

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FILIFE AUGUSTO OLIVEIRA RODRIGUES

**DESACORDOS TEÓRICOS NA FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA: a
influência da filosofia da linguagem no debate Hart-Dworkin e a tentativa de sua superação através da
teoria dos planos de Scott Shapiro**

Belém, Pa
2018

FILIFE AUGUSTO OLIVEIRA RODRIGUES

DESACORDOS TEÓRICOS NA FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA: a influência da filosofia da linguagem no debate Hart-Dworkin e a tentativa de sua superação através da teoria dos planos de Scott Shapiro

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos pela UFPA.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Orientador: Saulo Monteiro Martinho de Matos.

Belém, Pa
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- O48d Oliveira Rodrigues, Filipe Augusto
DESACORDOS TEÓRICOS NA FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA : a influência da filosofia da linguagem no debate Hart-Dworkin e a tentativa de sua superação através da teoria dos planos de Scott Shapiro / Filipe Augusto Oliveira Rodrigues. — 2018
91 f.
- Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD), Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos
1. Desacordos Teóricos. 2. Ronald Dworkin. 3. Scott Shapiro. 4. Filosofia da linguagem. 5. Filosofia do direito contemporânea. I. Monteiro Martinho de Matos, Saulo, *orient.* II. Título
-

FILIFE AUGUSTO OLIVEIRA RODRIGUES

DESACORDOS TEÓRICOS NA FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA: a
influência da filosofia da linguagem no debate Hart-Dworkin e a tentativa de sua superação
através da teoria dos planos de Scott Shapiro

Belém, 06 de fevereiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos

Orientador

Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro

Avaliador interno

Prof. Dr. André Luiz Souza Coelho

Avaliador externo

AGRADECIMENTOS

Uma das minhas grandes preocupações é com a parte de agradecimentos. Nas correrias diárias, pessoas que são importantes atualmente ou que foram importantes durante certos contextos da dissertação podem vir a ser esquecidas. O esquecimento poderia então ser considerado um descaso. Será que estou lembrando de todo mundo? Apenas o tempo dirá. Em primeiro lugar eu gostaria de agradecer a Deus, aquele Ser que eu não conseguiria justificar racionalmente (e acredito que nem precise) e que sem Ele este trabalho não seria feito.

Existem também pessoas que estão comigo desde o meu nascimento. . Ao nascer chegamos em um grupo que anteriormente não fizemos nada para sermos amados. Somos apenas crianças que choram e desejam ser alimentados. Mesmo sem merecimento, minha família me abraçou e cuidou de mim durante toda a minha vida. Podemos ter conflitos, posso ter posições contrárias às de vocês em algumas situações. Entretanto, mesmo assim, quando eu precisei sempre vocês estiveram presentes.

Fui uma criança fruto de uma formação coletiva. Meus pais precisavam trabalhar grande parte do dia e desta forma agradeço o cuidado de tias e de minha avó a fim de que eu não ficasse sozinho e pudesse ser uma pessoa melhor que por meio do estudo buscasse uma vida melhor.

Da mesma forma, agradeço aos meus pais que trabalharam madrugadas a fim de me permitir que eu estudasse em boas escolas nas quais me proveram uma formação que me permitisse hoje estar finalizado este mestrado. Obrigado por todo o apoio material e imaterial que foi me dado. A Pesquisa acadêmica no Brasil, infelizmente, ainda envolve em muitos casos a ajuda dos pais e eu não poderia ter ido tanto para a Universidade de São Paulo quanto para outros eventos se não fosse a ajuda material de meus pais.

Além da minha família, eu gostaria de agradecer às pessoas especiais que surgiram durante a minha vida e foram ficando amigos que me animam, me incentivam e que sem os quais, provavelmente eu também não conseguiria terminar este trabalho. Nesta classificação entram tanto pessoas que estudaram comigo desde a graduação como Gabriel Lima, Robson Heleno, Darlison Santiago, Vitor Marcellino, Gustavo Queiroz e Matheus Baraúna, quanto pessoas que nem estudaram comigo, mas que conheci graças a outra experiência fantástica da minha vida que é namorar com uma pessoa que tem uma grande capacidade agregativa e que

me apresentou diversas pessoas como as do Quartel General, que há muito tempo já se tornaram também meus amigos.

Além desses amigos, existem também aqueles que o mestrado me deu, como Ana Luisa, Lucas do Couto e Carlos, que me garantiram muitas risadas mesmo nos momentos mais absurdos do mestrado. Acerca do mestrado, eu gostaria também de agradecer às servidoras e estagiárias do programa de pós-graduação em direito da UFPA, Beatriz, Jessika e Renata. Sem o apoio de vocês os pedidos, os documentos necessários e as matrículas seriam muito mais difíceis.

Agradeço também aos meus amigos do grupo de estudos “pura teoria do direito”. João Victor, Nickolas Tenório, Ana Paula e André Coelho, principalmente este último. Eu não canso de dizer e agradecer ao Prof. André Coelho por ter mudado não só a minha vida, mas de muitas outras pessoas. Ganhamos não só um professor que é um exemplo para nós, mas também um amigo.

Agradeço aos meus professores exemplares presentes não só no mestrado, mas também na graduação, que me incentivaram na pesquisa e que sempre abriram as portas para ajudar aqueles que gostariam de enveredar o meio acadêmico. Portanto, preciso agradecer aos professores que me ajudaram diretamente desde a graduação e aqueles que me incentivaram indiretamente.

Agradeço ao professor Luís Otávio que me deu espaço durante o meu terceiro semestre espaço para monitoria. Agradeço à professora Pastora Leal que me ensinou e permitiu a minha entrada em seu grupo de responsabilidade civil. Agradeço ao professor Hélio Moreira um dos grandes professores de direito penal da UFPA e que me orientou durante a graduação para a feitura de meu trabalho de conclusão de curso. Agradeço à professora Luly Fischer que me aceitou em seu grupo e me orientou acerca de toda a complexidade envolvida na análise das cadeias dominiais. Indiretamente, agradeço aos professores Antônio Gomes Moreira Maués, Cristina Terezo, Jane Beltrão, Victor Sales, José Claudio Brito Filho, que foram professores extremamente importantes em minha formação na PPGD/UFPA.

Da mesma forma, agradeço à Universidade Federal do Pará. Minha vida poderia ter sido totalmente diferente sem esta Universidade. Eu sou grato a todas as bolsas que recebi, possibilidades que me foram dadas e o local mais bonito que eu poderia querer passar meus últimos 7 anos.

Agradeço também ao Professor Saulo de Matos, meu orientador nesta empreitada de dois anos. Quando me perguntam sobre orientadores complicados, eu fico feliz em poder dizer

que o meu orientador é muito bom. Obrigado por ter me ajudado a estudar outros temas e sempre me dar liberdade para montar meus projetos. Obrigado também por ser um exemplo e figura ativa na renovação que passa a UFPA.

Por fim, eu gostaria de agradecer a pessoa que me faz feliz todos os dias. Poucas palavras podem definir a alegria que é ter você ao meu lado. Eu agradeço a Deus por ter tido esta sorte maravilhosa de te encontrar em um momento que eu me sentia extremamente perdido e desanimado em alcançar meus objetivos. Com você eu pude mudar tudo isto.

Com você, Roberta Dinelly, eu nunca deixei de ter apoio e apenas tive incentivo para sonhar uma vida a dois. Uma vida que não é de falta de liberdade, mas sim de autodeterminação de escolhas a fim de alcançar um futuro que os dois planejam e sonham. Obrigado por me apoiar durante este mestrado nos prazos difíceis, nos prazos fáceis, nos momentos que eu achava que não ia passar em alguma seleção (alguma vez eu achava que ia passar?) seja de bolsas ou de emprego, como foi recentemente o CESUPA.

Como as pessoas mais próximas sabem, eu amo sci-fi. Logo, não poderia faltar uma referência a uma de minhas séries favoritas. Definitivamente, o Doctor (personagem principal de Doctor Who) deve estar certo. Existem pontos fixos no espaço-tempo que são tão importantes que não podem ser modificados em nenhuma circunstância. Você é o meu ponto fixo e eu te amo de todo o meu coração.

“Then you better start swimmin' or you'll sink
like a stone
for the times they are a-changin’”.

Bob Dylan

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo geral analisar influência da filosofia da linguagem no debate Hart-Dworkin e a tentativa de sua superação através da teoria dos planos de Scott Shapiro enfocando os desacordos teóricos. Este objetivo é buscado sempre pela mistura ou dialética de dois elementos ou dimensões. Em primeiro lugar, a exploração dos argumentos existentes na teoria do direito. Em segundo lugar, a relação destes argumentos com aqueles apresentados em campos da filosofia da linguagem. Nossa hipótese é a de que o estudo deste debate e desta relação nos mostra que a teoria dos desacordos de Dworkin é a melhor explicação do problema, mas, ao mesmo tempo, as teorias adversárias escolhidas utilizam de diversos elementos metodológicos que representam avanços que foram realizados na filosofia geral, como a perspectiva dos planos proposta por Michael Bratman. Tentamos demonstrar esta hipótese por meio da análise de quatro autores e suas influências. Estes autores são Ronald Dworkin, H. L. A. Hart, Jules Coleman e Scott Shapiro. Por meio desta análise, esperamos demonstrar como os fundamentos das teorias propostas foram se modificando da filosofia da linguagem para outros campos e qual é o estado da teoria do direito com este avanço. Como resultado, defendemos que a hipótese está certa e que mesmo sem ter a melhor capacidade explicativa, as novas teorias do direito precisam ser melhor analisadas e seus ganhos melhor considerados.

PALAVRAS-CHAVE: desacordos teóricos; Ronald Dworkin; Scott Shapiro; filosofia da linguagem; filosofia do direito contemporânea.

ABSTRACT

This work has as general objective to analyze the influence of philosophy of language on the Hart – Dworkin Debate and the overcoming tried by the planning theory of Scott Shapiro, focusing the theoretical disagreements. This objective is always sought by the mixture of two elements. In the first place, the exploration of the existing arguments in legal theory. Secondly, the relation of these arguments to those presented in fields of general philosophy. Our hypothesis is that the study of this debate and relationship show us that Dworkin's theory of disagreements is the best explanation of the problem, but at the same time the opposing theories chosen are using several methodological elements that represent advances that have been made in general philosophy, such as the perspective of the plans proposed by Michael Bratman. We attempt to demonstrate this hypothesis through the principal analysis of four authors and their influences, namely Ronald Dworkin, H.L.A. Hart, Jules Coleman, and Scott Shapiro. Through this analysis we hope to demonstrate how the foundations of the proposed theories have been changing the focus from philosophy of language to other fields and which is the state of legal theory with this advance. As result, we defend the point that the hypothesis is right and even without the best explanatory capacity, the new theories of law need to be better analyzed and their earnings better considered.

KEYWORDS: theoretical disagreements; Ronald Dworkin; Scott Shapiro; philosophy of language; philosophy of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 OS DESACORDOS NO DIREITO E OS DESACORDOS TEÓRICOS....	15
1.1 O DIREITO COMO ORDEM INSTITUCIONAL E NORMATIVA.....	16
1.2 OS DESACORDOS E SUA CLASSIFICAÇÃO NO DIREITO.....	24
1.3 A IMPORTÂNCIA DOS DESACORDOS.....	33
2 RESPOSTAS POSITIVISTAS AOS DESACORDOS TEÓRICOS.....	38
2.1 A RESPOSTA DE H. L. A. HART AOS DESACORDOS TEÓRICOS.....	39
2.2 A RESPOSTA DE JULES COLEMAN AOS DESACORDOS TEÓRICOS.....	46
2.3 FILOSOFIA DA LINGUAGEM E POSITIVISMO JURÍDICO.....	54
3 A NOVA GRAMÁTICA DE RONALD DWORKIN E A RESPOSTA DE SHAPIRO AOS DESACORDOS TEÓRICOS.....	60
3.1 AS MUDANÇAS GRAMATICAIAS DE RONALD DWORKIN E A FILOSOFIA DA LINGUAGEM.....	61
3.1.1 A nova gramática de Dworkin.....	62
3.1.2 Ronald Dworkin e a filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein.....	69
3.2 A TEORIA DOS PLANOS DE SCOTT SHAPIRO E A RESPOSTA AOS DESACORDOS TEÓRICOS.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
REFERÊNCIAS.....	88

INTRODUÇÃO

Este trabalho surgiu como uma preocupação acerca da relação entre a teoria do direito e a filosofia da linguagem. Tal aspecto foi mantido, mas sua visão foi ampliada e limitada ao mesmo tempo. Ampliada pois passou a considerar esta relação não apenas com a filosofia da linguagem, mas sim com a filosofia. Limitada pois o trabalho necessário para cobrir todo este tema seria talvez impossível de fazer até mesmo em uma tese de doutorado. Desta forma, ele foi assumindo a forma que vocês irão encontrar neste texto. Neste trabalho, a preocupação que age de forma a ser o fio condutor da pesquisa desta tensão é o debate acerca dos desacordos teóricos. Por meio dos desacordos podemos aprender mais sobre os próprios desacordos, sobre a teoria do direito e sobre a filosofia geral.

A nossa hipótese principal é a de que este debate acerca da teoria dos desacordos nos demonstra que existe uma teoria com maior capacidade explicativa que é a teoria de Ronald Dworkin. Entretanto, não paramos e nos limitamos apenas a fazer esta constatação. Consideramos que as teorias positivistas que serão analisadas neste trabalho mostram também como novas teorias estão surgindo na filosofia e que isto deveria também acender “a luz amarela” para a teoria do direito, como um elemento que merece atenção.

A estrutura do presente trabalho é dividida em três capítulos. No primeiro capítulo buscamos explicar a teoria dos desacordos como ela foi proposta por Ronald Dworkin. Porém, antes de alcançar este objetivo buscamos debater o que leva esta questão a ser tão importante para o direito. Por meio do argumento institucional de MacCormick e do esclarecimento da importância dos desacordos para a democracia feito por Christiano, esperamos localizar a importância do problema mesmo antes de entrar na questão propriamente dita. Após esta localização buscamos demonstrar a classificação dos desacordos proposta por Dworkin e o mais importante deles, chamado de desacordo teórico a fim de considerar a importância deste desacordo para a teoria do direito. Com essa provocação dos desacordos seremos levados para um dos grandes debates contemporâneos da teoria do direito.

No segundo capítulo existem três elementos importantes trabalhados por nós. O primeiro deles é o debate entre Hart e Dworkin acerca dos desacordos. Utilizando como base o pós-escrito e o comentário de Hart prévio ao lançamento de “O império do direito”, buscamos demonstrar as principais críticas de Hart e as insuficiências delas em responder aos desacordos propostos por Dworkin. O segundo elemento é a análise da tentativa de resposta feita por Jules Coleman. Com fundamento convencionalista unido a propostas de atividade compartilhada

fundada no pensamento de Michael Bratman, Coleman busca responder Dworkin e garantir uma resposta positivista aos desacordos. Analisamos esta alternativa e as suas insuficiências. O terceiro e um dos mais importantes elementos neste capítulo é a análise da influência direta da filosofia da linguagem ordinária de Oxford na teoria de Hart e no positivismo de Coleman indiretamente.

Dentre os ramos da filosofia, a filosofia da linguagem foi o ramo que obteve o maior crescimento no século XX. No contexto da filosofia analítica, as discussões acerca do significado de proposições e outros elementos desta área se tornaram centrais. A filosofia do direito anglo-saxã inicialmente não foi diretamente influenciada por estes debates. Neste contexto, a teoria dominante era o imperativismo de autores como John Austin ou o Jusnaturalismo de autores como Simon Blackburn. Tal estado de coisas se manteve na Universidade de Oxford, Inglaterra, até a metade do século XX.

Quebrando com a estabilidade das discussões que eram realizadas na faculdade de direito, a posse de H. L. A. Hart como professor de teoria do direito (*jurisprudence*) foi uma tentativa dos professores de filosofia de Oxford de levar alguém para o direito que estivesse também integrado com as discussões que eram realizadas pelos filósofos “não jurídicos”. Desta forma, a filosofia do direito começou a se unir com a filosofia geral. Naquele momento histórico, fazer filosofia envolvia quase que automaticamente, no contexto inglês, também trabalhar com a filosofia da linguagem.

Movidos por questões como a relação de um objeto com o seu significado, os autores do debate da filosofia da linguagem ajudaram a construir uma revolução na Filosofia. Como quase toda revolução, esta mudança veio acompanhada tanto de aspectos positivos quanto de aspectos negativos. Essa revolução veio a ser chamada de Filosofia analítica e teve como uma de suas principais forças motrizes exatamente o avanço da Filosofia da Linguagem.

Tentando não entrar em questões polêmicas como a distinção entre filosofia analítica e filosofia continental ou se até mesmo ainda faz sentido usar tal distinção na filosofia hoje, a Filosofia da linguagem era vista como uma transformação completa do que era feito anteriormente. Ramos inteiros da Filosofia eram esquecidos ou ganhavam importância de acordo com a sua relação com temas específicos como a linguagem. Se um campo não tivesse mais tanta importância, ele poderia ser esquecido, como foi durante certo tempo a metafísica.

Um filósofo importante e que discorreu sobre a história da filosofia analítica foi Hans-Johann Glock. Para Glock (2011 p. 191) a filosofia analítica é uma tradição histórica mantida por laços de influência por um lado, e por semelhanças de família, por outro lado. O que Glock

quer dizer com esses dois pontos? Para o autor, as duas formas de caracterização da Filosofia Analítica têm problemas. Entretanto, é importante frisar que dessa divisão entre uma história de um lado e aspectos filosóficos de outro, existem autores que são fundamentais para a tradição analítica como Frege, Russell e Wittgenstein.

Antes de entrar na discussão acerca de Wittgenstein; é interessante falar rapidamente sobre dois principais autores prévios ao supramencionado filósofo austríaco, Frege e Russell. Anscombe afirma em sua introdução à obra *Tractatus Logicus Philosophicus* (1963, p. 12), que estes dois autores foram extremamente influentes para o pensamento de Wittgenstein.

Gottlob Frege, foi um filósofo da matemática alemão. Mesmo não sendo o primeiro autor contextualista, ou seja, que acredita que o contexto tem importância para determinar o significado dos termos, foi o autor que iniciou este debate com Russell e viria a influenciar assim o próprio Wittgenstein.

Frege em seu artigo “O sentido e a referência” (2011), trouxe para a discussão filosófica uma distinção essencial para a Linguagem. Frege foi aquele que ao refletir sobre um objeto e o seu signo fez uma divisão entre três níveis: Signo, Sentido e Referência (2011, p. 2). Com tal divisão, passou-se a existir uma divisão na posição que anteriormente era generalizada como significado (KENNY, p. 849).

Russell em sua teoria também se preocupou com o significado de termos e frases em um modelo logicista. Em sua teoria, Russell defendeu a sua teoria chamada de “Teorias das descrições definidas” que tem relação com o chamado Atomismo Lógico (KENNY, 853). Nesta teoria, a análise lógica é a operação pela qual é revelada a real estrutura da Linguagem (MIGUENS, p.107). Os termos mais simples que fossem obtidos nesta análise seriam então correspondentes às formas lógicas do mundo (MIGUENS, p.107)

Diferente de Frege, Russell acreditava existir uma outra diferença, que seria entre referir e denotar. A Referência para Russell só envolveria casos onde os termos fossem correspondentes às formas lógicas (KENNY, p. 855). No caso dos nomes próprios, não se pode conhecê-los pela experiência e ter certeza de sua forma lógica. Sua preocupação em “On denoting”, é esclarecer a existência de expressões que não exigem a existência do objeto, mas apenas por que eles não são logicamente próprios (KENNY, p. 855).

Banhado neste contexto de preocupação logicista com a Linguagem, Ludwig Wittgenstein conhece Russell e vem a ser seu aluno em Cambridge. Wittgenstein foi um dos autores mais criativos da filosofia contemporânea. Seu pensamento e sua forma de exposição era extremamente não convencional. Tal nível de abstração traz ganhos e problemas ganhos

pela capacidade de tratar diversos assuntos complexos ao mesmo tempo e dificuldade ao não provar uma divisão clara de suas ideias e/ou conclusões em alguns pensamentos.

O nível de abstração que algumas vezes Wittgenstein trabalhava e o seu nível de reclusão, também trouxe problemas para a própria classificação, interpretação e a periodização de sua obra. Sem buscar entrar em polêmicas acerca da obra de Wittgenstein, seguiremos a divisão de sua obra em dois momentos. O primeiro momento é aquele no qual Wittgenstein escreve a sua primeira grande obra, o *Tractatus Logicus Philosophicus*. A fase mais importante e que precisamos explorar é a fase que se inicia com a escrita de “Investigações Filosóficas”. O “segundo Wittgenstein”, busca exatamente mostrar como o trabalho logicista e formal da linguagem era insuficiente para trabalhar com a linguagem.

Nesta última seção do último capítulo, iremos desenvolver como tal contexto resultou na escola da linguagem ordinária de Oxford no mesmo período que Wittgenstein. Esta é a ponte para o terceiro capítulo. No terceiro capítulo buscamos inicialmente introduzir as novas distinções apresentadas por Dworkin e que elementos de sua teoria são vinculados com discussões da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein, principalmente os conceitos de gramática, forma de vida e jogos de linguagem.

Por fim, na última seção do terceiro capítulo, tentamos expor a tentativa de resposta aos desacordos que foi proposta por Scott Shapiro. Sua teoria dos planos tenta reposicionar diversas discussões da teoria do direito e responder aos desacordos teóricos. Além disso, desenvolvemos como a sua teoria tem influência no pensamento de Michael Bratman e de que forma isto auxilia na nossa hipótese do avanço da filosofia geral.

1. OS DESACORDOS NO DIREITO E OS DESACORDOS TEÓRICOS

Neste capítulo, procuraremos passar por quatro pontos extremamente importantes para a presente dissertação. O capítulo tem importância conceitual ao expor os principais conceitos de desacordos e principalmente o de desacordo teórico, e importância estrutural ao demonstrar a relação deste problema com a discussão presente nos debates da filosofia da linguagem, principalmente, na obra de Ludwig Wittgenstein, por meio principalmente dos seus livros “Sobre a Certeza” (*Über Gewissheit*) e “Investigações Filosóficas” (*Philosophische Untersuchungen*).

O primeiro ponto que o capítulo trabalha é entender o contexto do direito no qual surge o desacordo. É necessária compreender de que forma o direito se apresenta contemporaneamente e como podemos trabalhar com a obrigação ou não de obedecê-lo em questões de desacordo. O enfoque dado consiste em defender o direito como sendo uma ordem institucional normativa que se apresenta como intrinsecamente importante para resolver problemas de desacordos por meio da democracia.

O segundo ponto é uma introdução para a teoria dos desacordos que trouxe a questão para o direito e que buscou demonstrar a existência de um tipo de desacordos que não era previamente levado em conta, que seria o desacordo teórico. Esta teoria é o direito como integridade de Ronald Dworkin.

Após introduzir a teoria dos desacordos, o terceiro ponto expõe de que forma a presente teoria foi importante para o debate da teoria do direito. Neste ponto são citados diversos autores e sua posição sobre o debate dos desacordos teóricos, seja defendendo a não importância desse argumento, seja o considerando um ponto principal no debate entre positivistas analíticos e interpretativistas. Mesmo que esta discussão seja expandida nos próximos capítulos, este ponto é importante para dar uma visão geral do debate, mesmo que o mesmo seja aprofundado nos próximos capítulos ao passarmos pelas respostas de Hart, Coleman e Shapiro aos desacordos teóricos.

Por fim, o último ponto se refere à discussão e à relação do presente debate e da teoria de Ronald Dworkin com o desenvolvimento de um ramo específico da filosofia, principalmente analítica, que é a filosofia da linguagem. Ao longo de toda a dissertação será demonstrada esta relação. Neste ponto este vínculo será exposto principalmente por meio da solução dos desacordos no direito proposta por Dworkin e a sua vinculação com o conceito de “Forma de Vida” (*Lebensform*) proposto por Wittgenstein.

1.1 O DIREITO COMO ORDEM INSTITUCIONAL E NORMATIVA

O direito se diferencia de outras ordens e estruturas existentes nas sociedades contemporâneas. Como Dworkin (1986, p. VII) afirma, nós somos os objetos de um império específico, que é o império do direito. Ao ir ao médico ser consultado, você pode escolher tomar ou não o remédio que foi indicado, entretanto, ao receber a ordem de um magistrado, você não tem a mesma possibilidade de liberdade. Além disso, mesmo que existam experiências que se aproximem de um pluralismo de fontes, grande parte dos países tem seu direito centralizado no Estado. O direito, portanto, une elementos de obrigação e de generalidade na sociedade de uma forma extremamente unificada.

Ao focar uma explicação estatal, não se considera que não existem outras ordens e instituições importantes para a sociedade. Contudo, a centralização do direito e a construção de sua obrigatoriedade ganham força e se estabilizam durante a modernidade. É durante este período que tem início no séc. XVI e vai até o século XIX, que o chamado direito moderno é constituído e ganha força na estrutura estatal. Contudo, mesmo dentro deste contexto, o direito enfrentava menos desacordos centrais para a sociedade. Seja alocando debates importantes para o segundo plano, seja pela real impossibilidade de algumas questões chegarem ao Judiciário, foi apenas durante o século XX que o direito passou a ter a centralidade na resolução de importantes desacordos na sociedade. Antes de discutir estes desacordos em si, é importante analisar as características do que será chamado de direito contemporâneo.

