁴ AoL, p. 40.

¹¹⁵ Dworkin, Uma Questão..., p. 194. Cabe referir que, na nota 4 na p. 195, Dworkin esclarece que esse argumento não atinge a maioria das formas de positivismo.

¹¹⁶ AoL, p. 55.

Isso significa que, para sustentar (1), o sistema jurídico deveria ser expressamente completo: para cada proposição jurídica, deve haver uma fonte que a fundamente, ou que fundamente sua negação; se não houver tal fonte, temos não uma lacuna, mas uma inconsistência. Para Raz¹¹⁸, isso é obviamente falso: por exemplo, o direito inglês não contém uma previsão sobre a permissão (nem sobre a proibição) de se matar borboletas. O positivista, pois, precisa escapar dessa armadilha; para isso, deve substituir (1) por uma versão da tese das fontes que não implique que toda proposição jurídica corresponde a uma fonte.

2.4 Possíveis análises lógicas alternativas da tese das fontes

Uma primeira possibilidade seria distinguir entre proposições positivas e negativas; ou conforme (5) $\vdash Np \leftrightarrow \neg Pp$, uma proposição positiva é a negação de uma negativa, e vice-versa. (6) Mas $Pp \leftrightarrow \neg S(Pp)$ e $\neg Pp \leftrightarrow S(\neg Pp)$ não são verdadeiras. Raz sugere relacionar proposições negativas a fontes por meio da tese independente (7) $\vdash S(Np) \rightarrow Np$ ¹¹⁹.

Contudo, tal solução acarreta o problema (semântico) de identificar e distinguir proposições positivas e negativas; tal distinção, ainda, teria de apoiar-se em alguma razão independente do problema, e ser feita a partir de um critério reconhecível. Raz considera possível, em princípio, fornecer tais razões, uma vez que em geral existe uma

¹¹⁷ Doravante, “S(p)” denota algo como “a proposição jurídica p é sustentada pela fonte S”. “-S(p)” é sua negação.

¹¹⁸ Id., pp. 54-5.

¹¹⁹ Note-se que, nesta hipótese, as proposições jurídicas tornam-se algo diverso do primeiro exemplo. Uma proposição jurídica completa não é mais denotada por ‘p’ – isto passa a denotar uma função proposicional que deve ser associada a um operador (P ou N) para ter valor. Apenas proposições atômicas do tipo “Pp” corresponderiam a fontes. Isso barra a substituição vista em (3). Como não se pode concluir por $Np \rightarrow S(Np)$, não se pode deduzir $\neg S(Np) \leftrightarrow S(Pp)$.

assimetria entre proposições que alegam a existência de um dever/obrigação e as que alegam seu contrário¹²⁰.

Por outro lado, para evitar a necessidade dessa distinção, o positivista poderia defender a tese das fontes com uma definição particular de verdade e falsidade dentro de um sistema jurídico; eis essa solução alternativa:

- (9) $S(p)$ is a logically necessary and sufficient condition for the truth of p .
 (10) $S(-p)$ is a logically necessary and sufficient condition for the falsity of p ¹²¹.

Pode ser o caso que nem a condição 9, nem a 10 ocorram: nesse caso, nem ‘ p ’, nem ‘ $-p$ ’ é verdadeiro ou falso. Isso pressupõe a existência de algo que se pode considerar uma lacuna – à custa do princípio da bivalência.

Estas definições implicam (11) $\vdash S(-p) \rightarrow \neg S(p)$, que por sua vez acarreta: (12) $\vdash \neg(S(-p) \ \& \ S(p))$ – i.e., a existência de uma fonte para uma proposição é inconsistente com a existência de uma fonte para o seu contrário. Mas o oposto não é correto: a ausência de uma fonte para uma proposição não implica a existência de uma fonte para seu contrário¹²² (ou seja, não se aplicaria a ‘refutação simples’ de Dworkin).

Raz nos dá um exemplo de como a solução verdadeiro/falso parece funcionar (e de como pode conter lacunas) ao apresentar definições de permissões e proibições:

- [...] x is legally permitted to ϕ means the same as 'it is the law that x is not prohibited to ϕ ' ($LPr \ x, \ \phi = \text{df. } L-Pr \ x, \ \phi$). But this should be distinguished from: it is not the law that x is prohibited to ϕ ($\neg LPr \ x, \ \phi$). According to the true/false solution it cannot be the case that one is legally permitted to do that which one is legally prohibited from doing:
 (13) $\vdash \neg (LPr \ x, \ \phi \ \& \ LPer \ x, \ \phi)$.
 For by definition:

¹²⁰ “It is a feature of legal language that whereas one needs a law or some legal source to support a claim that a person is under a duty, is lawfully married, or that a contract or a will is valid, absence of a source for the contrary suffices to show that no duty, marriage, or contract, etc., exist. A valid contract must be made, the validity of marriage depends on certain formal steps being taken, a law is needed to impose a duty, etc. But there need be no making of uncontracts for there not to be a contract, no ceremony for two persons to remain unmarried to each other, and no law to confer a non-duty on a person”. V. AoL, p. 56.

¹²¹ Ibid.

¹²² AoL, p. 57.

(14) $\vdash \text{LPr } x, \phi \leftrightarrow \text{L-Per } x, \phi$.

But it is possible that an act is neither prohibited nor permitted:

(15) $\vdash \neg ((\neg \text{LPr } x, \phi) \& (\neg \text{LPer } x, \phi))$

Para Dworkin¹²³, porém, essa solução sofreria de paroquialismo; tudo se torna uma questão de quais são as regras básicas adotadas pelos participantes a permitirem a realização de asserções – e seria possível adotar regras básicas distintas das estipuladas nesse caso. É como se (9) e (10) pressupusessem que a atividade de fazer afirmações jurídicas é uma prática arbitrária.

Por outro lado, um dos defeitos dessa solução é que implica que o conflito entre fontes torna o sistema inconsistente; Raz sugere evitar essa conclusão inserindo a ideia de que uma lei tem apenas uma ‘força prima facie’, e que nem toda proposição jurídica teria caráter ‘conclusivo’:

The prima facie solution has not been explored by legal philosophers. It is based on the idea that binding, valid laws may conflict and that such conflicts are not inconsistencies. They show that a law has prima facie force only. What is conclusively required by law in any given situation cannot, therefore, be judged by consulting one law only but is often the result of the operation of various laws, some of which may well conflict. Consequently two kinds of legal propositions should be distinguished: propositions about what is prima facie the case and propositions about what is conclusively the case.

The prima facie solution interprets the sources thesis as applying to prima facie legal propositions (Pf p, for short). (1) is therefore rejected in favour of:

(16) $\text{Pf}(p) \leftrightarrow \text{S}(p)$

[...](17) $\neg \text{S}(p) \leftrightarrow \neg \text{Pf } p$.

But the equivalent of (3) becomes

(18) $\text{S}(\neg p) \leftrightarrow \text{Pf}\neg p$ ¹²⁴.

Ao contrário de (2) e (3), os bicondicionais de (17) e (18) não tem um termo em comum. Proposições do tipo $\neg \text{Pf } p$ não poderiam ser embasadas por qualquer tipo de fonte, o que afastaria a refutação de Dworkin¹²⁵, com a vantagem de dispensar a diferenciação entre proposições negativas e afirmativas. Ao invés disso, essas

¹²³ Uma Questão de Princípio, p. 201..

¹²⁴ AoL, pp. 59-60.

¹²⁵ “There is nothing which could count as a source of $\neg \text{Pf } p$. One can legislate that there is a prima facie duty to ϕ , but one cannot legislate that there is no prima facie duty to ϕ (as distinct from 'there is a prima facie duty not to ϕ '). If there is no prima facie duty to ϕ , this cannot be the result of a special source. It can only result from the absence of a source for the contrary (as in (17)). Hence Dworkin's refutation does not apply” (ibid., 60).

proposições se apóiam “on a distinction between internal and external negations of prima facie propositions and on the view that the absence of a prima facie legal state of affairs does not require a source”. Além disso, a solução prima facie nega que o direito tenha lacunas quando a lei é silente; ao invés disso, nos traz a possibilidade de outro tipo de lacuna, no caso de conflitos insolúveis, quando a lei sustente proposições opostas: (19) $\vdash (S(-p) \& S(p)) \rightarrow (Pf\ p \& Pf-p)$ ¹²⁶.

2.4.1 A Solução de Raz

Essas três possíveis soluções ao argumento de Dworkin trouxeram novos problemas: a) solução ‘positivo/negativo’ precisaria assumir um teste que permitisse distinguir o tipo de enunciado; b) a verdadeiro/falso nos permite inferir muito pouco (não permite deduzir proposições sobre permissões a partir de enunciados sobre proibições, por ex.); c) já a solução ‘prima facie’ acarreta, entre outras questões, a necessidade de explicar a relação entre juízos conclusivos e juízos prima facie¹²⁷.

Segundo Raz, podemos evitar esses problemas ao analisar proposições jurídicas enquanto proposições deônticas – o que, segundo sua análise sobre conceitos deônticos, são proposições sobre razões para agir. Essa solução passa pelas seguintes definições:

(20) There cannot be conflicting conclusive reasons; $\vdash \neg(R_c\ x, \phi \& R_c\ x, \phi+)$;

(21) $((R_c\ x, \phi) \vee (R_c\ x, \phi+))$

(22) x has explicit permission to ϕ ($Per_e\ x, \phi$) = df. There is a fact with some force to cancel reasons for no- ϕ -ing ($\phi +$ -ing).

¹²⁶ Ibid., p. 61. Note-se que, de (18) $\vdash S(-p) \leftrightarrow Pf-p$, também se pode derivar (19*) $(-S(-p) \& -S(p)) \rightarrow (-Pf\ p \& -Pf-p)$ – i.e., na ausência de fontes, não há afirmações jurídicas prima facie. Raz considera que isso não é uma lacuna, como veremos, ao tomar como primitiva a noção de dever/proibição, explicada em função da noção de “razão para agir” (embora isso só seja esclarecido com o enunciado (24)), donde se deriva a noção de permissão (que decorre da ausência de um dever em contrário); assim, o silêncio, ao invés de implicar uma lacuna, fundamenta a “resposta” de que o sujeito estaria diante de uma permissão. Contudo, se considerarmos que Pfp pode expressar algo como ‘x tem permissão para fazer ϕ ’, não parece sem sentido que sua negação (ou seu equivalente) possa ser prevista em uma fonte; e, neste caso, (19) não apresentaria um conflito insolúvel, e sim 19*, que indicaria a conjunção da negação de permissões opostas.

¹²⁷ AoL, p. 67.

- (23) x has a conclusive permission to ϕ ($\text{Per}_c x, \phi$) = df. It is false that there is a conclusive reason for x to ϕ + (i.e. $\neg R_c x, \phi$ +)¹²⁸.
 (24) $\vdash (R_c x, \phi) \leftrightarrow \neg(\text{Per}_c x, \phi +)$ [decorre de 23]¹²⁹

Para Raz, a relação entre fontes e deveres jurídicos estabelecida pela tese das fontes é muito distinta daquela com que começamos em (1). Uma fonte não é o correspondente de uma proposição jurídica, mas seu fundamento; assim, essas proposições são verdadeiras se, e somente se, houver uma fonte que as fundamentem.

Legal sources are reasons for action. If s is a variable ranging over statements of social sources, then $s \text{ LR } x, \phi$ (' s is a legal reason for x to ϕ ') is the general form of statements of legal reasons. Such statements are true if and only if s is true and is a statement of the appropriate social condition according to the doctrine of identity.

Because the existence of the appropriate source is a reason for x to ϕ , its existence is the ground for the truth of statements of the form 'Legally x ought to ϕ ' ($\text{LR } x, \phi$). These are essentially existential statements asserting that there is some fact which is a legal reason for x to ϕ ($\text{LR } x, \phi$ is essentially the same as $(\exists s) s \text{ LR } x, \phi$). The existence of the source is the ground for the truth of a statement of what one ought, legally, to do, in the same way in

¹²⁸ Note-se a discrepância entre (22) e (23); por que (23) não pode ser definida em termos de 'um fato', como em (22)? Uma possível justificativa seria uma concepção ontológica de 'fato' que exclui (ou ao menos distingue de modo especial) fatos negativos. Isso permite fundamentalmente distinções entre proposições que denotam a ausência de um fato [i.e., que representam que um estado de coisas não é o caso: $\neg S(p)$, $(\neg R_c x, \phi)$, $(\neg \text{LR } x, \phi)$ – ou seja, com a forma de 23] de proposições que afirmam um estado de coisas (e.g., $\text{LR}_c x, \phi$). Assim tudo indica que, para Raz, proposições do tipo (22) não afirmam a existência de um fato que consiste em negar a existência de outro (qual seja, que há uma Razão... $R_c x, \phi$); na realidade, permissões explícitas cancelam razões, não negam que elas existam: "Philosophers and logicians often think of 'permissions' as a nominalization of the deontic 'may'. But in ordinary discourse 'permission' means some act of granting permission and a person is permitted to act only if he is granted permission to do so. 'Explicit permission' is meant to explicate this notion of granted or obtained permissions. 'He allowed me to enter the room' imports that there was a reason why I should not which his permission cancelled. But a permission can be granted not only to cancel an existing reason but also to forestall possible reasons by cancelling them in advance: The manager and his secretary may object to a person's having access to the files. If either does object then the person has a reason not to approach the files. A journalist seeks to consult the files. He has no reason not to, since so long as no objection is made the files are available to the public. Anticipating that the secretary may object he obtains the permission of the manager. The permission cancels the force of the secretary's objection (if and when it materializes)" (AoL, p. 65).

Mas seria essa noção de fato coerente com a tese de Raz de que razões são fatos? Em *Practical Reasons and Norms*, Raz não se aprofunda numa discussão ontológica sobre o conceito de fato; apenas refere que "By 'fact' is meant simply that which can be designated by the operator 'it is a fact that...'" (PRN, p. 18) – o que parece tornar trivial a tese de que razões são fatos. Na realidade, usualmente se considera que "fatos negativos" (ou a ausência de um fato, dependendo da ontologia do leitor), ou pelo menos estados de coisas caracterizados por esses "fatos negativos", fornecem razões: o fato de que minha esposa não me ama pode ser uma razão para o divórcio, a baixa produção do atacante é uma razão para substituí-lo, etc.

Logo, por que não poderíamos dizer, da mesma forma, que a inexistência de uma lei é razão (e fundamento) para uma determinada permissão? E que, enquanto condição de verdade da respectiva proposição jurídica, é sua fonte?

¹²⁹ Devem-se, obviamente, ler essas fórmulas como se precedidas dos quantificadores (Para todo x , para todo ϕ).

which the existence of an appropriate instance is the ground for the truth of an existential statement¹³⁰.

[...]

It follows that while there is always a source for statements of the form LR x, ϕ , there is no source for the negative statements: \neg LR x, ϕ , L- \neg R x, ϕ . [...] Intuitively, the negation of a legal reason is nothing more than the absence of a legal reason. It does not make sense to look for a source for the absence of a reason, legal or otherwise. This is but a reflection of the fact that \neg (p LR x, ϕ) has no source either¹³¹.

A existência de uma situação em que o direito não obriga alguém a fazer ϕ , nem permite que se abstenha de fazê-lo ($\phi +$) é expressa pela fórmula: (27) $(\neg$ LR $c x, \phi$) & $(\neg$ L- \neg R $c x, \phi$). Contudo, Raz considera uma verdade lógica que: (28) $\vdash \neg$ (LR $c x, \phi$) \leftrightarrow (L- \neg R $c x, \phi$) – i.e., ‘não é o caso que, legalmente, x deve fazer ϕ ’ equivale a ‘legalmente, não é o caso que x deve fazer ϕ ’. Mas 27 e 28 implicam (pela transitividade do bicondicional): (29) (L- \neg R $c x, \phi$) & $(\neg$ L- \neg R $c x, \phi$) – uma contradição!

Portanto, se (28) é verdadeira (e se não há necessidade de fontes que embasem um enunciado negativo do tipo \neg R $c x, \phi$), todo sistema jurídico teria uma regra de fechamento (closure rule) que corresponderia ao lugar-comum “o que não é proibido é permitido”: “Contrary to much popular imagining, there are no gaps when the law is silent. In such cases closure rules, which are analytic truths rather than positive legal rules, come into operation and prevent the occurrence of gaps”¹³².

2.4.2 Implicações da solução de Raz

Note-se que, ao invés de responder à refutação do reducionismo, Raz chega à mesma conclusão: afinal, Dworkin atacara apenas a ideia de que a tese das fontes implicava a existência de lacunas. Raz não precisaria, pois, preocupar-se com essa

¹³⁰ AoL, p. 60.

¹³¹ Ibid. p. 66-7.

¹³² AoL, 77.

“refutação”, pois ela tem o mesmo resultado da dedução de sua regra de fechamento: o sistema é logicamente completo!

