

# A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual\*

*Dworkin's Criticism of Conventionalism and Its Relevance: A Conceptual Criticism Scheme*

Ronaldo Porto Macedo Jr.\*\*

*Universidade de São Paulo – USP, São Paulo-SP, Brasil*

## 1. O convencionalismo jurídico e o desafio dworkiniano

A teoria do direito é um campo do conhecimento humano marcado por profundos desacordos. Uma parcela muito significativa dos trabalhos mais expressivos nessa área se dedica a reapreciar algumas perguntas clássicas, como “o que é o direito?”, “qual é sua natureza?” e “qual é a natureza da teoria sobre o direito?”. Tais questões indicam que uma das dimensões de nossos desacordos jurídicos se refere aos desacordos sobre o próprio conceito de direito.

Este trabalho visa analisar um capítulo especialmente importante da história do debate teórico em torno dessas questões que dominou os meios acadêmicos anglo-saxão e continental europeu nas últimas décadas.

---

\* Este texto é parte introdutória de um livro chamado *O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico*, ainda inédito. Neste livro analiso com detalhes as variantes e sofisticadas formulações do convencionalismo jurídico, notadamente nas versões de Andrei Marmor e Jules Coleman, bem com as reações a elas.

\*\* Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP e Professor de Teoria do Direito na FGV DIREITO – São Paulo. Email: ronaldo.macedo@terra.com.br.

Ele trata das reações que alguns trabalhos teóricos – e, de modo muito particular, a obra de Ronald Dworkin – provocaram entre os defensores do positivismo jurídico, em especial os defensores da tese das fontes sociais do direito<sup>1</sup>. Tais autores, também denominados de *positivistas metodológicos*, procuraram, apresentando uma *teoria convencionalista do direito*, responder àquilo que neste trabalho denomino de *desafio dworkiniano*. Esse desafio consistiu fundamentalmente na crítica das explicações do positivismo hartiano sobre como a regra de reconhecimento se torna normativa e gera obrigações para as autoridades às quais ela serve de fundamento do direito e sobre a natureza das controvérsias e dos desacordos acerca dos fundamentos do direito nas práticas jurídicas argumentativas comuns em nossos tribunais. Esses tipos de *desacordos teóricos* (sobre os fundamentos do direito) demarcam uma importante dimensão de nossos desacordos jurídicos. Isso faz com que nossos desacordos *sobre o conceito de direito* influenciem nossos desacordos *no direito*.

O trabalho visa, em síntese, mostrar em que consistem os principais elementos da crítica de Dworkin ao convencionalismo, bem como as respostas a ela oferecidas pelos convencionalistas. Procuo elaborar um esquema conceitual geral comum aos convencionalistas. Não me detenho, neste artigo, a uma análise dos pontos de divergência entre as múltiplas variantes convencionalistas. Ainda que as respostas convencionalistas não esgotem as reações às críticas de Dworkin, visto que muitos positivistas como Joseph Raz e Julie Dickson<sup>2</sup> seguiram outras possibilidades teóricas, é certo que elas ocupam um lugar central no debate contemporâneo e são dominantes entre os positivistas jurídicos. Pretendo mostrar também os motivos pelos quais, em minha visão, os esforços convencionalistas fracassam. Acredito que o seu fracasso é triplo. Em primeiro lugar, o convencionalismo jurídico não oferece uma teoria ajustada às práticas interpretativas e de decisão judicial. Ao analisar as práticas jurídicas, ele assume que há convenções e nega arbitrariamente existirem razões e *justificativas* em situações em que muitas vezes as convenções inexistem. Ele não consegue explicar o motivo pelo qual os juízes continuam procurando as melhores

---

1 Eu assim as denomino porquanto muitas críticas ao convencionalismo não foram formuladas apenas por Ronald Dworkin, mas também por diversos teóricos que participaram desse debate. Sobre o assunto, veja-se, dentro outros. Cfr. COLEMAN, 2001; ADLER; HIMMA, 2009. Compartilham as críticas ao convencionalismo também GREENBERG, 2006.

2 Cf. RAZ, 1979 e DICKSON, 2007.

justificações, mesmo quando elas não são aparentes. Em segundo lugar, a estratégia de procurar convenções mais abstratas ou profundas para o convencionalismo (por exemplo: Andrei Marmor) ou de insistir na ideia de que razões substantivas morais podem contingentemente se tornar fundamentos do direito (por exemplo: Jules Coleman) exige o retorno da interpretação e, com ele, uma negação do convencionalismo positivista. Por fim, o convencionalismo também fracassa por não apresentar uma teoria convincente sobre os fundamentos da aceitação do uso da coerção e sobre o modo como se formam e de que tipo são as obrigações dos juízes perante o direito. Em outras palavras, não apresenta uma teoria plausível sobre o dever de obedecer à autoridade. Enfim, o convencionalismo jurídico não responde satisfatoriamente ao *desafio dworkiniano*.

O texto segue a seguinte estrutura. Em primeiro lugar procuro determinar os significados de convenção, convencionalismo e do convencionalismo jurídico. Em seguida, mostro a relevância destes conceitos para a determinação de uma concepção positivista de direito baseada na tese de que este se funda exclusivamente em fontes diretamente sociais. Em terceiro lugar, apresento como os desacordos argumentativos recorrentes nas práticas jurídicas são essenciais para a uma correta descrição do que é o direito. Em quarto lugar, apresento casos paradigmáticos de desacordos teóricos que não são adequadamente explicados por uma teoria jurídica comprometida com o convencionalismo jurídico. Em quinto lugar, formulo um esquema conceitual geral e provisório para a compreensão da crítica que Dworkin formula ao convencionalismo jurídico, salientando como ela se baseia numa análise sobre a gramática lógica pressuposta em desacordos teóricos comuns em nossa prática jurídica. Argumento que o direito, contrariamente ao que defendem os teóricos convencionalistas, não se assemelha a um jogo de xadrez, mas antes a uma prática de disputa argumentativa sobre o significado normativo de cortesia. Nesta última, o significado dos conceitos não se determina como querem as explicações convencionalistas, mas antes envolvem uma reflexão reconstrutiva sobre o próprio valor posto em disputa. Por fim, indico que o convencionalismo jurídico não foi capaz de responder ao desafio dworkiniano na medida em que desconsiderou o tipo de desacordo teórico que estava em questão em casos centrais das práticas jurídicas.