O direito contemporâneo pode ser interpretado como uma ordem institucional normativa e a construção desta interpretação feita por Neil MacCormick permite que possamos compreender de que forma o direito passa a ter a centralidade na resolução dos desacordos e que configuração social deu esta importância para o direito. Buscando então entender esta construção, iremos analisar a formulação de direito como ordem institucional normativa proposta por Neil MacCormick na obra “Institutions of Law” (2007). O objetivo é poder esclarecer o sentido de cada um dos termos pertencentes ao seu conceito de ordem institucional normativa, de forma a demonstrar a centralidade do direito e a sua importância para os desacordos.

Em primeiro lugar, devemos esclarecer o sentido do termo “ordem” no caso do direito. Ordem neste caso tem o sentido de uma busca pela criação de uma ordenação, de uma forma de ação e organização. Com ordem, não devemos confundir comandos, mas sim essa defesa de

uma ordenação (MACCORMICK, 2007, p. 11). Portanto, podem existir diversas formas de ordem e o direito é uma delas.

Para existir uma ordenação, é necessária a existência de padrões que possam realizar tais ordenações. Portanto, em segundo lugar, precisamos entender a segunda parte do conceito, ou seja, o que torna o direito uma ordem normativa. Quais são estas normas que criam tais padrões que permitem ao direito conter tal carácter? O primeiro passo para entendermos os elementos normativos do direito é entender o conceito de fatos institucionais.

Quando pensamos em fatos, podemos perceber como existem diversos tipos de fatos. Alguns fatos existentes só podem ser interpretados de acordo com algum elemento normativo que seja a base desta interpretação. O dinheiro é um bom exemplo deste tipo de elemento. Podemos até interpretar o dinheiro como um “pedaço de papel”. Entretanto, apenas estamos interpretando o dinheiro quando consideramos o seu significado e o seu valor em referência à algum sistema normativo. Outro exemplo bancário é o do cartão de crédito. O cartão de crédito não é um simples pedaço de plástico, ele está envolto em um sistema normativo que dá um significado para ele que vai além da consideração do seu plástico. Neil MacCormick (2007, p. 11). considera que nessas situações, nas quais os fatos exigem uma interpretação integrada com outros elementos normativos, estes fatos devem ser chamados de fatos institucionais¹.

Acerca do elemento normativo do conceito, o segundo ponto, o exemplo que foi utilizado por Neil MacCormick é o caso da fila. Em diversas situações diárias nós precisamos entrar em filas. Entramos em filas na padaria, no supermercado e até entrando e saindo de um estacionamento. Qualquer um de nós veria com estranhamento, por exemplo, que ao existir uma fila montada, uma pessoa vá e passe na frente de todas as outras. Existe um entendimento comum que alguma atitude específica deve ser tomada e que ela seria a atitude de ficar na fila. Esta atitude não pode ser tomada apenas por uma pessoa, como exposto por MacCormick (2007, p. 14). Esta posição precisa também ser defendida pelas outras pessoas e não, apenas uma atitude individual. Este entendimento de que algo deve ser X e não Y, sendo seguido por diversas pessoas, é exatamente o carácter normativo da fila².

O elemento normativo das práticas sociais que irá gerar os fatos institucionais não precisa necessariamente ser explícito. Podemos defender que algo deve ser obrigatório e

¹ MacCormick afirma que esta ideia foi desenvolvida primeiramente por Anscombe em “On Brute Facts” (1958) e posteriormente por John Searle a partir da obra “Speech Acts” (1969).

² É importante citar a crítica comunitarista feita por Alasdair MacIntyre em “After Virtue” (2007). Para MacIntyre (2007, p.209), elementos como fila ou jogo, não podem ser vistos como práticas naturais que todos podem compreender simplesmente pela individuação das ações humanas. É necessário compreender a narrativa contextual que garante a inteligibilidade destes atos (MACINTYRE, 2007, p. 210)

seguido mesmo que nós mesmos não tenhamos pensado uma regra por trás da fila ou motivos racionais para o fundamento daquele ato. Além disso, como MacCormick (2007, p. 15) chama à atenção, além de não necessariamente ser explícita, uma norma pode ser interpretada por uma outra opinião normativa que discorda da primeira. Entretanto, é necessário interpretar o conceito de fila nestes casos, como um conceito interpretativo no sentido de Dworkin (MACCORMICK, 2007, p. 16), conceito este que iremos trabalhar posteriormente.

Com os dois primeiros elementos montados (ordem e normatividade), ainda falta o terceiro elemento do nosso conceito, o institucional. Entretanto, antes de passar para este ponto é importante fazer duas observações. A primeira delas é acerca das convenções e a segunda é acerca da passagem entre o momento informal para o formal. Acerca das convenções, é importante frisar que considerações como as da fila e de outras atitudes normativas podem ter fundamento convencional. Entretanto, não entraremos em tal discussão que envolveria estudos mais profundos sobre o carácter convencional ou não do direito³.

Sobre a transição entre o informal para o formal, precisamos enfocar como o nosso uso de normas é complexo. Os principais exemplos utilizados ao explicar o carácter normativo neste momento foram acerca de práticas informais. Entretanto, tais práticas podem ser formalizadas. Não existe uma incompatibilidade entre tais elementos. Com isso em mente, podemos agora dar um passo para esse momento de formalidade, no qual as normas, então, se tornam institucionalizadas. Como afirmado por MacCormick (2007, p. 20), é neste momento que podemos compreender a transição para a ordem normativa institucional e então, o direito

Mantendo o exemplo da fila, mas ao contrário das filas informais citadas anteriormente, podemos ir aumentando o nível de complexidade e formalidade existentes nas filas. O caso central deste avanço são as filas que passam a ser gerenciadas por algumas autoridades. Nestes casos existem então certas autoridades ordenadoras. Caso como uma fila para entrar na escola, fila para o almoço em prisões, filas de imigração ao chegar em um país, entre outros, são exemplos importantes desses tipos de fila. Como é afirmado por MacCormick (2007, p. 22), nestes casos não existe mais uma simples questão de que devemos negociar entre diferentes interpretações de convenções que pela sua natureza são vagas. Nestes casos, existe uma necessidade de decisão e uma pessoa que tem a autoridade necessária para tomar tal decisão.

Partindo da situação na qual existe já tal pessoa com autoridade para decidir, ela precisa partir então para a prática e tomar decisões. O que fazer quando a pessoa precisa ir ao banheiro?

³ Acerca do debate convencionalista, ver o capítulo 11 da obra “Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World” (2011) de Gerald Postema. Neste capítulo, chamado *Conventions and the Foundations of Law* Postema busca resumir o debate convencionalista e seus principais participantes.

Como decidir acerca de uma ordem em emergências de saúde de uma pessoa que está esperando na fila? Problemas como estes podem surgir e podem aparecer não apenas uma vez, mas várias vezes. Neste momento fica mais claro qual o próximo passo que precisa ser tomado.

Partindo de uma necessidade de solução de um problema e o reiterado acontecimento do mesmo, é desejável que o nível de formalidade suba um nível. Caso essa necessidade surja e envolva também a necessidade de um tratamento igualitário, MacCormick (2007, p. 23) considera que as decisões podem ser tomadas de forma a serem consideradas explícita ou implicitamente como regras gerais que buscam solucionar tais problemas.

Acerca das regras, é interessante frisar como existe uma mudança da lógica de interpretação junto com a passagem de um contexto informal para um contexto formal. No contexto informal, as regras são formuladas com base em expectativas mútuas e crenças, qualquer tentativa de aplicar estas normas precisa então interpretá-las para posteriormente aplicá-las de forma explícita (MACCORMICK, 2007, p. 23).

De forma contrária, ao realizar a mudança para o contexto das regras explícitas, a lógica se inverte. O que antes era formado previamente pela interpretação para, posteriormente, gerar a formulação, começa então a fazer o caminho contrário. No contexto de regras explícitas, as regras e seus textos, já existem. Portanto, nas regras a formulação já foi feita, é necessário então a interpretar.

Com essa transformação e a passagem para a existência de regras, passam então a existir dois aspectos diferentes. O primeiro aspecto é o da existência de um ato que continua sendo considerado como normativo entre as pessoas envolvidas na prática social (MACCORMICK, 2007, p. 15). O segundo aspecto que passa a existir é o de que existe um sujeito com autoridade para considerar estes casos (MACCORMICK, 2007, p. 23). Contudo, mesmo assim, este contexto apresentado ainda não confere o nível necessário de institucionalização que é preciso para o direito, mesmo já podendo ser considerado como uma ordem normativa institucional (MACCORMICK, 2007, p. 32).

Existem para MacCormick (2007, p. 12) três sentidos principais de Instituição. O primeiro sentido é normalmente lembrado por aqueles que estudam áreas mais dogmáticas do direito. Neste sentido, instituições são partes extremamente caras para o direito, como contratos, família, dano, entre outras. No Brasil, normalmente a tradução não é realizada como instituição, mas sim como um instituto⁴. O segundo sentido de instituição é o de que o direito é formado

⁴ Um autor que trabalha com uma noção de instituição mais próxima desta é Axel Honneth em seu livro "Freedom's Right" (2014).

por instituições. Neste sentido, se está usando o termo com o objetivo de frisar a relação do direito com instituições como os tribunais, o legislativo, forças policiais, entre outras instituições. Por fim, o terceiro sentido de instituição é aquele no qual o termo é utilizado como sinônimo de doutrina jurídica. Este sentido é utilizado desde os romanos em obras clássicas, como nas instituições de Justiniano.

De todos os sentidos apresentados, MacCormick se aproximará mais do segundo sentido de instituição, o sentido de que o direito é formado por diversas instituições. O direito seria então um terceiro nível de organização acima dos atos normativos e das autoridades aplicadoras, no qual tais instituições tem um papel fundamental de ação.

A partir desta delimitação do direito, precisamos também entender o que torna este direito obrigatório para todos. A obrigação de seguir o direito e, anteriormente (desde a modernidade), a obrigação de obedecer ao Estado é uma das perguntas fundamentais da filosofia política e que precisa ser enfrentada. Neste ponto também deve ser frisada a importância que o próprio Dworkin dava à questão, visto que, uma de suas principais preocupações era exatamente a discussão acerca dos casos de legitimidade ou não da ação do Estado. Em “O império do direito”, Dworkin afirma exatamente que devido aos objetivos que o governo busca atingir: “A finalidade mais abstrata e fundamental da prática jurídica é guiar e restringir o poder do governo desta forma.” (DWORKIN, 1986, p. 93, tradução nossa).

Partindo da estrutura de Direito apresentada, pouco foi dito acerca de o por que devemos então seguir o direito. Por que devemos confiar que o Estado, ou mais especificamente, as instituições jurídicas, devem ser responsáveis em encontrar a solução para os casos de desacordos? Entre diversas possibilidades de respostas, devemos priorizar duas respostas que tem importantes representantes na discussão.

A primeira tese sobre o por que devemos obedecer o Estado é a tese de Bentham. O autor que formulou o Utilitarismo e até hoje é um clássico de diversas áreas (inclusive no Direito) propõe o Estado como central em sua teoria. Este Estado não deveria agir conforme qualquer atitude aleatória que achasse correta e nem se fundamentar em elementos como a Vontade Divina. Para Bentham, as leis que governam a sociedade deveriam ser científicas e focadas no que se chamou de “princípio da utilidade”, aceitando o mal da punição para alcançar um bem e assim evitar um mal maior que a punição (1907, p. 170)

Com o cálculo de utilidade, que é uma medida objetiva sobre os atos que devem ser tomados, volta-se então à forma pela qual a obediência deve ser seguida por meio do direito. A obediência do sujeito é um elemento que deve ser incentivado pelo Estado de uma forma

específica. Essa forma característica tem relação com a própria natureza do homem considerada por Bentham.

De acordo com a proposta de Bentham (1907, p. 1), o homem é movido por dois mestres soberanos, a Dor e o Prazer. É por meio destes *inputs* que a mente humana age ou deixa de agir. Como muitos dos atos do cálculo utilitarista serão prejudiciais para alguma parte da população, é de se esperar que nem todos sejam movidos pelo prazer de obedecer o Estado que deve garantir a felicidade (CRIMMINS, 2017, p 35).

Nestes casos nos quais o ato não é volitivo, o direito então deve assumir seu papel de garantir a ordem. O Direito, portanto, principalmente o direito penal deve funcionar como uma arma que atinge aquele que busca causar um dano ao ganho maior de utilidade⁵.

Este primeiro modelo, portanto, une dois elementos para justificar à obediência ao Estado e desta forma também o Direito. O primeiro elemento é a objetividade de uma única resposta obtida pelo cálculo de utilidade de ato que impediria a existência de desacordos sobre qual conduta deveria ser tomada. O segundo elemento é como o Estado vai garantir essa obrigatoriedade, que será por meio de seu Aparato Coercitivo.

Com a descrença em grandes modelos de verdade tanto científicas quanto religiosas, teses como as do Utilitarismo receberam força. Deixa de ser tão óbvio que a Ciência tem capacidade de propor um sistema objetivo e que este deve ser cegamente obedecido. Com essas mudanças em curso, temos também o crescimento das discussões acerca da Democracia. Se não temos mais a Verdade absoluta científica e religiosa, o Estado passa então a ter uma legitimidade que deriva da estrutura política dos Estados em transformação, principalmente, desde a modernidade.

Uma possibilidade de fundamentação, e o segundo modelo que será trabalhado, é o modelo democrático. O fundamento da nossa obediência às instruções sendo cidadãos plenos, é devido ao fato de que o Estado democrático ser a melhor instituição para resolver uma série de problemas, incluído entre eles o nosso problema fundamental, que são os desacordos. Essa discussão, mesma que mais importante para o debate acerca das Teorias da Democracia, se torna então, também essencial para o debate acerca dos desacordos.

Como afirmado por Thomas Christiano (2015, p. 237), a Justificação da democracia é muitas vezes pensada como sendo devido ao fato de que existem desacordos em nossa

⁵ É interessante notar que muitas vezes por estes elementos, a teoria de Bentham parece ser apenas uma outra teoria punitivista sem proteção aos sujeitos. Entretanto, em “An Introduction to the principles of morals and legislation” (1907), Bentham debate em vários momentos situações nas quais precisa existir proporcionalidade (1907, p. 178-187) ou até mesmo outras nas quais a punição pode também não fazer sentido ou ser ineficiente (1907, p. 171 – 175).

sociedade acerca da injustiça e de como deve ser buscado o bem comum. A democracia seria então uma forma de tratar todas as pessoas de forma igual, a fim de buscar a solução de casos de desacordo. Com esta posição, se quiser defender que a Democracia intrinsecamente está vinculada com a resolução deste problema.

Por democracia, seguindo Christiano (2015 p. 238), devemos considerar o processo de produção de decisões coletivas pelo qual as principais partes interessadas participam como iguais em um nível essencial para a formulação das políticas e do Direito de uma comunidade. Dessa forma, a Democracia então exigiria a União de dois elementos. O primeiro elemento seria a Igualdade entre os grupos representativos e o segundo, seria a soberania da vontade desses grupos quando consideramos coletivamente.

O principal questionamento que precisa ser feito envolve saber quando é que realmente existe essa igualdade de representação. Ela exigiria uma igualdade para a aceitação de cada um dos argumentos? Sem a igualdade na representação, a legitimidade das soluções vindas da Democracia também seria atingidas. Portanto, é imprescindível responder se não existem críticas que podem refutar essa proposta de igualdade para a resolução de desacordos por meio da democracia.

Uma dessas críticas é a que defende a existência de um paradoxo na democracia. Para os autores dessa crítica, seria contraditório dizer que todos precisam ter suas opiniões consideradas, visto que, claramente não damos o mesmo peso para posições diferentes e entre nós, também não temos as mesmas habilidades para auxiliar a nossa comunidade. Portanto, a capacidade intrínseca da democracia de solucionar problemas, poderia não ser tão simples e sua solução não seria legítima para solucionar o problema dos desacordos.

Thomas Christiano (2015, p. 239) tenta propor um modelo de Democracia que supre a questão da Igualdade na representação e busca garantir a solução dos desacordos. O seu modelo de igualdade de representação se apresenta por meio de um aspecto geral, um ponto de vista ou posição que deve ser considerado central. Para este ponto de vista central, Christiano (2015, p. 238) chama de ponto de vista público. É por meio deste ponto de vista que podemos solucionar a nossa questão.

Uma observação importante de ser feita, antes de começar a tratar do ponto de vista público, e que ficará mais clara na exposição do modelo de Dworkin, é que a proposta de Christiano não se confunde com um procedimentalismo. Em uma teoria procedimentalista, a simples existência de um procedimento justo, já garantiria um resultado justo ou mais próximo

possível do justo⁶. Entretanto, Christiano (2015, p. 239) defende que não são aceitáveis todos os resultados possíveis, incluindo, portanto, elementos normativos em sua solução.

Voltando à questão do ponto de vista, Christiano (2015, p. 240) chama a atenção acerca da divisão entre as formas que podemos considerar que existe uma igual condição para a consideração dos diferentes argumentos acerca de um desacordo. Este desafio proposto por Steven Wall (2007), segundo Christiano (2015), pode ser então considerado de três formas.

A primeira forma de interpretação da consideração racional é a do ponto de vista particular de cada cidadão individualmente. Quando consideramos a opinião individual de cada sujeito, é normal reconhecer que as pessoas acreditam que suas opiniões em alguns casos, ou em muitos casos, são melhores que as opiniões de outras pessoas.

Além disso, não seria anormal também a aceitação por um sujeito, de que outras pessoas podem ter uma opinião mais qualificada que a sua. Neste ponto, faz sentido afirmar que a Democracia não garante a igualdade de consideração dos argumentos das partes.

A segunda forma de interpretação seria a de um enfoque não mais nos diversos sujeitos e sim, em uma forma de perspectiva absoluta. Neste ponto de vista, esta perspectiva determinaria o valor absoluto de alguma visão (CHRISTIANO, 2015, p. 242). A ideia seria a de um ser que idealizado, como um deus, que conseguisse ter acesso a todas estas perspectivas.

Mesmo neste segundo modelo, faz sentido falar que a igualdade acerca da consideração racional não existe. Se existe uma perspectiva racional, ideal e que deve ser ultimamente buscada, podemos então classificar as nossas análises como sendo mais próximas ou mais distantes do padrão (CHRISTIANO, 2015, p. 242).

Sempre poderá ser dito que a conduta X, ou a conduta Y, é melhor e mais próxima do modelo ideal e se for assim, mesmo a existência de um ponto perfeito, não garantiria que todas as opiniões seriam igualmente consideradas.

Thomas Christiano (2015, p. 245) considera que a terceira forma, o ponto de vista público, não é alvo dessa crítica. O ponto de vista público é aquele no qual as pessoas estão envolvidas em um esforço para estabelecer a justiça e buscar o bem comum entre todos. Sua importância deriva da nossa necessidade de tomar decisões. Quando vamos tomar tais decisões, cada um utilizará como base os seus julgamentos. Mesmo que alguma pessoa defenda suas teorias de concepções absolutas, a externalização e o aceite dependem do sujeito e do seu ponto de vista.

⁶ Acerca do debate entre procedimentalismo e substantivismo ver capítulo III de Gisele Cittadino (2004).

1.2 OS DESACORDOS E SUA CLASSIFICAÇÃO NO DIREITO

Juristas discordam. Diariamente as mais diversas cortes, nos mais diversos níveis, entram em conflito acerca de vários pontos do direito dos mais diferentes locais. No Brasil, não enfrentamos uma situação diferente. Seja na decisão que um magistrado toma, seja em tribunais regionais ou em nossa Suprema Corte, os desacordos são elementos presentes no cotidiano daqueles que estão relacionados com o direito. Poderia ser argumentado que os desacordos aparecem apenas em casos difíceis, nos pontos mais polêmicos como os que citamos no ponto anterior. Entretanto, esses desacordos não ocorrem só em casos complexos, sejam por elementos políticos, quanto por outras questões, até mesmo casos simples insurgem debates amplos sobre uma frase ou até mesmo uma palavra.

Um dos julgamentos que é de extrema importância para o Brasil e que pode ser utilizado para refletirmos sobre tal questão é o caso do reconhecimento ou não das uniões estáveis homoafetivas no Brasil. Além de preconceitos sobre a questão que envolvem os próprios julgadores e uma preocupação com a interpretação constitucional, podemos também afirmar que estava em jogo a forma de identificação de direito no país.

Se deve considerar uma improvável intenção daqueles que criaram a lei, de forma a entender que eles não defendiam a união homoafetiva, ou priorizar o princípio constitucional da igualdade? Essas questões são fundamentais para o direito.

Um problema que pode ser levantado contra a utilização de casos e que poderia ser utilizada contra os exemplos, é a de que, os casos não eram exatamente sobre o problema que é afirmado. Um exemplo de tal argumento é aquele que diz não ser a aplicação ou não dos princípios o ponto principal de casos como Elmer⁷.

Esse é um argumento válido e que deve ser levantando, entretanto, mesmo demonstrando a falta de uma “consistência histórica” com o caso, pode-se tentar formular um argumento de que uma reinterpretação, vista do presente, vê como mais importante no caso o elemento X, mesmo que não fosse o principal à época dos fatos e que isso não é ruim, apenas demonstra como o julgamento não teve apenas um ponto de influência, mas outros que podemos considerar mais importantes do que outros devido a nosso próprio tempo.

⁷ No referido caso, Elmer matou o seu avô para evitar que ele mudasse a sua herança e a discussão jurídica foi acerca da possibilidade ou não de Elmer perder o direito à herança mesmo que ela cumprisse os requisitos legais (DWORKIN, 1986, p. 15-20).

Além de tal debate, considerando tal importância e presença cotidiana, espera-se que a teoria do direito tenha diversas propostas para solucionar tal problema. Ao contrário do que Dworkin (1986, p. 6-7) afirma, a teoria do direito já tinha propostas sim e há muito tempo se preocupa com os desacordos no direito, mesmo que não fossem os desacordos teóricos que ele trabalha. H. L. A. Hart, se preocupou a responder tanto aos céticos quanto aos formalistas acerca da decisão judicial (2011, p. 161). Entretanto, como expresso por Ruth Gavison, (1987, p. 34) não se pode negar a atenção e o desenvolvimento que Dworkin deu para a adjudicação no direito.

Voltando ao debate mais geral da existência de desacordos no direito, como podemos classificar esses desacordos? De que forma os mesmos se apresentam e podem (ou não) ser solucionados? A classificação dos desacordos no direito que iremos utilizar neste trabalho é a mesma classificação proposta por Ronald Dworkin (1986, p. 3-6).

Antes de iniciar a exposição da classificação, é interessante comentar o contexto da pesquisa de Dworkin e sua relação com um dos maiores, se não o maior, filósofo político do século XX, John Rawls.

No último capítulo da obra “Justice in Robes” (2006), Ronald Dworkin debate a influência de Rawls não apenas como um filósofo político, mas também como filósofo do direito. Mesmo com divergências, a influência de Rawls e a busca pela quebra de um contexto árido e que se julgava tecnicamente superior é presente tanto em Dworkin quanto em Rawls. Além disso, Dworkin (1986, p. 190) também debate diretamente com Rawls acerca da justificação para as obrigações políticas.

Dworkin (1986, p. 192-193) considera que as respostas propostas por Rawls acerca das obrigações políticas seriam insuficientes. O primeiro motivo seria a exigência de um consenso tácito acerca das obrigações políticas (DWORKIN, 1986, p. 192). O segundo motivo seria a insuficiência em explicar o dever de agir de uma forma justa, principalmente em casos de obrigações específicas como a de uma nação em particular (DWORKIN, 1986, p. 193). O terceiro motivo é a insuficiência do princípio da equidade (fairness) em tentar criar uma obrigação, visto que, o fato de uma pessoa ter tido o direito a um igual tratamento não quer dizer que ela queria isto e que necessariamente ela passa a ser obrigada a agir desta forma (DWORKIN, 1986, p. 194) Portanto, a teoria de Dworkin mesmo tendo semelhanças, discorda da teoria filosófica de John Rawls.

Uma aproximação das teorias é o confronto com o utilitarismo, que com suas proporções, é o confronto que Dworkin compra com o positivismo jurídico em sua teoria. Portanto, ao tentar solucionar os desacordos morais existentes na sociedade e considerar o direito também como um ponto central desse debate, Dworkin está em um contexto fruto do avanço Rawlsiano. Entretanto, mesmo com tais debates, pensamos não ser necessário considerar que todo o debate de Dworkin se apresenta neste horizonte. Como será debatido neste capítulo, a sua vinculação com o debate da filosofia da linguagem também é importante para entender sua obra.

O argumento dos desacordos teóricos é uma das principais teses propostas por Dworkin. Mesmo que tenha apenas sido proposta de forma clara em “O império do direito” (1986, p 5-6), passando por alterações em “Justiça de Toga” (2006), este argumento em sua forma presente naquela obra tem centralidade para a teoria do direito no debate entre positivistas e interpretativistas e pode ser considerada sua forma “clássica” de apresentação. Portanto, o enfoque maior será dado para esta parte clássica, tentando não ignorar a formulação e alterações do argumento. Posteriormente, será exposto o desenvolvimento presente em “Justiça de Toga” no terceiro capítulo.