Segundo o que vimos supra, a solução “prima facie” escapara à refutação de Dworkin com a introdução de operadores sentenciais nas proposições jurídicas decorrentes de fontes; podemos generalizar que, substituindo (1) por sentenças da forma (1') $S(p) \leftrightarrow X(p)$, em que X denota um operador que caracteriza a proposição jurídica correspondente a determinada fonte, permite-se distinguir a negação interna ($X-p$) da externa ($-Xp$) de uma proposição jurídica, e fica, assim, impossível deduzir algo semelhante a (4) - porque não se pode substituir $X-p$ por $-Xp$. Porém, a solução de Raz inverte esse raciocínio: o que (28) faz é justamente equiparar essas expressões.

A diferença é que, para Raz, uma sentença da forma $-(R \text{ c } x, \phi)$ não tem fontes – é justamente isso que evidencia a equivalência de (28); mas essa restrição decorre do que Raz considera ser o conteúdo de $R \text{ c } x, \phi$, não é uma propriedade formal dos sistemas jurídicos. Imagine-se, por exemplo, um sistema em que (28) fosse lido com uma ênfase distinta: ao invés da regra “tudo que não é proibido é permitido”, diríamos “tudo que não é permitido é proibido”. Nesse sistema, apenas as permissões seriam enumeradas; o que não estivesse no rol de permissões, seria proibido. Aparentemente, o conjunto de leis de tal sistema teria de ser muito extenso, e é improvável que fosse um sistema liberal (mas não necessário: um soberano benevolente poderia fazer com que os súditos gozassem de um alto grau de liberdade, editando uma extensa lista de concessões gerais). Poderíamos dizer que tal sistema é (logicamente) impossível?

Mesmo que tal sistema não pudesse ser construído apenas com base na ‘ambiguidade’ de (28), ele não poderia ser construído acrescentando um novo corolário

(definido em alguma fonte, por exemplo¹³³)? Ele seria, pois, totalmente distinto de um sistema liberal que contivesse uma regra inversa determinando que ‘tudo que não é proibido é permitido’. Ocorre que, se a regra de fechamento de Raz é uma decorrência lógica da tese das fontes, o primeiro sistema (ditatorial) deveria ser logicamente impossível, e o segundo (liberal) conteria uma regra trivial¹³⁴.

2.5 Resposta certa e indeterminação

Raz refere que é a indeterminação de fatos ordinários (a respeito da linguagem, das intenções da autoridade e dos agentes, etc.) que resulta em lacunas no direito:

Questions of intention and meaning may have no answer. It may be neither true nor false that in making the remark a person intended to insult his colleague, and then it is also neither true nor false that he did not so intend. Similarly it may be neither true nor false that this is a dwelling or a motor vehicle. It may be neither true nor false that this man is bald. Where the facts which are legal reasons are indeterminate, through vagueness, open texture, or some other factors, certain legal statements are neither true nor false¹³⁵.

Tal indeterminação, conquanto mitigável, não poderia ser expurgada; ela não depende do sistema jurídico, mas da linguagem e do mundo. Claro, esta não é uma tese apenas sobre o direito; seus pressupostos pertencem à teoria da linguagem e à metafísica, e podem ser atacados sem por em dúvida a tese das fontes.

Um exemplo de Raz pode ilustrar isso:

¹³³ Por exemplo, é considerado um corolário do Direito Administrativo brasileiro que a Administração Pública “só pode fazer o que a lei permite”. Se a regra de fechamento fosse uma ‘verdade analítica’, seria implausível excepcioná-la, mesmo nesse caso especial.

¹³⁴ Não estou arguindo contra a equivalência entre uma permissão conclusiva e a ausência de uma proibição; mas dessa equivalência não se infere a ausência de lacunas quando o direito é silente. Essa também é uma questão eutifrônica: os atos permitidos o são porque não são proibidos, ou os atos proibidos é que o são porque não são permitidos? Ou seja, essa equivalência é, na prática, ambígua: o significado da sentença “a ausência de uma proibição equivale a uma permissão conclusiva” poderia variar de acordo com o sistema – i.e., de acordo com a ênfase dada a um dos termos da equivalência. Assim, cada sistema poderia suprir a ausência de fontes de maneira diferente – fazendo distinções mais precisas, inclusive, de acordo com a necessidade de restringir a conduta de alguns agentes em condições especiais (como o sistema jurídico brasileiro faz no direito administrativo). E o positivista poderia sustentar que, até essa lacuna semântica ser suprida (e é muito provável que, em algum momento, um aplicador do direito seja obrigado a supri-la), não poderíamos concluir se é a inexistência de uma regra de proibição que acarreta uma permissão, ou a inexistência de uma regra de permissão que acarreta uma proibição.

¹³⁵ AoL, p. 72.

Suppose that a statute requires 'ship-owners' to ϕ . Years after its enactment a new kind of vessel is developed which is beyond doubt a ship, but it is neither true nor false that the legislator intended the obligation to apply to the owners of such vessels. Many legal systems hold that the plain language of the statute is at least a *prima facie* reason for such owners to ϕ . But a system's rules of interpretation may make such questions depend exclusively on the legislator's intention (and they may regard the language employed merely as presumptive evidence of its intentions). In such a system the law on the question is indeterminate¹³⁶.

Mesmo um positivista jurídico pode achar estranha a condição imposta por Raz de que “it is neither true nor false that the legislator intended the obligation to apply to the owners of such vessels”¹³⁷. É mais plausível considerar que ou a intenção do legislador, se existia, está além do alcance dos meios epistêmicos do juiz (embora não precise estar, em princípio, além da possibilidade do conhecimento deste), ou ela simplesmente não existia; em qualquer um dos casos, é ou verdadeiro, ou falso, que o legislador tinha essa intenção – embora isso possa parecer incerto. Não há nada de extraordinário nessa incerteza, porém – extraordinário seria alegar o contrário: que os juristas devem ser infalíveis.

Outrossim, a vagueza da linguagem não precisa implicar a indeterminação do direito. Mesmo que a linguagem seja vaga, pode-se negar que isso resulte numa restrição ao princípio da bivalência¹³⁸, ou simplesmente defender uma teoria da interpretação que impeça que tal vagueza se transfira para o direito. Assim, mesmo se uma proposição jurídica (e.g., “ x é ϕ ”) tiver mais de dois valores de verdade (V, F, e

¹³⁶ Ibid..

¹³⁷ Na realidade, o próprio Raz, em escritos posteriores é cético em relação a uma teoria que faça o significado das expressões da autoridade depender exclusivamente da intenção dela (embora não considere que isso seja uma impossibilidade lógica) [V. RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 265 e s].

¹³⁸ O epistemicismo em relação à vagueza, por exemplo, afirma que, desde que se aceite uma teoria da verdade Tarskiana, deve-se aceitar o princípio da bivalência: “Properly understood as an epistemic phenomenon, vagueness provides no motive for revising classical semantics or logic, and in particular no motive for denying bivalence”. A vagueza na linguagem decorre de nosso conhecimento inexato (não sabemos em que momento alguém deixa de ser cabeludo e passa a ser careca), não de uma indeterminação do mundo. V. WILLIAMSON, Timothy. *Vagueness*. London: Routledge, 1994, p. 187.

‘nem verdadeiro nem falso’), pode-se adotar algum princípio segundo o qual, se “x é ϕ ” não é verdadeiro, então deve ser tratado como falso¹³⁹.

Segundo Raz, porém, essa posição depende de uma visão simplória sobre a vagueza:

It assumes that whereas a term which is not vague divides all cases into those to which it applies and those to which it does not, a vague term divides all cases into three sets: those to which it applies 'by its indisputable core meaning' those to which it clearly does not apply, and those in between. It is as if a term is vague because it draws two sharp dividing lines instead of one. The truth is that all, and not only some, nouns, verbs, adverbs, and adjectives of a natural language are vague. And though a vague term clearly applies to some cases, clearly fails to apply to some, and doubtfully applies to others, yet it is often impossible to draw general boundary lines between the three categories. It is a test of adequacy of any account of vagueness that it recognizes as a central type of it the cases where vagueness is 'continuous'¹⁴⁰.

O ponto de Dworkin, porém, é que a discussão sobre a vagueza começou com a apresentação da possibilidade de que uma sentença do tipo “x é ϕ ” pode ser “nem verdadeira nem falsa”, além de verdadeira ou falsa¹⁴¹ - i.e., aceitando a hipótese de três valores de verdade; para solucionar esse problema, poder-se-ia adotar o princípio de que, se “x é ϕ ” não é verdadeiro, deve ser tratado como falso. A isso não se pode objetar afirmando que “‘x é ϕ ’ é verdadeiro” também é vago sem introduzir mais um valor de verdade – de fato, pode-se prosseguir dessa forma ad infinitum.

Contudo, a indeterminação do conceito jurídico “ ϕ ” se embasa na distinção entre “x não é ϕ ” e “não é verdade que x é ϕ ”, que só é possível se tivermos critérios independentes para julgar entre “x é ϕ ” e “x não é ϕ ” (i.e., a negação externa e a negação interna de ‘x é ϕ ’ não são equivalentes), ou “não poderíamos compreender a asserção de que nossos critérios não podem ser satisfeitos pela asserção de qualquer um

¹³⁹ Curiosamente, nem Dworkin, nem Raz, reconhecem que um óbice a essa solução ao problema da vagueza é que ela só funciona se estabelecermos algum tipo de prioridade de uma determinada propriedade sobre seu contrário (à semelhança da prioridade do conceito de proibição sobre o de permissão, como faz Raz). Afinal, se não é verdadeiro que um contrato é inválido, nem que ele é válido, permanecemos com o problema da indeterminação.

¹⁴⁰ AoL, p. 73.

¹⁴¹ Uma Questão de Princípio, p. 191.

deles”¹⁴². Contudo, não podemos distinguir dessa forma o conceito de verdade: usamos o mesmo conjunto de critérios para julgar entre ‘é verdade que $x \in \phi$ e ‘não é verdade que é verdade que $x \in \phi$ ’¹⁴³.

Assim, a menos que se aceite que a imprecisão pode ‘transbordar’ para a própria noção de verdade (e, conseqüentemente, para toda a linguagem), o argumento de Dworkin é uma forte objeção. Raz, contudo, bites the bullet, e não considera isso um problema:

Note that on some semantic theories this view of vagueness entails the existence of an infinite number of truth-values, generated as in the following diagram: Possible truth-values are underlined. P is TNN if it is true that it is indeterminate whether P is indeterminate. P is NNN if it is indeterminate whether P is NN, etc. Only combinations beginning with T are truth-values. (If V is any iteration of F, T, and N then VTV= VV and FV is equivalent to a disjunction of all the other iterations of the same level as V.)¹⁴⁴

2.5.1 Conceitos morais

Além disso, a tese das fontes também pode dar azo a outro tipo lacunas quando fizer referência a conceitos externos ao sistema jurídico, que não sejam baseados em considerações sobre fontes, como conceitos morais.

Let us assume, for example, that by law contracts are valid only if not immoral. Any particular contract can be judged to be prima facie valid if it conforms to the 'value-neutral' conditions for the validity of contract laid down by law. The proposition 'It is legally conclusive that this contract is valid' is neither true nor false until a court authoritatively determines its validity. This is a consequence of the fact that by the sources thesis courts have discretion when required to apply moral considerations¹⁴⁵.

Note-se que Raz não considera esse o mesmo tipo de lacuna que o apresentado supra (indeterminação das fontes decorrente da indeterminação de fatos ou da linguagem). Ou seja, não é porque conceitos morais são vagos ou imprecisos que dão azo a lacunas e à discricionariedade judicial, mas porque considerações morais não são

¹⁴² Ibid., p. 192.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ AoL, p. 74.

¹⁴⁵ AoL, p. 75.

axiologicamente neutras – e, por isso, não podem basear-se em fontes, nem ser incorporadas a elas. Portanto, é perfeitamente possível que: a) a lei preveja a condição de justiça para contratos, b) um determinado contrato seja moralmente justo, e c) um juiz anule tal contrato, por injusto. Nesse caso, não teria havido um erro na aplicação da lei propriamente dita, pois o juiz (se agiu sinceramente) a obedeceu – embora tenha cometido um erro moral ao aplicar o conceito de justiça. Esse argumento pressupõe (ao invés de ser um argumento em favor de) o positivismo exclusivista, segundo o qual conceitos morais não podem ser incorporados ao direito.

Para Raz, a questão “o que é o direito?” aplicável ao caso é distinta tanto da questão “como o juiz deve decidir o caso, de acordo com o direito?” (i.e., como deve agir enquanto oficial do sistema, de acordo com a margem de discricionariedade outorgada pelas respectivas regras), como da outra questão “como o juiz deve decidir, após levar tudo em conta?” (esta é uma questão moral)¹⁴⁶.

À primeira vista, isso é muito distinto da teoria de Dworkin de que uma proposição jurídica é verdadeira quando embasada na melhor justificação¹⁴⁷ - e uma justificação é melhor que outra ou por ser mais adequada (fit) (i.e., quando “alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra”), ou por basear-se numa moralidade política superior (“se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm”) – mesmo considerando

¹⁴⁶ “The courts may have legal discretion to modify the law, supplement it, or to use equitable jurisdiction to deviate from it, or to supplement it where it is unsettled. The question 'how should a case be decided according to law?' should therefore be distinguished both from the question 'how should be case be decided, all things considered?' and from the question 'what is existing law on the issue in the case?' [Raz, *Ethics in Public Domain*, p. 328].

¹⁴⁷ “[...] uma proposição jurídica é verdadeira se fornece a melhor justificação para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas. Desse modo fornece um melhor argumento a favor dessa proposição que a tese contrária, que toma como inválido, por exemplo, o contrato de Tom. Mas a proposição é falsa se fornecer um argumento melhor a favor dessa proposição contrária. Assim, o raciocínio jurídico também fará uso de um conceito próximo ao de coerência normativa, porém mais complexo” [PEDRON, Flávio Quinaud. A controvérsia sobre a única resposta correta: a réplica de Dworkin às críticas positivistas. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/Flavio_Pedron.htm>].

que “a força da segunda dimensão [...] será objeto de disputa, porque juristas que sustentam tipos diferentes de teoria moral irão avaliá-las de maneira diferente”¹⁴⁸.

É interessante notar o tipo de discricionariedade permitido por essa teoria. Obviamente, Dworkin não nega que juízes tenham um tipo trivial de discricionariedade, o que o Min. Ayres Britto e Rui Barbosa chamavam de “o direito de errar por último”, que é apenas o caráter definitivo das decisões judiciais. É diferente, pois, do tipo de discricionariedade que um sargento teria se lhe fosse ordenado escolher seus ‘cinco homens mais experientes’, como destaca Stephen Guest:

We mean here that although he has not been given instructions any more precise than this, he has to exercise judgment in deciding which of his men have the most experience. [...] It is, of course, possible to say that the choice for the sergeant is difficult, or that it cannot be determined by any special test. It is clear, too, that we can criticize his choice. We can criticize him for a lack of judgment, as well as for disobeying a clear rule, as we would, for example, if he chose not to select his most experienced men, or chose only two men, or even chose only women. This sense of discretion permeates the common law, and examples of it should be familiar to anyone.¹⁴⁹

Isso é o que Dworkin chama de discricionariedade fraca, em contraste à ‘discricionariedade forte’ resultante da ausência de standards a delimitar a decisão – como seria o caso se o sargento tivesse de escolher quaisquer cinco homens.

Para um positivista, porém, a diferença entre os dois exemplos do sargento estaria antes no tipo de ordem recebida (são dois comandos totalmente distintos) e no escopo da respectiva ordem e discricionariedade: no primeiro caso, a ordem é para escolher homens, e a discricionariedade se refere ao critério para selecioná-los; no segundo, a ordem é para escolher homens que obedeçam a um determinado critério, enquanto a discricionariedade é para definir os padrões de satisfação desse critério. Caso discordasse da escolha do sargento (“eu quis dizer os mais antigos, não os que

¹⁴⁸ Dworkin, Uma Questão de Princípio, 213-4.

¹⁴⁹ GUEST, Stephen. Dworkin.... P. 33.

estiveram em combate”), o comandante poderia criticá-lo, mas não por ter descumprido a ordem¹⁵⁰: ele certamente não disse “escolha a, b, c...”.