O que devemos compreender por convencionalismo jurídico? Diversos filósofos já salientaram que o conceito de convencionalismo é bastante

controvertido e ambíguo<sup>3</sup>. Isso ocorre, em primeiro lugar, porque ele assume significados técnicos distintos no âmbito de diversas disciplinas, como a economia, a sociologia, a filosofia e a teoria do direito<sup>4</sup>. Em segundo lugar, mesmo dentro da teoria do direito esse conceito assume distintas definições, sendo muitas vezes difícil identificar se as críticas que um autor dirige a outro compartilham do mesmo significado dado pelo autor criticado. Por uma razão de prudência metodológica, apresentarei aqui o significado que atribuo a esse conceito. Adoto a definição de Gerald Postema, para quem “convenções são normas sociais praticadas cujo funcionamento como normas depende de elas serem praticadas”<sup>5</sup>.

A *ideia de convenção* aparece de diversas formas dentro da teoria do direito. Ela se constituía num conceito central para a teoria do direito inglesa do início do século XX para a compreensão da ideia de fonte do direito, em particular para o direito internacional. Em segundo lugar, em períodos mais recentes a convenção retomou sua importância no âmbito do direito privado, em particular para os estudos de responsabilidade civil e direito comercial<sup>6</sup>. Por fim, o tema ganhou importância no âmbito dos debates sobre objetividade na interpretação, visto que para alguns importantes teóricos do mundo anglo-saxão, como Owen Fiss e Stanley Fish, essa objetividade seria diretamente dependente das convenções existentes no âmbito da comunidade dos intérpretes<sup>7</sup>. Essas abordagens do tema *convenções e direito*, contudo, se reportam à importância das *convenções no direito* e não dizem respeito, senão indiretamente, ao tema central deste trabalho, que trata do *direito como convenção* (ou do fundamento convencionalista do

---

3 BEN-MENAHAM, 2006; RESCORLA, 2013. Nelson Goodman observa que: “The terms ‘convention’ and ‘conventional’ are flagrantly and intricately ambiguous. On the one hand, the conventional is the ordinary, the usual, the traditional, the orthodox as against the novel, the deviant, the unexpected, the heterodox. On the other hand, the conventional is the artificial, the invented, the optional, as against the natural, the fundamental, the mandatory.” GOODMAN, 1989; BEN-MENAHAM, 1998. Uma discussão do convencionalismo, na interpretação de Wittgenstein, e do direito pode ser encontrada (ainda que não acompanhe a autora em muitos aspectos) em NARVÁEZ, 1999.

4 Cf. RESCORLA, 2013, p. 2.

5 POSTEMA, 2011a, pp. 484-485, tradução minha. No original: “conventions are practiced social norms the functioning of which as norms depends on their being practiced”. Com essa definição, Gerald Postema procura “to exclude those norms that may apply to a population but are not practiced by them and those rules people tend to follow ‘for their own part only’, which Dworkin called ‘rules of concurrent morality’”.

6 Cf. HETCHER, 2004; KELLEY, 1990; TRAKMAN, 1983 *apud* POSTEMA, 2011a, p. 484.

7 FISS, 1982. Tradução brasileira em FISS, Owen M. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; FISS, 1985.

direito). Segundo essa visão, o direito é um conjunto de regras sociais que funcionam como soluções para problemas de coordenação e cooperação social ou que têm o seu funcionamento dependente das práticas sociais convergentes, de onde extraem sua normatividade. Postema denomina esse tipo de convencionalismo de *convencionalismo fundacional* (*foundational conventionalism*)<sup>8</sup>. Neste trabalho eu o designarei simplesmente como *convencionalismo jurídico*. É sobre ele que dirigirei prioritariamente a minha atenção, ainda que seja possível identificar uma afinidade importante entre o *convencionalismo epistêmico* (para me referir a Owen Fiss e Stanley Fish) e o *convencionalismo fundacional*. Essa definição se distingue, desde logo, daquilo que muitas vezes também é chamado por filósofos da linguagem de *convencionalismo*, a saber, a tese semântica crua (*crude semantics*) segundo a qual proposições sobre o significado da palavra “direito”, bem como sobre o significado do direito, são verdadeiras em razão daquilo que as pessoas acreditam ser o direito.

O convencionalismo jurídico consiste na tese segundo a qual a natureza do direito e a sua força normativa estão fundadas numa prática social. Um bom exemplo desta tese é a teoria hartiana do direito, segundo a qual o direito está fundado na prática jurídica dos juízes (*officials*)<sup>9</sup>. É interessante notar que H. L. A. Hart somente vem a acolher de forma clara e explícita um fundamento convencionalista para a sua teoria do direito no *Postscript*<sup>10</sup>. Essa sua “virada convencionalista” está relacionada historicamente às críticas que lhe foram feitas por Dworkin, talvez o primeiro crítico a acentuar a vulnerabilidade de sua teoria do direito tal como exposta em *O conceito do direito*, em razão da circularidade envolvida na teoria da obrigação jurídica que Hart apresentara. Ela estaria sintetizada na questão central (e mortal) que formula Dworkin já nas primeiras páginas de “Modelo de regras I” e repetida em *O império do direito* acerca do fundamento das obri-

8 POSTEMA, 2011a, p. 484.

9 É importante destacar que alguns teóricos apresentam argumentos distinguindo da tese das fontes sociais do direito o convencionalismo, muito embora reconheçam que essa separação não é feita pelo próprio Hart nem é reconhecida por Dworkin na crítica que dirige ao convencionalismo. ZIPURSKY, 2001 e 2013. Postema chama a atenção para o fato de que seria possível também identificar uma outra tradição de convencionalismo fundacional na tradição teórico-jurídica anglo-saxã, associada à obra de Lon Fuller. Esta, contudo, não será aqui analisada, tendo em vista os objetivos mais analíticos do que históricos do presente trabalho. “Within the common law tradition, represented in the recent century by the work of Lon Fuller a wider foundational conventionalism has also been available.” POSTEMA, 2011b, pp. 609-616. Ver também POSTEMA, 2008, pp. 45-65.

10 Esse ponto é enfaticamente defendido também por DICKSON, 2007.

gações dos juízes de obedecer ao direito<sup>11</sup>. O que significa e de onde nasce a obrigação dos juízes de aplicar o direito? Colocando em outros termos, essa circularidade poderia ser enunciada na constatação de que “a autoridade jurídica dos atos ou das instituições baseia-se em regras jurídicas que a conferem, mas essas regras jurídicas são capazes de conferir autoridade somente se eles já a têm”<sup>12</sup>. Essa crítica foi reconhecida posteriormente não apenas pelo próprio Hart (que por esse mesmo motivo procura dar-lhe uma resposta convencionalista), como por outros críticos contemporâneos<sup>13</sup>.

Mas por que motivo seria relevante apresentar os fundamentos do convencionalismo, bem como as razões de seu insucesso? Qual é o interesse em empreender esse esforço teórico? Para responder, vale a pena ampliar ainda mais o escopo e a abrangência dessa pergunta. Afinal, por que a teoria do direito é relevante?