Para Macedo Junior (2013, p 171), desde as primeiras críticas presentes no artigo “modelo de regras I”, inserido em “Levando os direitos a sério” (2010), já temos uma preocupação com a impossibilidade das convenções em solucionar os questionamentos da teoria do direito. Essa preocupação aumenta e se aperfeiçoa no artigo “modelo de regras II”, também inserido no livro “Levando os direitos a sério” (2010), no qual Ronald Dworkin busca responder a diversos de seus críticos. A partir do referido artigo, a teoria de Dworkin passa a contar com uma relação com o conceito de a “teoria mais bem-fundada”, como exposto por Macedo Junior esse critério leva em conta “a exigência de justificação e implica a incorporação de argumentos morais substantivos” (2013, p. 49).

Começaremos desde o momento no qual o argumento dos desacordos teóricos foi formulado, mesmo que ainda sem essa nomenclatura, no artigo “modelo de regras II”. Neste artigo, Dworkin propusera responder a alguns de seus críticos que procuravam postular respostas ao seu conhecido artigo “modelo de regras I”. O seu principal argumento neste artigo era o de que a tese de que “não podem existir direitos e deveres de qualquer tipo, a não ser em virtude de uma prática social uniforme que reconhece tais direitos e deveres” (DWORKIN, 2010, p. 76) deve ser rejeitada. O ponto que interessa aos desacordos é exatamente a crítica de

Dworkin à exigência de uma uniformidade nas práticas sociais, ou seja, um teste que seria em sua visão “estático”.

A teoria das práticas sociais de Hart, que buscava explicar a origem e a utilização das obrigações jurídicas será o principal alvo de Dworkin (assim como já tinha sido em “modelo de regras I”). Para Dworkin (2010, p. 87), se considerarmos que a condição de Hart para a existência de uma regra está vinculada ao comportamento conforme ela por grande parte da população. O que podemos fazer em casos nos quais existem dúvidas? Se ao adentrar na igreja com um bebê, metade dos presentes acredita ser necessário tirar o gorro do bebe para demonstrar respeito e metade não, o que deve ser considerado? Na falta de convergência, não existiria então uma regra social, tanto positiva quanto negativa acerca da ação de colocar o gorro ou tirar do bebe.

Dworkin considera que essa crítica que é exposta em um caso simples como o de um bebê que precisa entrar na igreja, também pode ser aplicada ao direito. A teoria das práticas sociais de Hart traz para o direito uma incapacidade de explicar casos nos quais se apresentam tais desacordos. Desta forma, a tese positivista traria limitações e se aplicariam apenas em contextos nos quais existem uma moralidade convencional forte.

Em um segundo momento, no qual suas críticas são respondidas por Hart, na obra organizada por Ruth Gavison (1987), Dworkin começa a apresentar sua crítica já na formulação dos desacordos teóricos. Entretanto, como neste momento o texto apresentado já era anunciado como parte da obra que viria a ser “O Império do Direito” e a preocupação deste artigo não é o debate entre Hart e Dworkin, é mais interessante passarmos para a forma final do texto, que foi apresentada em “O Império do Direito”.

Em “O Império do Direito”, Dworkin traz o problema dos desacordos não mais como uma crítica entre diversas outras. Para o autor (1986, p. 11), um tipo particular de desacordos, os desacordos teóricos, seriam o principal enfoque de sua obra. Entretanto, antes de entrar nestes desacordos, é importante expor a classificação de desacordos jurídicos proposta por Dworkin.

Dworkin (1986, p. 3) considera que, ao menos em princípio, os processos jurídicos levantam três tipos de desacordos. O primeiro tipo de desacordo é o acerca de fatos existentes no processo. Neste caso, o que teria acontecido em uma situação específica? O sujeito que foi vítima de tiros por um policial estava cometendo alguma conduta ilícita? O trabalhador estava

trabalhando sem seus equipamentos de segurança no trabalho? O que realmente aconteceu? Este problema é reconhecido e sabemos que para enfrentá-lo, precisamos então refletir sobre estes fatos e analisar as provas relacionadas com fatos.

O segundo tipo de desacordo jurídico tratado por Dworkin é o desacordo sobre questões de moralidade e fidelidade. Neste caso, existem duas questões principais que são levadas em conta. A primeira é a moralidade ou não da legislação. Uma legislação como a atual reforma trabalhista brasileira, é moral? A segunda questão é envolvendo a fidelidade e tem relação direta com a primeira. Considerando a moralidade ou não de uma legislação ou ato jurídico, devemos manter a fidelidade quanto a esta legislação? Nesta situação, também não teríamos segundo Dworkin (1986, p. 3), grandes problemas para enfrentar.

O terceiro tipo de desacordos jurídicos são os desacordos sobre questões de direito. Em um caso como a liberação das drogas para uso pessoal, muitas vezes diferentes juízes discordam sobre este mesmo problema. Enquanto que um juiz propõe uma solução baseada em um grupo específico de padrões, outro juiz aplica no mesmo caso outro tipo de padrões e afirma a opinião contrária que a anterior. Antes de avançar sobre como Dworkin responde a este tipo de desacordo, alguns conceitos são necessários para aprofundar a compreensão deste problema.

O primeiro conceito que é importante para entender os desacordos no direito é o de “proposições do direito”. Dworkin (1986, p. 4) chama de proposições jurídicas as afirmações e reivindicações que são feitas acerca de o que o direito permite, proíbe ou intitula em uma certa situação. Estas proposições jurídicas podem ser tanto amplas, como uma afirmativa que tem validade em todo o sistema jurídico brasileiro, quanto podem ser restritas a um ponto de um caso específico sobre um acontecimento. Portanto, quando falamos de um desacordo no direito, são as proposições jurídicas pronunciadas que entram em choque.

Mesmo que dois juízes diferentes possam afirmar proposições jurídicas distintas e inclusive contraditórias sobre o mesmo tópico, isto não significa que no campo das proposições jurídicas exista uma relatividade forte na qual não se aplicam conceitos como verdade ou falsidade. Essas proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas com base em um outro tipo de proposição. Dworkin (1986, p. 4) chama estas proposições de “fundamentos do Direito”.

Utilizando então os conceitos de proposição jurídica e de fundamentos do direito, Dworkin afirma que existem dois tipos de desacordos sobre o direito quando pensamos sobre a verdade ou não de uma proposição jurídica. O primeiro tipo é o desacordo empírico. Neste tipo

de desacordo, existe concordância sobre os fundamentos do direito, mas não existe concordância acerca da completude ou não destes fundamentos em um caso particular. O segundo tipo de desacordo é aquele mais importante para Dworkin. Os desacordos teóricos ocorrem quando o conflito não é apenas acerca do cumprimento ou não dos fundamentos do direito em um caso. Os desacordos teóricos são desacordos sobre os próprios fundamentos do direito.

Dworkin defende que os desacordos teóricos não têm uma teoria plausível na teoria do direito. Seu argumento é o de que uma visão sobre os fundamentos do direito possibilitou que essa questão fosse ignorada. Esta posição é a visão do direito como simples fato (*plain fact view*). Para Dworkin (1986, p. 7), a visão do direito como simples fato defende que o desacordo teórico é uma ilusão, que os juízes e advogados concordam acerca dos fundamentos do direito.

A visão do direito como simples fato se apresenta em duas versões. Uma primeira versão, mais “ingênua”, defende que as questões de direito sempre podem ser respondidas conforme as decisões institucionais anteriores. Uma segunda versão, acadêmica, já entende que existem casos nos quais o direito pode não existir e o juiz tem discricionariedade para solucionar a questão. No primeiro caso, os desacordos teóricos são na verdade problemas de fidelidade e moralidade. No segundo caso, os desacordos teóricos podem ser casos de reparo, nos quais existem vácuos legislativos que levam a desacordos e precisam ser suprimidos pela ação do magistrado.

Buscando demonstrar como a visão do direito como simples fato é insuficiente para explicar a realidade, Dworkin trabalha com quatro casos. Em cada um desses casos, o autor busca frisar um ponto no qual a teoria adversária é problemática. O mais importante deles é o caso *Snail Darter*. A sua importância deriva da clareza da discussão entre dois dos magistrados do caso acerca de qual posição deveria ser tomada. O caso *Snail Darter*, ou *Tennessee Valley Authority (TVA) x Hill* envolvia a construção de uma barragem de grande valor e a existência de um peixe chamado *Snail Darter*.

Nos Estados Unidos da América existia uma legislação de proteção ambiental que garantia a proteção de animais em risco de extinção. De acordo com esta legislação, tais animais deveriam ser protegidos e obras públicas deveriam ser paradas para a proteção dos mesmos. Buscando frear a obra devido ao fato de a considerarem causadora de grandes danos ambientais, grupos ambientalistas alegaram que a construção da mesma era contra as leis ambientais, pois iria causar a extinção de um peixe, o *Snail Darter*.

Por meio de mobilização política, os grupos conseguiram que o Snail Darter entrasse na lista de animais em extinção. O peixe não tinha importância econômica e nem social para aquele local, entretanto devido o contexto legal criado, o caso chegou até a Suprema Corte Norte-Americana. O que o judiciário deveria fazer era a questão que precisava ser respondida. Agir conforme um “bom-senso” e não destruir a obra, ou garantir a eficácia da lei mesmo com seus resultados eram as opções.

O debate, na forma exposta por Dworkin (1986, p. 20-23), teve como ponto central as opiniões dos ministros Warren Burger e Lewis Powell. O voto da maioria foi escrito pelo Ministro presidente Warren Burger. Neste voto, segundo Dworkin (1986, p. 21), o ministro defendeu que quando o texto legislativo se apresenta de forma clara, a corte não tem o direito de se negar a aplicá-lo por achar que os resultados não seriam interessantes. A posição de Burger era a de que nestes casos, não cabia ao Judiciário especular sobre a intenção do legislativo em um texto no qual o sentido já se apresenta. Mesmo considerando a possível intenção, o congresso também estaria demonstrado que gostaria que os animais em extinção fossem protegidos, a própria legislação demonstrava que essa proteção era de um alto nível que pudesse até mesmo parar obras públicas (DWORKIN, 1986, p. 22).

A posição contrária foi defendida pelo Ministro Powell. Dworkin (1986, p. 23) expõe que em seu voto, Powell defendeu que mesmo não sendo do feitio da Corte interferir em decisões políticas do legislativo, existem casos nos quais as possíveis interpretações de uma lei devem excluir casos que possam levar para resultados absurdos e contra o bom-senso.

Como Dworkin (1986, p. 23) defende, neste caso, os ministros não estão debatendo questões de fato ou sobre se neste caso eles eram fieis ao direito. O problema principal era o próprio direito, era como os juízes deveriam decidir sobre uma lei e que intenções da mesma eles deveriam considerar. Essa é uma questão que envolve exatamente os fundamentos do direito, exigindo um raciocínio acerca das nossas proposições fundantes.

Outro exemplo interessante e mais recente foi utilizado por Mark Greenberg (2014). O autor (2014, p. 1291) trabalha o exemplo de uma arma de fogo que teve uma utilização não tão usual e que suscitou um debate jurídico acerca dos fundamentos do direito. O nome deste caso é *Smith v. United States* e nele, Smith ofereceu a troca de uma arma para comprar cocaína, portanto, a arma de fogo foi utilizada pelo seu valor financeiro e não como ferramenta para a realização do crime. O grande problema foi que a Suprema Corte Norte-americana ficou dividida acerca da aplicação ou não da lei que aumenta as penas caso o acusado utilize armas

de fogo no crime (GREENBERG, 2014, p. 1291). Deveria se aplicar o aumento de pena ou se deveria levar em conta os princípios existentes na prática? Que tipo de direito deve ser aplicado nos Estados Unidos? Este debate de Greenberg demonstra como as questões acerca dos desacordos teóricos ainda suscitam debates e perguntas.

Voltando a Dworkin, o autor (1986, p. 32) afirma que existem teorias do direito que não conseguem compreender os desacordos teóricos e que acreditavam ainda ser necessário existir uma noção de que a palavra direito limitava as interpretações do que poderia ser aceito, ou que acreditavam ser possível buscar os fundamentos linguísticos necessários para julgar as proposições do direito. Dworkin (1986, p. 32) chamava essas teorias de teorias semânticas.

O que levaria essas teorias a manterem esse erro? Para Dworkin (1986, p. 45), o fundamento dele era o chamado aguilhão semântico, ou seja, a crença de que todos os envolvidos na prática jurídica precisam estar discutindo na mesma prática e utilizando os mesmos critérios para que ela possa fazer sentido. É importante frisar que para Dworkin (1986, p. 35-37), as teorias semânticas poderiam não ser apenas positivistas, teorias defensoras do direito natural e do realismo jurídico, também poderiam ser teorias semânticas, mesmo que ele próprio considere que os casos não seriam tão bem explicados como o positivismo.

Stravropoulos ao analisar o debate acerca da objetividade do direito realiza um esclarecimento central para evitarmos confusões sobre que teorias são semânticas ou não. Dworkin considerava sua teoria anti-semântica, entretanto, ele não era contra qualquer teoria semântica, Dworkin tinha um alvo em mente (STRAVROPOULOS, 1996, p. 129). O alvo de Dworkin era o modelo criterial de semântica, que negava o caráter interpretativo em certos contextos (STRAVROPOULOS, 1996, p. 129).

O primeiro passo para fugir das teorias semânticas seriam os conceitos interpretativos. Os conceitos interpretativos seriam aqueles nos quais o sentido varia de acordo com a interpretação feita deles (DWORKIN, 1986). Dworkin inicia sua explicação por meio da prática da cortesia. Para Dworkin (1986, p. 47), uma prática interpretativa teria dois componentes. O primeiro seria o de que as pessoas reconhecem que as práticas têm um valor e não simplesmente existe. O segundo componente seria o de que as pessoas reconhecem as práticas como tendo uma finalidade e que elas se modificam para estar de acordo com ela.

Estes tipos de pessoas, para Dworkin (1986, p. 209-211) estão em uma forma de comunidade que é a comunidade de princípios que se diferencia de outros dois tipos de

comunidade, que são as comunidades fundadas nas circunstâncias e as comunidades fundadas em regras. Na comunidade de princípios, as pessoas aceitam que elas dividem princípios comuns e não regras que podem ir surgindo dependendo do compromisso político que for feito (DWORKIN, 1986, p. 2011)

A melhor forma de interpretar tais conceitos é por meio da chamada interpretação construtiva (DWORKIN, 1986, p. 50). Neste tipo de interpretação, Dworkin (1986, p. 56) considera que o objetivo é demonstrar o objeto da interpretação em sua melhor luz. Para isto, existiriam três etapas interpretativas, uma pré-interpretativa, uma interpretativa e outra pós-interpretativa. Não é nosso interesse aprofundar este ponto, mas é importante notar algo de extrema importância para a teoria de Dworkin.

Ao refletir acerca de como realizar a interpretação de uma prática social, Dworkin (1986, p. 63) reflete acerca de como os propósitos de uma prática devem ser buscados. Seria observando as opiniões de alguns interpretes ou é necessária uma outra perspectiva? Para Dworkin (1986, p. 63), nós precisamos interpretar a finalidade da prática social que está presente na perspectiva de todo o grupo. O grupo precisa então concordar sobre o que? Seria a mesma solução que o positivismo?

Para Dworkin, o grupo precisa de:

(...) o que Wittgenstein chamou de forma de vida suficientemente concreta para que se possa reconhecer o sentido e o propósito daquilo que o outro fala e diz, ver que tipo de crenças e motivos fariam sentido considerando a sua dicção, gesticulação, tom e assim por diante. (DWORKIN, 1986, p. 63-64, tradução nossa).

Desta forma, podemos separar dois pontos que serão extremamente importantes para a última parte do capítulo. Em primeiro lugar, os conceitos interpretativos de Dworkin o aproximam da tese dos jogos de linguagem de Wittgenstein. A noção de diversos sentidos em diversos jogos de linguagem (*Sprachspiele*) está presente na obra do autor austríaco e permite a Dworkin que demonstre como os conceitos podem ter diversos significados. Em segundo lugar, a importância de como o conceito de forma de vida (*Lebensform*) age para permitir a análise das finalidades das práticas sociais interpretativas, permite que traçar um ponto de contato entre o trabalho de Dworkin e Wittgenstein⁸. No último tópico iremos desenvolver melhor como esta relação pode ser considerada. Por enquanto, no próximo tópico iremos entrar

⁸ Argumenta nesta mesma direção o Professor Ronaldo Porto Macêdo Junior (2013)

em debates que demonstram a importância dos desacordos teóricos no direito e como eles foram interpretados na discussão da teoria do direito e aguardaremos para entrar no tópico mais filosófico.

1.3 A IMPORTÂNCIA DOS DESACORDOS

O objetivo nesta terceira seção é duplo. O primeiro passo será entender a importância dos dois argumentos principais de Ronald Dworkin, teses inclusive que já tocamos rapidamente no ponto anterior, a saber, a tese dos desacordos e o ferrão ou aguilhão semântico. Com essa explicação, espero demonstrar como eles se tornaram o centro de diversos debates na Teoria do Direito contemporânea, o que nos traz certas facilidades, como a certeza de que não faltam literaturas sobre o tema, e dificuldades, como as diversas posições que existem sobre os argumentos em função do grande número de estudiosos engajados no debate destas teses.

Como representativos da forma como os argumentos de Dworkin foram compreendidos, será focado, no presente texto, o argumento desenvolvido por H. L. A. Hart contra Dworkin no pós-escrito à “O conceito de Direito” e o argumento de Scott Shapiro acerca dos desacordos teóricos. Por meio das duas respostas de positivistas, iremos buscar o nosso segundo objetivo, que é o de entender como a interpretação sobre os dois referidos argumentos permite que até hoje os dois sejam de grande importância no debate da Teoria do Direito⁹.

Antes de entrar nos dois objetivos centrais, precisamos fazer duas observações prévias. A primeira observação é a de que, no debate entre Dworkin e o Positivismo, iremos utilizar uma divisão didática entre dois períodos, um momento prévio ao “O Império do Direito” e outro posterior à obra. Não está sendo criada esta forma de divisão da obra de Dworkin (inclusive após *Justice for Hedgehogs*, outro período talvez pudesse ser criado). A divisão também é utilizada por diversos autores, como por exemplo, Ronaldo Porto Macedo Junior (2013) e Scott Shapiro (2004). Além disso, no prefácio de *Law’s Empire*, Dworkin (1986, p. viii) também fala de uma mudança de foco em sua obra, afirmando que está passando de um viés fenomenológico da adjudicação para um viés interpretativo dos problemas do positivismo¹⁰.

⁹ Acerca deste debate os textos de Brian Leiter (2003) (2007) também são de grande importância, entretanto, por trazerem debates que fogem do escopo deste trabalho, não serão profundamente trabalhados.

¹⁰ “O presente livro, particularmente o capítulo 4, enfatiza os problemas interpretativos em vez de os fenomenológicos do positivismo, mas estes são, no fundamento, as mesmas falhas” (DWORKIN, 1986, p. viii)

O primeiro período é marcado pelas críticas iniciais de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico. O autor (1986, p. viii) tinha como foco o que ele chamou posteriormente, como exposto acima, uma crítica fenomenológica da decisão jurídica no positivismo jurídico. Em sua obra “Levando os Direitos a Sério” (*Taking Rights Seriously*), principalmente em um de seus artigos mais conhecidos, “O Modelo de Regras I”, Dworkin buscou sistematicamente demonstrar a insuficiência do positivismo jurídico quando se tratava de um tipo específico de normas, que são os princípios.

O segundo período é o que se inicia com a publicação de “O Império do Direito” em 1986 – não mais uma coletânea de artigos como em suas obras anteriores, mas um livro completo, expondo e defendendo uma tese do início ao fim. Dworkin buscou renovar a sua própria argumentação. Entretanto, é preciso ter atenção a um fator. Dworkin já começava a preparar a tese dos desacordos em artigos anteriores. No artigo “O Modelo de Regras II”, Dworkin começava a gestar a ideia de que a existência de desacordos sobre uma regra colocaria em xeque a própria existência desta regra no modelo positivista. Portanto, não ocorreu uma ruptura clara entre os dois momentos da crítica, embora as teses sejam bastante distintas – o próprio “O Modelo de Regras II” é ao mesmo tempo uma defesa desta tese e do que foi apresentado em “O Modelo de Regras I”. Dworkin nunca deixou, expressamente, de defender as teses do primeiro período da crítica.

A segunda observação é a de que devido à importância destes pontos, também existiram diversas propostas de como interpretar o que foi dito por Ronald Dworkin. H. L. A. Hart, como iremos em parte ver, respondeu às críticas de Dworkin de uma forma bem direta e que em grande parte desconsiderava a construção que o autor estava propondo em “O Império do Direito”. Outros autores, concordaram com alguns pontos desde antes de “O Império do Direito” e negaram outros. Consideramos importante frisar que tomaremos o mesmo posicionamento interpretativo de Scott Shapiro.

Para o autor Shapiro (2004, p. 41), devemos interpretar os argumentos do Aguilhão Semântico e dos desacordos de forma diferenciada. Portanto, a falha de um dos argumentos não resultaria na falha completa do outro. Por que isso é importante? Porque, como vamos ver, o argumento do ferrão semântico sofreu críticas dos mais diversos autores, e isto não necessariamente implica a falha completa da teoria de Dworkin ou da tese da controvérsia.

No capítulo I de “O Império do Direito” (1986), encontramos uma caracterização mais forte da crítica de Dworkin com relação às suas propostas anteriores. Diversas respostas foram

dadas, como expresso por Jules Coleman (2004) e Scott J. Shapiro (2004). Entretanto, como já afirmado, neste texto não tentaremos analisar todos os argumentos sobre o tema.

O mais importante e que podemos adiantar neste momento para demonstrar a importância do argumento dos desacordos teóricos é a estrutura de algumas respostas posteriores que serão ampliadas nos próximos capítulos. Hart será o primeiro a ser comentado e posteriormente Shapiro.

A estrutura das respostas de Hart pode ser dividida como se segue. Na primeira parte de sua resposta contra a tese de Dworkin, Hart (2011, p. 307-308) debate rapidamente as duas primeiras partes do argumento de Dworkin. A primeira é a de que o positivismo acredita ser não controversos os fundamentos do direito e a segunda, é a de que então só podemos falar de direito quando existir este elemento não controverso.

Na segunda parte da resposta, Hart (2011, p. 309-310) realmente concentra seus esforços não em comprovar que Dworkin está errado na tese da controvérsia, mas sim em tentar provar que a sua teoria não é um tipo de teoria semântica, como as que são alvo das críticas de Dworkin. Seu foco fica, então, em demonstrar como a caracterização seria incapaz de explicar o seu tipo de positivismo

Esses argumentos trabalhados por Hart mostram a sua preocupação em comprovar que o ferrão semântico realmente não se aplica à sua teoria. Com relação ao ferrão, Hart conseguiu responder satisfatoriamente a Ronald Dworkin? Gerald J. Postema (2011, p. 417) expõe que, excetuando Nicos Stavropoulos, a grande maioria dos trabalhos produzidos considera que o Positivismo realmente não é uma teoria semântica, pelo menos não nos moldes da caracterização proposta por Dworkin em “O Império do Direito”. Entretanto, mesmo com essa constatação, Shapiro (2004, p. 38) considera que críticas como a de Hart priorizavam as respostas à caracterização do positivismo, porém ignoravam o argumento mais claro de Dworkin, que é o da tese dos desacordos. Postema (2011, p. 418) também considera que o debate agiu dessa forma e que devemos priorizar não o argumento do positivismo como sendo uma teoria semântica, que mais confundiu do que ajudou, mas sim focar nas questões realmente importantes.

Postema (2011, p. 418), ao debater a questão do ferrão semântico, afirma que a caracterização do positivismo como teoria semântica não deve ser o foco da teoria de Dworkin. Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, p. 186) entende existir certas confusões na argumentação

de Dworkin concernente ao ferrão semântico – mesmo que não defenda que o argumento está errado. Portanto, se podemos considerar que debate atual já expôs algo, é que o argumento do ferrão semântico é deveras problemático, nem tanto para os adversários do interpretativismo, mas sim para a própria argumentação de Dworkin, visto que não anula a força do argumento como um todo apresentado em “O Império do Direito”. Entretanto, mesmo se tal interpretação for tomada, a tese dos desacordos ainda não teve o enfoque que deveria ter sido dado para ela.

Antes de passar ao próximo tópico, é importante passarmos por um ponto que terá mais importância no capítulo 3, quando voltarmos ao debate dos desacordos e a tese de Scott Shapiro. Por enquanto, precisamos fazer essa pausa para entender por que o autor dá uma grande importância para o argumento dos desacordos teóricos de Dworkin.

Scott Shapiro reinterpreta o contexto e afirma que as críticas à tese de Dworkin pelos positivistas tinham o foco errado. Para o autor (2004, p. 40), a questão, precisa ser revista, dando um passo atrás, afastando o argumento do ferrão semântico e assumindo a necessidade de o Positivismo dar conta dos desacordos teóricos. Portanto, Dworkin estava certo ao dizer que as teorias positivistas não explicavam esses desacordos.