Isso não acarreta o tipo de discricionariedade forte que Dworkin proscreeve. Uma vez que Raz distingue entre o que o direito (o sistema jurídico) exige e o que a argumentação jurídica demanda, segue-se que, mesmo que o direito seja indeterminado num caso, isso não significa que a argumentação jurídica não permita justificar uma resposta específica. A tese das fontes não acarreta o formalismo (a ideia de que as decisões dos juízes devem ser exclusivamente baseadas nas fontes); pelo contrário – para Raz, o raciocínio jurídico é (e deve ser), em boa parte, um tipo de raciocínio moral:

Legal reasoning is an instance of moral reasoning. Legal doctrines are justified only if they are morally justified, and they should be followed only if it is morally right to follow them. The legal systems of different countries, with their doctrines of balancing the powers of the different organs of government, make varying claims, and have differing principles, as to when the courts are morally justified or even required to deviate from legal doctrine when it conflicts with morality and when the courts should leave the reform of doctrine to other bodies of government. These separation-of-power principles determine the official view of the right, i.e. morally right, balance between morality and doctrine, when they conflict. In reasoning according to law the courts ought to follow those principles, which are moral principles, though they may be mistaken moral principles. Thus legal reasoning is an instance of moral reasoning, though sometimes it is morally incorrect, or based on morally deficient legal principles¹⁵¹.

Portanto, a despeito da profunda divergência filosófica quanto ao conceito de direito, ambos os autores recusam o formalismo. Suas análises do papel dos juízes convergem com a de Stephen Cavell, que a definiu em cotejo com outras práticas judicativas em relação ao tipo de crítica a que estão sujeitos. No caso de árbitros de algum tipo de torneio (de beleza, de mergulho, de dança...), há critérios explícitos a

¹⁵⁰ Ou talvez não: se o sargento falhou ao captar algum dos elementos do contexto em que a ordem deve ser interpretada (quiçá estivessem fazendo os preparativos para uma homenagem aos soldados mais longevos, e não para uma operação de combate), faz sentido afirmar que ele descumpriu a ordem – porque não a compreendeu. Mas, nesse caso, ele não tinha discricionariedade alguma.

¹⁵¹ Ethics in the Public Domain, p. 340. Note-se que, mesmo que reconheça que a argumentação jurídica é um tipo de raciocínio moral, Raz ainda está longe de aceitar a doutrina do ‘direito como integridade’.

seguir, e a decisão consiste em avaliar o respectivo grau de satisfação¹⁵²; ou seja, não há discricionariedade (ou há muito pouca) quanto à eleição dos critérios, mas muita discricionariedade a respeito da decisão sobre sua satisfação. Por ex., espera-se que os juízes divirjam a respeito de quão boa foi a entrada do mergulhador na água, mas não que esse é um critério para avaliar o salto; a convergência não precisa ser buscada, pois já é pressuposta pela atividade (sem ela, a atividade não existiria). Além disso, o trabalho primário dos árbitros é avaliar uma performance, e não decidir diretamente quem vence¹⁵³ (essa é a função do placar). Juízes de direito, contudo, se distinguem nesses dois aspectos: eles têm de assumir a responsabilidade pela vitória de um litigante sobre outro, e não podem ‘meramente aplicar’ ou apenas ‘criar’ direito pré-estabelecido, mas decidir o caso e os critérios simultaneamente, mediante argumentos de caráter público que possam ser vistos como ‘uma extensão natural do direito’¹⁵⁴.

¹⁵² Em termos mais precisos, a decisão recai sobre os standards. V. CAVELL, Stephen. *The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality and Tragedy*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 12.

¹⁵³ Por outro lado, em competições em que se estabelece uma conexão mais direta entre o árbitro e o resultado, seu papel é muito mais contestável: árbitros de boxe (e outras artes marciais), por exemplo, tentam modelar sua atividade à semelhança de outras competições, avaliando não quem é o melhor lutador, mas apenas ‘contando socos’ – para desagrado do público, que frequentemente vê um lutador que passou a luta inteira na defensiva, quase nocauteado, ser proclamado vencedor.

¹⁵⁴ “Like judges in competitive games, the name itself implies that the office is incompetent to alter the criteria by which it decides the individual case; but it is expected that a given case in law may raise controversy over just which established criteria it satisfies or escapes. The work of the judge, in such instances, must be to decide the identity of the case in question, i.e., decide which established criteria, if any, apply to it, i.e., decide the question and the criteria of the question simultaneously. This situation has been described as one in which "judges make the law, not merely apply it", a condition some find incompatible with democratic rule of law and others find essential to it. There may be historical stretches in which judges habitually either "merely apply" or "make" law; but as a neutral description of the process of deciding cases and criteria together, it presents a false alternative, or a false picture. In reaching his decision, the judge is obliged, in faithfulness to his office, to be open to and to provide arguments of an institutionally recognizable character; and the point of such argument is to allow, if possible, a natural extension of the body of law, which is neither merely applying existent law nor simply making new law. The guiding myth must be that it is not the judge but the case itself which extends the law. Justice will depend upon this being true, and being seen to be true, more often than not. [...] Judges in law do decide the win and loss (leaving aside jury trials) and their extents, and the adversaries are in competition with one another; but what they are in competition for is exactly the favor of the law, so settlement is not determinable here by the score publicly amassed, but only by the favorable or unfavorable response of the law. This is why justice under law depends as essentially upon the obligation of the law to respond as upon its obligation to respond fairly; and hence upon the right and the power to ask for the law's response” [Cavell, op. cit., pp. 12-3. Grifo nosso].

A divergência entre os dois filósofos do direito, neste ponto, não é tão grande quanto o que nos parecia inicialmente – ela é fundamentalmente taxonômica, como Dworkin reconhece, destacando que a questão taxonômica (quais normas e proposições podem ser consideradas jurídicas) seria muito menos importante que a questão prática sobre argumentação jurídica (quais as razões que juristas podem usar, como devem decidir)¹⁵⁵.

2.5.2 Conflito ou competição?

Leis, bem como direitos e obrigações, entram, com frequência, em conflito; todo sistema jurídico tem diversas regras de decisão sobre como solucioná-lo (a aplicação da lei posterior, da mais benéfica, da mais específica, da hierarquicamente superior, distinções entre tipos de direitos...), e boa parte da teoria da interpretação jurídica é dedicada aos critérios para identificá-lo e resolvê-lo. Contudo, não apenas tais critérios também podem conflitar, como, frequentemente, não estão disponíveis.

Como vimos, para Raz, proposições jurídicas são proposições sobre razões, e o peso ou a força das razões jurídicas também deve ser determinado por fatos sociais. Talvez esse seja o maior problema dessa teoria: há uma grande distância entre o que as fontes enunciam e o que é juridicamente devido (o ‘conceito doutrinário de direito’), determinado pela existência de razões conclusivas. Só que não há uma

¹⁵⁵ : “A taxonomic positivist insists on a distinction among all those propositions: a distinction between those that do and those that do not describe ‘the Law’ of the jurisdiction in question. An ‘inclusive’ taxonomic positivist says that sometimes—when they have been properly incorporated—moral principles of different sorts count as part of ‘the law,’ and an ‘exclusive’ taxonomic positivist denies this[...]Why should we not say that we have considerable leeway in making that linguistic choice so that both the ‘inclusive’ and the ‘exclusive’ diction are acceptable? [...] When particular moral principles—like my early example of the principle that no one should profit from his own wrong—have been cited and relied on often in a particular legal jurisdiction, and particularly when they are ignored or less often cited in other jurisdictions, then it is tempting to say that these principles have become part of the law of that jurisdiction. But that locution risks the mistake I called attention to in the 1972 remarks I quoted earlier: the mistake of supposing that the ‘law’ of a community consists of a finite body of rules, principles, and other standards that might in theory all be listed and counted. So I suppose that if I had to choose I would opt for exclusive taxonomic positivism, though my heart isn’t in it. Either choice will do if we take care to avoid the mistakes that each might encourage” (JR, p. 238-9).

propriedade que distinga razões *prima facie* de razões conclusivas; o que as distingue é nossa própria atividade de julgar. Uma lei que proíba um tipo *x* de contrato, portanto, só permite inferir que ‘há uma lei que proíbe um tipo *x* de contrato’, uma vez que essa é meramente uma razão *prima facie*; para concluir que ‘o contrato *x* é proibido’ é preciso fazer um juízo sobre a inexistência de uma razão que a derrote. Portanto, como já sugerido no capítulo anterior, haveria uma lacuna inferencial entre as enunciados singulares a respeito de fontes (enunciados factuais) e enunciados normativos internos (v. n. 54 *supra*).

Se é o caso que o peso das razões conflitantes é o mesmo, uma cancela a outra; assim, o sujeito não tem razões conclusivas para praticar um ato, nem o seu contrário – o que, como visto *supra*, não implicaria lacuna, de acordo com a regra de fechamento. Contudo, há um tipo de conflito no qual não podemos sequer comparar as razões em questão – qual seja, quando elas são ‘incomensuráveis quanto a sua força’.

In such a case it would be wrong to say that the agent is permitted to perform the act. But it would be equally wrong to say that he is not permitted to perform it. The only intuitively correct description of his state is that he is neither permitted nor not permitted to perform the act. This is possible only if the statement that he is permitted, as well as its negation, are neither true nor false. It follows that ‘ $LR \text{ c } x, \phi$ ’ and ‘ $LR \text{ c } x, \phi +$ ’ are equally neither true nor false. Hence unresolved conflicts give rise to legal gaps and these, like all other gaps due to indeterminacy in the sources, are gaps of the first kind¹⁵⁶.

Mesmo sem assumir a tese das fontes, o caso do conflito entre razões exemplifica um argumento clássico contra a ‘tese da resposta correta’ e a aplicação do princípio da bivalência em filosofia prática; afinal, uma das funções do direito é justamente limitar opções deixadas em aberto pela moralidade, i.e., possibilitar uma decisão política racional em casos moralmente subdeterminados. Mas, se as razões em questão forem jurídica e moralmente incomensuráveis, teremos várias respostas ‘igualmente boas’ para a questão jurídica.

¹⁵⁶ AoL, p. 75.

Political morality is primarily about creating the conditions which tend to favour the development of desirable tastes and character and provide the wherewithal for good lives. It is about the moulding of, not the satisfying of, tastes and preferences. It follows from this and from value pluralism that there are many different conditions which are valuable and incommensurate, i.e. that there is no moral reason, nor indeed any other reason, to favour one of them over the others. [...]

So I conclude that judicial decisions, just like other political decisions, can encounter choices between various options which are good, but none of which is better than the others. These are cases where we say that some reasonably clear and publicized rule is needed or advisable, but that within certain limits it does not matter which is adopted¹⁵⁷.

Como Dworkin escapa a esse argumento? Em certo sentido, não escapa: é provável que cheguemos a um ponto em uma discussão em que não sejamos capazes de fornecer um argumento definitivo (um knock-out) em favor de uma razão em relação a outra; é possível, também, que se trate de um verdadeiro impasse, e que as razões em jogo sejam incomensuráveis. Mas também é possível que não: pode ser que estejamos apenas diante de um caso de incerteza – que tenhamos esgotado nossa capacidade particular de argumentação (por limitações contingentes).

Justificar que se trata de um caso sem resposta é algo que só pode ser feito mediante razões internas à atividade¹⁵⁸. Isso significa que a tese de que o problema é indecidível exige tanto esforço argumentativo quanto qualquer resposta afirmativa¹⁵⁹ – i.e., a tese do conflito incomensurável não pode ganhar por default, já que a falta de uma conclusão justifica apenas o reconhecimento da incerteza:

¹⁵⁷ Raz, *Ethics in the Public Domain*, pp. 337-8.

¹⁵⁸ There is another possibility. It might be that for some reason the best interpretation of our values requires that they conflict: that they serve our underlying moral responsibilities best if we conceive them in such a way that from time to time we must compromise one to serve another. Values don't conflict just because they do, but because they work best for us when we conceptualize them so that they do. That is a conceivable view, and perhaps someone might make it seem plausible. That would not, however, show that conflict is just a stubborn fact we must recognize. It would provide an interpretation that reconciles values in a different way: by showing conflict as a deeper collaboration" [JH, p. 120].

¹⁵⁹ Ray Sorensen, no artigo sobre paradoxos epistêmicos da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, refere um argumento semelhante contra o ceticismo epistêmico: "Agnostics overestimate how easy it is to identify what cannot be known. To know, one need only find a single proof. To know that there is no way to know, one must prove the negative generalization that there is no proof. After all, inability to imagine a proof is commonly due to a failure of ingenuity rather than the non-existence of a proof. In addition to being a more general proposition, a proof of unknowability requires epistemological premises about what constitutes proof. Consequently, meta-proof is even more demanding than proof". V. SORENSEN, Roy, "Epistemic Paradoxes", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Ed. Março 2014), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/epistemic-paradoxes/>>.

[...] the default thesis is patently mistaken, because it confuses two different positions— uncertainty and indeterminacy— that it is essential to distinguish. Confessions of uncertainty are indeed theoretically less ambitious than positive claims; uncertainty is indeed a default position. If I see arguments on all sides of some issue and do not find, even after reflection, one set of arguments stronger than the others, then I am entitled without more ado to declare that I am uncertain, that I have no view of the matter. I do not need a further, more substantive, reason beyond my failure to be persuaded of any other view. But in all these respects indeterminacy differs from uncertainty. “I am uncertain whether the proposition in question is true or false” is plainly consistent with “It is one or the other,” but “The proposition in question is neither true nor false” is not. Once uncertainty is taken into account, in some such way, then the default thesis of indeterminacy collapses, because if one of these alternatives— uncertainty— holds by default, then indeterminacy, which is very different, cannot.¹⁶⁰

Dworkin rejeita a tese de que valores morais e políticos sejam essencialmente incomensuráveis; pelo contrário: nossa interpretação deve mostrar como podem explicar-se mutuamente, pois, como são conceitos interpretativos, a extensão do conceito não é fixada por algum fato metafisicamente independente da interpretação, mas pela melhor justificação possível, que seria justamente aquela que os compatibiliza. Esse é o cerne da argumentação de Dworkin contra o pluralismo:

Take the well-known supposed conflict between freedom and equality in the distribution of resources. If we think that people are of equal value as human beings but also that people should be free to keep what they have worked for, we must try to see in what ways equality and freedom need to be qualified to respect both values. We cannot simply discard either value if it is inconvenient, say, by denying people equality of bargaining power but affirming maximum freedom for the market[...]¹⁶¹.

Na realidade, mesmo que os valores no caso sejam incomensuráveis, não se segue que a conclusão jurídica seja indeterminável; imaginemos, e.g., que nos perguntassem qual o melhor entre dois grandes artistas – Picasso ou Beethoven, no exemplo de Dworkin. Não é apenas difícil encontrar razões para comparar as respectivas obras, ou as histórias dos artistas, mas qualquer teoria plausível do valor da arte tende a considerar essas questões indecíveis, pois ambos atingiram níveis especiais de excelência em gêneros completamente distintos.

¹⁶⁰ JH, p. 91.

¹⁶¹ Guest, op. cit., p. 158.

A questão seria distinta se uma lei estipulasse que fosse construído um monumento ao melhor dos dois artistas; então, um juiz que tivesse de decidir o caso teria razões que não estariam disponíveis para a mera decisão estética: “a necessidade funcional de uma decisão é ela própria um fator, porque qualquer argumento de que o direito é indeterminado acerca de alguma questão deve reconhecer as consequências dessa verdade e tomá-las em conta”¹⁶².

Outras coisas além do puro juízo estético se tornam, então, relevantes. Qual escolha, se fosse feita pelo próprio Congresso, teria sido a melhor, tudo considerado? Uma escolha teria, por exemplo, se adequado melhor à opinião pública sobre os dois artistas? Uma escolha teria mais condição de fomentar uma apreciação das artes em geral? [...] Dada a determinação do Congresso e dada a indeterminação do juízo estético puro, o que deveria ser feito? A gama de fatores pertinentes a essa nova pergunta é muito maior do que a pertinente à pergunta sobre o puro juízo estético; e a questão da indeterminação é, de forma correspondente, mais fraca¹⁶³.

No fim, é claro que nossas justificações terão de pressupor alguma tese para a qual não poderemos apresentar um fundamento independente; afinal, as justificações têm de acabar em algum lugar (a alternativa seria prosseguir ad infinitum). Isso quer dizer que toda deliberação depende, em alguma medida, de uma ‘convicção crua’; esse é um lugar-comum nos estudos contemporâneos de filosofia prática, exemplificado pela menção a intuições inescapáveis das quais temos de partir ao usar o método do ‘equilíbrio reflexivo’ de John Rawls¹⁶⁴, ou pelo que Bernard Williams chamou de *confidence*¹⁶⁵. Em qualquer caso, trata-se da convicção não derrotada pela reflexão, a tese que não podemos abandonar, e é melhor não fingir que não acreditamos nela, mas fazer um esforço para “explicar por que estamos justificados, a despeito das dificuldades, em acreditar no que acreditamos”¹⁶⁶, como nos exige a responsabilidade

¹⁶² DWORKIN, Ronald. “Objetividade e verdade: melhor você acreditar”. Trad. Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Cost.a In “Universitas JUS”, v. 24, n. 3, pp. 1-31, 2013, p. 30. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/2613/2107>>.

¹⁶³ *ibid.*

¹⁶⁴ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Belknap Press, 1971, §1:7.

¹⁶⁵ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*, London: Fontana, 1985, pp. 170–1.