Para que serve a teoria do direito? Essa pergunta básica tem sido formulada há séculos por diversos filósofos e pensadores do direito. A pergunta é, num certo sentido, trivial, visto que mesmo aqueles que expressam má vontade com os exageros das sofisticações conceituais reconhecem que algum tipo de sistematização do conhecimento é relevante. Ademais, diversos outros campos do saber também fizeram da pergunta sobre a sua natureza e sua utilidade uma questão básica. A pergunta, portanto, não é extravagante. A filosofia, de maneira particular, parece ter feito de si mesma o seu primeiro problema filosófico.

As respostas, entretanto, estão longe de ser triviais. É possível destacar dois grandes grupos de respostas a essa pergunta: aquelas que discutem a sua *utilidade teórica* e as que avaliam a sua *utilidade prática*. A *utilidade teórica* da teoria do direito é objeto de reflexão de muitos pensadores. Vários deles sugerem, *grosso modo*, que o serviço que uma teoria do direito pode prestar ao nosso conhecimento consiste em oferecer *descrição* correta e verdadeira do que é o direito<sup>14</sup>. Aqui, a descrição poderia ser pensada,

11 DWORKIN, 2002, pp. 28-29; DWORKIN, 1977, p. 17; DWORKIN, 1986, p. 3. “Since it matters in these different ways how judges decide cases, it also matters what they think the law is, and when they disagree about this, it matters what kind of disagreement they are having. Is there a mystery about that?”

12 POSTEMA, 2011a, p. 485, tradução minha. No original: “the legal authority of acts or institutions rests on legal rules that confer it, but those legal rules are able to confer authority only if they already have it”.

13 GREEN, 1999, p. 36; SHAPIRO, 2001, pp. 149-191; MARMOR, 2006; “legal authority is made possible by a specific kind of conventional social practice.” COLEMAN, 2001b, p. xvii; SHAPIRO, 2011, p. 57 *et seq.*

14 Evidentemente poderão existir inúmeras controvérsias sobre o conceito de *verdade* e de *correção* que devem ser utilizados por uma teoria do direito. Discuti alguns de seus problemas e algumas de suas

por exemplo, como uma tentativa de oferecer uma ciência positivista do direito<sup>15</sup>. Nessa acepção, uma teoria do direito é útil na medida em que permite conhecer o que caracteriza a prática social usualmente descrita como direito, a exemplo do modo como um sociólogo poderia descrever o que é a prática do futebol ou a realização de uma greve. A utilidade teórica seria medida pela capacidade de oferecer uma descrição correta e verdadeira dessa prática.

É possível também imaginar qual seria a *utilidade prática* da teoria do direito. Nesse caso, seria possível pensar nos ganhos que o conhecimento teórico do direito poderia trazer para nossas ações práticas no mundo. Um exemplo do tipo de resposta que poderíamos dar a essa pergunta seria: a teoria do direito funciona como uma espécie de laboratório conceitual nutrindo a *dogmática jurídica* de categorias úteis para a resolução de conflitos jurídicos. A teoria do direito, nesse caso, manteria com a dogmática jurídica (aqui entendida como um tipo de saber tecnológico) uma relação análoga àquela estabelecida entre a física teórica e a engenharia civil<sup>16</sup>. A primeira seria útil na formulação dos conceitos centrais utilizados pela tecnologia de construção. O vínculo entre a teoria e a prática, assim, se estabeleceria de *forma indireta*, na medida em que seria importante para a elaboração de sistemas de pensamento úteis para nossas ações práticas.

É possível oferecer também um outro tipo de resposta. Poderíamos perguntar se são relevantes para a prática jurídica as respostas que juristas dão à pergunta teórica “o que é o direito?”. Caso positiva, a resposta nos indicaria a existência de uma *relação direta* entre a teoria do direito e a prática jurídica. O tema é controverso, em especial entre os teóricos do direito. Embora seja plausível imaginar que o senso comum tenda a considerar o conhecimento teórico do direito altamente relevante para a prática jurídica, muitos filósofos do direito têm questionado, ao menos parcialmente, tal evidência. Richard Posner, por exemplo, tem produzido diversos artigos apontando para os limites da utilidade das preocupações teórico-jurídicas

---

dimensões em MACEDO JUNIOR, 2013, p. 66 *et seq.* Uma análise rica e sintética do tema é também feita por MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 60 *et seq.* Adiante analisarei como o conceito de verdade é também central para compreender a articulação entre as importâncias teórica e prática da teoria do direito.

15 KELSEN, 1999, p. 1.

16 Cf. LUHMANN, 1983; FERRAZ JÚNIOR, 2003; VIEHWEG, 1997.

para os juristas<sup>17</sup>. Por razões parecidas, Joseph Raz também tem salientado que o interesse da teoria do direito para a prática jurídica seria evidente apenas num nível mais básico e elementar<sup>18</sup>.

Ronald Dworkin e outros procuraram mostrar que a resposta que damos à pergunta “o que é o direito?” é fundamental em nossas práticas jurídicas centrais. Para ele, muitos dos desacordos que encontrarmos nas práticas argumentativas típicas de nossos tribunais envolvem o que ele denomina de *desacordos teóricos*, isto é, desacordos entre proposições jurídicas cujo valor de verdade depende do significado atribuído ao direito. Esse tipo de desacordo é importante tanto do ponto de vista prático como do ponto de vista teórico “descritivo” e será objeto de detida análise neste trabalho.

Mas qual é a estrutura desses desacordos teóricos? Como se expressam? Qual é a sua natureza? Em primeiro lugar, é importante notar que os desacordos que encontramos na prática do direito se expressam por argumentos. O direito é, por esse mesmo motivo, essencialmente uma prática argumentativa. Qualquer descrição do direito que ignorasse essa relevante característica das práticas que o constituem estaria se afastando significativamente daquilo que socialmente designamos e reconhecemos como direito. Os advogados, quando atuam em defesa dos seus representados, buscam apresentar a melhor justificação para seus pleitos perante o Judiciário. Também os juízes, em seus esforços argumentativos, agem intencionalmente orientados para apresentar a melhor interpretação do direito e nisso reconhecem a sua *obrigação como juízes*.

Um exemplo poderá tornar tal ideia mais evidente. Imagine-se um sistema de atribuição de prêmios, sanções e consequências coercitivas organizado como um sorteio aleatório. Nesse sistema de distribuição há regras, procedimentos e consequências a serem impostas coercitivamente. Suponha-se também que num sorteio X a conduta *roubar um banco* seja escolhida e o resultado aleatoriamente associado a ela seja “cumprir 12 anos de reclusão”. Tudo parecerá familiar em relação ao nosso sistema de justiça. Num outro sorteio desse tipo, porém, suponhamos que a conduta *auxiliar*

---

17 Desenvolvo esse argumento, bem como apresento uma leitura da virada pragmática de Richard Posner, em MACEDO JUNIOR, 2012. Ver também a bibliografia lá citada, especialmente POSNER, 1980-1981; 1998a; 1997; 2005; 1996-1997. As principais críticas de Dworkin a Posner no tocante a sua “virada pragmática” estão em DWORKIN, 2006c, pp. 49-74. Ver ainda POSNER, 1998a; *Id.*, 1997; DWORKIN, 2006a, pp. 75-104; POSNER, 1998b.