A alternativa de Shapiro às respostas sobre os desacordos teóricos é por meio de uma tentativa de conexão dos fatos sociais com a interpretação, uma metodologia interpretativa para análise dos mesmos. Para atingir seu objetivo, Shapiro (2004, p. 42), neste momento pré-Legality, acredita ser necessário que as teorias positivistas aceitem três pontos: que qualquer forma de positivismo que restrinja as convenções interpretativas como sendo a única fonte própria de metodologia deve ser rejeitada; que é necessário atribuir um objetivo para a prática jurídica; e que, em um sistema jurídico específico, a metodologia interpretativa de um sistema é primeiramente uma função de qual metodologia melhor se adapta aos objetivos do sistema.

Shapiro (2004, p. 43) defende que o positivista, mesmo atribuindo um fim para a prática jurídica, não pode fazê-lo no caminho de Dworkin, ou seja, recorrendo à moral e à filosofia política. O positivista precisa buscar fatos sociais. Para Shapiro (2004, p. 43), o conjunto de objetivos e valores que representam os propósitos de um sistema jurídicos podem ser obtidos através de uma análise meramente empírica, não moral. Assim, o positivista precisa buscar esses fatos sociais que deixam transparecer os objetivos de um sistema jurídico. Esta metodologia irá se tornar, como veremos no capítulo 3, a teoria dos planos de Shapiro. Porém, por enquanto, o que precisamos fixar é que a tese do desacordo é o desafio de Dworkin, pois ela defende que a crítica vai além do desenvolvimento de uma teoria específica. Ela vai até

mesmo nos fundamentos filosóficos da crença na possibilidade de acordos, como Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, p. 186) busca defender em seu livro. Exatamente por isso, ela será o nosso enfoque nesta dissertação.

No próximo tópico daremos um passo atrás para avançamos vários para a frente. Iremos desenvolver como o debate dos desacordos se relaciona com a filosofia, principalmente com a filosofia da linguagem neste momento inicial, e como esta relação irá ajudar a entender não apenas este ponto, mas também as respostas de Hart, Coleman e Shapiro que serão feitas no restante da dissertação.

2 RESPOSTAS POSITIVISTAS AOS DESACORDOS TEÓRICOS

Neste capítulo, iremos continuar a nossa análise crítica acerca dos desacordos teóricos e a relação destas respostas com a filosofia da linguagem. Nosso percurso passará por algumas das respostas positivistas aos desacordos teóricos. Nas primeiras duas partes, serão analisadas as respostas de H. L. A. Hart e de Jules Coleman aos desacordos teóricos e na última parte será considerada a relação da filosofia, para ser mais específico, da filosofia da linguagem com as duas propostas.

A resposta de Hart aos desacordos teóricos focará principalmente dois textos do autor. O primeiro texto é a sua resposta a Dworkin em uma coletânea organizada por Ruth Gavison, chamada “Issues in Contemporary Legal Philosophy – The Influence of H. L. A. Hart”. Neste texto, o enfoque será dado à forma que Dworkin apresenta sua teoria e aos pontos principais de Hart que já anunciavam parte de sua resposta no pós-escrito. O segundo texto que será trabalhado é o pós-escrito de Hart que foi posteriormente adicionada à sua obra “O Conceito de Direito”. Nesta obra, o enfoque será não todo o texto, mas, sim, a parte que responde aos desacordos teóricos. O objetivo é tanto demonstrar os argumentos de Hart, quanto considerar os seus erros e acertos.

A resposta de Coleman aos desacordos teóricos se passa em um segundo contexto. Neste segundo momento, as respostas a Dworkin por parte dos positivistas se aprimoraram e parte delas se voltou a teses que foram chamadas de convencionalistas. Convencionalismo aqui não se confunde com a proposta de positivismo interpretativista que Dworkin cria em “O Império do Direito”. Convencionalista seria aquele que defende que o essencial para o direito é:

uma prática social, principalmente entre as autoridades, a respeito das fundações formais do direito (sua “regra de reconhecimento”), que é distintivamente convencional e neste fato se encontra toda a explicação acerca das condições de existência e da distintiva normatividade do direito (POSTEMA, 2011, p. 483)

Neste contexto, a resposta de Coleman que iremos focar, presente principalmente em artigos e seu livro “The Practice of Principle”, já demonstra uma diferença e atualização que não estava presente na obra de Hart e que devemos considerar em dois pontos. O primeiro ponto é levar a teoria em consideração como tendo ou não capacidade de resposta à obra de Dworkin e o segundo ponto é considerar o quão vinculado o projeto convencionalista se tornou ou não ao positivismo em si.

Por fim, demonstraremos, à semelhança da análise feita no capítulo anterior acerca da obra de Dworkin, a relação das respostas aqui presentes a elementos da filosofia da linguagem. Dois pontos principais serão analisados. O primeiro ponto e mais importante é a importância da escola da filosofia da linguagem ordinária para Hart. O segundo ponto é uma análise de como Coleman interpreta os desacordos para chegar em um resultado diferente de Dworkin e mais próximo da forma que a escola da filosofia da linguagem ordinária utilizava.

2.1 A RESPOSTA DE H. L. A. HART AOS DESACORDOS TEÓRICOS

Após as críticas de Dworkin com o argumento dos desacordos teóricos, o positivismo jurídico se reestruturou para respondê-las. Algumas destas respostas foram expostas no último capítulo. Neste período, surgiram divisões como positivismo exclusivo e positivismo inclusivo, que não só procuravam responder às críticas de Dworkin, mas reinterpretavam de forma diferente a tradição positivista. Enquanto os positivistas inclusivos permitem uma relação não conceitual entre direito e moral, os positivistas exclusivos defendem que esta relação não ocorre nem mesmo ocasionalmente, sendo contra a própria noção de direito.

Um dos grandes autores neste debate entre positivistas e não-positivistas e talvez o maior autor da teoria do direito no século XX, é H. L. A. Hart. Professor de autores como Joseph Raz, John Finnis e o próprio Ronald Dworkin, foi com Hart, como já dito anteriormente, que a teoria do direito de Oxford se encontrou fortemente com a filosofia contemporânea, principalmente com a filosofia da linguagem. Essa relação deu o enriquecimento necessário para renovar o contexto acadêmico da filosofia do direito, que estava preso em teorias imperativistas como a de John Austin.

Hart publicou diversos livros sobre temas tanto de teoria do direito quanto em outras áreas. Entretanto, seu debate com Dworkin principalmente durante e após a produção de “O império do direito”, ocorreu apenas em dois momentos. Talvez um dos motivos para isto ter acontecido é o fato de que Hart durante muitos anos se dedicou ao estudo da obra de Bentham, inclusive sendo editor de algumas dessas obras.

Com isso não estou afirmando que os dois autores não se encontraram ou não debateram em eventos sobre o tema. Meu único ponto é que na bibliografia de Hart os dois principais pontos de contato são seu comentário à apresentação de Dworkin na obra organizada por Hart

com Ruth Gavison e o famoso pós-escrito de “O conceito de direito”. Portanto, ao analisar as respostas de Hart a Dworkin, estes serão os dois pontos enfocados por nós.

Existe uma observação importante de ser feita antes de entrarmos nos argumentos de Hart. Mesmo que não seja o objetivo neste texto, é importante frisar que houve diversas outras respostas positivistas neste primeiro momento às críticas de Dworkin. Mesmo que Hart não tenha feito várias respostas e que sua principal resposta seja o pós-escrito, autores como Joseph Raz, deram respostas aos argumentos de Dworkin contra o positivismo. Portanto, quando a resposta do pós-escrito de Hart veio a público postumamente, já existia todo um debate ao redor do tema positivismo e antipositivismo. O debate, portanto, não estava parado e feito apenas entre dois autores.

Retornando ao enfoque desta dissertação, o primeiro enfoque que será trabalhado é a resposta de Hart para Dworkin no livro “*Issues in Contemporary Legal Theory – The Influence of H. L. A. Hart*”, organizado por Ruth Gavison no ano de 1987. Mesmo que o livro tenha sido publicado apenas em 1987, a conferência que deu origem à obra foi realizada no ano de 1984, em Jerusalém.

Essa obra é importante não só pelo texto de Dworkin, mas também por reunir diversos artigos e comentários de autores como John Finnis, Joseph Raz, Gerald Postema, David Lyons, Neil MacCormick, Ruth Gavison e o próprio H. L. A. Hart, na discussão de diversos temas importantes para a sua teoria.

Nessa obra, o texto publicado por Dworkin se chamava “*Legal Theory and The Problem of Sense*”. A apresentação de Dworkin, que foi transformada em um capítulo, apresenta onze páginas. Entretanto, Dworkin afirma que fora enviado para os participantes, trechos de seu, na época, futuro livro, “O império do direito”. Estes trechos viriam a se tornar, segundo Dworkin (1987, p. 9), os três primeiros capítulos de sua obra.

Dworkin prioriza no texto quatro pontos. O primeiro ponto é a explicitação de qual o problema que Dworkin (1987, p. 9) deseja trabalhar, ou seja, a discussão acerca dos sentidos das proposições jurídicas. O segundo ponto é a resposta ortodoxa acerca da questão do sentido que é a resposta das teorias semânticas e como os desacordos teóricos não são apenas elementos ocasionais da prática jurídica e sim, centrais (DWORKIN, 1987, p. 13). O terceiro ponto é a consideração do direito como um conceito interpretativo e, que assim como a arte, interpreta uma prática considerando qual é a melhor interpretação artística, a interpretação da prática

jurídica busca a melhor interpretação considerando a moralidade política (DWORKIN, 1987, p. 14). O quarto e último ponto é a resposta às teorias céticas e o caso do direito mal.

Destes quatro pontos, os mais importantes para esta dissertação são os três primeiros. Contudo, o conteúdo dos argumentos não é modificado se compararmos com o já visto no capítulo anterior. O próprio Dworkin (1987, p. 9) indica que o argumento final é o apresentado em 1986. Entretanto, o enfoque dado em seu texto traz algumas diferenças, ao menos na forma de abordagem, se considerarmos o apresentado posteriormente em “O império do direito”.

A apresentação das proposições jurídicas é um exemplo de argumento que é trabalhado diferentemente no comentário de Dworkin. Diferente da apresentação dada no capítulo anterior que buscava construir uma cadeia de classificações e exemplos de casos práticos, Dworkin (1987, p. 9) apresenta a questão das proposições jurídicas com uma visão muito mais filosófica neste texto, ao dizer que a sua preocupação era com um problema central da filosofia do direito: “A análise ou explicação do que pode ser chamado o sentido das proposições do direito” (DWORKIN, 1987, p. 9). Esta apresentação deixa mais clara a relação de toda a questão com a filosofia da linguagem e seu debate sobre sentido, visto que, Dworkin utiliza diretamente estes termos e desta forma. Não é por outro motivo que ao analisar os elementos linguísticos da teoria de Dworkin, Stavropoulos (1996, p. 129) também cita elementos deste texto.

Além disso, os casos, que são sempre uma parte importante da argumentação de Dworkin, não são enfocados ao se realizar essa análise mais filosófica. O que poderia ser considerado como apenas uma diferença no uso de termos, parece nos demonstrar outro ponto que irá guiar também a resposta de Hart. O ponto de discussão será mais filosófico e menos prático. A discussão terá mais preocupação abstrata do que aplicação concreta.

Partindo deste pressuposto mais filosófico e menos prático do direito, a argumentação de Hart em resposta a Dworkin, no geral, apresenta dois principais argumentos. O primeiro argumento é acerca da existência ou não de teoria descritiva do direito. O segundo argumento é o de que ao vincular aos princípios uma força moral que deve ser considerada razão para agir Dworkin ignora casos nos quais tais legislações serão moralmente ruins.

Dworkin estaria vinculando exigências morais mais fortes que as positivistas mesmo em casos nos quais os positivistas diriam que não existe obrigação moral. Portanto, a teoria de Dworkin no segundo argumento estaria trazendo uma exigência que seria maior que a dos

positivistas ou está pressupondo que existe uma negativa dos positivistas em permitir que princípios possam ter certa influência sobre o direito, o que Hart (1987, p. 42) não nega.

Além destes dois argumentos gerais, sobre os desacordos Hart utiliza um argumento que ele irá abandonar em seu pós-escrito. É um argumento de apenas um longo parágrafo, entretanto, merece atenção.

A crítica de Hart era concentrada na caracterização da teoria do direito e a sua relação com a decisão jurídica. Hart (1987, p. 36) considerava paradoxal que Dworkin frisasse a importância de sua teoria para a questão da justificação da coerção existente na sociedade por parte do Estado, mas ao mesmo tempo se concentrasse em um elemento reduzido como a decisão judicial.

É interessante notar uma observação feita por Hart no início do seu texto. Hart (1987, p. 35) afirma que a teoria de Dworkin não está substancialmente diferente da sua forma proposta em “Levando os Direitos a Sério”. O que isso importa para o argumento de Hart? Quando Hart afirma que não entende a relação entre a teoria dos desacordos e a proposta anterior de Dworkin na qual ainda não existia uma proposta geral para o direito, Hart (1987, p. 36) ainda concentra sua opinião no momento anterior.

Consideramos a interpretação reduzida de Hart exatamente como uma exposição do problema que ficará mais claro na resposta do pós-escrito e que Shapiro chamou atenção ao falar acerca do debate Hart e Dworkin. O problema foi que autores como Hart não compreenderam o alcance da crítica que Dworkin propôs. Não só a citação inicial quanto este ponto específico acerca dos desacordos, mostra como neste primeiro momento a tese não foi interpretada em sua profundidade. Resta compreender se ela foi interpretada adequadamente na segunda consideração de Hart.

Como expresso por MacCormick (2010), os textos dos últimos anos de vida de Hart mostraram uma mudança em sua teoria. Nessas transformações, o Pós-Escrito publicado postumamente ocupa um lugar central no debate de Hart com Dworkin. No texto, que foi editado por Joseph Raz e Penelope A. Bulloch, encontram-se diversas respostas de Hart aos principais desafios lançados por Dworkin. Nestas respostas, Hart deixa mais explícita a forma como entende a Teoria do Direito, a relação do direito com a moral, as regras e os princípios no direito, entre outros temas.

É importante também frisar que o texto do Pós-Escrito ainda não estava totalmente finalizado quando Hart veio a falecer. O mesmo estava sendo idealizado para possuir duas partes. A primeira seria voltada especificamente para as críticas de Dworkin e a segunda para a crítica de outros autores à teoria de Hart.

Porém, na época de sua morte, Hart apenas tinha avançado para um estágio final de escrita na primeira parte, estando a segunda bastante incompleta. Os editores, portanto, resolveram publicar apenas a primeira parte, com alguns pequenos ajustes e revisões. Desta forma, o Pós-Escrito é um texto de diálogo direto em Hart e Dworkin, fonte rica de análise para a compreensão dos dois autores, mas que não foi lançado e/ou finalizado totalmente por Hart.

O pós-escrito de Hart em sua primeira parte, a única publicada, pode ser dividido em 6 pontos. O primeiro ponto é acerca da natureza da teoria jurídica. Neste ponto, Hart se preocupa em mostrar como ele via a teoria do direito e suas diferenças com a filosofia do direito, ou *jurisprudence*, considerada por Dworkin. No segundo ponto, Hart se preocupou em debater a natureza do positivismo jurídico. No terceiro ponto, Hart busca debater a questão da natureza das regras. No quarto ponto, Hart expõe sua posição acerca dos princípios e a regra de reconhecimento. No quinto ponto, Hart fala da relação entre o direito e a moral. No sexto e último ponto, Hart debate o poder discricionário no direito.

Iremos aprofundar neste texto apenas a segunda parte do pós-escrito de Hart. Nesta parte, Hart busca principalmente responder ao problema dos desacordos teóricos. A estrutura das respostas de Hart pode ser dividida em duas partes principais derivadas de um argumento principal. O argumento principal de Dworkin, segundo Hart (2011, p. 306), é o de que os positivistas aceitariam que os fundamentos do direito são fixados por regras linguísticas que são partilhadas pelos participantes na prática do direito que controlam o uso de forma a delimitar tanto do termo concreto quando de elementos gerais sobre ele.

Na primeira parte, derivada do argumento principal, de sua resposta contra a tese de Dworkin, Hart debate as duas primeiras partes do argumento de Dworkin. A primeira parte do argumento de Dworkin, segundo Hart (2011, p. 307), é a afirmação de que o positivismo é formado por aqueles que defendem que sem existir um fundamento não controverso no direito, não se poderia estar falando da mesma coisa. O segundo argumento de Dworkin, segundo Hart (2011, p. 308), nesta primeira parte é o de que mesmo que os positivistas afirmem que suas teorias não são semânticas e sim, uma descrição de aspectos distintivos do direito, o contraste que deveria existir, não existe entre as duas teorias.

Na segunda parte da resposta, Hart realmente concentra seus esforços não em comprovar que Dworkin está errado na tese da controvérsia, mas sim em tentar provar por outros argumentos que a sua teoria não é um tipo de teoria semântica como as teorias que Dworkin caracteriza como semânticas e como convencionalistas após sua reconstrução interpretativa. Seu foco fica, então, em demonstrar como a caracterização proposta por Dworkin seria incapaz de explicar o seu tipo de positivismo

Voltando ao ponto de nosso tópico após a estruturação geral, o primeiro argumento de Dworkin que Hart (2011, p. 306-307) analisa na primeira parte de sua resposta, ou seja, dentro do argumento principal de que os positivistas aceitariam que os fundamentos do direito são fixados por regras linguísticas, partilhadas pelos participantes na prática do direito e que controlam o uso de forma a delimitar tanto do termo concreto quanto de elementos gerais sobre ele, é aquele que caracteriza o positivismo como sendo formado pelos que acreditam ser não controversos os fundamentos do direito, pois se o fossem, não estariam falando sobre a mesma coisa.

Hart considera que Dworkin afirma que os positivistas precisariam defender este argumento pois considerariam que se os fundamentos do direito não fossem firmados por elementos não-controversos, como uma regra, os participantes da prática social do direito dariam significados diferentes para o termo direito, gerando assim uma incomunicabilidade. Esse seria para Hart o argumento do ferrão semântico, ou agulhão semântico.

A resposta que Hart (2011) dá ao ferrão semântico é a de que em nenhum momento de sua obra ele tentou afirmar que a regra de reconhecimento tem existência dependente de apenas um significado da palavra “direito”. Hart acredita que mesmo que sua tese estivesse errada, o motivo não seria por tentar relacionar a existência de uma regra de reconhecimento ao significado da palavra direito. Neste ponto, se considerarmos que o argumento de Dworkin realmente era este focado em elementos simplesmente gramaticais, como um dicionário, Hart iria escapar da crítica. Entretanto, como foi visto no capítulo anterior, a crítica de Dworkin não era apenas à uma concepção de teoria do direito simplesmente gramatical. Portanto, é importante que Hart refute esta ideia que pode ter sido repassada pela teoria de Dworkin, entretanto, isto não o libera das outras críticas e nem é o ponto principal que Dworkin buscava atacar.

Sobre o segundo argumento de Dworkin nesta primeira parte, o de que os fundamentos do direito precisam ser não controversos para que as pessoas possam falar sobre “direito”, Hart

(2011) defende que Dworkin confunde o que é o significado de um conceito e quais são os critérios para a sua aplicação. Hart (2011) argumenta que, ao contrário do que Dworkin afirma que foi feito, a sua teoria chama a atenção e defende que a aplicação de um conceito com um significado pode levar a diversas aplicações diferentes, até mesmo sendo controvertidas entre si. É difícil Hart escapar desta crítica. Sua própria ideia de regra e as suas diferenças para com os hábitos (HART, 2011, p. 64-65) exige uma convergência da habitualidade (mas não só) que dificilmente poderia dar espaço para um desacordo envolvendo os fundamentos do direito, como Dworkin propõe.

Na segunda parte da resposta, o primeiro argumento feito por Dworkin, analisado por Hart, é o de que como:

Um dos aspectos característicos do direito como um fenômeno social é o de os juristas debaterem a verdade das proposições de direito e ‘explicarem’ isso por referência ao significado de tais proposições, tal teoria descritiva do direito deve ser, no final das contas, semântica (2011, p. 308).

Nesse ponto, Hart (2011) considera que o argumento de Dworkin é incorreto pois confunde o “direito” com as proposições do direito de um determinado sistema jurídico. Esse argumento, que também é utilizado por Coleman (2004), busca responder Dworkin demonstrando como o positivismo não diz que os critérios de um sistema específico são estritamente semânticos e que Hart inclusive refuta esse tipo de teoria no capítulo nono de sua obra. O problema do argumento de Hart é o de que ele ignora a defesa de Dworkin acerca da impossibilidade de se fazer teoria geral do direito na forma positivista, ou seja, as teorias são locais e não universais, analisando então as proposições jurídicas que envolvem um juízo daquele direito específico e não uma regra ampla acerca de todos (DWORKIN, 1986, p. 4).

Por fim, Hart (2004) considera que Dworkin, ao acusá-lo de utilizar de um positivismo estritamente factual, preso em uma simples avaliação de pedigree, ignora as suas falas nas quais afirmou que não seria um dano ao positivismo que em algum país os critérios últimos pudessem permitir que elementos morais fizessem parte da validade do direito, o que não significa afirmar que a moral é necessária em todos os casos para definir o que é direito. O problema é que mesmo aceitando elementos morais, o positivismo inclusivo continua mantendo o pressuposto convencional criticado por Dworkin, apenas incluindo como um parâmetro a possibilidade de existir elementos morais, mas não os reconhecendo neles próprios como importantes para compreender o direito.

Na última seção, iremos aprimorar também a relação do debate de Hart com a filosofia da linguagem ordinária em sua metodologia que permitiu esta resposta a Dworkin e como ele não via seu trabalho como sendo apenas uma busca do sentido de palavras com pedigree.

No geral, acerca dos argumentos de Hart presentes no pós-escrito, a resposta de Hart se mostrou insuficiente e até mesmo pode-se dizer que não conseguiu atingir o enfoque necessário para tentar responder aos desacordos teóricos. A argumentação baseada tanto na obra inicial de Dworkin, que foi diminuída no pós-escrito, quando o enfoque de Hart como se Dworkin não estivesse defendendo uma reestruturação completa da teoria do direito que não poderia ocorrer dentro do positivismo é a demonstração de que Hart não compreendeu o argumento de Dworkin, tornando assim uma resposta insuficiente para o problema proposto.

2.2 A RESPOSTA DE JULES COLEMAN AOS DESACORDOS TEÓRICOS

Jules Coleman foi outro autor positivista que buscou responder aos desacordos teóricos propostos por Dworkin. Os textos que priorizaremos nesta seção são os de teoria do direito, principalmente artigos e o livro “The Practice of Principle”.

Nossa percepção de Jules Coleman como autor de teoria do direito é a percepção de vê-lo como um autor de transição no positivismo jurídico. Esta afirmativa ficará mais clara ao considerarmos a forma de proposta positivista de Shapiro. Porém, de antemão, precisamos entender que a proposta de Coleman tem novos fundamentos filosóficos, mas ao mesmo tempo, mantém uma identidade até mesmo acerca da forma de interpretar a linguagem, como iremos ver nesta seção e na última.

A sua parte inovadora, como já afirmado anteriormente, vem dos elementos fortemente vinculados à discussão do chamado convencionalismo jurídico. Postema afirma que, em sua tese pós-Hart, a tese da convencionalidade defende que acerca do direito é essencial entender que existe:

uma prática social, primariamente entre os oficiais, que observa os fundamentos formais do direito, que é distintivamente convencional e que nestas convenções se encontra uma explicação completa das condições de existência e de distinção da normatividade do direito (2011, p. 483).

O desenvolvimento das teses convencionalistas ocorre principalmente após a década de 80 e envolve tanto uma releitura da proposta Humeana de entender as convenções quanto novas teorias como a de David Lewis. Nesta nova fronteira da filosofia geral, na teoria do direito a

discussão foi proposta principalmente por autores como Gerald Postema, Andrei Marmor e lógico, Jules Coleman.

Mesmo que estes autores deem importância para as convenções, suas teorias do direito são totalmente diferentes. Marmor é um autor que defende o positivismo exclusivo, Postema tem uma teoria híbrida próxima da teoria de Dworkin, mas que tenta apontar para um enfoque maior em uma discussão de razão prática. Coleman defende uma forma de positivismo inclusivo. Portanto, sob esta mesma discussão, inúmeros pesquisadores se posicionam de diversas formas.

A tese de Coleman acerca das convenções, se divide segundo Postema, em dois momentos (2011, p. 504). Em um primeiro momento, as teses de Coleman se aproximariam de uma defesa das convenções no sentido de Hume para convenção. Para Postema, as convenções em sua forma proposta por David Hume, seriam uma forma de interesse que é pensada como sendo comum para todos e no qual todo ato é realizado na expectativa de que os outros irão agir da mesma forma (2011, p. 487).