¹⁶⁶ JH, p. 86.

por nossas crenças. “We may not succeed, but the struggle is better than the pretense. [...] In the beginning and in the end is the conviction. The struggle for integrity lies in between”¹⁶⁷.

Essa pode parecer uma conclusão um tanto pessimista – mas trata-se de uma impressão ilusória; afinal, quando deliberamos, buscamos a melhor resposta que podemos dar: é esse o ponto de chegada de uma reflexão responsável. E, embora nossa resposta possa ser distinta da de alguém em “condições epistêmicas ideais” – alguém sem limitações de caráter, inteligência ou tempo –, ao menos não podemos estar irremediavelmente enganados:

[...] because the truth about morality just is what the best case shows, our moral convictions cannot be irretrievably mistaken. Our culture or education or other factors of personal history may prevent us from appreciating the best case. But people with different personal histories might well discover and appreciate it. Moral truth is always within human grasp in a way that scientific truth may not always be¹⁶⁸.

2.6 Considerações finais

Na primeira parte do capítulo, apresentamos o argumento de Raz segundo o qual, em razão de “regras de fechamento”, a simples ausência de previsão em lei de uma obrigação jurídica não implica uma lacuna no direito. Contudo, é duvidoso que tal argumento faça parte de uma teoria (meramente) descritiva do direito, como proposto por Raz. Imagine-se, e.g., um historiador que pesquisasse se a proposição “o assassinato de borboletas é permitido” pertence ao sistema inglês; diante da ausência total de fontes nesse sentido, ele poderia sentir-se tentado a declarar a existência de uma lacuna. Mas Raz considera que, nesse caso, uma regra de fechamento do tipo “a ausência de uma proibição implica uma permissão conclusiva”, equivalente a “tudo que não é proibido é permitido” (que é consequência lógica da tese das fontes), faz que tal proposição

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ JH, p. 122.

pertença ao sistema. Indicamos razões segundo as quais tal dedução não é precisa: o que se deduz da ‘tese das fontes’, usando os cálculos de Raz, é um bicondicional trivial (“tudo que não é permitido é proibido, e vice-versa”) que não traz as conseqüências pretendidas – i.e., é compatível com um sistema em que, na ausência de uma permissão explícita, a conduta é proibida.

A seguir, tivemos outra oportunidade de cotejar Dworkin e Raz. Poderíamos pensar, como John Finnis, que as duas teorias sobre o direito tratam de empreendimentos substancialmente distintos: a de Dworkin seria “uma teoria normativa do direito, oferecendo conselhos ao juiz a respeito de seu dever judicial” enquanto o positivismo de Hart (e de Raz) seria “uma teoria descritiva, oferecida a historiadores para ensejar uma história discriminativa dos sistemas jurídicos a ser escrita”¹⁶⁹. É claro que elas estão atreladas a visões bastante distintas do direito, como vimos no primeiro capítulo: enquanto, para Raz, trata-se de um sistema de normas que regem a comunidade política, para Dworkin, trata-se de uma prática argumentativa que serve para justificar as decisões de certos agentes.

Por outro lado, nas últimas seções, contrastamos a alegação de Raz de que os sistemas jurídicos têm, necessariamente, lacunas, com a tese de Dworkin de que sempre se pode, em princípio, buscar uma resposta para um problema jurídico. Contudo, ambos convergem numa parte mais fundamental da teoria do direito – na teoria normativa da adjudicação. Para ambos, essa é, em boa parte, uma investigação moral.

Como no Cap. 1, é possível que a explicação para a divergência entre as duas teorias seja mais profunda – esteja, na realidade, no conflito entre uma teoria que busca explicar questões filosóficas sobre o direito e a moralidade (aumentando, pois, nosso grau de auto-conhecimento a respeito) e uma teoria que busca resolvê-las, sustentada

¹⁶⁹ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 21.

pela fé de que há uma solução a ser buscada. Como Hart disse certa vez, o maior desafio para Dworkin seria fazer seus interlocutores aceitarem a sua noção ‘forte’ de objetividade, a ideia de que pode haver respostas certas mesmo quando não há maneira de mostrar (ou demonstrar¹⁷⁰) quais são¹⁷¹. O capítulo a seguir nos permitirá aprofundar o estudo dessas diferentes teorias morais.

¹⁷⁰ Há proposições que eu não posso conhecer: ou é verdadeiro que (a) “o número de estrelas é par, e não creio nisso”, ou que (b) “o número de estrelas é ímpar, e não creio nisso”; no entanto, não posso crer em, muito menos conhecer, qualquer um desses disjuntos (pois provar o primeiro termo de uma das conjunções alteraria a verdade do segundo). Como aduz Sorensen (op. cit.), isso poderia ser demonstrado por uma reductio ad absurdum: 1. $K(p \ \& \ \sim Kp)$; 2. $Kp \ \& \ K\sim Kp$ (pela distributividade do conhecimento, através da conjunção); 3. $\sim Kp$ (factividade); logo, 4. $Kp \ \& \ \sim Kp$ (contradição!).

¹⁷¹ “if I may venture a prophecy, I think the chief criticism that it will attract will be of his insistence that, even if there is no way of demonstrating which of two conflicting solutions, both equally well warranted by the existing law, is correct, still there must always be a single correct answer awaiting discovery”. HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983, pp. 139-40.

Capítulo III - Destacamento e ‘salto de fé’ para ouriços

3.1 Introdução

O artigo *Law as a Leap of Faith*¹⁷², segundo Kevin Toh, se destaca como o mais interessante e o mais obscuro do livro homônimo de John Gardner. Aparentemente, esse autor busca conciliar o “ponto de vista de um participante de um sistema jurídico que pressupõe a validade dos critérios” deste (uma referência à noção de Norma Fundamental de Hans Kelsen) com a perspectiva do “teórico do direito que concebe a validade dos mesmos critérios como consistindo da pressuposição do participante”.

The paper appears to me marred by strained attempts to analogize these two points of view to the two horns of the Euthyphro dilemma and also to Kierkegaard's moral and religious points of view, and to draw lessons from the analogies. In the preface (pp. vi-vii), Gardner announces that the title essay is meant to signal his break from Hart's way of conceiving all norms as "social norms", and to pave the way to a better understanding of the places of both social and non-social norms in the workings of legal systems. How the thinking in this first chapter affects or constrains the arguments and positions in the later chapters, I confess, eludes me¹⁷³.

O ponto alto de Gardner é sua conclusão: ao invés de reafirmar as analogias apontadas entre direito e religião (ou entre a aceitação e a fé), Gardner apresenta uma série de desanalogias, que elucidariam o conceito de direito. Basta-nos, por ora, focar uma delas – a existência de um ponto de vista destacado no direito:

In the case of God, to know Him is to love Him. Cognition of God entails moral commitment. Not so the Grundnorm. Kelsen struggled with this point throughout his career. [...] the reason, rather, is that of God's comprehensively overarching role in the universe, if He exists. This role is such that merely recognising His existence amounts, necessarily, to laying oneself down before Him.[...] One may see that a legal system exists, and what it involves, without in the slightest laying oneself down before it.[...] When one does so, to borrow Raz's terms, one presupposes the Grundnorm in a detached rather than a committed way, or, to borrow MacCormick's terms, one has the cognitive internal attitude to law without the volitional internal attitude. To know the law is not to love it even though the Grundnorm, if for any reason we do come to love the law, necessarily fuses

¹⁷² GARDNER, John. *Law as a leap of faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press, 2012. Doravante citado como LLF.

¹⁷³ Resenha do *Law as a Leap of Faith*, de John Gardner. In *Notre Dame Philosophical Reviews*, 29.4.2013. Disponível em: <<http://ndpr.nd.edu/news/39497-law-as-a-leap-of-faith/>> .

for us the merits and the sources of law¹⁷⁴.

A partir daí, Gardner alerta para não se confundir ‘destacamento’ com ‘hipótese’ – isto porque, ainda que não possamos conceber Deus de um ponto de vista destacado, podemos fazê-lo hipoteticamente (como ele mesmo faz: Gardner é ateu). Esse raciocínio lhe enseja imputar dois erros a Ronald Dworkin – que sua teoria do direito não deixa espaço nem para destacamento, nem para hipótese:

Ronald Dworkin’s Law’s Empire tells us that, as lawyers, we cannot presuppose the validity of the first constitution noncommittally - we must be committed to the whole history of the constitution. The same book tells us that, as legal theorists, we cannot hypothesise the presuppositions of lawyers without endorsing them. So not only lawyers but also legal theorists can only talk about law while being committed to it. Dworkin is wrong even on the first point. Law is not God and happily lawyers need not, in their professional capacity, be true believers. But Dworkin’s error is deepened by his failure adequately to distinguish the two points. Even if law were God, so that lawyers would have to be true believers, it would not follow that only true believers could be philosophers of law¹⁷⁵. [grifo do original]

Contudo, a primeira afirmação (we cannot presuppose the validity of the first constitution noncommittally) parece acarretar que advogados não poderiam (sob pena de incoerência) ser críticos da história constitucional de seu sistema; isso vai ao encontro do que Gardner afirma em outro artigo: que, para Dworkin, “how law is depends entirely on how it ought to be. Law is comprehensively tailored to its purpose”¹⁷⁶. Assim, juristas americanos não poderiam criticar a Fugitive Clause da sua Constituição, que garantiu o reconhecimento da constitucionalidade das Leis sobre escravos fugitivos. Se Law’s Empire faz ou implica essa afirmação, pode ser tachado de flagrantemente incoerente, pois no mesmo livro se encontra uma crítica a decisões nesse sentido.

O que está em jogo é que Dworkin não poderia explicar o problema do direito mau (evil law). Mas isso é um engano: pode-se ver como Dworkin evolui sua teoria em relação à lei injusta cotejando seus livros:

¹⁷⁴ LLF, pp. 14-5.

¹⁷⁵ LLF, pp. 17-8.

¹⁷⁶ LLF, p. 165. Grifo nosso.

1. Law's Empire:

Perhaps the law of the United States, properly interpreted in deference to integrity, did include the Fugitive Slave Act enacted by Congress before the Civil War. If a judge's own sense of justice condemned that act as deeply immoral because it required citizens to help send escaped slaves back to their masters, he would have to consider whether he should actually enforce it on the demand of a slave owner, or whether he should lie and say that this was not the law after all, or whether he should resign. The principle of integrity in adjudication, therefore, does not necessarily have the last word about how the coercive power of the state should be used. But it does have the first word, and normally there is nothing to add to what it says¹⁷⁷ [grifo nosso].

2. Justice for Hedgehogs:

Now return to nomenclature. We seem to have a choice. We might say that the slaveholders had, in principle, a political right to regain their slaves on demand but that this right was trumped, in the language I used in Chapter 14, by an emergency—in this case a moral emergency. We express that thought best by saying what most lawyers would say: that the Act was valid law but too unjust to enforce. Or we might say that the slaveholders did not have a right to what they asked even in principle. We express that conclusion by saying what some other lawyers would say: that the Act was too unjust to count as valid law.

The first account, and therefore the first way of putting the point, seems preferable in these circumstances. It expresses nuances that the second smothers. It explains why the judges confronted with the Act faced, as they said, a moral dilemma and not simply a prudential one. The second option would seem more accurate, however, in another, very different, case that is also often cited in academic seminars. The hideous Nazi edicts did not create even *prima facie* or arguable rights and duties. It explains why the judges confronted with the Act faced, as they said, a moral dilemma and not simply a prudential one¹⁷⁸.

Logo, a acusação de que advogados precisam ser 'fiéis' (nesse sentido restrito) não procede. Já a segunda acusação de Gardner – de que, como teóricos do direito, we cannot hypothesise the presuppositions of lawyers without endorsing them – parece ainda mais problemática. Afinal, ela parece acarretar um problema lógico; ao negar uma proposição qualquer (e.g., 'não sou aluno da pós-graduação em filosofia'), assumimos que sei o que essa proposição significa – i.e., compreendo seus conceitos e o que seria o caso se a proposição fosse verdadeira; mas isso não é "hipotisá-la"? Ou seja, para negar uma tal proposição (ou mesmo para usá-la como parte de uma afirmação mais

¹⁷⁷ Law's Empire. Cambridge, Massachusetts: Harvard university Press, 1986, p. 219. Doravante referido como 'LE'.

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald M. Justice for Hedgehogs. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 411. Doravante referido como 'JH'.

complexa, como em um condicional do tipo "se P, então Q"), devo ser capaz de “hipotisá-la” (isto é, saber o que seria o caso se ela fosse verdade), sem endossá-la.

Podemos tentar interpretar a acusação de outra forma, por meio de uma afirmação semelhante: ‘só é possível hipotisar a pressuposição de um jurista se for possível endossá-la’. Mas esta sentença pode ou ter a mesma leitura problemática supra (implicando ‘não se pode hipotisar o que se acredita ser falso’), ou uma leitura trivial (‘só se pode hipotisar o que pode ser afirmado’)¹⁷⁹.

Conforme a referência feita por Gardner, tais erros teriam sido cometidos entre a página 11 e a página 15 de *Law’s Empire*. Trata-se do primeiro capítulo do livro, onde Dworkin esboça a caracterização do que veio a chamar de ‘positivismo semântico’ – após o que lançará seu argumento do desacordo. De fato, pode-se encontrar uma menção a diferentes ‘pontos de vista’ em relação à prática jurídica nas páginas 14 e 15 da obra:

This crucial argumentative aspect of legal practice can be studied in two ways or from two points of view. One is the external point of view of the sociologist or historian, who asks why certain patterns of legal argument develop in some periods or circumstances rather than others, for example. The other is the internal point of view of those who make the claims. [...] Both perspectives on law, the external and the internal, are essential, and each must embrace or take account of the other¹⁸⁰.
[...]
The historian’s perspective includes the participant’s more pervasively, because the historian cannot understand law as an argumentative social practice, even enough to reject it as deceptive, until he has a participant’s understanding, until he has his own sense of what counts as a good or bad

¹⁷⁹ Pode haver um problema lógico interessante aqui, sobre o caráter particular de afirmações morais: proposições que descrevem o mundo são, em geral, consideradas contingentes – podemos, em princípio, conceber uma situação contrafactual em que seriam falsas, um mundo possível em que o estado de coisas que descrevem não é o caso. Isso não se aplica a proposições morais (ao menos não a proposições gerais, como “a escravidão é injusta”): aparentemente, não há nenhum evento no mundo que possamos alterar que altere seu valor de verdade; logo, se verdadeiras no mundo atual, elas seriam verdadeiras em todo mundo possível (o que nos tenta à conclusão de que seriam verdades necessárias). Esse ponto, assim como o caráter prescritivo das afirmações morais parece ter alguma relação com o que Gardner quer dizer com a ideia de que não podemos nos destacar de nossas afirmações morais. Na realidade, os dois pontos – não-contingência e prescritividade – estão interligados no debate entre realistas morais e não-cognitivistas. V. ROOJEN, Mark van. "Moral Cognitivism vs. Non-Cognitivism", in *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy*. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/moral-cognitivism/>>).

¹⁸⁰ LE, p. 14.

argument within that practice¹⁸¹.

Contudo, ao que tudo indica, Dworkin está apenas replicando a distinção entre o ponto de vista interno e o externo apresentada por Hart em *The Concept of Law*¹⁸². Ele de fato afirma que adotará o ponto de vista interno, do participante (até porque Law's Empire não pretende descrever atitudes ou crenças dos juízes, mas interpretar sua prática):

This book takes up the internal, participants' point of view; it tries to grasp the argumentative character of our legal practice by joining that practice and struggling with the issues of soundness and truth participants face. [...]not because only judges are important or because we understand everything about them by noticing what they say, but because judicial argument about claims of law is a useful paradigm for exploring the central, propositional aspect of legal practice. Citizens and politicians and law teachers also worry and argue about what the law is, and I might have taken their arguments as our paradigms rather than the judge's. But the structure of judicial argument is typically more explicit, and judicial reasoning has an influence over other forms of legal discourse that is not fully reciprocal¹⁸³.

Logo, não há nada, apenas nessas páginas, que justifique as duas acusações de Gardner.

3.2 Seria o ponto de vista destacado um problema para o interpretativismo?

Podemos, por fim, reinterpretar a crítica de Gardner de outra forma: Law as a leap of faith mostra o que é um ponto de vista destacado (detached point of view) do participante do direito, por meio do contraste com a ausência de tal ponto de vista na prática da religião (“In the case of God, to know Him is to love Him. Cognition of God entails moral commitment”¹⁸⁴); ocorre que a teoria de Dworkin – de que o direito é um conceito interpretativo e de que a melhor concepção do direito é como uma manifestação da virtude política da integridade – não pode dar conta dessa visão

¹⁸¹ LE, p. 15.

¹⁸² V. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. The Concept of Law. 2ª Ed. New York: Oxford University Press, 1994, p 56 e passim. Este é um dos casos em que Dworkin perde uma boa oportunidade de apresentar uma referência.