18 Cf. RAZ, 1998; SHAPIRO, 2011, p. 368 *et seq.*



uma velha senhora a atravessar a rua seja associada a “cumprir quatro anos de reclusão”. Ou ainda, que para a conduta *não pagar impostos* seja associada o recebimento de 100 mil reais. A estranheza que o exemplo suscita se reporta ao fato de que o direito não é apenas um sistema de regras para atribuição de sanções, prêmios e conseqüências coercitivas. Ele é um sistema que exige que tais procedimentos sejam justificados segundo algum esquema plausível de justiça. É esse esquema que está ausente no exemplo e nos faz ver por que não faria sentido denominá-lo de sistema jurídico. Um sistema jurídico não pode ser uma loteria de sanções e recompensas.

Em segundo lugar, é importante também notar que os desacordos se fazem por meio de *proposições jurídicas*, isto é, de afirmações ou pretensões sobre o que o direito lhes permite, garante ou proíbe<sup>19</sup>. Essas proposições jurídicas, como qualquer outra proposição, são *bipolares*, ou seja, possuem um valor de verdade que pode ser verdadeiro ou falso<sup>20</sup>. As proposições são, como destacava Platão no *Sofista*<sup>21</sup>, como uma flecha lançada por um arco. Ela pode acertar ou errar o alvo. Nisso consiste a sua bipolaridade. A proposição jurídica pode ser verdadeira ou falsa e, como uma flecha, errar ou acertar o alvo. Quais são as condições que permitem que uma proposição jurídica seja bipolar? Em que condições podemos dizer que uma proposição que afirma um direito é verdadeira?

Tomemos um exemplo. A proposição jurídica “é verdadeiro que no Brasil os motoristas não podem trafegar a mais de 300 km/h porque o direito proíbe” tem o valor de verdade verdadeiro. Isso significa que ela poderia, do ponto de vista lógico, ser falsa. Contudo, ela é verdadeira porque imaginamos que ela satisfaz as condições de verdade. Podemos imaginar, por exemplo, que a existência de uma lei válida publicada no Diário Oficial proibindo transitar a mais de 120 km/h nas rodovias nacionais satisfaz a condição de verdade da proposição. Dworkin denomina essa condição de verdade das proposições jurídicas de *fundamentos do direito (grounds of law)*<sup>22</sup>.

19 DWORKIN, 1986, p. 4.

20 SANTOS, 1993; DWORKIN, 1985, pp. 167-180; *Id.*, 1996, pp. 1-11.

21 PLATÃO, 2000; ARISTÓTELES, 2000; SANTOS, 1996, pp. 437-456. Aristóteles, em *De interpretatione*, afirma que “nem toda frase é declarativa, mas apenas aquela em que ocorre pretender dizer o verdadeiro e o falso”. ARISTÓTELES, 2000, cap. 4, 16b 33.

22 DWORKIN, 1986, p. 4.

Dworkin destaca também que proposições jurídicas podem expressar desacordos de variadas espécies. Alguns desacordos podem não se referir aos fundamentos de direito (*grounds of law*), mas antes questionar se suas condições estão satisfeitas num caso particular. *Desacordos empíricos* são desse tipo. Poderemos, por exemplo, concordar que, se houver uma lei proibindo trafegar a mais de 120 km/h nas rodovias, então trafegar a 300 Km/h violará o direito. Contudo, podemos não estar de acordo quanto à existência dessa lei. Alguém poderá entender que tal lei foi anulada ou revogada. Podemos também, num caso particular, estarmos em desacordo sobre a velocidade em que trafegava determinado motorista. Esses *desacordos empíricos* são bastante comuns na vida dos tribunais e não despertam maiores desafios para a teoria do direito. *Desacordos teóricos*, contudo, representam um desafio importante para a teoria do direito. Dois exemplos indicados por Dworkin em duas diferentes obras auxiliam a compreender as razões.

## 2. Casos paradigmáticos de desacordo teórico

Scott Shapiro chama a atenção para o fato de que Dworkin, ao escrever *O império do direito*, substituiu o exemplo paradigmático utilizado para ilustrar o seu argumento acerca das controvérsias teóricas<sup>23</sup>. Se nos artigos “Modelo de regras I” e “Modelo de regras II” ele se valera da análise do famoso caso *Elmer*<sup>24</sup>, no qual se discutia a validade de um testamento feito em favor do neto que assassinara o avô, em *O império do direito* o caso *Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill* (doravante denominado abreviadamente de caso *TVA*)<sup>25</sup> ocupa um lugar de destaque. Isso porque ele ilustra com mais clareza o seu argumento sobre a relevância prática dos desacordos teóricos e, portanto, da própria teoria do direito.

O caso é bastante conhecido e envolve uma ação proposta para impedir a construção de uma barragem no Tennessee, visto que colocaria em

---

23 SHAPIRO, 2007. Ainda que Dworkin não abandone o caso *Elmer* em sua argumentação (DWORKIN, 1986, pp. 15-20), é certo que o caso *TVA v. Hill* não poderia receber as mesmas respostas teóricas que os positivistas poderiam dar para o caso *Elmer*, refutando a interpretação que dele faz Dworkin. Nesse sentido, o caso *TVA v. Hill* é mais difícil de ser refutado e expõe com mais clareza a força do argumento de Dworkin.

24 Também conhecido como caso *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 1889, referido em DWORKIN, 1978, p. 23, e também em DWORKIN, 1986, p. 13, e em MACEDO JUNIOR, 2013, p. 188 *et seq.*

25 103 *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 US 153 1978.32, referido por Dworkin em DWORKIN, 1986, pp. 20-23.

risco a sobrevivência de uma espécie de peixe (denominado *snail darter*) protegida pela Lei de Espécies Ameaçadas de 1973 (*Endangered Species Act of 1973*). Depois de muitas batalhas judiciais o caso foi levado à Suprema Corte norte-americana e provocou o dissenso entre os argumentos jurídicos esposados por dois de seus célebres componentes.