Em um segundo momento, a tese de Coleman se aprimora e começa a envolver outras discussões filosóficas contemporâneas, principalmente pela influência de um autor que também será extremamente importante para Scott Shapiro, Michael Bratman. Nesta segunda forma, a tese de Coleman irá defender as convenções como um empreendimento conjunto que envolve atividades cooperativas que são compartilhadas (2001) (1998). Estas primeiras considerações acerca do convencionalismo de Coleman são importantes para entendermos todos os termos de sua resposta para Dworkin e para entender o contexto de sua proposta.

Dividiremos as respostas de Coleman a Dworkin em três partes. Na primeira parte, iremos expor de que forma Coleman acredita que pode responder à tese de Dworkin de que não pode existir uma convenção se existem desacordos. Na segunda parte iremos expor o porquê de Coleman acreditar que ao considerar o direito como uma atividade conjunta cooperativa nós podemos responder à questão do desacordo. Por fim, na terceira parte, iremos considerar como Coleman responde acerca da impossibilidade defendida por Dworkin de que o positivismo não consegue aceitar critérios morais em sua teoria.

Nesta primeira parte, iremos expor a argumentação de Coleman acerca da existência de desacordos como elementos que impossibilitam a existência de convenções. Para responder a esta questão, primeiro, precisamos retornar para como Coleman reinterpreta elementos de Hart.

Segundo Postema (2011, p. 505), a preocupação de Coleman em reinterpretar a análise das regras sociais de Hart vem devido duas preocupações. A primeira das preocupações é devido à necessidade de estabelecer as condições necessárias e suficientes para a existência de uma convenção em uma sociedade (POSTEMA, 2011, p. 505). A segunda preocupação de Coleman seria responder à objeção de Dworkin, que já vimos anteriormente, de que na impossibilidade de convergência, o positivismo não poderia então ter regras disputadas (POSTEMA, 2011, p. 505).

A resposta de Coleman (2001, p. 83) é a de que as convenções até podem fixar a regra por meio de uma prática convergente, mas que esta convergência não determina completamente o conteúdo desta regra. Coleman defende que o argumento de Dworkin não consegue levar em conta a diferença entre o que a regra é e o que fica sob a consideração dela. O primeiro passo para entendermos o argumento de Coleman é entender a diferença entre extensão, a aplicação e o conteúdo de uma regra.

Uma regra para Coleman (1998, p. 410), não pode ser definida pela sua extensão. Entretanto, uma extensão de uma regra pode ser uma questão de conteúdo, mesmo que normalmente, os desacordos no direito não sejam uma questão de conteúdo (COLEMAN, 1998, p. 410-411). E tais elementos apenas serão definidos na aplicação de uma regra (COLEMAN, 1998, p. 411). Portanto, em nossa interpretação, mesmo que existam vínculos sobre estes momentos, eles devem ser considerados de forma diferente para Coleman. Juízes em casos complexos, entrariam então em conflito e desacordo sobre uma solução. Entretanto, esse desacordo não seria pelo conteúdo da regra, mas sim sobre a extensão dela (COLEMAN, 1998, p. 410). Coleman (1998, p. 410) considera que caso o desacordo fosse tão amplo e espalhado como Dworkin defende, tal situação levaria para uma ininteligibilidade na qual nenhum dos envolvidos conseguia aplicar ou seguir a mesma regra.

O aspecto convencional da regra de reconhecimento aceitaria então um desacordo sobre os seus requisitos. Entretanto, esta posição poderia levantar também outra pergunta acerca do convencionalismo. Existiria um limite de discordância? Como a prática importa neste debate? A solução de Coleman é esclarecer qual seria o ponto que o convencionalismo deseja defender. Para o autor, o fundamento convencional existiria não como um elemento relacionado com a eficiência no direito, mas sim relacionado com a possibilidade de o direito existir (COLEMAN, 1998, p. 412). Por estar realizando uma análise conceitual sobre os elementos necessários do

direito, os desacordos práticos que poderiam existir posteriormente não seriam tão centrais para analisarmos conceitualmente o direito.

O segundo argumento de Coleman é acerca da importância de considerar o direito como uma prática compartilhada e colaborativa. Este projeto de Coleman segue o momento do argumento anterior de aprimorar as noções de convenções para o direito e ao mesmo tempo responder aos desacordos teóricos.

O primeiro passo de Coleman (2001, p. 96) é invocar a teoria de Michael Bratman de forma a refletir sobre o que seria uma Atividade Cooperativa Compartilhada. A Atividade Cooperativa Compartilhada é formada por três partes que iremos ver a seguir. As três partes são a existência de uma resposta mútua, o comprometimento com a atividade conjunta e o comprometimento com o suporte mútuo.

A primeira parte da Atividade Cooperativa Compartilhada, segundo Coleman (2001, p. 96), é a existência de uma capacidade de resposta mútua. A capacidade de resposta mútua dos agentes envolve que cada um dos agentes participantes na prática busque responder à intenção e às ações dos outros agentes (COLEMAN, 2001, p. 96). Portanto, para Coleman (2001, p. 96), a Atividade Cooperativa Compartilhada envolve que cada sujeito busque ordenar seu comportamento de forma a também considerar os dos outros agentes, considerando o que ele também deseja.

O segundo elemento é o comprometimento com a atividade conjunta. Para Coleman (2001, p. 96), na atividade cooperativa compartilhada, os agentes têm um comprometimento apropriado para que ele participe da atividade conjunta. Os motivos que levam os agentes a agir desta forma não precisam ser os mesmos, entretanto, é importante considerar que devido essas razões a capacidade de resposta mútua é seguida (COLEMAN, 2001, p. 96).

Por fim, o terceiro elemento de uma atividade cooperativa compartilhada é o compromisso com o suporte mútuo. Para Coleman (2001, p. 96), quando o agente está em uma atividade cooperativa compartilhada, cada agente está compromissado em apoiar os esforços de todos os outros, cumprindo seu papel na atividade conjunta. Este esforço não é apenas a ausência de ação contrária à atividade dos outros agentes. O esforço necessário é o de que a atividade conjunta deve ser realizada e contar com a ajuda de cada um caso seja necessária (COLEMAN, 2001, p. 96).

Para Coleman (2001, p. 96), a prática das autoridades (no sentido de *officials*) está compromissada com um padrão de critérios de legalidade que exhibe exatamente estes mesmos elementos. Para fortalecer seu argumento, Coleman (2001, p. 96) acredita que um exemplo de como o direito pode ser interpretado de tal forma é quando os juízes coordenam os seus comportamentos nos casos de precedentes, que são momentos nos quais os juízes tentam ser responsivos com as intenções dos outros magistrados. Um outro exemplo é quando as cortes superiores agem com a intenção de que as suas decisões sejam seguidas pelas outras cortes que tem o papel inferior.

Além dessa relação, Postema (2011, p. 511) chama à atenção como Coleman também considera esta estrutura da atividade cooperativa compartilhada não apenas como uma estrutura existente devido uma maior efetividade ou eficiência. Para Coleman (2001, p. 98), a atividade cooperativa compartilhada é uma verdade conceitual que deriva da própria estrutura do direito.

Tendo em mente esta estrutura de como funciona a prática judicial, Postema (2011, p. 513) chama atenção de como a teoria de Coleman não enfoca o papel do cidadão comum que está fora da prática judicial. Portanto, para Coleman a obrigação é existente entre as autoridades e não, em toda a sociedade. Com essa mudança e considerando o direito como uma atividade cooperativa compartilhada, Coleman encontra então um espaço para o desacordo no direito.

Para Coleman, é natural que os desacordos ocorram. A estrutura da prática jurídica e a postura de cada agente em participar de forma a solucionar os problemas jurídicos partindo dos parâmetros da atividade cooperativa compartilhada, faria então com que o problema dos desacordos pudesse ser resolvido (COLEMAN, 2001, p. 157).

O terceiro argumento de Coleman é acerca da possibilidade ou não da existência de critérios morais no positivismo, dividiremos a resposta de Coleman em duas grandes partes. Em primeiro lugar, Coleman tenta responder sobre o que ele considera ser sobre a quebra ou não da separação entre direito e a moral (que seria o problema dos princípios no direito). Em segundo lugar, Coleman tenta demonstrar a relação dessa questão com a tese convencionalista. Por meio destas duas respostas, Coleman acredita que seria possível responder às críticas tanto de Dworkin, quanto de Joseph Raz, entretanto, o enfoque neste texto é apenas o primeiro autor.

Sobre a primeira crítica, sobre a quebra ou não da separação entre o direito e a moral com a aceitação dos princípios, Coleman (1998, p. 406) acredita que o incorporacionismo, que

é o nome que ele atribui a tese inclusivista, não tem problema em aceitar que princípios morais podem ser legalmente obrigatórios devido aos seus méritos ou valores e não, ao seu pedigree.

Buscando demonstrar o argumento de Dworkin, Coleman demonstra duas teses que seriam contraditórias e não aceitas pelo positivismo segundo esta crítica. A primeira tese é a de que às vezes princípios morais são legalmente vinculantes em virtude de seus méritos substantivos. A segunda tese seria a de que o positivismo é vinculado com a aceitação do pedigree como critério de autoridade jurídica. Conforme Coleman (1998, p. 406), para Dworkin, essas duas teses seriam teses do positivismo inclusivista e seriam contraditórias entre si. Entretanto, Coleman (1998, p. 406) defende que um positivista pode aceitar a primeira e negar a segunda sem deixar de ser positivista.

A interpretação de Coleman (1998, p. 406) acerca da regra de reconhecimento é que ela não limita tais considerações morais. Para o autor, não existem elementos na regra de reconhecimento que a obriguem a ser vinculada com alguma consideração de que sempre não exista uma vinculação com a moralidade ou que sempre exista esta vinculação (COLEMAN, 1998, p. 407). Portanto, não é um elemento necessário do conceito de direito que, em todos os casos, a moralidade seja ou não um elemento existente no critério de direito.

Desta forma, por exemplo, voltando ao caso TVA explicado no primeiro capítulo, Coleman defenderia que neste caso, não existe nenhuma dificuldade para o convencionalismo aceitar a aplicação de princípios morais e que os juízes estavam debatendo não sobre a regra, mas sim sobre sua extensão para este caso concreto.

Consideramos que em grande parte, as críticas feitas por Dworkin principalmente em “Justiça de Toga”, demonstram que o convencionalismo não consegue dar uma resposta satisfatória. No capítulo 3, iremos ampliar a visão geral dos desacordos e as divisões presentes nesta obra de Dworkin. Entretanto, neste momento é importante adiantar estes argumentos para mostrar as respostas já feitas por Dworkin. Irei então explicar as críticas de Dworkin feitas nesta obra e argumentarei que excetuando o caso dos diversos tipos de convenções, o interpretativismo de Dworkin consegue ser uma tese melhor que o convencionalismo para o direito.

Ronald Dworkin ao debater o convencionalismo de Coleman realiza diversas críticas. Irei focar duas que considero principais. A primeira crítica é a de que Coleman trivializa a ideia de convenção e a torna inútil para a prática e para a teoria. A segunda crítica de Dworkin

defende que a tentativa de converter a cooperação para dentro da prática falha devido à cooperação não depender das convenções e o sistema jurídico não necessita conceitualmente de uma cooperação entre todos os envolvidos (DWORKIN, 2006, p. 198).

Dworkin (2006, p. 188) considera que mesmo 30 anos depois do início do debate com o positivismo, a tese de Coleman não consegue responder suficientemente aos seus desafios e que eles o defendem apenas por considerar que o positivismo permite que a filosofia do direito seja uma disciplina autônoma, analítica e autocontida. Entretanto, ao mesmo tempo, Dworkin afirma que vê poucas diferenças entre a sua tese e a de Coleman. Os dois autores tecem comentários acerca das disputas sobre a aplicação de uma prática e reconhecem a ideia de finalidade e do debate por meio de argumentos morais substantivos. Como Dworkin afirma (2006, p. 189), isto não se parece com positivismo.

Em primeiro lugar, para Dworkin (2006, p. 193) a defesa de Coleman acerca do convencionalismo torna o positivismo trivial em três aspectos: O primeiro aspecto é o de que poderíamos (a) considerar possíveis até mesmo casos que desafiam o positivismo, (b) O argumento não mostra a diferença entre o direito e a argumentação jurídica, e (c) O argumento quebra a própria ideia de convenção, que é a de que as pessoas agem da mesma forma devido a ação das outras. A primeira estratégia de Coleman é a de entender que todos concordam sobre o caráter moral do direito e apenas discordam quanto a sua aplicação. Entretanto, Dworkin (2006, p. 191) entende que isto não é verdade. Nos casos concretos e polêmicos, o desacordo não é apenas periférico, existem autores e inclusive juízes da suprema corte que discordam das posições morais e acreditam que o seu problema não é apenas de aplicação (DWORKIN, 2006, p. 191). Retornando ao caso TVA, o conflito entre os juízes neste caso não era apenas um debate sobre a aplicação da legislação, pois todos concordavam que a legislação específica compreendia o caso sob análise. Era um debate se aquela legislação deveria ou não ser aplicada naquele caso concreto e se o direito norte-americano concordava ou não com aquela posição.

A segunda estratégia de Coleman que Dworkin considera é a de defender que o direito em si é um tipo de convenção bem específica. Esta característica frisada por Dworkin em Coleman, é fruto da influência de Michael Bratman em Coleman. Para Coleman (2006, p. 195), o direito seria então uma atividade cooperativa compartilhada. As atividades cooperativas compartilhadas, como o direito, teriam para Coleman, segundo Dworkin (2006, p. 195), três elementos característicos: responsabilidade mútua entre aqueles envolvidos no

empreendimento, compromisso com a atividade conjunta que no caso seria o direito e compromisso com suporte mútuo em gerar um avanço na atividade.

Dworkin considera que Coleman acredita que o argumento das atividades cooperativas compartilhadas é um bom argumento. Contudo, Dworkin (2006, p. 195) discorda e acredita que este não é um bom argumento. Em primeiro lugar Dworkin (2006, p. 195) considera que até mesmo os exemplos de Coleman podem ser considerados não convencionais. O exemplo que Dworkin utiliza é o da caminhada. Será que ao praticarmos uma caminhada e outra pessoa por algum motivo praticar a mesma atividade no mesmo lugar, significa que existe uma convenção? Caso eu encontre um amigo coincidentemente no mesmo lugar, ainda seria um caso de convenção? Para Dworkin (2006, p. 195), não seriam casos e estes seriam argumentos contra a tese de Coleman.

Por fim, Dworkin (2006, p. 196-197) argumenta que é dificilmente uma necessidade conceitual o preenchimento pelos autores jurídicos das atitudes que Coleman acredita que definem a atividade cooperativa compartilhada. O argumento trazido por Dworkin (2006, p. 196-197) é o de que, na prática jurídica, os juízes mais disputam posições do que concordam e trabalham juntos. O momento dos desacordos sobre a extensão de um conceito, não seriam então utilizados de forma a demarcar uma posição e gerar um compromisso com a atividade ou um suporte mútuo. A realidade do judiciário seria de conflito de posições e não de colaboração.

A nossa posição é a de que os argumentos formulados por Dworkin são extremamente interessantes contra o convencionalismo jurídico de Jules Coleman. Entretanto, levantam também duas questões que são de extrema importância para o debate entre interpretativismo e convencionalismo como um todo. A primeira questão é se podemos dizer que a crítica de Dworkin consegue atingir todos os tipos de convencionalismo ou apenas aqueles que forem semelhantes ao de Coleman? O questionamento sobre o alcance da crítica de Dworkin surge exatamente ao levar em conta outros autores que estão presentes no debate do convencionalismo como Marmor e Postema. Portanto, não é um argumento vazio, defender que podem existir modelos convencionalistas que sejam menos suscetíveis a críticas.

A segunda pergunta é acerca das alterações do positivismo. Devido as alterações do convencionalismo para responder às críticas de Dworkin, o convencionalismo acabou se tornando outro tipo de teoria que é muito mais próxima da tese de Ronald Dworkin do que do positivismo? Dworkin como já foi expresso anteriormente, chama a atenção de como sua teoria e a teoria de Coleman são parecidas.

A nossa hipótese para a primeira pergunta é a de que a resposta de Dworkin não consegue abarcar todos os casos de convenção e sim, se concentra em responder a um grupo específico de convenções.

Sobre a segunda pergunta, nós acreditamos que cada vez mais surge a necessidade da reflexão se ainda existe a necessidade de o positivismo ser visto como uma tese que tem como modelo ideal teorias como a do positivismo exclusivo de Joseph Raz. Neste ponto, a vitória de Dworkin no debate contemporâneo se mostra como no mínimo parcial, visto que, os mais diversos autores assumiram no debate variações de teses que mesmo não concordando em sua totalidade com Dworkin, buscam elementos que tornem suas próprias teorias menos problemáticas no que se refere a elementos morais.

2.3 FILOSOFIA DA LINGUAGEM E POSITIVISMO JURÍDICO

Neste tópico iremos trabalhar a relação da filosofia da linguagem com as respostas e as teorias do positivismo jurídico, mais especificamente as trabalhadas neste capítulo anteriormente. Esta análise será feita em duas partes, na primeira e mais importante parte será tratada a relação da teoria de Hart com a filosofia da linguagem ordinária. Na segunda parte será tratada a relação de Coleman com a filosofia da linguagem e como acreditamos que o debate iniciado por Hart também influenciou o Coleman em sua forma.

Antes de entrar nas questões principais, é interessante analisar as diversas influências teóricas que Hart recebeu. Postema considera que a teoria de Hart é a união de quatro grandes influências (2011, p. 264). A primeira grande influência na teoria de Hart foi a obra de John Austin. A segunda grande influência foi a pesquisa do John Langshaw Austin. A terceira grande influência foi a obra de Jeremy Bentham e a quarta grande influência, não menos importante, foi a da obra dos clássicos. Esta ordem de influências não é relacionada com a importância, mas apenas uma ordem buscando organizar as quatro. No artigo “Jhering’s heaven of concepts and modern analytical jurisprudence”, Hart (1970, p. 73-78) debate acerca das três primeiras influências, só não citando os clássicos como um momento importante na filosofia do direito analítica.

Começemos pela primeira influência. A teoria de John Austin é presente na obra de Hart desde o começo de “O Conceito de Direito”. Sua resposta buscando superar a teoria de Austin guia o livro e permite a Hart apresentar todos os seus possíveis remédios para corrigir e superar a teoria imperativista. Além disso, como afirmado por Postema (2011, p. 264), mesmo com

todas as críticas feitas por Hart, o autor ainda considerava a teoria de Austin como um modelo teórico indispensável.

A quarta grande influência, vinda dos clássicos também foi importante na obra de Hart para entendermos o porquê de ele não ter escolhido outros caminhos em sua teoria. Como exposto por Postema (2011, p. 265), existiam diversas teorias no momento histórico de Hart que buscavam delimitar a experiência humana e reduzir seus elementos para categorias das ciências naturais. Devido sua formação, Hart tinha então uma grande resistência a este tipo de reducionismo. Sua formação foi no curso chamado “Literae Humaniores” ou apenas “Greats”, neste curso os alunos passavam pela literatura grega e latina, além de história antiga e filosofia antiga (POSTEMA, 2011, p. 24).

A terceira grande influência na obra de Hart é a teoria de Jeremy Bentham. Bentham conjuntamente com a próxima influência, J. L. Austin, teriam sido para Postema (2011, p. 265) os provedores das duas ferramentas filosóficas que proveram a técnica filosófica analítica de Hart. No caso de Bentham, Hart da mesma forma que o autor, substitui a busca por uma solução estanque para o que é o direito, por uma análise profunda e contextual do conceito de direito (POSTEMA, 2011, p. 265). Bentham propôs uma análise que levava em consideração que as palavras precisavam ser analisadas em seu habitat da prática ordinária e que suas funções e significados fossem obtidos por meio deste tipo de discurso (POSTEMA, 2011, p. 265). Desta mesma forma, Hart busca identificar os principais elementos do direito e além deles os casos que não seriam os principais por estarem fora desses elementos, como o direito internacional.

A última e mais importante influência, para a nossa finalidade, na teoria de Hart é a obra de John Langshaw Austin. O outro John Austin, professor de filosofia em Oxford, foi aquele que proveu a segunda ferramenta filosófica para a análise de Hart. A Oxford de Hart era marcada por uma teoria específica da filosofia da linguagem, a chamada escola da Filosofia da linguagem ordinária de Oxford. Suas ideias e desenvolvimentos irão marcar o positivismo jurídico contemporâneo tanto diretamente quanto indiretamente.

Como vimos anteriormente, a resposta de Hart a Dworkin foi composta por duas grandes partes e uma das principais preocupações de Hart era se defender da acusação de que estaria fazendo uma simples análise semântica com base apenas no sentido das palavras. A sua forma de análise e a importância dada para a linguagem vem da influência da filosofia da linguagem ordinária. Podem ser citadas também outras influências, como por exemplo a influência De Wittgenstein e de Waismann no conceito de textura aberta, que foi estudada pelo Professor

Noel Struchiner (2001) em sua dissertação. Entretanto, a nossa preocupação neste trabalho será a influência da análise da linguagem proposta pela escola de Oxford.

A escola da linguagem ordinária, ou escola de Oxford unia diversos autores que tinham como preocupação a linguagem ordinária, ou comum. Suas teorias não eram organizadas de forma a montar um projeto único. Mesmo que desenvolvessem o tema comum, suas outras preocupações envolviam diversos campos da filosofia. Dois dos seus principais autores foram Gilbert Ryle e John Langshaw Austin. Iremos focar o projeto de J. L. Austin pela sua maior importância para Hart. Entretanto, antes é importante falar sobre uma distinção extremamente importante que foi feita por Gilbert Ryle, entre uso da linguagem comum e uso comum da linguagem.

Gilbert Ryle em seu artigo “Ordinary Language” chama a atenção de uma confusão que geralmente ocorre no uso de dois termos que são bem parecidos. Os termos são “uso da linguagem comum” e “uso comum da expressão”. Para Ryle (1953, p. 167), quando se está falando de uso da linguagem comum, não se está se dizendo outra coisa além de que a linguagem que está sendo utilizada é comum. Desta forma, o sentido de comum, ou ordinário, é o sentido contrário de algo técnico, arcaico ou esotérico (RYLE, 1953, p. 167). O sentido considerado é o próximo então de algo corrente, coloquial e/ou presente na linguagem de todas as pessoas (RYLE, 1953, p. 167). Já no caso da forma “uso comum da expressão”, Ryle não está preocupado no uso arcaico ou especialista de uma expressão. O termo uso comum está vinculado com um sentido de uso padrão ou não padrão (RYLE, 1953, p. 168). Vamos pensar no exemplo de algo que tenha um uso padrão bem estabelecido, uma cadeira. O uso padrão da cadeira é permitir que as pessoas tenham um lugar para sentar. Isto significa que a cadeira apenas serve para isso? Não, mas o uso padrão da cadeira envolve que ela seja utilizada para sentar. Esta forma de pensar envolve também a necessidade da aceitação de um conceito técnico? Não, pode existir um termo acadêmico que seja, por exemplo, extremamente desconhecido em seu uso padrão (RYLE, 1953, p. 168).

Avançando sobre esta reflexão, John Langshaw Austin também não está preocupado com o uso da linguagem comum de forma a apenas considerar os sentidos não técnicos de termos específicos. A visão de Austin era a de a linguagem deveria ser considerada em si mesma como um elemento extremamente importante para auxiliar o filósofo (REALE E ANTISIERI, 2006, p. 325). Para Austin o filósofo deveria considerar a análise das expressões comumente utilizadas em suas diversas formas (REALE E ANTISIERI, 2006, p. 326).

Uma das principais obras de Austin é “Como fazer coisas com as palavras”. Nesta obra, que é a união de diversas aulas de Austin, o autor (1962, p. 6) propõe a divisão entre enunciados performativos e enunciados constativos. Os enunciados constativos, para Austin (1962, p. 3), estão preocupados com o valor de verdade de uma expressão, ou seja, se ela é verdadeira ou falsa. Diferentemente, os enunciados performativos não podem ser analisados de acordo com a sua verdade ou falsidade, os atos performativos se relacionam com uma ação (AUSTIN, 1962, p. 6).

Desta forma, não está se fazendo uma descrição ou uma constatação. Um bom exemplo deste tipo de ato performativo é o casamento. Ao dizer um termo como o “sim” da noiva, ela não está apenas descrevendo um sim, ela está praticando um ato que é uma ação, uma ação de aceitar o casamento e todo o ritual no qual ela está envolvida.

A aplicação de Hart para a teoria de Austin utiliza exatamente os conceitos de enunciação performativa. Postema (2011, p. 267) afirma que para Hart, a utilização do aspecto performativo da linguagem permitiria dois pontos importantes. O primeiro ponto seria o de que a noção performativa da linguagem permite que, ao ser considerado o contexto da enunciação, utilizando para isso regras e expectativas sobre ele, pode-se contribuir para a compreensão do significado da enunciação (POSTEMA, 2011, p. 267). O segundo ponto seria acerca da possibilidade que deveria ser considerada de que poderíamos tratar certas formas de enunciação como tendo significado, mesmo quando elas não são vinculadas a um elemento real ou de fato (POSTEMA, 2011, p. 267).

Por meio então da utilização dos conceitos de Austin, Hart não precisaria analisar elementos morais necessariamente pressupondo que os mesmos são reais ou que são moralmente valiosos. Desta forma a descrição positivista se tornaria possível, não por estar dizendo algo como ele realmente é, mas, sim, como ele se expressa performativamente, como uma ação.