¹⁸³ LE, pp. 15-6.

¹⁸⁴ LLF, p. 14.

destacada, tão comum a juristas. Os oficiais de um sistema frequentemente não acreditam que exista uma correspondência entre deveres morais e jurídicos; eles fazem reivindicações morais em nome do sistema jurídico, sem, necessariamente, acreditar nelas: “Judges make moral claims for law but they may be anarchist subversives [....]. Or, less racy, they may just be people who need to hold down to their jobs[...].”¹⁸⁵

Pode-se desconfiar do contraste entre direito e religião/moral supra; afinal, Joseph Raz, ao definir o ‘ponto de vista destacado’, menciona que ele se aplica a qualquer campo normativo¹⁸⁶ – logo, por que não se aplicaria à religião? Um dos exemplos de detached point of view de Raz é justamente o do ‘judeu ortodoxo’:

Imagine an orthodox but relatively ill-informed Jew who asks the advice of his friend who is Catholic but an expert in Rabbinical law. ‘What should I do?’ he asks, clearly meaning ‘what should I do according to my religion, not yours’. The friend tells him that he should do so and so. The point is that both know that this is not what the friend thinks that he really ought to do. The friend is simply stating how things are from the Jewish Orthodox point of view¹⁸⁷.

O ponto de Gardner é que, ao contrário da obrigação jurídica, para reconhecer uma obrigação moral enquanto (ou, no caso dos exemplos supra, religiosa), é preciso ter a atitude interna volitiva correspondente. À primeira vista, isso implicaria que as histórias de fiéis desobedientes (e.g., Jonas, Lúcifer, etc.) revelariam um profundo problema de raciocínio – e não apenas um ‘mero’ problema moral/teológico referente ao caráter dos sujeitos. Isso pode ser elucidado por outro artigo, em que Gardner defende uma teoria sobre a inescapabilidade da moralidade (IM)¹⁸⁸ e busca explicar o tipo de

¹⁸⁵ Id., p. 138.

¹⁸⁶ PRN, p. 177. Ou ainda: “But it is a mistake to think that this kind of statement is unique to lawyers or to legal contexts. It is to be found whenever a person advises or informs another of his normative situation in contexts which make it clear that the advice or information is given from a point of view or on the basis of certain assumptions which are not necessarily shared by the speaker” [AoL, p. 156].

¹⁸⁷ RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 156.

¹⁸⁸ Podemos contrastar com uma tese mais usual em filosofia, a da relação necessária entre ‘ação e bem’. Raz, e.g., a enuncia como o que quer as pessoas façam, só o fazem porque acreditam que é bom ou valioso: “Even akratic actions are undertaken because of the good perceived in them. They are akratic because the agent believes that on balance it is against reason to engage in them, not because they are done for no reason at all. Still, the principle is overstated in the text and has to be modified to allow for pathological cases. This, however, need not detain us here” (*Ethics in the Public Domain*, p. 333).

erro que se pode cometer em relação à moralidade:

(IM) is not the thesis that, for a rational being, nothing can conflict with moral norms, nor is it the thesis that moral norms override everything with which they conflict. Human beings almost always have their reasons, for their failures to conform to moral norms. [...] Once again, it shows nothing more than a tendency for rational agents to make rational mistakes, this time mistakes about the relative importance of their own profit¹⁸⁹.

Nossos erros morais, portanto, são explicados não pela incapacidade de as razões morais produzirem a motivação devida, mas pelo fato de que temos outras considerações em jogo (um lugar comum entre filósofos morais¹⁹⁰) e de que podemos cometer erros sobre a relativa importância dessas. Gardner conclui disso que não poderíamos adotar um ponto de vista 'destacado' em relação às nossas considerações morais¹⁹¹ - ao contrário das considerações jurídicas. Se, por exemplo, reconheço a proibição do uso de drogas como uma obrigação meramente jurídica, ainda seria plausível sustentar que não tenho uma razão para não usar drogas.

Pretendemos, a seguir, estudar como a teoria de Dworkin poderia permitir descrever os enunciados de um jurista que não endossasse o seu respectivo sistema jurídico. Não obstante, cabe ressaltar que a própria ideia de que esse 'ponto de vista' acrescenta algo relevante à teoria jurídica é dubitável. Kevin Toh¹⁹², e.g., sugere que

¹⁸⁹ LLF, p. 151.

¹⁹⁰ Na realidade, esse problema (a possibilidade de reconhecermos uma obrigação e ainda assim não nos sentirmos compelidos a agir de acordo com ela) é considerado, por Cavell, um dos clássicos da filosofia moral: "(2) Even where there is no disagreement, hence no argument, about what ought to be done, even where I have achieved "rational conviction" about this question, or where the answer is from the beginning obvious, I still may not in fact do what I apparently know to be right, or refrain from doing what I surely know to be evil" (The Claim..., p. 248).

¹⁹¹ Algo afim pode ser encontrado em Dworkin (JH, 49): "In fact, however, people who find some automatic connection between moral conviction and motivation think this connection holds for false as well as true convictions. They think that anyone who really believes that he is morally required not to walk under ladders will feel constrained not to walk under them. It is conviction, not truth, that supposedly carries the motivational surge". Ainda assim, essa constrição não é uma necessidade lógica, nem psicológica: "Whatever natural connection we find between people's convictions about their moral duties and their behavior is much better explained by exploring a psychological question: Why do people take an interest in moral issues? [...] Some perverse people— Richard and Milton's Satan, for instance— want to know what is wrong because they take special or additional pleasure in doing what is wrong— doing, as Satan put it, what he should 'abhor'" [JH, 53].

¹⁹² "Of course, the phenomenon of detached legal statements to which Raz has rightly drawn our attention must be accounted for. I believe that detached legal statements can be analyzed as having a meaning that is parasitic on the meaning of committed internal legal statements. What can be shown is the

enunciados destacados são parasitários de enunciados internos; já para Eugenio Bulygin, “trata-se de um caso claro de confusión entre lógica y psicología”¹⁹³.

O problema é que, como referido supra, esses enunciados não seriam meramente hipotéticos (como Gardner entende que são suas afirmações a respeito de Deus) – i.e., não deveriam ser entendidos como antecedidos de uma cláusula como “se o direito é legítimo, então...”. O ‘ponto de vista’ da pessoa a quem o enunciado é dirigido (e.g., o judeu ortodoxo) não é parte da proposição, mas seria ‘predicado’ dela¹⁹⁴; contudo, segundo D’Almeida, há dois problemas que enunciados feitos do ‘ponto de vista destacado’ precisam superar se são, de fato, distintos de enunciados ‘comprometidos’: primeiro, eles devem ser informativos, isso é, “by uttering a detached statement, a speaker must be able to convey some information which was previously unavailable to the hearer”; em segundo lugar, deve haver uma relação entre o conteúdo do ‘ponto de vista’ da pessoa a quem o enunciado é dirigido e o conteúdo do próprio enunciado, pois a avaliação do valor de verdade depende desse ponto de vista: “it appears to imply that it may be the case that from point of view x a token statement may be assessed as true, while from point of view y it might turn out to be false”¹⁹⁵.

primacy of the meaning of committed internal legal statements, and that should be sufficient to vindicate Hart’s original strategy”. TOH, Kevin. Raz on Detachment, Acceptance and Describability, *Oxford J Legal Studies* (2007) 27 (3): 403-427. doi: 10.1093/ojls/gqm001

¹⁹³ BULYGIN, Eugenio. “Algunas respuestas a los críticos”. In *Análisis Filosófico*, vol. XXXIII, n.2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, nov. 2013.

¹⁹⁴ D’ALMEIDA, Luís Duarte. *Legal Statements and Normative Language* (January 25, 2013). Edinburgh School of Law Research Paper No. 2013/03. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2206811>, p. 9.

¹⁹⁵ *Ibid.* A análise de D’Almeida leva-nos a conceber os enunciados destacados de uma perspectiva relativista, em que tais enunciados referem proposições completas, cujo valor de verdade, contudo, varia de acordo com o ponto de vista do sujeito. Pode-se, porém, sugerir uma alternativa contextualista: parte do conteúdo semântico da proposição deve ser suprido pelo contexto, de modo que o ponto de vista integra a proposição de maneira semelhante a um advérbio, de modo semelhante, mas não idêntico, ao antecedente de um condicional. Nesse caso, a proposição seria algo como “deve fazer x no ponto de vista L”. Essa parece ser a leitura natural de enunciados referentes a jogos (“você deve rocar”, “volte duas casas”) e receitas (“você deve acrescentar duas xícaras de açúcar”). O problema dessa interpretação é que, de acordo com D’Almeida (*ibid.*, pp. 1-2), o objetivo de Raz, ao introduzir a noção de enunciados destacados, seria fornecer uma explicação não redutivista e baseada em fontes para a linguagem normativa no direito; mas se a leitura contextualista for a correta, o significado das expressões normativas no direito é o mesmo que o dessas mesmas expressões quando utilizadas em jogos e receitas, mas não é o

D’Almeida conclui que o conteúdo semântico e as condições de verdade de um enunciado destacado (como o conselho ao judeu ortodoxo) são idênticos ou aos de um enunciado interno (“você deve seguir a Torá”) ou externo (“as leis judaicas exigem que você siga a Torá”), ou o enunciado não é informativo (algo como “você é judeu”).

De fato, se a diferença crucial entre enunciados ‘destacados’ e internos é que, no primeiro caso, prescinde-se de uma determinada atitude doxástica ou volitiva¹⁹⁶, não há razão para considerá-los proposições distintas; essa diferença apenas demonstraria (contra Gardner) que, para fazer afirmações normativas, não é necessário crer nelas – o que vale para a maioria das afirmações, de qualquer tipo. Isso é evidente para quem aceita que a predicação não muda seu caráter de acordo com o uso ilocucionário do discurso¹⁹⁷ – como argumentou Peter Geach ao refutar o Ascriptivismo de Hart:

Frege demonstrated the need to make an absolute distinction between predication and assertion[...]. In order that the use of a sentence in which "P" is predicated of a thing may count as an act of calling the thing "P," the sentence must be used assertively; and this is something quite distinct from the predication, for, as we have remarked, "P" may still be predicated of the thing even in a sentence used non-assertively as a clause within another sentence. Hence, calling a thing "P" has to be explained in terms of predicating "P" of the thing, not the other way around. For example, condemning a thing by calling it "bad" has to be explained through the more general notion of predicating "bad" of a thing, and such predicating may be done without any condemnation; for example, even if I utter with full conviction the sentence, "If gambling is bad, inviting people to gamble is bad," I do not thereby condemn either gambling or invitations to gamble,

mesmo que as utilizadas em proposições morais. Note-se que, se não se pressupõe que essa explicação da ‘linguagem moral do direito’ precisa ser fornecida (como é o caso de D’Almeida, nesse artigo), ou se assumimos que ela não pode ser fornecida (como é o caso de Dworkin), a teoria do ‘destacamento’ torna-se prescindível.

¹⁹⁶ Talvez o defensor da tese dos enunciados destacados ainda tente apontar que é um paradoxo alguém dizer “devo seguir a Torá, mas não acredito nisso”; contudo, isso é tão paradoxal quanto “você deve seguir a Torá, mas não acredito nisso” – i.e., trata-se de uma instância do Paradoxo de Moore, sem que precisemos postular qualquer estado mental especial. Se realmente queremos contrastar o ponto de vista interno (do judeu ortodoxo) com o destacado (do estudioso católico), devemos refletir sobre uma sentença do tipo “judeus devem seguir a Torá; você é judeu, mas não acredito que deva seguir a Torá”. Nesse caso, percebemos que ela só foge ao Paradoxo de Moore se as duas ocorrências de ‘dever’ têm significados distintos.

¹⁹⁷ Se a análise desse tema se restringisse ao caráter ilocucionário do discurso, o debate seria provavelmente mais preciso e claro, e não se falaria de um tipo ad hoc de enunciados. Há um contraste interessante entre os atos de fala do fiel (e.g., “considerando a Torá, o que devo fazer?”, ou mesmo “devo fazer x, em nome da fé”), do estudioso (“judeus devem seguir a Torá”) e do filósofo com suas hipóteses (“Deus mandou a Abraão... Mas, claro, não há nenhum deus, e é provável que nunca tenha havido um Abraão, dependendo da teoria da referência que adotarmos”).

though I do predicate "bad" of these kinds of act. It is therefore hopeless to try to explain the use of the term "bad" in terms of nondescriptive acts of condemnation[...]¹⁹⁸.

Se isso estiver correto, as afirmações de alguém que adota o ponto de vista ‘destacado’, que são o que interessa à teoria do direito, não seriam distintas das daquele que faz afirmações ‘comprometidas’.

3.3 Holmes – um juiz ‘destacado’?

Um exemplo de jurista e teórico que sustentou um ponto de vista destacado seria, aparentemente, Oliver Wendell Holmes Jr., o legendário juiz da Suprema Corte, conhecido por suas ideias filosóficas pragmáticas (afins ao realismo jurídico), seu declarado ceticismo em relação a obrigações morais e sua aparente deferência para com o direito legislado. Dworkin o menciona com frequência em suas obras; numa ocasião, conta como, após se despedir do Juiz Learned Hand (para quem Dworkin trabalhou em sua juventude), Holmes retornou apenas para dizer ao colega que fazer justiça não era o "seu trabalho"¹⁹⁹. Em outra passagem, ele é citado como um paradigma de juiz que não reivindica autoridade legítima para o sistema jurídico²⁰⁰ - o que seria um contra-exemplo à tese de Joseph Raz de que 'o direito reivindica autoridade legítima'²⁰¹.

Porém, em *How Law claims, what Law claims*, Gardner responde, em defesa de Raz, que a tese da reivindicação não é invalidada quando se cotejam as afirmações de Holmes enquanto teórico com suas crenças pessoais; isto porque a reivindicação é feita

¹⁹⁸ GEACH, Peter T. "Ascriptivism", in *The Philosophical Review*, LXIX (1960), pp. 221-225. Disponível em: < <http://www.hist-analytic.com/Geach2.htm>>.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald M. *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 1.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 200.

²⁰¹ "Dworkin's theory, one must conclude, is inconsistent with the authoritative nature of law. That is, it does not allow for the fact that the law necessarily claims authority and that it therefore must be capable of possessing legitimate authority. To do so it must occupy, as all authority does, a mediating role between the precepts of morality and their application by people in their behaviour. It is this mediating role of authority which is denied to the law by Dworkin's conception of it" [Ethics in the Public Domain, New York: Oxford University Press, 1996, pp. 225-6]

enquanto oficial do sistema – e Holmes não precisa crer nela:

Holmes, he points out, believed that law is incapable of creating moral obligations. So he could not have believed that law is capable of having moral authority, which is a way of creating moral obligations. So he could not, as a Justice of the Supreme Court, have joined in with the claims that Raz says law-applying officials must make for law. [...] [...] His [Dworkin] first mistake is to think that what an official claims for the law depends on what ‘beliefs and attitudes’ the official has about or towards the law. [...] That is because, as well as being capable of being true or false, claims are capable of being sincere or insincere.”²⁰²

Cabe observar que Dworkin não está sugerindo que as afirmações de Holmes enquanto juiz precisam ser, necessariamente, consistentes com suas afirmações enquanto teórico²⁰³; ele sabe que existe esse contraste entre os dois conjuntos de afirmações, e o critica. É por isso, por exemplo, que Holmes é citado como o primeiro exemplo de teoria jurídica ‘externa’ em *Law's Empire*²⁰⁴. Embora Dworkin não mencione o que Gardner considera o ‘ponto de vista destacado’, tudo indica que consideraria o ocupante desse ponto como pressupondo²⁰⁵ uma teoria ‘cética’ sobre o direito. Podemos conceber o ‘juiz destacado’, portanto, afirmando, em seu ofício, que ‘x tem uma obrigação y’ – conquanto creia, na realidade, que ‘é falso que x tem uma obrigação y’²⁰⁶. Que tipo de teoria poderia embasar essa afirmação?

Uma possibilidade seria que tal juiz sustentasse uma teoria cética geral sobre obrigações morais – em especial, o que Dworkin chama de ‘ceticismo externo’: que

²⁰² LLF, p. 128-9.

²⁰³ É irrelevante, para nossa atual discussão, investigar se Holmes, ou qualquer outro juiz, reivindica autoridade legítima em nome do sistema jurídico. De fato, Dworkin criticou, desde *Law's Empire* até *Justice in Robes*, a ideia de que os oficiais ‘falam’ em nome do sistema: Let us call “propositions of law” all the various statements and claims people make about what the law allows or prohibits or entitles them to have. [...] Lawyers and judges and ordinary people generally assume that some propositions of law, at least, can be true or false. But no one thinks they report the declarations of some ghostly figure: they are not about what Law whispered to the planets. Lawyers, it is true, talk about what the law “says” or whether the law is “silent” about some issue or other. But these are just figures of speech”. [LE, p. 4]. No entanto, se consideramos que ‘o direito’ é aquilo que certas autoridades disseram ou implicaram, é muito mais plausível imputar-lhe atitudes proposicionais da forma como Gardner o faz; esse uso de “o direito diz que” é afim ao uso de expressões como “a Constituição diz que”, “o STF diz que”, “o Código Civil diz que” – portanto, é tão simplificado em nossa linguagem jurídica ordinária quanto a versão da “figura de linguagem” de Dworkin.