Por um lado, o *chief justice* Burger, ao relatar o seu voto, admitiu que a lei que protegia o animal era válida, ponderou que a interrupção da obra provocaria um desperdício de cerca de 100 milhões de dólares e concluiu que a sua *obrigação como juiz* era aplicar o direito e garantir a efetividade das leis *válidas* e, assim, suspender a obra. Por outro lado, o *justice* Powell divergiu, ainda que concordando com as premissas empíricas e com o conceito de *validade* jurídica empregado por Burger. Aceitou também que sua obrigação como magistrado era aplicar o direito (e não inventá-lo), mas defendeu uma *concepção* distinta de direito (*juridicidade* ou *legalidade*). Para ele, os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como a argumentação, em certo sentido, moral que eles invocavam também deveriam ser reconhecidos como fundamento do direito (*grounds of law*). Em face disso, argumentou e decidiu pela continuidade da construção da barragem.

Em *Justice in Robes* (2006), Dworkin apresenta um novo exemplo para mais uma vez enfatizar a natureza e a relevância dos desacordos teóricos<sup>26</sup>. Nesse caso imaginário, a Sra. Sorensen é vítima dos efeitos colaterais provocados por um remédio para o coração (denominado Inventum) cujos produtores negligentemente não descobriram antes de o colocar à venda. Ela ingressou com uma ação indenizatória contra todos os fabricantes que colocaram o Inventum no mercado durante o período em que ela o consumiu, visto que não tinha como provar de qual deles comprara o medicamento. O seu pedido visava responsabilizar os fabricantes na mesma proporção de sua participação no mercado de vendas (*market share*).

Os advogados da empresa contestaram a ação, alegando que a querelante não fora capaz de provar a responsabilidade individual de cada empresa, razão pela qual não seria merecedora de qualquer indenização.

---

26 O caso é descrito em dois distintos artigos em *Justice in robes*: DWORKIN, Ronald. Law and morals. In: DWORKIN, 2006d, pp. 7-9; DWORKIN, Ronald. Hart's postscript and the character of political philosophy. In: DWORKIN, 2006b, pp. 140-186, pp. 143-145. Dworkin aponta que casos reais do direito norte-americano envolvem esse tipo de questão acerca da responsabilidade em função da fatia de mercado (*market share liability*); por exemplo, o caso *Sindell v. Abbott Labs.* 607 P2d, 924, 935-38 1980, julgado pela Suprema Corte da Califórnia, e os casos lá citados.

Para Dworkin, “Ambos os lados fazem afirmações sobre o que esse direito é, não sobre o que ele deveria ser. Também não propõem que os juízes que ouvem os casos ignorem o direito e a regra a seu favor com base no fato de que é isto que a justiça requer”<sup>27</sup>. Dessa forma, ele conclui que, “Se nós mesmos quisermos ter uma visão a respeito de qual das afirmações está certa (se é que alguma está), devemos nós mesmos decidir o que o direito na jurisdição do caso da Sra. Sorenson realmente é”<sup>28</sup>. Isso evidenciaria a natureza teórica desse desacordo.

Ainda que se pudesse afirmar que a doutrina do direito oferece uma resposta a tal questão, poderíamos ainda encontrar teorias distintas sobre o que é o direito. Algumas poderiam afirmar que o direito corresponde àquilo que os tribunais decidiram no passado, nesse caso privilegiando a interpretação mais tradicional, favorável aos fabricantes do *Inventum*. Outras poderiam apelar à melhor formulação teórica do princípio da responsabilidade civil, ainda que porventura não explícita, totalmente reconhecida ou bem formalizada e teorizada pelos doutrinadores ou consagrada pelos tribunais. Nesse caso, o conflito não diria respeito apenas a teorias rivais sobre os fundamentos do direito, mas também a melhor forma para identificar esses fundamentos, o que envolve uma disputa metodológica.

Caso acolhêssemos o argumento de que os fundamentos do direito são exclusivamente sociais, tal como defendem convencionalistas como Hart, então seria forçoso concluir que a demanda da Sra. Sorensen deveria ser julgada improcedente. Afinal, conforme ressalta Dworkin, para Hart “a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, precedentes judiciais e costumes sociais) sem referência à moralidade, exceto onde o direito assim identificado tiver ele mesmo incorporado critérios morais para a identificação do direito”<sup>29</sup>.

---

27 DWORKIN, 2006d, p. 8, tradução minha. No original: “Both sides make claims about what this law is, not what it ought to be. Neither proposes that the judges who hear the case ignore the law and rule in their favor on the grimed that that is what justice requires”. Ver também a versão traduzida: DWORKIN, 2010, p. 14.

28 *Id.*, 2006d, p. 8, tradução minha. No original: “If we ourselves are to have a view about which side’s claims (if either side’s) are right, we must ourselves decide what the law in Mrs. Sorenson’s jurisdiction actually is”. Ver também a versão traduzida: *Id.*, 2010, p. 14.

29 *Id.*, 2006b, p. 144, tradução minha. No original: “the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. Legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law”.

Por outro lado, caso acolhêssemos a ideia de que, ao lado dos fundamentos sociais, também a melhor interpretação do princípio moral da responsabilidade (com o seu possível valor de verdade dependente da existência da melhor *justificação* como o seu fundamento) deveria ser considerada fundamento do direito, poderíamos ser levados a concluir que a Sra. Sorensen tem direito à indenização nos termos em que a pleiteia. Por esse motivo, o juiz que não decidisse em seu favor estaria cometendo um *erro jurídico*. Para compreender o exemplo, não importa saber se ela teria ou não razão, mas apenas apontar para a circunstância e a condição de sentido da proposição jurídica que afirma ser verdadeiro que ela tem direito à indenização. Esses exemplos são úteis, pois revelam com muita clareza o tipo do argumento que está subjacente ao “*desafio dworkiniano*”. É importante destacar que bons exemplos como esses poderiam ser encontrados porquanto comuns em todas as jurisdições modernas, inclusive no Brasil<sup>30</sup>.

Um caso de notável repercussão no Brasil que pode ser visto com um exemplo similar ao caso *TVA* é o julgamento do *habeas corpus* 82424-2, também conhecido como caso *Ellwanger*, decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Nele, em extrema síntese, se discutia se a publicação, pelo Sr. Ellwanger, de livros de conteúdo antissemita que violavam a lei de crimes raciais seria condição suficiente para a sua condenação, levando em consideração o princípio constitucional da liberdade de expressão. Para a maioria, prevaleceu o argumento baseado na tese de que o princípio da liberdade de expressão poderia ser limitado pela legislação penal. Alguns ministros aplicaram o princípio da proporcionalidade para qualificar o significado que se deveria conferir ao princípio da liberdade e chegaram a conclusões divergentes. Assim, por exemplo, o ministro Marco Aurélio afirmou que “à medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário”. Por outro lado, o ministro Gilmar Mendes Ferreira argumentou que “a liberdade de expressão não se afigura absoluta no nosso texto constitucional”, pois houve ressalvas, por exemplo, quanto à liberdade de informação, que deveria ser exercida de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (art. 5º, inciso X). Em seu argumento, afirmou também que o pró-

---

30 Cf. LAFER, 2005, pp. 33-122.

prio significado do princípio moral deveria ser interpretado à luz de sua ligação com uma teia mais ampla de valores e princípios: “Da mesma forma, não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (Constituição Federal, F, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI)”. Por outro lado ainda, outras argumentações insistiram na tese das fontes sociais, afirmando que o fundamento do direito que governaria o sentido correto da decisão deveria ser a legislação válida (lei penal) e os princípios positivados pela ordem constitucional compreendidos convencionalmente.