Ultrapassaria os objetivos deste texto argumentar se a teoria de Austin consegue ou não realizar tal descrição. O objetivo de análise aqui é mais humilde. O ponto que acreditamos ser mais importante é exatamente o contraste de enfoque entre a tese de Austin e a tese de Wittgenstein na linguagem acerca do nível de generalidade que deve ser considerado em sua teoria. Apenas lembrando, Dworkin utiliza Wittgenstein exatamente para demonstrar como pode existir uma unidade mínima gramatical que pode determinar o sentido de termos existentes

em uma forma de vida específica, ou como Dworkin prefere chamar, uma comunidade de princípios.

Diferentemente da perspectiva de Dworkin, a teoria de Austin então está focando nas enunciações que estão sendo feitas, individualmente pelos sujeitos e não, uma visão macro/holística da linguagem. Isto é um problema em si? Acreditamos que não. Entretanto, a questão é o efeito que isto trouxe para a teoria dos desacordos. Ao focar apenas nos atos de uma forma convencional e não, em uma visão que considera as diversas ações, inclusive contraditórias, a utilização de Hart da teoria de Austin trouxe dificuldades para a explicação dos desacordos.

Além disso, outro ponto extremamente importante de crítica e que tem relação com a forma de filosofia utilizada por Hart e a forma de filosofia proposta por Dworkin é o enfoque moral. Enquanto que o debate de Hart buscava exatamente não entrar em elementos morais e por isso usava os atos performativos de forma a poder explicar os atos jurídicos de forma a não entrar em discussões morais, o debate de Dworkin segue um sentido contrário.

Após a formulação de “Uma Teoria da Justiça” por John Rawls, o debate político e moral voltou ao centro da discussão. A filosofia política antes posta em segundo plano, volta ao palco central. Portanto, além de um enfoque também aos valores da sociedade, esses valores começam a também ser valorizados como elementos de debate e não objetos que precisam ser ignorados ou aceitos apenas quando não houver alternativa, porém em uma posição bem distante da análise conceitual do direito.

O elemento convencional fundado na prática social contra os desacordos e a tentativa de redução dos elementos morais continuam em Coleman, entretanto, com algumas mudanças. Da mesma forma que os atos performativos enfocam uma ação, a teoria de Coleman também enfoca as ações de forma a tentar pressupor uma redução dos desacordos. Para isto, Coleman utiliza do pensamento de Bratman acerca das ações cooperativas compartilhadas, como vimos anteriormente. Neste ponto é importante frisar e explicar quando anteriormente foi dito que Coleman era um autor de transição para nós.

A teoria de Coleman, como citada anteriormente, tem grande influência do debate acerca da filosofia da ação que foi proposto por Michael Bratman. Portanto, no contexto do debate filosófico geral, a teoria de Coleman já está avançando para fora da filosofia da linguagem. Entretanto, ao mesmo tempo, Coleman mantém as restrições de tentativa de

diminuição do debate moral e forte convencionalismo que já existia e era criticado em Hart. No próximo capítulo iremos mostrar como Dworkin aprimora sua crítica e de que forma a resposta de Shapiro aprofunda essa separação entre a filosofia do direito e a filosofia da linguagem.

3 A NOVA GRAMÁTICA DE RONALD DWORKIN E A RESPOSTA DE SHAPIRO AOS DESACORDOS TEÓRICOS

Neste capítulo final existe a confluência dos debates feitos nos capítulos anteriores. O debate dos desacordos e a sua vinculação com a filosofia, inicialmente da linguagem, se alinham de forma a demonstrar que seu alcance vai além de um simples conhecimento de um tema que gerou importantes discussões na teoria do direito.

Nosso objetivo neste capítulo será demonstrar como est/a discussão se amplia e tem importância em três dimensões. A primeira dimensão de importância é para a própria teoria dos desacordos. A segunda dimensão é a importância para a teoria do direito como um todo. A terceira dimensão de importância é como este debate expõe as modificações na própria filosofia geral, na forma da transformação do enfoque da filosofia da linguagem para outras áreas da filosofia.

Para alcançarmos nosso objetivo, entretanto, precisamos analisar antes dois pontos. O primeiro ponto é nas mudanças realizadas por Dworkin em sua teoria dos desacordos na obra “Justiça de Toga” (*Justice in Robes*) (2006). Neste trabalho, Dworkin buscou desenvolver melhor e explicitar como ele via o debate da teoria do direito após mais de 30 anos. Para isso, reformular sua teoria e melhorar as classificações de desacordos foram dois pontos extremamente interessantes e novos que o autor traz. Ao montar sua nova gramática, Dworkin estará, como será demonstrado, ampliando e demonstrando a complexidade de momentos e combinações nas quais podem ocorrer desacordos na propositura de uma teoria geral do direito.

A forte presença da filosofia da linguagem pode ser encontrada neste momento em Dworkin, como expõe Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, p. 241) acerca da preocupação de Dworkin por uma solução que seja gramatical e delimite os diferentes jogos de linguagem existentes em nossa comunidade. Além disso, buscando explorar a importância da filosofia da linguagem para responder aos desacordos, também retornaremos ao conceito de forma de vida que Dworkin utiliza para permitir a obtenção dos valores em uma sociedade. Diferentemente desta inspiração na filosofia da linguagem, será a teoria de Scott Shapiro, o nosso segundo ponto neste capítulo.

A teoria dos planos busca sua fundamentação na filosofia da ação de Michael Bratman e com isto uma ferramenta para propor uma nova teoria do direito. Diferentemente de Coleman, Shapiro propõe uma nova leitura da própria forma de compreender a teoria do direito e como

confrontar os diversos modelos. Os planos, sua complexidade e a possibilidade de responder à teoria de Dworkin entram em questão nesta parte. Este salto para um contexto pós-filosofia da linguagem na teoria do direito resultará em nosso terceiro e último ponto.

O que a teoria dos desacordos nos ensinou? A nossa tese é a de que o estudo aqui presente é uma escada necessária para a compreensão não só deste problema, mas também de outros problemas de maior importância. Como dito anteriormente, esperamos neste tópico problematizar então nesta última parte três pontos que surgem após “subirmos a escada” dos desacordos. A primeira questão é a importância da tese de Dworkin e a insuficiência, ao menos neste momento, da resposta de outros autores da teoria do direito para o problema dos desacordos teóricos. A segunda questão é a importância desta discussão para a teoria do direito como um todo, visto que, ao discutir este tema, Dworkin não está apenas desafiando as teorias em um ponto ou outro, mas sim está questionando a própria visão do que é teoria do direito e como devemos a fazer. Por fim, a terceira questão é a mudança do contexto da filosofia da linguagem para um momento pós-filosofia da linguagem e como isto afeta a forma como a própria teoria do direito e seus problemas são pensados.

Com o desenvolvimento destas questões, esperamos demonstrar que o problema não é apenas uma questão teórica pontual. Os desacordos são a escada que nos leva a entender a complexidade envolvida na teoria do direito e nos leva a um momento existencial de questionamento, perguntando-nos o que fazemos como teóricos do direito, como podemos entender a prática e de que forma podemos fundamentar filosoficamente as nossas pesquisas.

3.1 AS MUDANÇAS GRAMATICAIS DE RONALD DWORKIN E A FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Com seus aspectos positivos e negativos, Dworkin foi sempre um autor em transformação. Mesmo mantendo seus elementos principais como a importância da relação entre a moral e o direito, Dworkin aprimorou, abandonou e substituiu teses de sua teoria. Não é por outro motivo que fica a pergunta se a tese dos desacordos ainda continua central na teoria de Dworkin em suas obras mais recentes como “Justiça para ouriços”.

Neste tópico iremos expor como Dworkin mantém o desacordo como um elemento central em sua crítica ao positivismo e de que forma a gramática da apresentação de sua crítica

foi modificada e recolocada em uma organização conceitual ampla com diferentes formas de como podemos analisar o direito. Esta mudança, ocorreu na obra “Justiça de Toga”(2006). Entretanto, em nossa análise, defendemos que esta divisão apenas organiza a estrutura da crítica de Dworkin de uma forma que aprimora os seus argumentos.

3.1.1 A nova gramática de Dworkin

A primeira divisão que Dworkin faz é acerca dos diversos sentidos que podemos considerar que podemos falar sobre o direito. Na divisão de Dworkin, o autor trabalha com o conceito de direito podendo ter quatro sentidos. O primeiro sentido que Dworkin trabalha é o sentido doutrinário. O segundo sentido é o sociológico. O terceiro sentido apresentado é o sentido taxonômico de direito. O Quarto sentido apresentado é o sentido aspiracional de direito.

O primeiro sentido explorado por Dworkin é o sentido doutrinário. Segundo Dworkin (2006, p. 2), este será o sentido que os seus ensaios em “Justiça de Toga” irão explorar. Neste sentido de direito, o conceito é explorado de forma a analisar o direito de um lugar ou entidade de acordo com algum sentido específico (DWORKIN, 2006, p. 2). Quando dizemos que no Brasil, o caixa 2 é proibido, estamos fazendo uma afirmação sobre um local e um tema específico do direito brasileiro. Dworkin neste ponto mantém também a forma de chamar este tipo de afirmações, que desde o império do direito o autor chama de proposições jurídicas.

Uma questão que é extremamente importante ao debater as proposições jurídicas é quando testes morais fazem parte dos testes que serão utilizados pelos magistrados ou não. Como Dworkin (2006, p. 2) não renuncia à posição de que as decisões dos juízes devem ser de acordo com as verdadeiras proposições jurídicas, é importante também compreender em que casos a moralidade deverá ser observada pelo magistrado para confirmar se as proposições do direito no caso específico são verdadeiras.

O segundo sentido do conceito de direito que Dworkin trabalha é o conceito sociológico de direito. Neste conceito, Dworkin (2006, p. 3) usa o termo direito como o nome de um tipo de estrutura social institucional específica. Quando buscamos entender o tipo de instituição jurídica que existia/existe em grupos indígenas, o enfoque que estamos dando é o enfoque sociológico.

Para Dworkin (2006, p. 3), obter a definição dessa estrutura social institucional pode ser importante devido diversos fatores como organizar um projeto de pesquisa e iluminar algum

ponto histórico importante. Entretanto, deve-se ter atenção que mesmo sendo importantes, Dworkin (2006, p. 3) considera que não podemos pressupor que este tipo de pesquisa pode encontrar algum tipo de distinção natural, como uma essência do estado ou do direito.

O terceiro sentido do conceito de direito que é trabalhado por Dworkin é o taxonômico. Neste conceito de direito, existe uma consideração de que quando existem os elementos do direito em sentido sociológico, também existem regras e outros tipos de padrão que são jurídicos e se posicionam em uma posição diferenciada dos princípios morais e jurídicos (DWORKIN, 2006, p. 3). A ideia neste conceito, seria de acordo com Dworkin (2006, p. 4), uma noção de que podemos separar o direito e a moral de forma a saber quando um princípio moral, por exemplo, pode ser claramente determinado como jurídico ou não.

Desta forma, no conceito taxonômico de direito, o direito poderia ser dividido em um grupo de padrões, os quais poderíamos individuar claramente e os contar, o que Dworkin (2006, p. 4) discordaria. Para Dworkin (2006, p. 5), usualmente, não é necessário enfocar o conceito taxonômico, visto que, o importante acerca das proposições acerca da moralidade, por exemplo, é importante para decidirmos quando uma proposição jurídica é verdade e não uma finalidade que poderíamos chamar de catalográfica.

O quarto e último sentido de conceito de direito é o conceito aspiracional de direito. Segundo Dworkin (2006, p. 5), nós normalmente nos referimos a este conceito como o ideal de legalidade ou de estado de direito. Entretanto, o ponto chave é que nós discordamos de como exatamente dar a melhor forma para estes ideais (DWORKIN, 2006, p. 5). O impeachment da presidenta Dilma, ocorreu de acordo com o estado de direito e a legalidade? O julgamento de Lula com Sérgio Moro é conforme o princípio da legalidade? Questões como estas demonstram o quão conflituosa a aplicação destes ideais em casos concretos no direito.

Em nossa visão, um avanço importante que esta divisão de Dworkin consegue esclarecer em “Justiça de Toga” é como os outros conceitos podem ter uma intersecção. Mesmo que o conceito mais importante seja o doutrinário, os conceitos não são perfeitamente recortados, como em um ambiente a vácuo. Partindo do conceito doutrinário, Dworkin busca mostrar como estas relações pode ocorrer entre este conceito e os restantes no que tange à verdade ou não das proposições jurídicas. Mas antes, é importante aprofundar o funcionamento do próprio conceito doutrinário de direito

A linha unificadora da análise do conceito doutrinário de direito proposto por Dworkin é a questão da relação com a moral e as proposições jurídicas. O caso central que Dworkin (2006, p. 7) usa é o caso Sorenson. Neste caso, Dworkin imagina uma situação envolvendo a Senhora Sorenson. A Senhora Sorenson durante muitos anos teria tomado diversas vezes um remédio chamado Inventum e durante este tempo o remédio foi fabricado por diversas empresas (DWORKIN, 2006, p. 7). Após um longo período, foi descoberta a existência de sérios efeitos colaterais causados pelo Inventum e a Senhora Sorenson vem então a sofrer um gravíssimo ataque cardíaco (DWORKIN, 2006, p. 7).

O grande problema para a Senhora Sorenson era o de que ela não tinha a possibilidade de provar quais indústrias produziram exatamente os remédios que ela tomou, visto que, ela tomou pílulas de diversas dessas companhias (DWORKIN, 2006, p. 7). O máximo que ela poderia comprovar era que consumiu o remédio de certas empresas durante o período e desta forma os seus advogados entraram na justiça contra as empresas (DWORKIN, 2006, p. 7).

A argumentação dos advogados da Senhora Sorenson para adicionar todas as empresas na lide foi a de que na impossibilidade de determinar quantas pílulas ela tomou de cada uma das empresas, demarcando assim a punibilidade de cada uma, a responsabilidade deveria ser dividida entre todas (DWORKIN, 2006, p. 8). Os advogados representantes das empresas defenderam a posição contrária. Para a defesa das empresas, na impossibilidade de comprovação de qual empresa é responsável, o direito não deveria cobrar delas uma indenização (DWORKIN, 2006, p. 8).

O ponto principal que Dworkin quer demonstrar neste caso é que assim como no caso TVA, no qual existia um conflito entre como interpretar o direito, mas que precisava ser decidido pelos juízes, existem duas posições que discordam sobre o que o direito é. Portanto, o enfoque dos desacordos teóricos se repete no caso Sorenson, mas com outra roupagem. Para solucionar o problema, Dworkin (2006, p. 9) considera que é necessário então desenvolver o que ele considera ser uma teoria geral do direito, uma proposta geral de um conceito doutrinário que pode auxiliar para responder qual proposição jurídica deve ser considerada verdadeira¹¹.

Para propor uma teoria geral do direito, Dworkin estabelece uma estrutura de como podemos realizar esta construção teórica. Dworkin então propõe ser necessário passar por uma

¹¹ Michael Greenberg (2004) também dá outro exemplo interessante no texto “how facts make law”. Utilizando como base o julgamento de um juiz acerca do aborto nos Estados Unidos, o autor (2004, p. 183-184) elimina certos modelos de teoria que seriam incompatíveis com as decisões por existirem outros elementos prévios à decisão que já delimitam quais proposições serão corretas e quais não serão.

estrutura com quatro níveis. O primeiro estágio é o semântico. O segundo estágio é o teórico jurídico. O terceiro estágio é o doutrinal. O quarto estágio é o adjudicativo.

No primeiro passo, o estágio semântico, a teoria deve buscar compreender qual o tipo de conceito o conceito doutrinário é (DWORKIN, 2006, p. 12). Neste ponto, Dworkin explica uma série de três tipos de conceitos. O primeiro tipo de conceito é o conceito criterial. O segundo tipo de conceito é o conceito de tipo natural. O terceiro tipo de conceito é o conceito interpretativo.

Os conceitos criteriais são aqueles nos quais as pessoas têm em comum uma definição, precisa ou mais grosseira, que estabelece critérios para a correta aplicação do termo ou frase associada (DWORKIN, 2006, p. 9). Um dos exemplos usados por Dworkin (2006 p. 9) é o conceito de solteiro. Quem é o sujeito solteiro? Na nossa sociedade, como solteiro se entende aquela pessoa que não é casada. Podem surgir outras questões que adicionem dificuldades para o conceito, entretanto, apenas é necessário que concordemos minimamente sobre quem são os solteiros. Outros exemplos de conceitos criteriais são bem mais precisos. Um exemplo com maior precisão é o caso do quadrado. Não se pode querer utilizar o conceito de quadrado sem pressupor a estrutura do quadrado. Para o direito, o conceito criterial poderia ser aplicado? Uma boa forma de responder esta questão é refletir sobre a própria forma com que utilizamos conceitos como direito e justiça, como faremos posteriormente.

Os conceitos de tipo natural pressupõem uma discussão conceitual acerca de elementos das ciências naturais ou estruturas biológicas, como por exemplo, metais e animais, mesmo que aqueles que estão em discussão não concordem com a natureza dos exemplos ou os critérios utilizados (DWORKIN, 2006, p. 10). O exemplo que Dworkin (2006, p. 10) usa é o de um debate que envolve elementos genéticos. O animal escolhido para o exemplo é o tigre. Para Dworkin, pessoas que tem amplo conhecimento de DNA do tigre, pessoas que não conhecem o DNA do tigre, pessoas que nem sabe que o tigre tem DNA, entre outras, sabem que existem elementos naturais no caso do tigre, que demarcam o que faz o tigre, tigre (DWORKIN, 2006, p. 10). Portanto, para Dworkin (2006, p. 10), conceitos de tipo natural trazem uma diferenciação, pode-se alegar a existência de uma essência do conceito. Os conceitos do tipo natural não se aplicam para conceitos como o direito, conceitos nos quais não podemos delimitar e nem existe uma essência.

O terceiro tipo de conceitos e o mais importante para o direito é o conceito interpretativo. Este tipo de conceitos funciona de forma a levar-nos a refletir e contestar o que alguma prática

que nós construímos requer (DWORKIN, 2006, p. 10). Para Dworkin (2006, p. 11), os principais conceitos da moralidade política e pessoal funcionam desta forma. Conceitos como “justiça”, mesmo que possam estar envolvendo graves desacordos, continuam sendo compartilhados (DWORKIN, 2006, p. 11). Como Dworkin (1986, 70-71) afirma, existem conceitos e concepções, nos quais os primeiros apresentam um nível de acordo sem controvérsias e os segundos envolvendo exatamente as partes controversas dos conceitos que podem envolver diversas concepções.

Como já visto anteriormente, Dworkin continua não negando a necessidade de uma convergência mínima na prática linguística. Nos três tipos, existem formas de convergência. No caso dos conceitos interpretativos, a exigência que Dworkin (2006, p. 11) faz a estes conceitos é a de que a atitude de convergência acerca do conceito é a consideração de que o conceito é tratado como interpretativo. Com esta posição, Dworkin (2006, p. 11) não defende que a aplicação deste conceito será a mesma em todos os casos, com todas as pessoas.

Um bom exemplo desta complexidade existente na aplicação dos conceitos é o caso *Maurice vs. Judd*. Neste caso, citado por Saulo de Matos (2013, p. 143), Samuel Judd, dono de uma empresa de peixes, não aceitava pagar uma taxa que o Estado de Nova Iorque cobrava devido ele ter três barris de óleo de baleia. O grande problema neste caso era o de que a legislação vigente afirmava que a taxa deveria ser cobrada no caso de óleos de peixes e o conceito natural de baleia é o de que baleias não são peixes (MATOS, p. 143). O resultado neste caso, com base em decisão da Corte de Nova Iorque, foi o de que a baleia deveria ser considerada, para fins tributários, um peixe. Portanto, foi dado um sentido não natural para conceito que normalmente é interpretado como sendo um conceito natural. Isto não seria impossível para uma teoria como a de Dworkin.

Portanto, como podemos determinar um conceito em tanta divergência? Para Dworkin (2006, p. 12), o próprio conceito é uma interpretação, que provavelmente será controversa, da prática na qual o conceito se encontra. O conceito doutrinal do direito, para Dworkin (2006, p. 12), seria um conceito interpretativo – pelo menos – nas sociedades complexas. Nós no direito elaboramos conceitos, para Dworkin (2006, p. 12), assignando um valor e uma finalidade para a prática e por meio destes dois elementos podemos debater sobre o valor de verdade ou não de alguma proposição.

O segundo estágio de formulação da teoria é o estágio Jurisprudencial, ou teórico-jurídico, como é chamado por Porto Macêdo (2013, p. 261). Nesta etapa, é necessário que o

teórico construa uma teoria do direito que seja apropriada à posição tomada no momento anterior, na etapa semântica (DWORKIN, 2006, p. 12). Partindo do ponto de que o direito é um conceito interpretativo, seria necessário então montar uma teoria com os valores que melhor justificam a prática do direito. (DWORKIN, 2006, p. 13). Para Dworkin (2006, p. 13), estes valores podem ser obtidos ao analisar o conceito aspiracional do direito e desta forma podemos decidir quais valores melhor alimentam as concepções defendidas pelo nosso conceito aspiracional.

A interpretação de Dworkin do conceito aspiracional é importante pois ela prioriza um elemento nesta análise. Para Dworkin (2006, p. 13), os valores como legalidade e estado de direito precisam dar prioridade para a ideia de integridade política. Integridade política é o princípio de que o estado deve ter uma atitude de tentar, como for possível, governar por meio de um grupo coerente de princípios políticos que visam beneficiar a todos os cidadãos. Desta forma, reconhecer a importância desta igualdade seria central para entender algo extremamente importante, a legitimidade do poder coercitivo do estado (DWORKIN, 2006, p. 13). Outras teorias que seguissem outras teorias aspiracionais, poderiam gerar outros resultados, entretanto, não enfocaremos esta questão.

Passando para a próxima etapa, já tendo um conceito interpretativo e uma teoria que busca interpretá-lo à luz dos valores da prática, passamos para o nível doutrinário. Neste estágio, o teórico deverá propor como devem ser consideradas as condições de verdade das proposições do direito, levando em conta os valores identificados anteriormente (DWORKIN, 2006, p. 13). Dworkin retorna ao caso da Senhora Sorenson para demonstrar como esta etapa é importante.

As duas partes (defesa e acusação), no processo imaginário da Senhora Sorenson, demarcam para Dworkin duas escolhas diferentes no estágio doutrinário e nos anteriores. Para Dworkin (2006, 13-14), os advogados de defesa das empresas estariam então defendendo uma concepção na qual o valor da eficiência deveria ser priorizado e que, desta forma, para delimitar as proposições jurídicas verdadeiras, os juízes deveriam considerar apenas aquilo que já foi declarado. Modificar as posições previamente instituídas pelas autoridades do direito seria, então, uma forma de dificultar a promoção de uma coordenação eficiente da sociedade (DWORKIN, 2006, p. 14). Dworkin considera essa resposta problemática. Como vimos anteriormente, o valor que Dworkin considera o principal, não é a eficiência, mas sim a integridade.

Dworkin (2006, p. 14) defende que a melhor forma de buscar compreender como construir o estágio doutrinal para solucionar a questão da verdade ou falsidade das proposições jurídicas é por meio de tornar esta própria questão uma questão interpretativa. No caso da Senhora Sorenson, tornar a questão interpretativa significaria considerar a responsabilidade das empresas considerando qual a melhor justificação jurídica de negligência, levando em conta, os princípios morais que iriam exigir aquele resultado (DWORKIN, 2006, p. 14). Desta forma, se os princípios morais consideram que aquele que lucra, deve também dividir o risco, a responsabilidade seria demarcada a favor da Senhora Sorenson (DWORKIN, 2006, p. 14).

Ao considerar as propostas no estágio doutrinal, duas dimensões devem ser consideradas. A primeira dimensão é a adequação da justificação à prática que ela busca justificar. A segunda dimensão é a descrição dos valores que são importantes para aquela prática. As duas dimensões são para Dworkin (2006, p. 15) diferentes aspectos de um mesmo julgamento de moralidade política.

Por fim, o quarto estágio de uma teoria geral do direito, para Dworkin, é o estágio adjudicativo. Neste estágio, a questão principal é responder de que forma as autoridades políticas que deveriam aplicar o direito devem fazer em alguns casos específicos (DWORKIN, 2006, p. 15). Para Dworkin (2006, p. 15), esta questão levanta um problema político e moral, visto que, é necessário compreender quando a moralidade do magistrado requer que ele aja de forma independente ou até mesmo contrária ao direito.

Muitas vezes, pessoas leigas no direito e até mesmo juristas, defendem uma posição que defende o juiz como quase sempre aplicando o direito como se ele fosse um conceito criterial e não um conceito interpretativo. Entretanto, na teoria da adjudicação, as escolhas anteriores criam efeitos ainda mais fortes. A escolha de um conceito interpretativo na etapa semântica vincula a teoria de uma forma, que precisamos compreender o elemento interpretativo até mesmo na aplicação judicial. Portanto, a etapa adjudicativa é mais um resultado das outras etapas do que uma etapa inovadora em si.