²⁰⁴ LE, p. 15.

²⁰⁵ Ele pode nunca estar ciente dessa pressuposição, é claro.

²⁰⁶ Estamos assumindo, com Gardner, que o conteúdo semântico de termos como ‘direito’ e ‘obrigação’ é o mesmo em afirmações morais e afirmações jurídicas, é claro.

nenhuma proposição moral pode ser verdadeira. Dworkin considera que, a despeito de sua popularidade entre juristas²⁰⁷, esse ceticismo é um engano filosófico, uma tese auto-refutável²⁰⁸. De qualquer forma, não é o que nos concerne aqui, seja porque não é o que Gardner (o qual, como visto supra, defende a tese da inescapabilidade da moral) parecer em mente em sua crítica, seja porque o ceticismo externo ‘deixa tudo como está’:

Essa forma de ceticismo é desvinculada do empreendimento humano que critica: baseia sua crítica em um pressuposto apriorístico, e totalmente geral, sobre os tipos de entidades, de verdade ou conhecimento que são metafisicamente possíveis. Pretende mudar não o modo como levamos nossas vidas, mas as afirmações filosóficas que fazemos. Em minha opinião, o ceticismo externo sempre fracassa porque não consegue caracterizar as afirmações externas que critica, a não ser em forma de metáforas infelizes sobre entidades “bizarras” e coisas do gênero. De qualquer modo, porém, o ceticismo externo não constitui uma ameaça, pois podemos adotá-lo, se quisermos, e continuar a viver e a sentir como fazíamos antes²⁰⁹.

A outra possibilidade seria uma teoria cética sobre o próprio direito; um exemplo de teoria desse tipo seria o pragmatismo jurídico (do qual Holmes teria sido precursor), o qual “nega que a comunidade garanta qualquer benefício ao demandar que as decisões judiciais sejam controladas por algum suposto direito dos litigantes à consistência delas em relação a outras decisões políticas passadas”²¹⁰.

It offers a very different interpretation of our legal practice: that judges do and should make whatever decisions seem to them best for the community’s future, not counting any form of consistency with the past as valuable for its own sake. So pragmatists, strictly speaking, reject the idea of law and legal right deployed in my account of the concept of law, though as we shall see,

²⁰⁷ “[...] the skeptical challenge, sensed as the challenge of external skepticism, has a powerful hold on lawyers. They say, of any thesis about the best account of legal practice in some department of the law, “That’s your opinion,” which is true but to no point. Or they ask, “How do you know?” or “Where does that claim come from?” demanding not a case they can accept or oppose but a thundering knock-down metaphysical demonstration no one can resist who has the wit to understand. And when they see that no argument of that power is in prospect, they grumble that jurisprudence is subjective only. Then, finally, they return to their knitting—making, accepting, resisting, rejecting arguments in the normal way, consulting, revising, deploying convictions pertinent to deciding which of competing accounts of legal practice provides the best justification of that practice. My advice is straightforward: this preliminary dance of skepticism is silly and wasteful; it neither adds to nor subtracts from the business at hand [Law’s Empire, pp. 85-6].

²⁰⁸ “An external error skeptic holds that all moral judgments are objectively false, and an external status skeptic that moral judgments do not even purport to be true. Each contradicts himself if his own skeptical judgment is itself a moral judgment; surely he must claim truth for his own philosophical position” (JH, 41).

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 292.

²¹⁰ LE, p. 115.

they insist that reasons of strategy require judges sometimes to act “as if” people have some legal rights²¹¹.

Note-se que isso não significa que um pragmático não possa conceber as ideias ordinárias de direito e obrigação jurídica; ele apenas mantém seu ceticismo em relação à extensão desses conceitos. Contudo, tal jurista, ao agir ‘como se houvesse’ direitos, acaba num dilema: a) ou ele age como se acreditasse em outra teoria do direito, tornando seu ‘ponto de vista destacado’ completamente irrelevante, pois é a visão adotada que qualifica a sua prática e suas afirmações internas²¹², ou b) na medida em que não leva a prática jurídica a sério (ele está como que interpretando um personagem²¹³), ele assume uma interpretação que não a explica, nem é coerente com ela:

So pragmatism can be rescued as a good explanation for our cross-section picture of adjudication only by procrustean machinery that seems wildly inappropriate. It can be rescued only if we do not take judicial opinions at face value at all; we must treat all the judges who worry about problematical statutes and precedents as practicing some unmotivated form of deception²¹⁴.

Esse pragmático, portanto, só consegue expor sua teoria mediante um insulamento radical de sua prática²¹⁵. O ponto não é que tal posição seja lógica ou psicologicamente impossível (ela não o é), nem que dependa, ainda, de afirmações

²¹¹ Ibid..

²¹² Que outra crítica poderíamos fazer a alguém que em tudo agisse como um homem justo (que, inclusive, para decidir como agir se perguntasse “como um homem justo agiria?”), mas que nos informasse que não existe tal coisa como a justiça, exceto que (‘felizmente’, acrescentaríamos) age de forma irresponsável? Se for esse o caso, trata-se de mais um típico (e inofensivo) caso de ceticismo externo.

²¹³ Imaginemos um ator que, após a peça, explicasse ao público que quando ele diz, no papel de Hamlet, “estou morto”, ele não estava falando sério, que isso era falso (e, podemos generalizar, praticamente todas as afirmações teatrais também). Mais absurdo seria se o ator afirmasse que, na peça, falava em nome do teatro, ou de Hamlet, ou de Shakespeare. Parece que o ator não entendeu algo sobre o ‘jogo de linguagem’ do teatro: quando, na peça, Hamlet diz que está morto, ele está falando sério; não precisamos de qualquer teoria sobre a posse de atores por personagens fictícios para falar dessa forma, apenas de uma teoria da interpretação. Mas o ator, nesse caso, pode se defender referindo que (por algum motivo filosófico, provavelmente) apenas apontou para o óbvio contraste entre sua “ação no mundo real”, inserida num “faz-de-conta” constituído por, entre outras peculiaridades, o agonizar de um príncipe da Dinamarca, e esse próprio faz-de-conta. Qual a razão para designar esse contraste? E, se há um contraste semelhante (no caso, entre a moralidade e o direito), em que circunstâncias um juiz poderia apontá-lo?

²¹⁴ LE, p. 159.

²¹⁵ Aparentemente, ele é presa do tipo de insulação filosófica que Paulo Faria denuncia em “Tirando o corpo fora”, in In Rosenfield, Denis L. (org.), Filosofia Política - Nova Serie, Porto Alegre: L&PM, Vol. 6, pp. 12-26, 2000.

morais questionáveis; para Dworkin, ela é falsa, pois o que define uma teoria do direito como verdadeira é o fato de que é uma melhor interpretação²¹⁶. Ela sequer é uma boa teoria sobre como os juízes devem agir, pois não fundamenta, mas apenas pressupõe, a tese de que não existe uma conexão fundamental entre aquilo que o juiz deve fazer, tendo em vista a autoridade em que está investido, e aquilo que o direito é.

Para fundamentar essa distinção entre a afirmação da obrigação enquanto oficial do sistema, e a afirmação ou crença na sua inexistência, é preciso pressupor, desde o início, alguma teoria meta-ética e meta-jurídica, como o que Dworkin chama de ‘visão de dois sistemas’. É a crítica a essa teoria que estudaremos a seguir.

3.4 A falibilidade do direito e a visão de dois sistemas

Um argumento comum em favor do positivismo é apontar a contingência e a falibilidade moral do direito: leis, decisões judiciais e obrigações jurídicas reconhecidas frequentemente são indiferentes a (e, às vezes, violam) princípios morais. Mesmo que os oficiais do sistema usem uma linguagem com conceitos morais, e mesmo que façam reivindicações/alegações morais em nome do sistema jurídico, é comum que não haja qualquer correspondência entre obrigações jurídicas e obrigações morais. Portanto, a verdade das proposições jurídicas não pode depender de seu mérito moral.

Nessa visão, uma sentença como "o aborto é proibido" pode ser considerada

²¹⁶ Vale recordar (se ainda não está claro) que Dworkin não propõe uma teoria sobre a definição de sistemas jurídicos ou sobre a ‘natureza’ do direito (as condições para a aplicação do termo ‘direito’ a uma organização social qualquer, histórica ou contrafactual). Não obstante, há defensores de Dworkin que entendem que, se o positivismo é falso para um único sistema jurídico, ele deve ser falso para todos os sistemas possíveis (e.g., GREENBERG, Mark. “Hartian Positivism and Normative Facts: How Facts Make Law II”. In *Exploring Law's Empire*, Scott Hershovitz, ed., Oxford: Oxford University Press, 2006, Cap. 11; Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=887418>) – mas isso não decorre do interpretativismo.

Cabe notar que, ao analisar o jurista cético, estamos imaginando um sistema jurídico suficientemente semelhante ao nosso. Como o interpretativismo não pressupõe uma teoria conclusiva sobre a natureza dos sistemas jurídicos, pode haver um sistema em que a melhor interpretação seja a cética; na realidade, sequer é inconcebível que estejamos enganados: que a melhor interpretação para o nosso sistema seja igualmente cética (e.g., que nossas práticas jurídicas – quiçá até nossa filosofia do direito – sejam uma encenação visando a manter o poder de uma classe dominante).

‘verdadeira-no-sistema-jurídico’ (i.e., ela pertence ao conjunto de proposições deriváveis de regras reconhecidas como jurídicas) e moralmente falsa, embora expresse o mesmo conteúdo semântico em ambos os casos; isso porque é prescrita ou derivada de regras jurídicas, mas proscrita por regras morais.

Podemos voltar à analogia com o exercício literário: poderíamos considerar que sentenças referentes a uma peça (‘há algo de podre no Reino da Dinamarca’) podem ter o mesmo conteúdo que sentenças referentes ao mundo real, mas condições de verdade distintas: na peça, a proposição é verdadeira somente se puder ser inferida a partir da performance, ou das afirmações do texto; no direito, se derivar das fontes²¹⁷. Mas a analogia também aponta três problemas para o positivismo: a) não é uma teoria plausível da interpretação teatral que somente as sentenças assim deduzidas do texto ou da performance sejam verdadeiras em relação à peça²¹⁸ (portanto, o positivismo tem de romper, ao menos parcialmente, com a analogia ao tratar da interpretação²¹⁹); b) a peça teatral não é apenas uma ‘imitação’ do mundo real no sentido em que uma fotocópia é uma imitação de um documento – ela também é parte do que chamamos de ‘mundo real’²²⁰ (e a manutenção da analogia poderia nos levar a concluir que o direito também é parte da moralidade); c) a analogia pressupõe, ao invés de mostrar, que a objetividade da moralidade se fundamenta em algo bastante distinto do que fundamenta a objetividade do direito; mas, se ambos forem conceitos interpretativos (no sentido

²¹⁷ E, assim como é possível que todas as sentenças verdadeiras no direito também sejam moralmente verdadeiras, se a autoridade for legítima, é possível que todas as ‘sentenças da peça’ sejam atualmente verdadeiras se ela for uma reprodução fiel de fatos.

²¹⁸ Mesmo que fosse, ela seria apenas uma teoria, bastante paroquial e restritiva, e não poderia excluir a possibilidade de utilizar outras teorias. V. Uma Questão de Princípio, p. 199, onde Dworkin sugere uma analogia entre uma versão do positivismo e esse tipo de interpretação literária.

²¹⁹ Como, na realidade, o próprio Raz o faz ao distinguir entre interpretação literária e interpretação de enunciados da autoridade, além de entre interpretações que conservam e interpretações que criam sentido - mesmo que, frequentemente, não possamos distinguir o tipo de interpretação utilizado. V. *Between Authority and Interpretation*, pp. 116-20.

²²⁰ O que, contudo, sugere que as sentenças da peça e as do mundo real não tem exatamente o mesmo conteúdo semântico.

dworkiniano), isso fica comprometido.

De fato, o argumento da falibilidade moral do direito pressupõe, ao invés de provar, a 'visão dos dois sistemas' – que direito e moralidade são sistemas completamente separados. Dworkin rejeita esse argumento, por circular; sem pressupor uma interpretação dos dois conceitos, o filósofo não pode decidir de que forma eles são relacionados:

Here is the orthodox picture. “Law” and “morals” describe different collections of norms. The differences are deep and important. Law belongs to a particular community. Morality does not: it consists of a set of standards or norms that have imperative force for everyone. Law is, at least for the most part, made by human beings through contingent decisions and practices of different sorts. It is a contingent fact that the law in Rhode Island requires people to compensate others whom they injure negligently. Morality is not made by anyone (except, on some views, a god), and it is not contingent on any human decision or practice²²¹.

[...]

There is a flaw in the two- systems picture. Once we take law and morality to compose separate systems of norms, there is no neutral standpoint from which the connections between these supposedly separate systems can be adjudicated. Where shall we turn for an answer to the question whether positivism or interpretivism is a more accurate or otherwise better account of how the two systems relate? Is this a moral question or a legal question? Either choice yields a circular argument with much too short a radius²²².

A contínua divergência entre Dworkin e os (supostos²²³) partidários da ‘visão de dois sistemas’, na realidade, pode ser explicada não apenas por uma compreensão distinta do que é importante no sistema jurídico (e.g., a ênfase na prática jurídica vs. a ideia do sistema de normas), mas também na concepção de moralidade. No caso, a

²²¹ JH, p. 401.

²²² JH, p. 402. Pode-se ver, ao fim da introdução do *Justice in Robes*, que Dworkin já começava a esboçar essa nova visão de sua teoria do direito e da moral – que, na realidade, não se trata de dois sistemas com uma intersecção necessária. Na realidade, a teoria da moralidade (ou pelo menos da noção mais abrangente de ‘valor’) como um conceito interpretativo parece colocar em xeque a própria ideia de que esse ‘domínio’ possa ser caracterizado como um sistema – ao menos no sentido de sistema que Bernard Williams critica como a ‘instituição peculiar’ (V. *Ethics and the Limits of Philosophy*, London: Fontana, 1985).

²²³ Cabe notar que Raz nega que a moralidade seja uma espécie sistema, pois não há um ponto de vista moral particular: “I will assume that there are reasons which are not themselves part of any point of view and which determine when it is appropriate to resort to points of view. Now morality, I think, must be part of those background considerations which we resort to in virtue of being rational animals. i.e. reasoning animals. Put it a different way: there are values and reasons which unconditionally govern our thought. We call some of them moral. Which are moral and which are not seems to me to be a matter of classificatory convenience, and not anything of any great moment” (*Ethics in the Public Domain*, p. 329-30). Ainda assim, a caracterização da visão de ‘dois sistemas’ por dworkin é suficientemente precisa.

teoria de Gardner parece conceber a moralidade como um sistema de razões e normas a serem descobertas (quase como um ‘reino metafísico do qual os juízos morais são uma descrição’ – uma teoria continuamente criticada por Dworkin²²⁴) que o direito poderia, ou não, “imitar”, como Dan Priel aponta:

It is often assumed that Dworkin is a moral realist and therefore that he, like virtually all legal philosophers adopts what I call “the imitation model.” On the imitation model there are moral rules, principles, rights, duties that pre-exist the law and that law ought to imitate. Since this view is very familiar, and perhaps even more because Dworkin is famous for thinking that there is some important connection between the content of law and morality, it is tempting to think that Dworkin too adopts this view. But Dworkin has long rejected it.[...]

Dworkin contrasts there two views of morality, one that he calls the “‘natural’ model” and the other that he calls the “‘constructive’ model.” The natural model assumes that moral or political theories “describe an objective moral reality; they are not, that is, created by men or societies but are rather discovered by them, as they discover the laws of physics” (TRS 160). The constructive model, as its name suggests, thinks of morality as something to be created or constructed by humans.²²⁵

Conquanto, à primeira vista, essa visão da moralidade modelada de acordo com a prática jurídica possa despertar estranheza (um devaneio de um jurista?), podem-se encontrar lições semelhantes em pensadores tão distintos quanto Hilary Putnam (em sua conferência “How not to solve ethical problems”²²⁶) e de Stanley Cavell²²⁷, por

²²⁴ V. GUEST, Dworkin..., p. 133.