Casos muito semelhantes ao *Sra. Sorensen* também têm sido apresentados para o Judiciário brasileiro envolvendo responsabilidade em função da fatia de mercado, por exemplo, na indústria do tabaco e no ramo de *fast food* em relação a, respectivamente, doenças pulmonares e obesidade<sup>31</sup>. O mais importante, entretanto, não é destacar a semelhança com o tipo de questão discutida, mas antes a natureza teórica dos desacordos envolvidos. Ademais, a questão teórica que eles, como casos exemplares, expõem com especial clareza e distinção, está presente com enorme frequência em inúmeros casos controvertidos em nossos tribunais. O que pode ocorrer, contudo, nessa vasta gama de casos, é que o ponto em destaque (os desacordos teóricos) talvez estejam mais encobertos ou mal sistematizados.

### 3. Um esquema conceitual provisório

Esses são exemplos paradigmáticos de desacordos teóricos. Neles o que está sendo discutido é o próprio conceito de direito que deve servir de condição de verdade para a proposição jurídica. O que está em discussão é a resposta que se deu à pergunta “o que é o direito?” e a teoria do direito

---

31 A mesma tese tratada no exemplo imaginário de Dworkin pode ser encontrada na Ação Civil Pública 583.00.2007.206840-1, ajuizada pelo Promotor de Justiça do Consumidor de São Paulo, João Lopes Guimarães Jr. no ano de 2007 na Vara Cível de São Paulo, ainda não julgada pelo TJSP. Nela se discute a responsabilidade global proporcional das empresas de tabaco Phillip Morris e Souza Cruz, conforme respectivas parcelas do mercado de vendas, por danos causados a consumidores e ao Estado em face do prejuízo sofrido pelo Sistema Único de Saúde com gastos com pacientes cujo problema de saúde foi provocado ou agravado pelo consumo de cigarro.

que responde a essa pergunta. Por esses exemplos é possível perceber um sentido, dentre outros, pelo qual a teoria do direito possui, ao menos à primeira vista, uma relevância prática, mesmo quando os juízes não têm a consciência filosófica disso. Será mesmo? Façamos mais uma abstração neste momento.

A crítica de Dworkin ao convencionalismo é dependente de diversas categorias que foram desenvolvidas no seio da filosofia da lógica e da filosofia da linguagem contemporânea. Basta pensar em sua análise sobre o funcionamento da linguagem da moral, o conceito de bipolaridade, a crítica ao representacionismo<sup>32</sup>, a concepção verificacionista do conhecimento (admitido por parcela do positivismo lógico), bem como na ideia de análise da gramática lógica da linguagem, tema que está pressuposto em toda a filosofia da linguagem e foi trazido para o seio da filosofia do direito pioneiramente pelas mãos de Hart. Antes de analisar com mais detalhe o significado dessas categorias para a teoria do direito, me parece oportuno apresentar um esquema conceitual provisório que poderá auxiliar o leitor na compreensão dos argumentos centrais deste trabalho.

Muitos teóricos comparam o direito com um sistema de regras convencionais de coordenação da vida social, tal como a língua com a qual nos comunicamos. A língua portuguesa foi constituída pelas práticas sociais que fixaram determinados vocábulos e regras para designar objetos, ideias e vontades. O que constitui as regras de uma língua, portanto, é o conjunto das regras convencionais que informam quais são os usos adequados da fala “dentro dessa língua”.

A gramática da língua portuguesa estabelece as regras que determinam qual é a forma correta de falar português. Assim, podemos dizer que, na proposição “é verdadeiro que, segundo a língua portuguesa, não é autorizado dizer ‘*eu vamos estudar direito amanhã*’”, a condição de verdade é dada pela existência de uma regra social, uma convenção linguística, que fixa a regra que permite avaliar essa sentença como incorreta. É interessante notar que não é preciso anuir a ou concordar com essa regra para, *de uma perspectiva externa*, reconhecer que a expressão está incorreta, segundo a língua portuguesa. Basta saber que é incorreto, basta conhecer as convenções da língua portuguesa.

---

32 Sobre a ideia de verdade como correspondência e o papel da linguagem, ver, dentre outros, HACKING, 1999.

A comparação do direito às convenções que definem uma língua permite a alguns teóricos afirmar que as condições de verdade das proposições jurídicas funcionam de modo semelhante às proposições dessa língua. O que permitiria dizer qual é o valor de verdade de uma proposição jurídica seria a existência de uma *fonte social*, uma convenção, como o seu fundamento. No caso do direito, uma *regra de reconhecimento* funcionaria como critério que permite reconhecer o que é uma *regra jurídica*. Nesse sentido, podemos afirmar que viola o direito brasileiro trafegar a 300 km/h porque existe uma regra válida fundamentada, em última instância, numa regra convencional de reconhecimento. Ela seria o critério para a verificação da verdade da proposição.

Essa estratégia explicativa permitiria também dizer que, ao afirmar que inexistente um direito a trafegar a 300 km/h no Brasil, estou formulando uma proposição cuja condição de verdade depende exclusivamente da existência de um *estado de coisas* no mundo, isto é, de uma convenção social fundadora. O meu juízo proposicional pode, então, ser neutro e puramente descritivo. Igual raciocínio me permitiria dizer que o que faz com que seja incorreto afirmar “*eu vamos estudar direito*” é a existência de um outro *estado de coisas* no mundo, a saber, uma convenção da língua portuguesa. Dworkin denomina esse tipo de concepção da condição de verdade invocado nesses exemplos de *concepção puramente factual (plain fact)*<sup>33</sup>.

Uma variante dessa concepção de convenção social poderia ser pensada por meio do exemplo de um jogo de xadrez, também muito invocado pelos teóricos do direito<sup>34</sup>. Poderíamos imaginar que o xadrez não é uma convenção que surge diretamente para resolver problemas de coordenação e cooperação numa sociedade, mas simplesmente uma *convenção constitutiva*, que constitui uma prática anteriormente inexistente.