Como exposto por Porto Macedo (2013, p. 275), com essa divisão Dworkin reorganiza e diferencia os momentos nos quais podem existir os diversos desacordos no direito. Na gramática da teoria do direito de Dworkin, os diferentes desacordos podem ocorrer em todas estas etapas e das mais diversas formas. Desde o nível semântico, com os debates entre defensores de conceitos interpretativos e os defensores de conceitos criteriais, indo até as

diferentes teorias acerca da posição que o juiz precisa ter em casos concretos, os desacordos podem estar presentes e a divisão de Dworkin busca auxiliar esta compreensão.

A partir de “Justiça de Toga”, portanto, os desacordos teóricos ganham uma profundidade bem maior que apenas “casos nos quais existe um conflito sobre o direito”. O problema dos desacordos teóricos passaria então a se configurar seja quando existe diferença no estágio semântico, seja no estágio teórico-jurídico, seja no estágio doutrinal e seja no estágio adjudicativo. Em todas estas etapas existem divergências que resultariam em divergências sobre a teoria geral do direito em um sentido doutrinal do conceito de direito.

Além de permitir uma melhor visão geral dos desacordos de Dworkin, esta classificação também tem outro ponto extremamente interessante. Ela aprimora algo que Dworkin sempre tentou propor, uma análise comparativa entre as diversas teorias. A partir deste ponto, existem diversas diferenças que podem e devem ser consideradas ao comparar as teorias até chegarmos no resultado da decisão da autoridade judicial.

Tanto os conceitos de jogos de linguagem, quanto a busca dos valores da comunidade utilizando o conceito de forma de vida, são elementos que provêm da teoria de Ludwig Wittgenstein. Iremos agora expor como estes conceitos foram utilizados por Dworkin e como eles tem vinculação com o debate dos desacordos.

3.1.2 Ronald Dworkin e a filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein

Na obra “Justiça de toga”, Dworkin fala no início da introdução que:

A palavra direito e outras palavras paralelas em outras línguas são usadas de muitas formas diferentes, nós temos tantos conceitos distintos nos quais nós utilizamos estas palavras e a inter-relação entre eles é tão problemática e controversa, que diferentes teorias acerca da conexão entre o direito e a justiça são muitas vezes respostas para tipos de questões bem diferentes. (DWORKIN, 2006, p. 1, tradução nossa).

Como exposto pelo Professor Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, p. 241), um dos pontos importantes na teoria de Dworkin é a sua preocupação em mostrar que os erros filosóficos dos outros pesquisadores os levaram a cometer erros conceituais. Da mesma forma, Wittgenstein (2009, p. 47e) acreditava que a sua investigação era gramatical, buscando assim um esclarecer erros causados pela utilização de analogias entre diferentes regiões da linguagem.

Como exposto por Baker e Hacker (2005, p. 203), para Wittgenstein deveríamos agir de forma a examinar esta gramática da linguagem e não esquecer do que para nós parece mais comum. Portanto, a complexidade vista por Dworkin e por Wittgenstein e as diversas formas de utilização dos conceitos apontam para Dworkin, como existem diversos jogos de linguagem em nossa sociedade e que se torna necessário e urgente perceber a mudança deles (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 241).

A utilização de Wittgenstein para a formulação de teses que possam ser aplicadas em outros campos de estudo não é novidade. Peter Winch em seu livro *“The idea of a social science and its relation to philosophy”* (1990) busca desenvolver esta ideia para as ciências sociais. Seu livro influenciou elementos de como Hart via a metodologia das ciências sociais, como exposto por Macedo Junior (2013, p. 102). Entretanto, este não foi um enfoque que quisemos trabalhar nas influências de Hart, que caso tivesse sido analisado, poderia apontar outra direção bem diferente da estrutura geral deste trabalho apontando como as interpretações de Hart e de Dworkin acerca da obra de Wittgenstein são bem diferentes.

Outra forma de interpretação da obra de Wittgenstein, principalmente enfocando as teses do seguir-regras no segundo Wittgenstein e que segundo McGinn (2015, p. 79) foi dominante por um grande período foi a interpretação dada por Saul Kripke. Em seu livro *“Wittgenstein on Rules and Private Language”* (1982), Kripke (1982, p. 4) oferecia uma interpretação de Wittgenstein que enfocava em sua solução como sendo uma resposta de um paradoxo cético. Este paradoxo cético estaria apresentado no §201 de *Investigações Filosóficas* quando Wittgenstein afirma que: “nenhum curso de ação pode ser determinado por uma regra, porque todo curso de ação pode ser feito de acordo com a regra” (2009, p. 87e, trad. nossa) e seria o principal problema das investigações filosóficas (KRIPKE, 1982, p. 7). Qual seria então a solução para um sujeito que deseja agir de acordo com uma regra? Não existiria uma resposta além da resposta de que a forma certa é aquela que é seguida em nossa comunidade (KRIPKE, 1982, p. 89).

O problema da interpretação de Wittgenstein proposta por Kripke não seria o enfoque nas ações da comunidade, mas sim a falta de enfoque em outro conceito importante para a teoria de Wittgenstein. A interpretação que iremos seguir nesta dissertação é muito mais próxima de teses que enfocam a união dos elementos principais do debate acerca da obra de Wittgenstein, como o conceito de seguir regras, com outros elementos presentes em suas últimas obras, como o conceito de forma de vida. No Brasil, o principal autor que trabalha com esta noção e análise

de seus efeitos para a ética é o professor Darlei Dall’Agnol. Antes de entrar neste ponto, precisamos apresentar outros conceitos fundamentais para Wittgenstein. O primeiro destes conceitos é o de jogos de linguagem.

Como exposto por Daniel Whiting (2017, p. 421-422), Wittgenstein utiliza o conceito de jogos de linguagem de diversas formas. No §7, por exemplo Wittgenstein, utiliza o conceito de jogos de linguagem de três formas. A primeira forma é a de que podemos interpretar os jogos de linguagem como sendo a forma pela qual a criança aprende a sua língua nativa (WITTGENSTEIN, 2009, P. 8e). A segunda forma de utilizar o conceito de jogos de linguagem é o processo de nomear um objeto e em seguida a outra pessoa repetir (WITTGENSTEIN, 2009, P. 8e). O terceiro uso do conceito de jogos de linguagem é todo o conjunto de linguagem e as atividades nas quais ela está envolvida (WITTGENSTEIN, 2009, P. 8e). Entretanto, esta primeira definição de Wittgenstein pode confundir o argumento mais importante dos jogos de linguagem.

A forma de utilização que Daniel Whiting (2017, p. 422) melhor delimita e que mais nos interessa é a análise dos jogos de linguagem envolvidos com a linguagem. No §23 de “Investigações Filosóficas”, a utilização do termo é muito mais próxima do que Dworkin está propondo e utiliza exatamente esta noção. Wittgenstein (2009, p. 15e) conceitua o uso dos jogos de linguagem como sendo um caso no qual “se enfatiza o fato de que o falar em uma linguagem é parte de uma atividade, ou uma forma de vida”. Portanto, existiriam diversos jogos de linguagem de acordo com as atividades existentes. Atuar em uma peça, contar uma piada, falar acerca de um evento, desenhar, entre outras atividades, são para Wittgenstein (2009, p. 15e) diferentes jogos de linguagem.

Estas atitudes fazem sentido para estes jogos de linguagem. Uma pessoa que esteja chorando no meio da rua sozinha, pode ser uma atividade entendida de uma forma. A mesma pessoa chorando em um teatro traz em voga um jogo de linguagem da atuação de dá sentido para esta prática. Para Dworkin, o termo direito sofre do mesmo problema. A mesma palavra e as soluções acerca dela são envoltas de grande desacordo. Entretanto, não se entende exatamente quais seriam estes jogos de linguagem.

Considerando que não existe um jogo de linguagem único que cobre todas as atividades humanas, precisamos perceber como o nosso uso de conceitos se diferencia de acordo com o seu jogo de linguagem (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 242). Exatamente por isso, como foi explicado anteriormente, Dworkin (2006, p. 1-3) faz a divisão entre as concepções que são

doutrinárias, sociológicas ou aspiracionais. O entendimento acerca dos desacordos, portanto, parte do entendimento da existência dos diversos jogos da linguagem e o direito seria formado por diversos jogos de linguagem também. Porém, como podemos solucioná-los? Os valores que podemos buscar estão relacionados também com os jogos de linguagem e transcendem os mesmos. O conceito que devemos então analisar agora é o conceito de forma de vida.

Ronald Dworkin ainda na obra “O Império do Direito”, afirma que os sujeitos precisam dividir:

O que Wittgenstein chamou de forma de vida suficientemente concreta para que se possa reconhecer o sentido e o propósito daquilo que o outro fala e diz, ver que tipo de crenças e motivos fariam sentido considerando a sua dicção, gesticulação, tom e assim por diante. (DWORKIN, 1986, p. 65-66, tradução nossa).

Este ponto é importante para responder aos desacordos teóricos, pois sem ele, não teríamos como invocar os valores necessários para avaliarmos as práticas existentes em uma sociedade.

Buscando o conceito de forma de vida, também de Wittgenstein, Dworkin estaria explorando qual o limite de valores comuns que deve existir em uma sociedade e de que forma isto impede ou não a existência de desacordos. Desta forma, tentando então garantir a possibilidade da existência de desacordos, Dworkin retorna e expressa diretamente, como está exposto acima, o termo forma de vida de Wittgenstein.

O grande problema que Dworkin teria em 1986 com “O império do direito” e que talvez não tenha percebido, é a extensão da aplicação do conceito de forma de vida. A forma de vida seria a união de todos os valores nos quais os jogos de linguagem estão inseridos (GLOCK, 1996, p. 125). Esta união não necessariamente é feita determinando um único significado fechado para um termo. As formas de vida, portanto, não existem de forma a limitar o sentido das palavras ao nível de que apenas exista um significado do termo direito ou do termo justiça. Elas existem de forma a permitir a comunicabilidade entre cada sujeito.

Como Wittgenstein (2009, p. 14e) afirma no §23, o termo jogos de linguagem pode ser utilizado para enfatizar o fato de que ao falar uma linguagem estamos em uma atividade, ou em uma forma de vida. Imaginar uma linguagem é também imaginar uma forma de vida (WITTGENSTEIN, 2009, p. 11-12)

Inicialmente, poderiam ser feitas duas interpretações de como compreender a fundamentação da linguagem dada pelas formas de vida para os jogos de linguagem. Glock

afirma que existe uma fundamentação transcendental e outra naturalista (1996, p. 125). A noção transcendental seria problemática por trazer novamente um elemento transcendental que a tese de formas de vida busca quebrar, visto que, ao demonstrar que a gramática existente pode ser modificada, tornar ela algo transcendental sem mudanças seria ir contra um avanço que o uso do termo garante (GLOCK, 1996, p. 125).

A solução então seria a noção naturalista das formas de vida. Entretanto, como exposto por Glock, o naturalismo de Wittgenstein é antropológico e não biológico (1996, p. 126). Este naturalismo era unido com um relativismo cultural provido pela existência de diversas formas de vida. Pode parecer uma declaração polêmica, mas o que faz com que achemos absurdo que alguém vá consultar um oráculo? Até mesmo casos como a consulta à um oráculo, Wittgenstein (2012, p. 337) afirma que ao acharmos absurdo que alguém procure um, isto acontece pois já temos um jogo de linguagem anterior que acha isto absurdo.

Seguindo o argumento de Glock, é importante frisar que este ceticismo de Wittgenstein não é um ceticismo filosófico de que nunca então poderemos achar nada como verdade. A preocupação de Wittgenstein, como exposto por Glock, é frisar como podem existir diversas formas gramaticais, mas isto não impede que exista uma certeza em um jogo de linguagem específico (1996, p. 127). Portanto, mesmo que exista um elemento pré-linguístico que permite a linguagem, ou seja, uma forma de vida (2012, p. 285). ele existe de forma a permitir que a prática possa transformar a nossa aplicação da linguagem. O importante é que precisa existir uma forma de vida que permita a comunicação. Caso contrário, pode até existir outro ser que fale, como uma linguagem de um leão, mas que Wittgenstein (2009, p. 235e) afirma que não seríamos capazes de compreender, visto que não dividimos nem elementos básicos para a comunicação.

Buscando solucionar esta questão, Dall'Agnol (2009, p. 278) propõe que a solução está em um meio termo que não seja nem naturalista nem transcendental. Para Dall'Agnol (2009, p. 280), Wittgenstein estaria defendendo que só existe uma forma de vida, que é a forma de vida humana. Ela não é naturalista, porque Wittgenstein afirma no §90 de investigações filosóficas, com argumentado por Dall'Agnol (2009, p. 282-283), que a sua investigação não se dirige aos fenômenos, mas sim às possibilidades deles. Entretanto, ao mesmo tempo, ele é dado, mesmo que formado por jogos de linguagem (DALL'AGNOL, 2009, 286). Portanto, como algo pode ser dado e não-natural? A interpretação de Wittgenstein feita por Dall'Agnol (2009, p. 287) é a de que a nossa natureza humana é um dado primitivo que nos permite compreender as nossas

investigações, mas, ao mesmo tempo, esta compreensão é contingente, poderia tudo ter sido feito de outra forma.

Qual a dificuldade que vemos que Dworkin pode enfrentar em um primeiro momento? Dworkin parece pensar que o conceito de forma de vida pode ser utilizado de forma que existe uma forma de vida por comunidade, uma forma de vida na qual existe o sentido dos jogos de linguagem para aquela comunidade específica. Entretanto, se Dall’Agnol estiver certo em sua interpretação, o nível de generalidade e as possibilidades éticas são bem maiores. O erro de Dworkin teria sido em ser comedido demais em sua aplicação. Contudo, esta consideração é melhor aproveitada se considerarmos a última grande obra de Dworkin, *Justice for Hedgehogs*(2011), se poderia explicar esta virada universalista de Dworkin como um desenvolvimento deste debate que já estava presente desde suas obras anteriores.

Para encerrarmos por agora esta discussão é importante frisar uma diferença de Dworkin para as teorias semânticas que agora pode ser melhor especificada. Assim como os positivistas, Dworkin também precisa pressupor uma generalidade. Dworkin precisa pressupor um elemento comum entre os sujeitos inseridos na prática social. A grande diferença é a posição na qual essa pressuposição existe.

Quando a pressuposição de uma forma de vida é feita por Dworkin, ela está em um nível de generalidade no qual o nível de concretude exigido para a existência de uma relação unificada é muito reduzido. Apenas se exige uma forma de vida que permite a comunicação entre os envolvidos na mesma forma de vida. De forma diferente e como vamos aprofundar no próximo capítulo, o positivismo jurídico, principalmente, exige uma concretude muito mais próxima da prática social, uma aproximação vinculada com os fatos sociais daquela sociedade e daquela linguagem. Tais exigências cobram um preço que Dworkin acredita ser impossível pagar e uma impossibilidade de explicar os desacordos que estes sim ocorrem mais próximos da prática social.

Desta forma, tanto os conceitos de jogos de linguagem, gramática e forma de vida, são extremamente importantes para podermos analisar a existência de desacordos no direito, da forma proposta por Ronald Dworkin. Passemos agora para mais uma tentativa de resposta positivista aos desacordos teóricos, desta vez formulada por Scott Shapiro.

3.2 A TEORIA DOS PLANOS DE SCOTT SHAPIRO E A RESPOSTA AOS DESACORDOS TEÓRICOS

A teoria dos planos foi proposta no Direito por Scott Shapiro. Entre suas principais obras se encontra o livro “Legality”, no qual propõe a sua principal tese para a teoria do direito, a tese dos planos. Uma de suas principais influências foi a teoria do filósofo Michael Bratman, já citado anteriormente ao explicarmos Coleman.

Michael Bratman é um autor extremamente importante para diversos campos da filosofia, entre eles a filosofia da mente e a filosofia da ação. Sua preocupação era com o agir racional dos sujeitos e com o nosso conceito de mente (BRATMAN, 2014, p X). Buscando dar uma melhor resposta para a ação humana, Bratman propõe um modelo diferente do modelo fundado somente em desejo e crença, adicionando então em uma intenção planejadora (2014, p. XI).

Como exposto por Vargas e Yaffe (2014, p. 2), no contexto da forma tradicional de se fazer a teoria da escolha racional, o modelo de decisão humana que era tomada como padrão era de um agente que acredita ser mais útil um resultado ou tem preferências entre as opções, agindo ao fim de forma a escolher aquele que garanta maior utilidade ou aquele que promete a maior satisfação. Entretanto, na segunda metade do século XX, esta teoria tradicional começou a sofrer pressão de dois flancos, o primeiro flanco era a crítica vinda de estudos empíricos de psicologia e economia comportamental que demonstravam que o ser humano não toma decisões da forma que era proposta pela teoria da escolha racional (VARGAS E YAFFE, 2014, p. 3).

O segundo flanco foi a crítica de Herbert Simon em seus artigos, que posteriormente foram unificados nos três volumes de “*Models of bounded rationality*”(1982). Para Simon, existe um elemento das imperfeições humana que é especialmente interessante que é o fato de que o processo de deliberação da ação é também uma atividade na qual recursos são consumidos (VARGAS E YAFFE, 2014, p. 3). Simon, portanto, modifica o enfoque dado, para então se perguntar o que a racionalidade exige de nós considerando que somos estes seres imperfeitos (VARGAS E YAFFE, 2014, p. 3). Da mesma forma que Simon, Bratman parte do pressuposto que somos sujeitos imperfeitamente racionais e buscou demonstrar como poderíamos então aprimorar a nossa racionalidade, principalmente por meio da estabilidade da intenção que além de evitar o uso de recursos de forma desnecessária, os agentes poderiam coordenar as atividades conjuntas com outros agentes (VARGAS E YAFFE, 2014, p. 4).

No debate acerca da filosofia da mente e da filosofia da ação, sua importância derivou do desenvolvimento de seu estudo acerca da intenção. Enquanto que autores como Davidson enfocavam na explicação das intenções das ações posteriormente ao ato e como esta relação tinha relação com a mente, a inovação de Bratman foi olhar pelo outro lado, se perguntando como a intenção se configura no momento anterior à ação do sujeito (VARGAS E YAFFE, 2014, p. 4). Neste contexto, compreender as intenções como contendo uma lógica planejadora é uma forma prescritiva de evitar algumas limitações causadas pela mente humana.

Partindo agora para Shapiro, este tópico é dividido em três grandes partes. Iremos na primeira parte introduzir a teoria de Shapiro e os principais elementos defendidos em seu livro “Legality”. Na segunda parte, iremos desenvolver o seu debate com Dworkin e a proposta de um debate meta-teórico e baseado na tese da confiança. Por fim, na terceira parte faremos considerações acerca do sucesso ou não de sua crítica a Dworkin.

Shapiro começa sua obra discutindo o que seria para ele a teoria do direito. Para Shapiro, a teoria do direito em primeiro lugar pode ser analítica ou normativa (2011, p. 2). A primeira está preocupada com os fundamentos metafísicos do direito e a segunda está preocupada com os fundamentos morais do direito (SHAPIRO, 2011, p. 2). A preocupação de Shapiro não será com a segunda forma, a moral, e sim com a primeira, a teoria do direito em sua vertente analítica. A teoria do direito analítica estaria preocupada com questões como a natureza do direito e das entidades jurídicas, leis, autoridade, obrigações e outras questões (SHAPIRO, 2011, p. 3).

Além de analítica, o modelo de teoria do direito de Shapiro está fundado em uma análise conceitual do direito. Na análise conceitual, a análise do filósofo é feita segundo Shapiro, como o trabalho de um detetive, que busca reconstruir a cena de um crime e buscar os diversos elementos presentes nela (2011, p. 13). Para Shapiro, a análise conceitual irá basear essa análise em truísmos, elementos que não são apenas verdade, mas também são auto evidentes (2011, p. 13).

Shapiro considera que para comprovar suas teses, a teoria do direito também pode recorrer para outras estratégias. Uma dessas possibilidades é recorrer a experimentos mentais e tentar desenvolver sistemas jurídicos por meio de uma estratégia construtivista. Outra possibilidade pode ser a análise de um problema específico, um “*puzzle*” que pode mostrar alguma questão específica que é importante (SHAPIRO, 2011, p. 29-21). Estes métodos e

outros além destes serão utilizados por Shapiro para tentar defender os seus argumentos em *Legality*.

Partindo de seu modelo de teoria do direito e tentando montar uma teoria que seja melhor do que as anteriores, um dos principais problemas que Shapiro busca responder é a origem da normatividade. O exemplo que ele usa para refletir sobre esta questão é a situação do ovo e da galinha. Assim como neste caso, quem nasce primeiro? A autoridade ou a norma? Toda autoridade precisa de uma norma que a autorize e toda norma precisa de uma autoridade que a crie. Como sair desta circularidade?

Buscando estruturar uma resposta, Shapiro considera que um dos grandes problemas para responder esta questão é analisar como os autores positivistas responderam à questão da lei de Hume. A interpretação de Shapiro acerca da lei de Hume é a de que ela não permite derivar um dever-ser do ser (2011, p. 47). Como outros autores tentaram resolver a impossibilidade da passagem entre o ser e o dever-ser?

Austin buscou responder ao desafio com a sua teoria da sanção. A teoria de Austin acerca do direito, segundo Shapiro, é dividida em duas partes, regras e soberania (2011, p. 53). As regras seriam comandos, comandos que seriam expressões de um desejo que é garantido pela ameaça de que caso não seja obedecido, ocorrerá uma sanção (SHAPIRO, 2011, p. 53). No caso da soberania, ser soberano para Austin significava que dois pontos estavam preenchidos. O primeiro era o de que as ordens são habitualmente obedecidas pela comunidade e a segunda é a de que o soberano não pode habitualmente obedecer a ninguém (SHAPIRO, 2011, p. 53).

A solução do puzzle da possibilidade de existência do direito, para Austin, se resolveria então pela existência da autoridade do soberano em aplicar coerções a aqueles que não obedecessem sua ordem, não existe um fundamento normativo para tal ordem jurídica (SHAPIRO, 2011, p. 57). Para Shapiro, a teoria de Austin está errada tanto acerca das normas quanto acerca da soberania (2011, p. 73).

No caso de Hart, Shapiro considera que o autor deu prioridade para as normas e não para a autoridade como foi o caso de Austin (2011, p. 80). A norma se torna uma prática social obrigatória em Hart por meio do engajamento em práticas sociais (SHAPIRO, 2011, p. 80). O seu fundamento são as normas sociais (a aceitação).

Em Hart, existiriam duas grandes insuficiências para Shapiro (2011, p. 110). A primeira é uma confusão entre o conceito normativo e o empírico. Para Shapiro (2011, p. 110), a prática social é ineficiente e não é idêntica para gerar uma regra social. O segundo problema é que mesmo enfocando uma saída convencionalista, a posição de Hart restringiria demais os tipos de motivação que as autoridades poderiam ter (SHAPIRO, 2011, p. 111).

Sem as duas principais alternativas, Hart também violaria a lei de Hume. O argumento de Shapiro (2011, p. 112-113) é o de que além de ser insuficiente para explicar as práticas sociais, a normatividade não necessita do ponto de vista interno para ter validade. Para Shapiro (2011, p. 113), mesmo o homem mau que não deseja agir como se aquela legislação fosse correta, também pode descrever os direitos existentes na comunidade.

Considerando que estas respostas eram insuficientes, Shapiro (2011, p. 119) propõe uma nova teoria, a teoria do direito como planos. Para Shapiro (2011, p. 188), passar de planos a normas não violaria a lei de Hume. Pelos planos, Shapiro (2011, p. 188) consegue explicar como os planos são obrigatórios em vista do propósito de descrever o ponto de vista jurídico, no qual o ponto de vista é moral, mas ainda descritivo.

Shapiro inicialmente dá uma noção do que seriam os planos. Para Shapiro (2011, p. 193-195), os seres humanos são criaturas planejadoras e o direito é uma atividade de planejamento social. Para demonstrar a aplicação de sua teoria, Shapiro (2011, p. 157) constrói um experimento mental, da ilha Cooks. Neste experimento, esta sociedade avança desde planos simples, até a construção de planos complexos e por fim, a criação de um plano mestre.

Acompanhando o experimento mental, surgem necessidades do direito, necessidades que Shapiro (2011, p. 170) considera que são circunstâncias da legalidade naquela sociedade. As circunstâncias da legalidade surgem quando: “em uma sociedade existem sérios e numerosos problemas morais, cujas soluções são complexas, contenciosas ou arbitrarias” (SHAPIRO, 2011,, p. 170). Para resolver esta questão, Shapiro (2011, p. 213) então defende a existência de que existe um propósito moral do direito, que é exatamente corrigir os defeitos morais que são resultantes dessas circunstâncias da legalidade. Portanto, para Shapiro, os desacordos existem, mas devem ser reduzidos.

Como reduzir os desacordos e aplicar os planos? Acerca dos planos, existem duas lógicas importantes que são a lógica simples dos planos e a lógica geral dos planos. Na lógica simples dos planos, a existência e o conteúdo de um plano não pode depender de fatos que ele

visa estabelecer (SHAPIRO, 2011, p. 275). Na lógica geral dos planos, a interpretação de qualquer membro de um sistema de planos não pode depender de fatos cuja existência outro membro do sistema visa estabelecer (SHAPIRO, 2011, p. 311). Estes dois elementos têm relação com a resposta de Shapiro para Dworkin acerca dos desacordos teóricos, que veremos agora.