²²⁵ Uso aqui a exposição Dan Priel intitulada “Making sense of Dworkin” (disponível em: <<http://lawconf.mcmaster.ca/papers/Making%20Sense%20of%20Dworkin.pdf>>), apresentado na McMaster Philosophy of Law Conference: The Philosophy of Ronald Dworkin, em 1º de junho de 2014. Posteriormente, por e-mail, em 5.8.2014, Prof. Priel mencionou que estava revisando o conteúdo dessa apresentação; ela ainda não foi publicada, embora guarde semelhanças com o argumento geral fornecido em “The Place of Legitimacy in Jurisprudence” [PRIEL, Dan. “The Place of Legitimacy in Legal Theory” (March 8, 2010). McGill Law Journal, Vol. 57, No. 1, 2011; Warwick School of Law Research Paper No. 2010/04. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1566825>].

²²⁶ “The extreme deductivism of much contemporary analytic philosophy may reflect the grip of the problem/solution metaphor. I suggest that our thought might be better guided by a different metaphor - a metaphor from the law, instead of a metaphor from science - the metaphor of adjudication. I shall give an example - one that is bound to be controversial. (But it is part of the metaphor of adjudication that a good example must be controversial) My favorite example of a wise adjudication of a difficult dispute is the Supreme Court's decision on abortion. (...) In calling the Supreme Court decision "wise," I am not saying that it is the "last word" on the abortion issue. If it were the last word, it would be a solution and not an adjudication. What I say is that reasonable men and women should agree that it would have been decidedly unwise for the Court either to (1) read Roman Catholic theology into the Constitution; or (2) grant that persons have the right to receive and perform abortions even in the ninth month of pregnancy.

That we cannot "solve" the abortion problem should not be surprising. The issues most discussed in connection with the problem, the issue of when personhood begins and the issue of the extent of rights to privacy as they affect the termination of one's own pregnancy, are ones we cannot see to the bottom of.

exemplo. Em Dworkin, o conceito de moralidade resulta tão interpretativo quanto o de direito:

Moral concepts are interpretive concepts. That claim has great significance for moral and political philosophy. It offers to explain, for example, why the popular idea is mistaken that philosophers can provide an “analysis” of justice or liberty or morality or courage or law that is neutral about the substantive value or importance of these ideals. It supports the opinion I offered that “meta-ethics” is a misconceived project.²²⁸

Na realidade, para ele, o direito é um tipo de moralidade institucionalizada – um ramo da política, que por sua vez é um ramo da moralidade²²⁹. Disso não se infere que não exista diferença entre obrigações morais e jurídicas, que o direito seja sempre justo, etc. A relação é melhor definida quando pensamos no valor do direito (o que implica interpretá-lo): concebê-lo, e.g., como o conjunto de “condições para o exercício da

We do not have clear criteria of personhood; and this is connected with our lack of even the faintest shadow of a genuine theory of such things as intentionality and value. (...) We need adjudications precisely in cases such as this - cases in which we cannot find a noncontroversial principle or application of a principle which settles what we should do.

A very different metaphor may be of help here - the metaphor of reading. Consider the following two interpretations of Hamlet (they are not meant to be exhaustive): (1) an interpretation-an unsophisticated reader might give this-in which Hamlet's "uncertainty" is merely epistemic, merely a belief that there is not enough evidence on which to act against the King, and on which Hamlet feigns madness merely to buy time to find out what the facts are; (2) an interpretation in which Hamlet's hesitation reveals a "conflict." One need not go as far in this direction as to "buy" a psychoanalytic interpretation of the play to contrast Hamlet's ability to act decisively when he brings about the deaths of Rosenkrantz and Guildenstern, or when he struggles with pirates, with his inability to act in the case of greatest concern to him; nor is it implausible that the phenomenon of finding oneself to be unable to act (for reasons one cannot understand) would be one with which a dramatic genius would be acquainted, without having read Freud, and would find reading, and thus of great potential interest. A sensitive reader will see that the second interpretation is better than the first. (A still better reading might include both perspectives.)" [PUTNAM, Hilary. "How not to solve ethical problems". In *Realism with a Human Face*, Cambridge, MA: Harvard University Press, pp. 181-2. Disponível em: <http://kuscholarworks.ku.edu/dspace/bitstream/1808/12397/1/How%20Not%20to%20Solve%20Ethical%20Problems-1983.pdf>].

²²⁷ “But suppose that it is just characteristic of moral arguments that the rationality of the antagonists is not dependent on an agreement's emerging between them, that there is such a thing as rational disagreement about a conclusion. [...] Socrates said, after all, that there are questions about which even the gods would disagree. (And his first concern, and perhaps his last, was not ‘How can we achieve agreement?’, but ‘What kind of questions are these?’.) Then how is the rationality of the answers to be determined? By the argument, no doubt; and perhaps the argument is such that it could establish rationality in the absence of agreement — though agreement may, it is to be hoped, supervene. Without the hope of agreement, argument would be pointless; but it doesn't follow that without agreement — and in particular, apart from agreement arrived at in particular ways, e.g., apart from bullying, and without agreement about a conclusion concerning what ought to be done — the argument was pointless”. [CAVELL, Stanley. *The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, morality and Tragedy*. New York: Oxford University Press., pp. 254-5].

²²⁸ JH, p. 166.

²²⁹ JR, pp. 34-5.

coerção legítima”, ou que os direitos subjetivos (jurídicos) são direitos morais e políticos, com uma qualidade especial: são exigíveis de órgãos adjudicativos²³⁰. Essa relação do direito com ‘a moralidade como um todo’ pode ser melhor compreendida traçando um paralelo com o exercício da autoridade paterna:

Here is a banal domestic story: the development of a special moral code or practice for a single family. You have two children: a teenage girl, G, and her younger brother, B. G has promised to take B to a sold-out and much-heralded pop concert for which she has been lucky enough to acquire two tickets. But someone she has been anxious to date calls, and she offers the place to him instead. B protests and comes to you; he wants you to make G keep her word. An army of questions arises. Do you have legitimate associational authority, as a parent, to tell G what to do or to tell B what to accept? Do they have distinct associational obligations to do or to accept what you say, just as your children? If you think that you do have that authority, and that they do have that obligation, then are coercive measures appropriate— threats that will induce G to keep her promise even though she does not wish to do so or does not think that she should? Are there conditions on your use of coercive authority beyond your conviction that she should keep her promise? If so, what are those further conditions? How far are they supplied or shaped by your family’s history? Does it matter— and if so, in what way— how you have exercised your authority on similar occasions in the past? Or, if you have a partner, how that partner exercised a similar authority? What makes a past occasion similar? What if you have revised your opinion about the importance of promising?²³¹

Note-se que as objeções positivistas apresentadas contra a teoria do direito de Dworkin poderiam, aparentemente, ser replicadas no exemplo da autoridade familiar – ao menos não há contradição aparente em fazê-lo. Isso reforça a validade da analogia; afinal poderíamos dizer que as regras familiares são identificáveis por uma regra de reconhecimento simples (algo como 'obedeça aos pais') relacionada a uma prática social, que são aplicadas por 'oficiais do sistema' (os pais e aqueles aos quais eles delegam autoridade - parentes, babás, irmãos...) os quais reivindicam autoridade legítima ou moral, que são formuladas com a utilização de conceitos morais como dever e direito (embora sejam moralmente falíveis ou mesmo ilegítimas), que podem variar de família para família (e, principalmente, de cultura para cultura), que deve ser possível identificar as diretrizes da autoridade sem endossá-las, nem deliberar sobre as razões

²³⁰ JH, p. 404.

²³¹ JH, p. 407.

substantivas que as embasam, nem sobre seu conteúdo... Mas qual seria o ponto dessas críticas – dessa teoria positivista da autoridade familiar²³²? Seguramente, são irrelevantes para alguém que busca refletir sobre seu dever familiar; elas apenas referem um contraste trivial entre o que as pessoas efetivamente fazem (os fatos brutos) e o que deveriam fazer²³³.

A vantagem dessa visão integradora do direito e da moralidade é que permite pensar em nossas obrigações políticas não como uma questão de obedecer às “decisões políticas da comunidade uma a uma”, ou de apenas convergir com os demais a respeito dos seus princípios e compartilhar dos valores destes, “como os filósofos políticos costumam representá-la”; ela se torna “uma ideia mais protestante: fidelidade a um esquema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, de forma última para si mesmo, como o esquema de sua comunidade”²³⁴.

3.5 Considerações finais

Para Dworkin, o direito exige mais que um 'salto de fé' ou que uma

²³² E no entanto, Raz, de forma coerente, utiliza o exemplo da autoridade paterna para formular sua teoria sobre autoridade. V., e.g., AoL, pp. 16-7 e p. 152.

²³³ Poderíamos traçar um contraste semelhante entre o que chamamos de moralidade ‘convencional’ (padrões morais aceitos por determinada sociedade) e moralidade ‘crítica’ (o domínio referente a nossos deveres morais genuínos). “Para os antigos romanos, era permitido que um pai assassinasse o filho” é uma sentença ambígua: pode ser interpretada como uma afirmação verdadeira que descreve um fato relativo às convicções de membros de uma certa sociedade (de um ‘ponto de vista externo’), ou como um enunciado falso (de um ‘ponto de vista interno’) a respeito das obrigações morais estabelecidas entre pais e filhos dessa mesma sociedade. No primeiro caso, a linguagem utilizada não é propriamente normativa: não é que os antigos pais romanos tivessem um direito-na-moralidade-convencional, mas não o tivessem na moralidade crítica – eles não tinham direito algum! Como tratam de assuntos diferentes, não há desacordo entre a primeira afirmação da primeira e a negação da segunda; e, como são duas proposições distintas (basta olhar para as respectivas condições de verdade para constatá-lo), não faz sentido falar de um terceiro ‘ponto de vista’ entre elas.

Não há dúvida de que alguém poderia dizer, com algum sentido, que a moralidade convencional ‘reivindica’, ou tem a pretensão de, correção moral; mas provavelmente isso significa algo como “ao seguir os padrões considerados morais em uma sociedade, as pessoas consideram que estão agindo de forma correta”. Se é assim, não há interesse prático (e a grande questão é saber se há interesse filosófico) em pensar na moralidade ‘convencional’ como um sistema que pretende refletir ou representar o sistema da moralidade ‘crítica’: ou estamos descrevendo os costumes de uma determinada sociedade, ou estamos participando desse empreendimento chamado moralidade.

²³⁴ LE, p. 190. Tradução livre.

pressuposição de que suas normas são válidas. Mas, estendendo a metáfora religiosa, isso não implica a exclusão (muito menos uma 'exclusão conceitual') de agnósticos e infiéis. Indo ao encontro da atitude 'protestante' que ele recomenda, o teórico deve ser tolerante, mesmo com sacerdotes ou profetas hereges; mesmo porque não há nenhum ponto de vista privilegiado donde se possa fornecer uma demonstração de que estão errados.

A correção de uma teoria do direito não depende diretamente da crença professada por qualquer participante da prática. Na realidade, o número de teorias sobre a relação entre direito e moralidade (com suas respectivas concepções peculiares de direito e de moralidade) parece ser tão grande quanto o número de teóricos. Mas a teoria de Dworkin não é negligente, nem omissa, quanto a esse ponto; esse tipo de desacordo é um dos principais problemas de que o interpretativismo pretende dar conta.

Embora a ideia (da qual partimos) de que não se pode “hipotisar” uma proposição jurídica sem endossá-la (ou sem aceitá-la) seja altamente implausível para qualquer teoria do direito, ela parece captar um aspecto verdadeiro da teoria de Dworkin – que a correção de uma proposição jurídica, assim como a correção de uma proposição moral, depende de um argumento (e que esse argumento ocorre no interior de uma prática jurídica); mas disso não se infere que, sem prover tal argumento (ou sem levá-lo a sério), nossas afirmações sejam, por isso, falsas ou incompreensíveis – apenas que não estamos justificados em sustentá-las²³⁵. Nesse caso, podemos estar sendo juristas

²³⁵ Afinal, para Dworkin, um juízo de valor é verdadeiro em virtude da argumentação que se pode fornecer em seu favor – não em virtude da argumentação que efetivamente fornecemos (do contrário, seria difícil reivindicar-lhes objetividade), muito menos em virtude da explicação de como formamos a crença – e.g.: “Imagine that scientists show that a sudden short existence of— let us say— a huge magnetic field in a particular area coincides with changes in the moral beliefs of all those living in that area. People who had a strong conviction that abortion is morally wrong before the magnetic field occurred, have an equally strong conviction after it occurs that abortion is morally permissible. He says that this example shows it would make no difference at all to the way we justified our change in moral belief. We wouldn’t say “I think now, because of the magnetic field, that abortion is permissible.” Rather,

irresponsáveis (como no exemplo de Gardner do juiz que está apenas preocupado com seu salário), como as pessoas frequentemente o são ao agir de forma irrefletida, ou contra aquilo que consideram ter mais razões para fazer – e, por isso, é bastante provável que estejamos equivocados sobre o status moral do direito. Ou pode ser nossa teoria mais abstrata que está errada: O. W. Holmes é considerado um dos maiores juízes da história dos EUA; mas suas ideias sobre o direito (e, principalmente, sobre a moralidade) são profundamente criticadas tanto por Dworkin quanto por Gardner – embora lhe tenham feito homenagem ao mencioná-lo em suas discussões.

Considerações Finais

No prefácio de *Morality: An Introduction to Ethics*²³⁶, Bernard Williams reclama que a filosofia moral contemporânea havia encontrado uma maneira original de ser entediante – qual seja, evitando discutir quaisquer questões morais. Há um certo risco de que tenhamos trilhado esse mesmo caminho ao estudar uma discussão de filosofia do direito e filosofia moral sem, contudo, abordar qualquer tema propriamente jurídico ou moral. Isso se agrava quando lembramos que o objetivo era estudar discussões travadas por um autor conhecido por se gabar e defender que a teoria do direito deveria ser interessante²³⁷.

Contudo, podemos defender-nos dessa autoacusação lembrando que esse mesmo autor insistia que a filosofia do direito constitui um prólogo para qualquer decisão judicial, e que sua participação em debates sobre meta-ética tinha por fim garantir-nos o ‘direito’ de levarmos a sério nossas crenças morais. Sua concepção peculiar de direito e moralidade teria a alegada vantagem de expor de maneira mais cristalina as consequências e pressupostos morais da prática jurídica, encorajando-nos a ver questões de teoria do direito como “morais, sobre como, quanto e por que razão decisões autoritativas, coletivas e convenções especiais deveriam ter a última palavra em nossas vidas” e ensejando que nos concentrássemos no papel que a justiça deve ter ao fixar o que o direito é²³⁸.

Vimos, assim, como o argumento do desacordo (ou seja, o “agulhão semântico”) não apenas refuta a teoria semântica do direito, como também aponta problemas na relação entre enunciados (internos) de direito e a “tese dos fatos sociais”,

²³⁶ Cambridge: Cambridge University Press, 1972.

²³⁷ "I said I thought that legal philosophy should be interesting. He [John Gardner] jumped on me. 'Don't you see?' he replied. 'That's your trouble.' I am guilty of this charge." [Justice in Robes, p. 185]. Cf. LLF, pp. 270 e s.

²³⁸ Justice in Robes, p. 35. Trad. Livre.

considerada a concepção paradigmática da teoria positivista sobre os fundamentos do direito.

Ainda estaria por ser oferecida uma resposta por parte dos positivistas²³⁹ ao argumento do desacordo. De fato, positivistas exclusivistas como Raz, Shapiro e Gardner aceitam que, se o discurso jurídico é normativo, os principais conceitos normativos dos enunciados jurídicos (direito e obrigação) têm, usualmente, o mesmo conteúdo semântico que os termos homófonos empregados no discurso moral; Gardner e Raz, inclusive, consideram essa uma conexão necessária: afirmações jurídicas pressupõem algum tipo de ‘reivindicação’ moral (embora esta possa ser falsa). Mas isso não implica que as condições de verdade dos enunciados morais sejam as mesmas dos jurídicos: a destes continuaria sendo determinada por meros fatos – o que certas pessoas fizeram ou decidiram em algum momento, sob certas condições. As razões por que tais pessoas agiram dessa forma podem ser muito importantes para a prática jurídica – podem, inclusive, ter um papel fundamental no raciocínio jurídico entendido como criação do direito. E podemos divergir sobre tais razões, sobre a relevância delas, etc. Para o positivista exclusivista, elas não são direito, não fazem parte do sistema: não constituem fontes, nem proposições jurídicas. O positivismo exclusivista se defende do argumento do desacordo, em grande parte, às custas de ignorá-lo; transporta boa parte das discussões entre juristas para fora do direito – como questões a serem decididas antes de se determinar o que o direito efetivamente é. Mas isso é pressupor, e não explicar, o ‘modelo de regras’ atacado por Dworkin.