Assim, poderíamos também imaginar que o que torna verdadeira a proposição “no xadrez não podemos mover o cavalo na diagonal” é o fato de que existe uma convenção que constituiu o xadrez e fixou regras que não permitem esse tipo de movimento. Nesse caso, mais uma vez, poderíamos dizer que não precisamos aprovar ou endossar as regras do xadrez para sabermos descrever os movimentos corretos e autorizados para esse jogo.

33 DWORKIN, 1986, pp. 6-11.

34 MACEDO JUNIOR, 2013, p. 328, p. 91 *et seq.*



Aparentemente esse modelo apresenta um grande potencial explicativo e permite que nos mantenhamos dentro de uma consolidada tradição epistemológica que afirma que uma ciência descritiva do direito não precisa nem deve ser *avaliativa num sentido moral*. Isto é, para fazer uma teoria descritiva do direito não é necessário avaliar moralmente o direito<sup>35</sup>. De maneira análoga, para descrever a língua portuguesa não é necessário julgá-la como bela ou feia.

Mas agora pensemos num novo exemplo. Dois juristas brasileiros podem discordar sobre o valor de verdade da seguinte proposição: “os gays têm direito ao casamento, segundo o direito brasileiro”. Alguns poderão afirmar que ela é falsa, pois o casamento é, por convenção, uma relação *more uxorio* entre pessoas de sexos diferentes. Para embasar tal entendimento, bastaria observar as práticas pretéritas de identificação do que é um casamento para concluir que essa é uma instituição heterossexual. Contudo, se esse fosse o significado de casamento em disputa nos tribunais de diversas jurisdições internacionais nos dias de hoje, seria difícil até mesmo compreender como seria possível ou inteligível essa disputa. Afinal, o objeto mesmo do desacordo se refere ao conceito de casamento. Ele é o centro do desacordo justamente em face de seu caráter valorativo e não puramente convencional. No âmbito das disputas judiciais, o conceito de casamento é um conceito interpretativo, e não um conceito convencional.

Podemos imaginar que, da mesma forma como nos casos *TVA* e *Sorensen* antes mencionados, o desacordo entre os que defendem que os gays têm direito ao casamento seja também teórico. Isso porque um deles pode entender que o fundamento do direito é fixado por *convenções sociais*, sejam elas do tipo da língua portuguesa, sejam do tipo do xadrez, ao passo que o outro pode entender que o fundamento do direito depende de sua *correção moral*. Que tipo de desacordo teríamos nesse segundo caso?

O desacordo certamente seria teórico, porquanto envolve uma disputa sobre os fundamentos do direito, e confrontaria teorias distintas sobre o que é o direito. Ele seria também uma disputa entre *dois tipos de teoria*. Uma das teorias teria como condição de verdade para suas proposições a existência de um certo *estado de coisas* no mundo (convencionalistas), ao

---

35 Um balanço do debate contemporâneo recente sobre esse tema é apresentado por DICKSON, 2001, p. 104. Dickson denomina de *diretamente avaliativa* o que aqui chamei de *avaliativa num sentido moral*. Examinei com detalhe o assunto em MACEDO JUNIOR, 2013, p. 130 *et seq.*

passo que outra dependeria de uma *teoria da correção moral*. Mas a correção moral não poderia também ser compreendida segundo padrões convencionalistas? Em teoria, sim, poderia<sup>36</sup>. Mas seria necessário que o fosse? E, mais do que isso, seria essa possível compreensão convencionalista da correção moral o caso predominante nos desacordos teóricos jurídicos cotidianos em nossos tribunais?

Imaginemos agora um “xadrez argumentativo” cujas regras fossem ligeiramente distintas das do xadrez praticado pelos enxadristas em campeonatos oficiais e regulado pela Federação Internacional de Xadrez (*Fédération Internationale des Échecs* — FIDE). A circunstância dessa modalidade de jogo nos é algo familiar especialmente em contextos domésticos. As regras básicas desse “xadrez argumentativo” são muito semelhantes àquelas do xadrez praticado nos campeonatos. Há um tabuleiro quadriculado, peças que se movimentam da mesma forma, etc.<sup>37</sup>. No *xadrez argumentativo* uma diferença sobressai: a determinação do significado das regras depende de práticas argumentativas realizadas pelos jogadores e por suas torcidas. Além disso, as regras desse jogo devem visar atingir o seu propósito central de garantir um “jogo justo”. Imaginemos que um adolescente de 17 anos e com nível mais alto de proficiência enxadrística joga com um garotinho de 10 anos com pequena experiência e nível mais baixo de proficiência nessa modalidade extraordinária de “xadrez”. Os jogadores decidem realizar uma série de 20 partidas sob o olhar atento e participativo de familiares,

---

36 Nesse caso, poderíamos imaginar uma teoria historicista ou que compreende que o padrão do que é correto moralmente depende do que é aceito como dominante num determinado período ou acolhido pela “comunidade dos intérpretes” (para usar uma expressão de Stanley Fish) como correto, tal como acolhemos nossos critérios de uso correto da língua portuguesa.

37 Não importa aqui saber se ainda seria um jogo de xadrez. Com certeza, apesar de manter com o jogo de “xadrez da FIDE” muitas semelhanças, dele diferiria nesse caráter argumentativo. Hart se pergunta se um navio com asas ainda seria um navio e observa que: “Algumas vezes, a diferença entre o caso-padrão nítido ou paradigma, relativamente ao uso de uma expressão, e os casos discutíveis é apenas uma questão de grau. Um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida indefinidamente, se valesse a pena ou se dela derivasse qualquer resultado prático. Por vezes, o desvio do caso-padrão não é uma simples questão de grau, mas surge quando o caso-padrão é de facto um complexo de elementos normalmente concomitantes mas distintos, algum ou alguns dos quais podem faltar nos casos abertos a disputa. Um barco voador é um ‘navio’? Ainda se trata de xadrez, se o jogo é disputado sem rainhas? Tais perguntas podem ser instrutivas, porque nos obrigam a reflectir sobre a nossa concepção da composição do caso-padrão e a torná-la explícita”. HART, 1994, pp. 8-9. No exemplo aqui discutido, é certo que o xadrez argumentativo seguiria uma gramática distinta daquela do xadrez da FIDE. De forma semelhante Hart faz a sua análise comparativa entre “o jogo da discricionariedade do marcador” e “um jogo normal”. *Ibid.*, pp. 153-156.

amigos e torcidas. Nesse jogo fica também estabelecido que, levando em consideração a diferença de idade e de habilidade dos jogadores, algum tipo de “compensação” nas regras deve ser proposto de modo a garantir um *match justo*.