Shapiro em primeiro lugar, retorna para o exemplo do caso TVA. Shapiro (2011, 302) considera que o argumento de Dworkin de que os fundamentos do direito são elementos morais e que eles estão em jogo no caso, leva a teoria do direito para um erro. Se considerarmos a teoria dos planos e a lógica simples dos planos (SLOP), Dworkin estaria tentando usar a moral para determinar o conteúdo do direito (SHAPIRO, 2011, p. 302). Entretanto, se o conteúdo dos planos não pode ser determinado pelos fatos que ele deve planejar, Dworkin estaria argumento em favor de um erro (SHAPIRO, 2011, p 302).

Os desacordos no direito seriam explicados por Shapiro (2011, p 304) como sendo um conflito entre diferentes metodologias interpretativas. Uma metodologia interpretativa para Shapiro (2011, p. 304) seria um método para a leitura de textos legais. Desta forma, Shapiro tenta construir um ponto em sua teoria no qual ainda seria permitido o debate entre diversas propostas interpretativas de analisar o texto jurídico. O motivo pela qual a interpretação de Dworkin seria preterida, seria por ignorar outro elemento chave para compreender o direito, a distribuição de confiança realizada nos planos.

À luz da lógica geral dos planos, a interpretação dos planos por qualquer membro do sistema não poderia ir contra a interpretação de outros membros que deveriam decidir a questão. Neste ponto, Shapiro busca então estabelecer um método que possa demonstrar como a teoria de Dworkin não consegue explicar um elemento central para o direito e como acaba descumprindo a lógica geral dos planos.

Esta tentativa é feita por meio de um retorno para a história do desenvolvimento do direito norte-americano após a independência. Shapiro (2011, p. 329) tenta demonstrar por meio de uma análise institucional de certos períodos históricos, como a confiança era distribuída diferentemente no Estado. O resultado deste processo é argumentar como o judiciário não é o órgão que tem a maior distribuição de confiança no Estado e que ao garantir um grande poder para o judiciário, Dworkin então estaria descumprindo a lógica geral dos planos (SHAPIRO, 2011, p. 328-329).

Essas duas respostas acerca dos desacordos teóricos são realizadas exatamente considerando a natureza dos planos. Tanto o primeiro argumento de Shapiro, quanto o segundo argumento, pressupõe fortemente a aceitação acerca da natureza do direito e do sujeito como fundados no planejamento. Diferentemente de Coleman, cujo argumento do direito como atividade compartilhada surge para responder aos desacordos, o argumento de Shapiro e sua teoria como um todo dependem dos avanços propostos por Michael Bratman¹².

Sem os planos e a lógica própria existente neles, não desabam apenas a teoria dos desacordos de Shapiro, mas todo o seu projeto. Partindo deste argumento, Shapiro consegue responder satisfatoriamente ao argumento de Dworkin? Consideramos que o argumento de Shapiro é insuficiente por três principais motivos.

O primeiro motivo é o nível de aceitação exigido dos seus pressupostos. Ao buscar a construção de uma teoria fundada em planos, a teoria de Shapiro se torna inovadora e ao mesmo tempo exigente demais em seus pressupostos. Shapiro parte de considerações acerca do direito e dos sujeitos que consideram as suas interpretações como totalmente vinculados com planos. Os agentes agem de forma planejada, as leis são planos, o direito busca efetivar tais planos. Esta união de passos gera um nível de exigência que não é justificado por Shapiro. Os planos não se tornam nem uma opção, eles são a única e melhor forma de entender o direito.

Assim como Shapiro, a teoria de Dworkin busca transformar o seu debate, entretanto, ao contrário do mesmo e como demonstrado nas seções anteriores, aposta exatamente no elemento contrário. A teoria de Dworkin aposta na forma com que já compreendemos a prática jurídica e este elemento tem relação também com o segundo motivo pelo qual a teoria de Dworkin é melhor que a de Shapiro.

A teoria de Dworkin consegue dar uma melhor explicação da nossa prática hoje. Dworkin não tenta propor uma teoria que defende uma reestruturação do direito com o fundamento de que a nossa natureza e a do direito tem um elemento que é planejar. A teoria de Dworkin com sua dimensão de adequação à prática, faz com que a sua teoria aproxime a sua explicação da prática e de como nós percebemos as nossas instituições.

O terceiro e último motivo é a dificuldade de realizar o movimento que fundamentaria a sua tese contra Dworkin, que seria a economia da confiança. É possível dizer que existe apenas

¹² é importante salientar algo curioso. Em um comentário a um artigo de Shapiro, Bratman demonstra que não concorda com toda a teoria de Shapiro e como ele aplica a teoria dos planos (2011)

uma forma de economia da confiança em um país? Será que a história norte-americana, que é o exemplo dado, pode apenas ser interpretada de uma única forma? A existência de leis em diversos períodos e avanços e retrocessos históricos, deveriam ser uma forma de perceber a fraqueza do argumento de Shapiro.

Poderia se contra argumentar que este argumento também vale para Dworkin ao montar sua comunidade de princípios com valores liberais. Este argumento, defenderia então, que a teoria de Dworkin não consegue também considerar as diversas possibilidades que a história possibilitaria. Entretanto, consideramos que a resposta de Dworkin consegue oferecer um diferencial importante. Para Dworkin, a análise desses valores também é interpretativa, desta forma, caso a melhor análise destes valores seja uma teoria diferente da proposta por Dworkin, seu método também consegue compreender estes resultados, mesmo que não sejam os que ele próprio defenderia.

Desta forma, a teoria de Shapiro é insuficiente para responder aos desacordos teóricos. Ela decorre em alguns erros já feitos por autores como Coleman e enfrenta novos, principalmente devido o nível de comprometimento com a sua proposta da análise de planos. Com esta metodologia, Shapiro amplia a teoria do direito, mas não consegue dar soluções melhores que as propostas por Dworkin.

Contudo, não podemos dizer que a proposta de Shapiro apenas trouxe soluções que não são interessantes para o direito. A teoria de Shapiro nos conduz a um debate importante sobre a história das instituições e a elementos fáticos relacionados com a comunidade política que raramente são considerados na teoria do direito, como por exemplo, a questão da confiança e da história política, mesmo com suas dificuldades metodológicas.

É exatamente esta oxigenação da teoria do direito que deveria nos fazer refletir acerca dos seus fundamentos filosóficos. Diversas teorias estão buscando trazer elementos interessantes como a confiança, a análise das histórias institucionais, as influências que a filosofia da mente pode ter na teoria do direito e a filosofia da ação. Hoje, estes novos enfoques ainda têm influência insuficiente para se tornar pontos principais do debate, mas já demonstram que precisam ter seus avanços levados em conta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como buscamos construir no presente texto, existe um desenvolvimento na relação teoria do direito e filosofia. Os desacordos são a chave interpretativa que nos ajudar a ver uma escada que vai além da teoria dos desacordos, da teoria do direito e da discussão da filosofia geral. Passemos agora por algumas considerações.

A primeira consideração que esperamos ter demonstrado é acerca da importância do debate dos desacordos jurídicos para entendermos estes desacordos que ocorrem na prática jurídica e envolvem questões extremamente importantes para os juristas. Entender os desacordos como foi explicitado no texto, é uma questão central que precisa ser entendida por aqueles que buscam propor uma concepção sobre o direito. A sua importância deriva de sua importância para a prática do direito. A teoria do direito precisa considerar em sua propositura elementos que são centrais para a prática e os desacordos são elementos que ganharam centralidade na prática do direito.

Todos os autores estudados acreditavam que a questão de como os juízes divergem e se isto envolve ou não a teoria do direito, uma questão importante e que precisava ser explicada. O conflito existia entre aqueles que acreditavam ter respondido corretamente e aqueles que consideravam as respostas insuficientes e que deveriam ser propostas outras respostas. A posição de Dworkin inverte durante o debate, primeiramente ele era o desafiador de Hart, mas posteriormente ele vira aquele que precisa defender a sua concepção de desacordos. Com este debate, ganhamos muitas formas de explicar desacordos no direito, linguagem, planos, convenções, entre outros, podem ser utilizados para tentar responder este problema.

A segunda consideração é acerca do debate acerca dos desacordos para entender a própria teoria do direito. O argumento que desenvolvemos desde a apresentação do argumento de Dworkin é o de que a crítica feita desde “O Império do Direito”, não buscava apenas reformular um ponto do positivismo. Quando Dworkin propõe os desacordos teóricos como o principal ponto de sua obra, sua visão não era a de que o positivismo poderia refutar seus argumentos propondo uma saída simples.

O debate dos desacordos traz consigo o enfoque na questão metodológica. É possível realizar descrições como o positivismo acreditava ser possível? Os valores devem ser centrais para entender o direito? Estes valores, nos desacordos teóricos, se tornam centrais para determinar que teorias podem ser melhores do que outras? Todas essas questões metodológicas

ganham força após as críticas de Dworkin. São estas questões que movem autores como Hart a buscar uma defesa fundada na proposta de teoria do direito que ele fez e autores como Coleman buscar respostas que adicionem elementos de outros campos da filosofia em sua teoria.

Ao repensar o método utilizado na teoria do direito, outras questões surgiram e foram debatidas. Quais são as influências nas teorias dos autores? De quais áreas das ciências humanas estes argumentos são originários? Como o teórico do direito pode propor a sua teoria? Quais novas ferramentas estão disponíveis para a construção destas novas propostas? Portanto, o debate da metodologia do direito abre espaço para inúmeras perguntas acerca do seu próprio método e para que outra questão seja pensada, uma questão acerca de como utilizamos argumentos da filosofia geral em nossos debates e se estas utilizações são feitas de forma correta, abrindo espaço assim para a terceira consideração.

A terceira consideração envolve o que o debate sobre o desacordo nos mostra acerca da filosofia geral. Acompanhando o desenvolvimento do debate acerca dos desacordos e dos fundamentos teóricos de cada uma das teorias, percebemos que o caminho feito pela teoria do direito também é percorrido pela história contemporânea da filosofia analítica de uma forma não tão diferente quando poderíamos considerar em um primeiro momento.

A discussão da filosofia da linguagem, a entrada dos elementos morais neste cálculo e por fim o avanço de outras teorias que não são enfocadas no ramo da filosofia da linguagem e nem da filosofia política são também o caminho que a filosofia analítica seguiu na segunda metade do século XX.

Estas mudanças, em nossa visão, mostram um cenário que irei chamar de pós-Filosofia da linguagem (ou pós-linguagem). O cenário da pós-linguagem não envolve necessariamente uma negação do que foi feito anteriormente, entretanto ele segue um padrão fruto da expansão de outros campos do conhecimento. Crescimento de campos de pesquisa como a filosofia da mente, o naturalismo, a lógica e a metaética, abriram espaços e ocuparam lugares que anteriormente eram prioritariamente da filosofia da linguagem. Um exemplo de como esta transformação ocorreu nos últimos anos é o de que atualmente nós já passamos a ter debates analíticos de filosofia da mente que consideram até mesmo pressupostos fenomenológicos que tradicionalmente eram ignorados e vistos como não necessários para a filosofia analítica.

Em nossa argumentação feita nos capítulos anteriores, este fenômeno pode ser acompanhado pelas quatro teorias que escolhemos trabalhar nesta dissertação. Os fundamentos

filosóficos de Hart retratam o seu contexto de Oxford na primeira metade do século XX. Naquele momento histórico, como visto anteriormente, fazer filosofia era fazer filosofia da linguagem. Os elementos morais neste primeiro momento eram postos em segundo plano e o enfoque era dado ao uso das palavras e não as suas propriedades, como certo ou errado.

Em um segundo momento, na segunda metade do século XX, que é representado pela teoria de Dworkin, a teoria da filosofia da linguagem ainda ocupava um lugar de prestígio. Contudo, após a obra de John Rawls, a filosofia política também voltava a ganhar força. Portanto, a interpretação da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein para Dworkin era muito mais valorativa do que teria sido a de Hart, por exemplo.

No terceiro momento, começamos a entrar em um momento de maior transição com a filosofia da linguagem. A teoria de Jules Coleman busca diversos elementos presentes na obra de Michael Bratman, autor da filosofia da ação que debate a ação humana como sendo fundada em planos. Mesmo ainda tendo elementos até mesmo morais, a obra de Coleman já começa a transição teórica que será aprofundada na quarta e última etapa.

No quarto momento, a teoria de Scott Shapiro já se demonstra como um desenvolvimento da quebra iniciada no terceiro momento. A obra de Shapiro não utiliza apenas elementos de outros campos da filosofia, ela se propõe como sendo algo totalmente diferente das outras teorias e que as anteriores podem ser avaliadas por meio dela caso sejam consideradas pelo seu novo critério.

É importante frisar que com isto não estamos defendendo que a filosofia tenha se resumido nos últimos cem anos apenas às quatro referidas teses. Entretanto, este esqueleto histórico consegue demarcar quatro pontos que são importantes para qualquer pessoa que busque estudar a história da filosofia analítica contemporânea, principalmente se considerarmos não apenas a tese de Bratman como importante, mas sim como uma representante das outras teorias que surgem e buscam diferentes soluções para a filosofia.

Voltando ao argumento, este caminho histórico e filosófico seria extremamente claro caso este avanço e mudança nas fundamentações filosóficas tivesse sido acompanhado de maior capacidade explicativa. Poderíamos simplesmente argumentar que deveríamos considerar as teorias como as de Hart, Dworkin e Coleman como relíquias históricas. Seria extremamente fácil argumentarmos que Hart, por exemplo, não conseguia perceber elementos como a ação humana da forma proposta por Bratman.

A resposta a isto é a de que a teoria do direito hoje não funciona na forma de uma tabula rasa. O poder explicativo que as novas teses precisam ter e a melhora baseada em elementos que já foram conseguidos anteriormente, também está presente na teoria do direito. O que inicialmente poderia parecer paradoxal, ou seja, que o avanço da filosofia geral não é necessariamente acompanhado pelo avanço da teoria do direito ao usar as suas ferramentas, se torna então uma consideração importante de ser feita na teoria do direito.

Esta resposta que seria paradoxal, pode ser percebida ao retornarmos aos debates que analisamos nas seções anteriores. Mesmo que a teoria de Dworkin tenha elementos filosóficos anteriores a teorias como a de Shapiro, o seu potencial explicativo é, como esperamos ter demonstrado, muito maior. Portanto, paradoxalmente, uma teoria que não tem fundamentos tão contemporâneos, pode melhor explicar o fenômeno jurídico.

Considerando as três observações, partiremos agora para um exemplo utilizado por Wittgenstein, mas que iremos aqui trabalhar com outra ideia. Wittgenstein buscando diferenciar sua primeira obra, “*tractatus logicus philosophicus*” de seu pensamento em investigações filosóficas, afirma que a primeira obra deveria ser vista como uma escada. O *tractatus* era um erro que serviria como escada para que pudéssemos agora ver como a linguagem funciona sem seguir o erro de buscar uma forma lógica única.

A nossa utilização do exemplo de Wittgenstein é um pouco diferente. Não consideramos que todo o trabalho feito a este momento deve ser abandonado. Como dito anteriormente, o debate dos desacordos tem importância tanto em si mesmo, por explicar elementos importantes para o direito, quanto para propor um debate acerca da própria teoria do direito. Os desacordos teóricos são uma escada que nós subimos e precisamos manter. Quando chegamos no alto podemos então nos perguntar algo que esperamos ser o elemento essencial e talvez mais importante que explicar os próprios desacordos.

O caminho que fizemos neste texto ao estudar os desacordos teóricos, pode ser interpretado de três formas principais. A primeira forma é a de que o texto tem uma argumentação primariamente defensora das ideias de Ronald Dworkin e que além de aumentar os seus ganhos e diminuir os seus problemas, dá uma centralidade para um debate que apenas interessa ao debate entre o positivismo e Dworkin, visto que, Dworkin não consegue ter a força argumentativa que julga apresentar. A segunda forma é considerar o texto exatamente pela conclusão contrária da visão anterior. A segunda visão seria a de que o texto realmente tem claros elementos da teoria de Dworkin, que Dworkin é o principal autor da teoria do direito

após Hart, que seu argumento dos desacordos teóricos é central para a teoria do direito e que o texto, portanto, se preocupa com uma questão central não só para o debate entre o positivismo e Dworkin, mas sim para toda a teoria do direito e que Dworkin está certo em sua argumentação.

Nós defendemos uma terceira visão e ela nos leva para a nossa questão. Na terceira forma de ver o texto, se encontra uma visão que equilibra a defesa de teses de Dworkin com um ceticismo posterior fundado nas respostas positivistas. O debate dos desacordos deveria ser visto em nossa visão como demonstrando que a resposta de Dworkin ainda consegue ser a melhor explicação para os desacordos. Entretanto, a pluralidade de respostas não só positivistas, deveria nos chamar atenção de outro aspecto. São as respostas positivistas como a de Shapiro que estão tentando trazer novas formas de pensar o direito fundadas em avanços da filosofia analítica. Deste paradoxo do avanço e da explicação surge então o nosso questionamento que pode ser chamado de existencial para o teórico. Considerando os avanços da filosofia de que forma o teórico do direito deve fazer teoria do direito hoje?

Uma pessoa poderia simplesmente responder que esta questão sempre existiu e que não é nenhuma novidade. Saber de que forma deve se fazer uma teoria específica sempre foi algo que um sujeito deveria se perguntar ao iniciar uma pesquisa. Contudo, acreditamos que alguns elementos são centrais para dar maior importância nesta questão da teoria do direito contemporânea. Dois elementos são especialmente importantes e são interligados.

O primeiro elemento que deve ser considerado é o aumento da pluralidade de formas de análise na teoria do direito. Mesmo que lançamentos como *Legality*, nos quais os autores tentem propor grandes teorias, não estejam ainda recebendo o reconhecimento que professores como Hart, Dworkin, Raz e Finnis tiveram, o pluralismo de formas de pensar a teoria do direito apenas cresce. Autores como Brian Leiter ou Brian Tamahana estão propondo teorias que diferem e muito de outras proposições. No Brasil, o professor Noel Struchiner e seu uso de experimentos para testar e comprovar teses no direito também é um exemplo dessa diversidade. Entretanto, esta diversidade no direito está vinculada com outra diversidade, que é principalmente a da filosofia.

O segundo elemento que devemos então considerar para compreender o porquê de a questão existencial atualmente ser mais importante na teoria do direito, se vincula com o crescimento das diversas vertentes da filosofia analítica como um todo. Como já tido anteriormente em vários momentos deste texto, além das já tradicionais áreas como epistemologia, lógica, teoria da justiça, entre outras, diversos outros campos estão surgindo e

ganhando força. Enquanto que, no período da filosofia da linguagem, os seus participantes viam aquele momento como uma revolução sem precedentes, atualmente revoluções surgem a cada dez anos. Filosofias como o descolonialismo, metaética, teorias da guerra justa, teoria crítica, análise histórica, entre outras, se propõe cada vez mais a debater a natureza do direito e em alguns casos propondo discussões com autores como Hart e Dworkin.

Como podemos fazer teoria e debater com outras vertentes que se propõe de uma maneira tão distantes uma das outras? Não é por outro motivo que tanto Dworkin quanto Shapiro estão preocupados em propor novas teorias, mas não afirmam que a sua forma de propor uma análise de seus pressupostos sejam a única forma de interpreta-los. Os dois autores propõem teorias de forma a poder inserir nelas os outros debates, gerando uma forma de diálogo, mesmo que interno às próprias teorias.

O (talvez) fim deste momento histórico, no qual o debate da teoria do direito era enfocado na linguagem e tendo como principais pontos as obras de Hart e Dworkin, deve ser acompanhado em nossa visão, de duas atitudes. A primeira atitude é a de atenção às teorias desenvolvidas anteriormente. Devemos aprender com as propostas e formas que a teoria do direito discutiu durante tantos anos. Entretanto, ao mesmo tempo, devemos ser exploradores. Nós precisamos assumir nosso papel como descobridores das possibilidades que as novas etapas do conhecimento nos propiciam em nossa geração. O conhecimento não deve nunca parar e a pergunta de o que faremos agora deve nos levar a seguir adiante e não a recuar frente as adversidades deste pluralismo.

REFERÊNCIAS

- ANTISIERI, D; REALE, G. **História da filosofia 6: de Nietzsche à Escola de Frankfurt**. São Paulo: Paulus, 2006.
- ANSCOMBE, G E M. **An introduction to Wittgenstein's Tractatus**. 2ª ed. rev. New York: Harper & Row Publishers, 1963.
- _____. On brute facts. **Analysis**, v. 18, n. 3, jan. 1958.
- AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University Press, 1962.
- BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. **Wittgenstein: understanding and meaning**. Part II. 2ª ed. Malden: Blackwell Publishing, 2005.
- BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford, Clarendon Press, 1907.
- BRATMAN, Michael. Reflections on Law, Normativity and Plans. In (eds.) BERTEA, STEFANO; PAVLAKOS, George. **New Essays on the Normativity of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. **American Journal of Jurisprudence**, vol. 48, n. 1, 2003.
- _____. Explaining theoretical disagreement. **The University of Chicago Law Review**, nº 76, 2009.
- CHRISTIANO, Thomas. Disagreement and the justification of democracy. In: WALL, Steven (ed.) **The Cambridge companion to liberalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional comparada**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- COLEMAN, Jules. Incorporationism, convencionalidade and the practical difference thesis. **Legal Theory**, v. 4, n. 4, dez. 1998.
- _____. **The Practice of principle**. Oxford: Oxford University Press, 2001
- _____. Methodology (in.) COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott, **The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- CRIMMINS, James E., "Jeremy Bentham", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/bentham/>>.

DALL'AGNOL, Darlei. Natural ou transcendental: sobre o conceito *Lebensform* em Wittgenstein e suas implicações para a ética. **Revista de Filosofia Aurora**, v. 21, n. 29, jul/dez 2009.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

_____. **Justice in robes**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Law's empire**. Oxford: Hart Publishing, 1986.

_____. Legal theory and the problem of sense. In GAVISON, Ruth (ed.). **Issues in contemporary legal philosophy: the influence of H. L. A. Hart**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência. **Revista Fundamento**, v. 1, n. 3, 2011.

GAVISON, Ruth (ed.). **Issues in contemporary legal philosophy: the influence of H. L. A. Hart**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

GLOCK, Hans-Johann. **A Wittgenstein dictionary**. West Sussex: John Wiley & Sons Ltd., 1996.

_____. **O que é filosofia analítica?** Porto Alegre: Penso, 2011.

GREENBERG, Michael. How facts make law. **Legal Theory**, v. 10, n. 3, set. 2014.

_____. The moral impact theory of law. **The Yale Law Journal**, v. 123, n. 5, mar. 2014. 2

HART, H. L. A. Jhering's heaven of concepts and modern analytical jurisprudence. In. WIEACKER, Franz; WOLLSCHLÄGER, Christian (eds.) **Jherings Erbe**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1970.

_____. **O conceito de direito**. 6ª ed. Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian, 2011.

HONNETH, Axel. **The freedom's right**. New York: Columbia University Press, 2014.

KENNY, Anthony. **A new history of western philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 2010.

KRIPKE, Saul A. **Wittgenstein on rules and private language**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACINTYRE, Alasdair. **After virtue: a study in moral theory**. 3ª ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

MATOS, Saulo Monteiro. Uma agenda para uma teoria dos conceitos no direito. **Amazônia em Foco**, v. 2, n. 3, jul/dez 2013.

MCGINN, Marie. **The Routledge guidebook to Wittgenstein's Philosophical Investigations**. 2ª ed. Oxon: Routledge, 2013.

MIGUENS, Sofia. **Filosofia da linguagem: uma introdução**. Porto: Faculdade de Letras da Faculdade do Porto, 2007.

POSTEMA, Gerald. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**. New York: Springer, 2011. V. 11

RUSSELL, Bertrand. On denoting. **Mind, new series**, v. 14, n. 56, out. 1905.

RYLE, Gilbert. Ordinary language. **The Philosophical Review**, v. 62, n. 2, abr. 1953.

SEARLE, J R. **Speech acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed. **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 77, mar 2007.

SIMON, H. **Models of bounded rationality**. Cambridge: MIT Press, 1982.

STRAVROPOULOS, Nicos. **Objetivity in law**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2001.

VARGAS, Manuel; YAFFE, Gideon. Introduction. In. VARGAS, Manuel; YAFFE, Gideon (eds.). **Rational and social agency: the philosophy of Michael Bratman**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

WALL, Steven. Democracy and equality. **The Philosophical Quarterly**, v. 57, n. 228, jul. 2017.

WHITING, Daniel. Languages, Language-Games, and Forms of Life. In: GLOCK, Hans-Johann; HYMAN, John (eds.). **A companion to Wittgenstein**. West Sussex: John Wiley & Sons Ltd., 2017.

WINCH, Peter. **The idea of a social science and its relation to philosophy**. 2^a ed. New Jersey: Routledge, 1990.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza**. Lisboa: Edições 70, 2012.

_____. **Philosophical investigations**. 4^a ed. West Sussex: John Wiley & Sons Ltd., 2009.