Outrossim, enfrentamos a discussão em torno da tese das fontes e das lacunas jurídicas, que resultou no lançamento de dúvidas sobre uma concepção positivista do

²³⁹ Isto se quisessem oferecê-la: como frisamos, o argumento do desacordo é dirigido contra o ‘positivismo semântico’ – os positivistas podem simplesmente transformar seus argumentos ‘conceituais’ sobre teoria do direito em argumentos de justificação.

assunto. Afinal, se, para salvar a tese das fontes dos problemas listados por Raz, os enunciados jurídicos devem ser entendidos como proposições sobre razões para agir, e se as fontes não podem ‘calcular essas razões’ para o aplicador do direito, então aparentemente o conceito doutrinário de direito (o que é permitido ou devido) só pode ser utilizado na argumentação jurídica. Ainda, concluímos que o problema das lacunas, se existe, tem de ser tratado em conjunto com uma teoria da responsabilidade moral dos juízes.

Cabe notar, porém, que há uma convergência geral entre os diferentes lados do debate Hart-Dworkin, frequentemente obscurecida por uma má interpretação (ou uma má exposição) de um dos lados: ambos concordam que as práticas jurídicas (entendidas como práticas sociais, fatos) determinam²⁴⁰, ao menos num sentido, a verdade dos enunciados jurídicos: se um gênero de conduta (e.g., o aborto) é ou não proibido pelo direito de uma certa comunidade é uma questão que, para ser respondida, demanda uma investigação de certos fatos relativos a essa comunidade. Dworkin não nega isso – e, por essa razão, Gardner chegou ao exagero de definir o positivismo de uma forma quase trivial (como uma tese sobre em que condições se pode dizer que uma norma é válida), declarando que até mesmo Dworkin seria uma espécie de positivista²⁴¹.

Afinal, as razões morais para alguém praticar, abominar ou evitar tal conduta são, em princípio, universais (ao menos na concepção usual de moralidade²⁴²); mas sua proibição jurídica não o é. Isso equivale à afirmação mais frequente de que o direito é contingente, mas não a moralidade.

²⁴⁰ GREENBERG, Mark, “How Facts Make Law”. In *Legal Theory*, Vol. 10, pp. 157-160, 2004. UCLA School of Law Research Paper No. 05-22. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=797125>

²⁴¹ GARDNER, John. “Law’s Aim in Law’s Empire”. In *Exploring Law’s Empire*, op. cit., Cap. IX.

²⁴² Se isso implica uma concepção assaz objetiva de moralidade para o leitor, basta reformular: as razões que x usa para qualificar tal conduta como moralmente permitida ou proibida não fazem referência a circunstâncias como localidade ou tempo; se alguém crê que o aborto é, em princípio, errado, pensa que o é sempre, e em qualquer lugar – o que não significa que não possa crer que há exceções, escusas, ou outras circunstâncias relevantes.

Dworkinianos também costumam ter sua própria versão caluniosa do positivismo jurídico, como a acusação de que este se baseia apenas em algum tipo de verificacionismo ou empirismo²⁴³, ou de que derivam proposições normativas de simples fatos, independentemente de premissas normativas. Mas os positivistas, via de regra, não negam que o raciocínio moral tenha (muito menos que deva ter) um papel relevante na deliberação e na decisão de autoridades jurídicas; apenas negam que as razões usadas nesse raciocínio devam constituir ‘parte do direito’. Isso implica que oficiais do sistema têm o dever (moral, mas não jurídico) de proferir decisões plenamente justificadas, e que esse dever não pode ser preenchido pela mera alegação de que está seguindo a norma delimitada pelas fontes.

Com isso, pode ser tentador simplificar a divergência afirmando que a principal distinção entre interpretativistas como Dworkin e positivistas como Raz é que uma é uma teoria sobre questões de valor, enquanto a outra é uma teoria sobre questões de fato; ou que a primeira é uma teoria geral sobre a adjudicação (sobre como os juízes devem agir), enquanto a segunda é uma teoria sobre a validade das normas, ou sobre o conceito de sistema jurídico. Mas isso obscurece não apenas os importantes desacordos entre as duas teorias, como também as divergências filosóficas mais profundas entre os autores (as quais tentamos apontar com esse trabalho) sobre filosofia moral e sobre o papel da teoria. Para Dworkin, não é só o raciocínio jurídico e o direito que devem ser concebidos como interpretativos, mas a própria filosofia do direito; interpretação é todo um ‘domínio’ do conhecimento humano, que abarca não somente as questões sobre valor. Ou, como refere Guest: “What is common to interpretation in all fields is the

²⁴³ Essa acusação seria falsa quando dirigida a Hart e alguns de seus defensores. Dworkin também acabou por admitir que ela não se aplicaria a Bentham – o qual, em JH, foi ‘redescoberto’ como um ‘interpretativista’.

language of intention and purpose, displayed when we talk of the ‘meaning’ of something”.²⁴⁴

A concepção de filosofia como interpretação conceitual, portanto, se contrapõe ao que Putnam chamou de filosofia como Ciência Mestra, “a discipline which surveys the special activities of natural science, law, literature, morality, and so forth, and explains them all in terms of a privileged ontology or epistemology, that has proved to be an empty dream”²⁴⁵. Isso compete diretamente com o que acostumamos rotular como análise conceitual, mas com a vantagem de não ser presa do paradoxo associado a esse termo²⁴⁶.

Nos capítulos anteriores, frisamos que as difíceis questões filosóficas que encontramos no direito não podem ser respondidas por qualquer procedimento que demonstre a verdade da resposta; se a analogia com a moralidade pode ser estendida, elas só podem ser respondidas satisfatoriamente mediante uma reflexão responsável – mas mesmo isso, se levado ao ‘pé da letra’, exige mais do que aquilo de que seres humanos de carne e osso são capazes (ao menos durante a maior parte do tempo), exige um ‘sujeito moral kantiano’. Essa é uma tarefa hercúlea²⁴⁷: “ninguém é tão inteligente, imaginativo e bom. Portanto, devemos tratar a responsabilidade moral como um trabalho sempre em andamento”. E nesse ponto, uma comunidade de filósofos pode ter um melhor desempenho no aspecto intelectual dessa tarefa: construir sistemas

²⁴⁴ GUEST, p. 65.

²⁴⁵ “The ‘scientific realists’ are right about this much: if there were such a discipline, it’d be natural science itself and not philosophy. The days when philosophy had a right to such grand pretensions are long past. But they are wrong in thinking that natural science can play this role. In this epoch, at least, we are left without a Master Science” [PUTNAM, Hilary. *Realism with a Human Face*, p. 184].

²⁴⁶ “At least since Plato identified the problem in the *Meno*, philosophers have worried about what they call the paradox of analysis. They set out to analyze familiar concepts— truth, causation, justice, and the rest— by telling us what each means. But if they succeed, then, because these are our concepts, they tell only what we already know. It follows that if an analysis is correct, it is uninformative. The idea of interpretive concepts dissolves the paradox. A successful conception of an interpretive concept is indeed something new” [JH, p. 180].

²⁴⁷ Em alusão ao Juiz Hércules, o exemplo ideal de integridade no direito (LE, p. 239).

articulados de valor e princípios, estabelecendo conexões entre as intuições que não podemos abandonar e revelando nossas inconsistências. É claro que filósofos não podem converter pessoas com opiniões muito diferentes, ou que não querem ser convencidas; mas o valor dessa atividade não depende da ocorrência desse efetivo convencimento: uma cultura, uma comunidade “tem responsabilidades próprias, e seus arranjos devem mostrar uma disposição em direção à realização dessas responsabilidades²⁴⁸”.

Nesse caso, podemos retomar a defesa da autoacusação inicial (sobre a irrelevância do tipo de teoria que viemos discutindo nesses três capítulos) alegando que, na pior das hipóteses, esse tipo de empreendimento pode funcionar como uma escada que se joga fora após o uso, ou como um moscardo que desperta filósofos e juristas e os insta a aprofundar suas reflexões. Isso basta para colocar Dworkin em ‘boa companhia’ e justifica a discussão de sua obra – satisfazendo, merecidamente, sua visão particular de paraíso²⁴⁹.

²⁴⁸ JH, p. 110, tradução livre. Dworkin não está sugerindo que filósofos sejam mais honestos e inteligentes do que outras pessoas: “I do not suggest what is patently false: that moral philosophers have a more accurate moral sense than ordinary people do. The philosopher’s assignment is more explicit, but his concrete judgments are not necessarily more sensitive. Nor is ordinary moral judgment innocent of philosophy: people’s opinions about good and bad, right and wrong, reflect a generally intuitive sense of how a host of more concrete moral concepts relate to one another” (JH, p. 111). Isso seria como sugerir que médicos devem ser mais saudáveis que os demais.

²⁴⁹ Na transcrição (disponível em: <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/DWORKIN_K.pdf>; pode-se assistir ao vídeo em <<http://www.bu.edu/law/events/audio-video/hedgehogs.shtml>>) de sua palestra inicial do Simpósio Justice for Hedgehogs: A Conference on Ronald Dworkin’s Forthcoming Book, dado na Boston University School of Law em 25 de setembro de 2009, o filósofo revela que estava satisfeita a sua visão do paraíso, tendo filósofos e juristas distintos discutindo seu livro (que ainda nem fora publicado), mormente sem ter morrido. Ele compara sua visão à de Learned Hand, o qual imaginava que o paraíso seria vencer um jogo de baseball com um home run nos últimos instantes pela manhã, outro de football com um touchdown no último minuto à tarde, e por fim, num banquete noturno, ouvir os filósofos mais brilhantes (Sócrates, Descartes, B. Franklin, etc.) dizerem: “Voltaire, fica quieto e senta. Nós queremos HAND!” [tradução livre].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth M. "Modern Moral Philosophy". In *Philosophy* 33, nº 124, Jan de 1958. Disponível em: <www.pitt.edu/~mthomps/ readings/mmp.pdf>

BULYGIN, Eugenio. "Algunas respuestas a los críticos". In *Análisis Filosófico*, vol. XXXIII, n.2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sociedad Argentina de Analisis Filosófico, nov. 2013

CAVELL, Stephen. *The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality and Tragedy*. New York: Oxford University Press, 1999

D'ALMEIDA, Luís Duarte. *The Grounds of Law*. Paper apresentado na McMaster Philosophy of Law Conference: "The Philosophy of Ronald Dworkin", em 30 de maio de 2014. Destaco que se trata de um draft, disponível em: <http://lawconf.mcmaster.ca/papers_and_program.html>.

DUARTE D'ALMEIDA, Luís, "Legal Statements and Normative Language" (January 25, 2013). Edinburgh School of Law, Research Paper No. 2013/03. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2206811>.

DWORKIN, Ronald. "The Model of Rules" (1967). In *Faculty Scholarship Series*. Paper 3609. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006).

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*, tradução de *Justice in Robes* por Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2010

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011

DWORKIN, Ronald. "Why the Mandate Is Constitutional: The Real Argument". In *The New York Review of Books*, publicado em 10.3.2012. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/may/10/why-mandate-constitutional-real-argument/>>.

DWORKIN, Ronald. "Objetividade e verdade: melhor você acreditar". Trad. Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Cost.a In "Universitas JUS", v. 24, n. 3, pp. 1-31, 2013, p. 30. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/2613/2107>>.

DWORKIN, Ronald. *Religion without a God*. Cambridge, MA: Harvard University

Press, 2013.

FARIA, Paulo Francisco Estrella. "Tirando o corpo fora". In Rosenfield, Denis L. (org.), *Filosofia Política - Nova Serie*, Porto Alegre: L&PM, Vol. 6, pp. 12-26, 2000.

FIGUEIROA, Alfonso García. *Princípios y Positivismo Jurídico: el no positivismo principialista em las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980.

GALLIE, Walter Bryce. "Essentially Contested Concepts". In *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol.56, (1956), pp. 167–198.

GARDNER, John. *Law as a leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GEACH, Peter T. "Ascriptivism", in *The Philosophical Review*, LXIX (1960), pp. 221-225. Disponível em: < <http://www.hist-analytic.com/Geach2.htm>>

GOODMAN, Nelson. *Fact, Fiction and Forecast*. 4ª Ed. Cambridge, Massachussetes: Harvard University Press, 1983.

GREENBERG, Mark. "Hartian Positivism and Normative Facts: How Facts Make Law II". In HERSHOVITZ, Scott (ed.), *Exploring Law's Empire*, Oxford: Oxford University Press, 2006, Cap. 11. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=887418>

GREENBERG, Mark. "How facts make law". In *Legal Theory*, Vol. 10, pp. 157-198, 2004; UCLA School of Law Research Paper No. 05-22. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=797125>.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3ª Ed. Stanford: Stanford Law Books, 2013.

HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

HART, Herbert Lionel A. *The Concept of Law*. 2ª Ed. New York: Oxford University Press, 1994.

HIMMA, Kenneth Einar. "Law's Claim to Legitimate Authority". In *Hart's Postscript: Essays On The Postscript To The Concept Of Law*, Jules L. Coleman (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2001. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=928095>>

HIMMA, Kenneth Einar. "Inclusive Legal Positivism". In COLEMAN, Jules L. & SHAPIRO, Scott (eds). *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2002. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=928098>.

HORGAN, Terence & TIMMONS, Mark. "Troubles for New Wave Moral Semantics: the 'Open Question Argument' Revived". In *Philosophical Papers*, Vol. XXI (1192), n. 3, 1992, pp. 153-175, disponível em < <http://thorgan.faculty.arizona.edu/sites/thorgan.faculty.arizona.edu/files/Troubles%20for%20New%20Wave%20Moral%20Semantics.pdf>>.

KRIPKE, Saul. Wittgenstein on rules and private language: an elementary exposition. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1982.

MACFARLANE, John. “Varieties of Disagreement”, manuscrito não publicado. Disponível em <<http://johnmacfarlane.net/varieties.pdf>>, datado de 18.6. 2009

MULHALL, Stephen. Stanley Cavell: Philosophy’s Recounting of the Ordinary, Oxford: Clarendon Press, 1994.

NAGEL, Thomas. The View from Nowhere. New York: Oxford University Press, 1986.

NAGEL, Thomas. “Ronald Dworkin: The Moral Quest”. Resenha do livro “Ronald Dworkin”, de Stephen Guest (Stanford Law Books, 2013). Publicado em 21.11.2013. Disponível em <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2013/nov/21/ronald-dworkin-moral-quest/>>, acesso em 21.11.2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. A controvérsia sobre a única resposta correta: a réplica de Dworkin às críticas positivistas. In: Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/Flavio_Pedron.htm>

PLATÃO. Eutyphro. Tradução de Benjamin Jowett, disponível em <classics.mit.edu/Plato/euthyfro.html> .

PUTNAM, Hilary. Reason, Truth and History, Cambridge,: Camdridge University Press, 1981.

PUTNAM, Hilary W. “The meaning of ‘meaning’”. In Mind, Language and Reality: Philosophical Papers, vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1975, pp. 215-71.

RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge, MA: Belknap Press, 1971.

RAZ, Joseph. The Authority of Law: essays on law and morality. New York, Oxford University Press, 1979

RAZ, Joseph. Ethics in the Public Domain, New York: Oxford University Press, 1996.

RAZ, Joseph. “Two Views of the Nature of the Theory of Law: a partial comparison”, in Hart’s Postscript: essays on the Postscript to the Concept of Law. Ed. Jules Coleman. New York: Oxford University Press, 2001.

RAZ, Joseph. Practical Reason and Norms. 3ª Ed. New York: Oxford University Press, 2002.

RAZ, Joseph. “Can There Be a Theory of Law?”. BLACKWELL GUIDE TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY, Martin Golding, William Edmundson, eds., Blackwell, 2004. Disponível no SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1010287>>.

RAZ, Joseph. Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason. New York: Oxford University Press, 2009.

RIPSTEIN, Arthur, “Anti-Archimedeanism”. In Ronald Dworkin, Arthur Ripstein (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Disponível no SSRN:

<http://ssrn.com/abstract=1160304>.

SHAPIRO, Scott J. "The 'Hart-Dworkin' Debate": A Short Guide for the Perplexed (February 2, 2007). University of Michigan Public Law Working Paper No. 77, p. 27. Disponível no SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>

SORENSEN, Roy, "Epistemic Paradoxes", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Ed. Março 2014), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/epistemic-paradoxes/>>

TOH, Kevin. "An Argument Against The Social Fact Thesis (and some additional preliminary steps towards a new conception of legal positivism)", in Law and Philosophy, Setembro de 2008, Volume 27, Issue 5, pp. 445-504, disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1650749>>

WILLIAMS, Bernard. Ethics and the Limits of Philosophy, London: Fontana, 1985.

WILLIAMS, Bernard. In the Beginning Was the Deed, New Jersey: Princeton University Press, 2005.

WILLIAMSON, Timothy. Vagueness. London: Routledge, 1994.

WILLIAMSON, Timothy. 'Vagueness in Reality', in M. Loux and D. Zimmerman, eds., The Oxford Handbook of Metaphysics, Oxford: Oxford University Press, 2003: 690-715.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Philosophical Investigations. Tradução de Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, 3ª Ed., Oxford: Basil Blackwell, 1986