Podemos imaginar que nas primeiras partidas o adulto começa a jogar em desvantagem, sem suas torres e um bispo, para proporcionar um *equilíbrio lúdico* na atividade. Imaginemos também que o jogo transcorra sem grandes discordâncias até o final da quinta partida, terminada com a quarta vitória consecutiva do garotinho. Nesse momento um primeiro desacordo aparece entre os jogadores e as torcidas que os apoiam a respeito das regras que devem comandar a continuidade do jogo. A torcida do adolescente insiste que o respeito às regras daquele jogo impõe uma alteração dos critérios de compensação até então utilizados, reduzindo-se a vantagem em seu desfavor, de modo a respeitar o princípio geral de *equilíbrio lúdico* que norteou o início do *match*. Eles *argumentam* que a regra daquele jogo de xadrez exige que seja reduzida a vantagem na medida em que aumenta a habilidade enxadrística do garoto mais jovem. Eles afirmam que essa é a melhor forma de compreender a regra que regula aquele tipo de jogo.

Nesse *xadrez argumentativo*, os partidários do garotinho não silenciam; argumentam que a correta compreensão da regra do jogo exige que as compensações sejam mantidas por mais tempo e que as vitórias sucessivas foram devidas ao especial talento enxadrístico do garoto, e não a uma compensação “excessiva” que o favoreceria. Para uns, o equilíbrio deve levar em consideração o critério de igualdade na experiência de jogo, ao passo que, para outros, o que deve ser considerado é o equilíbrio real nos resultados positivos obtidos pelos jogadores. De um lado, se afirma que a prova do equilíbrio é dada pelo número de vitórias e, de outro, se afirma que a virtude enxadrística do garoto mais jovem não deve ser cancelada, de modo a garantir a igualdade de resultados, pois isso ofenderia o princípio lúdico básico de que “o melhor deve vencer”.

Imaginemos que os argumentos se sofisticem e justificativas fundadas nas práticas competitivas compartilhadas por aquela família sejam recuperadas e interpretadas. Suponhamos que os dois lados concordem que a regra do *match* enxadrístico deve ser justa, discordando apenas quando à *concepção* que melhor representaria a “justiça”. O que poderia tornar *verdadeiro* o argumento defendido pelo adolescente e sua torcida de que a retirada de três de suas peças viola as regras do *xadrez argumentativo*?

É certo que poderíamos compreender que tudo não passa de uma brincadeira na qual a própria prática de discutir deveria ser entendida como mera retórica lúdica. Mas isso seria alterar o exemplo num de seus traços essenciais. Nele devemos presumir que o desacordo é genuíno e que os jogadores e suas torcidas conseguem compreender o sentido do que dizem seus oponentes sem, contudo, com eles concordar. Qual poderia ser o sentido de uma argumentação que faz apelo à *justiça* como fundamento da normatividade do jogo?

Aqui é importante fazer uma observação sobre o sentido da *linguagem da moral*<sup>38</sup>. Quando usamos a *linguagem moral*, podemos estar fazendo coisas distintas. Podemos estar sendo apenas *enfáticos*, podemos estar nos *referindo a uma moral convencional* ou podemos estar *fazendo um uso normativo-prescritivo* da linguagem da moral. Pensemos em alguns exemplos banais.

Imagine alguém que se vangloria de ser um grande apreciador de café e diga a seu amigo que acabara de adoçar um café expresso: “é absolutamente *errado* e inaceitável colocar açúcar no café!”. Em situações normais compreenderíamos tal afirmação como uma expressão de *ênfase* na expressão do gosto pessoal por tomar café “puro”. Apesar da roupagem moral da expressão, ela deveria ser compreendida como uma mera manifestação de uma preferência personalíssima. Caso o autor da expressão insistisse, sem intenções irônicas, que é, de fato, objetivamente errado e inaceitável (moralmente) tomar café com açúcar, começaríamos a duvidar de sua sanidade. Isso porque não imaginamos haver objetividade (ou ao menos o *mesmo tipo de objetividade*) na preferência por um paladar para tomar café.

Existe ainda outra possibilidade. O autor da expressão poderia estar se referindo a um critério convencionalmente acolhido entre os “*gourmets* do café” sobre a melhor forma de consumir café. Nesse caso, a condição de verdade de sua expressão estaria referida a um *fato convencional do mundo*, isto é, a um certo acordo entre os especialistas sobre a melhor forma de tomar café. Essa *comunidade dos intérpretes* do café fixaria a forma correta do consumo dessa bebida<sup>39</sup>. Situações muito semelhantes a essa são comuns nas comunidades de enólogos, que costumam estabelecer critérios convencionais que servem para aquilatar a qualidade de um vinho. Um exemplo

---

38 No que segue utilizo o conceito de linguagem da moral apresentado por R. M. Hare, ainda que não necessariamente acolhendo suas conclusões sobre qual é a sua gramática. HARE, 1991.

39 O argumento que aqui apresento de forma caricatural é apresentado por FISH, 1983, pp. 271-286.

disso é o famoso *ranking* de qualidade de vinhos elaborado pelo famoso enólogo Robert Parker, que hoje desperta seguidores em todo o mundo<sup>40</sup>. Poderíamos talvez até imaginar que para um grupo determinado o valor do vinho poderia assumir uma dimensão *sagrada* e religiosa. Isso certamente é possível, ainda que improvável, mas também alteraria *essencialmente* o exemplo que estou analisando.

Imaginemos agora que uma pessoa diga a outra: “é errada a prática da escravidão!”. Como poderíamos interpretar essa proposição? Uma primeira possibilidade, talvez a menos provável no seu uso comum, seria a de que essa pessoa estaria, tal como na observação sobre o café adoçado, expressando uma preferência. Ela estaria sendo enfática ao dizer que “não gosta de escravidão”, assim como “também não gosta de café adoçado”. Isso certamente é possível.

Outra possibilidade seria essa pessoa estar se referindo ao fato de que a escravidão é considerada errada pela *moral convencional* dominante no país e na época em que vive. Nesse caso, para que sua proposição fosse verdadeira, bastaria existir esse fato convencional no mundo no qual ela foi dita. Cabe notar também que, se aceitos esses critérios de verdade para a proposição, seria possível também afirmar que ela não seria verdadeira se dita num contexto no qual a moral convencional não considerasse a escravidão imoral e errada. Nessa linha, alguém poderia dizer que a escravidão é errada e inaceitável hoje, porém era aceitável e correta, e estava de acordo com os critérios de correção moral prevalentes na Roma Antiga.

Há ainda uma terceira alternativa, segundo a qual o sentido da proposição não teria o seu valor de verdade garantido pela existência de uma convenção, mas antes por estar *justificada pelas melhores razões*. Nesse caso, a proposição teria a pretensão de ser verdadeira ainda que não houvesse uma moral convencional que a apoiasse. Ela se pretenderia verdadeira ainda que estivesse em desacordo com a moral convencional. Nesse caso, a proposição pretenderia afirmar que a escravidão era errada e inaceitável também na Roma Antiga, ainda que naquela época a moral convencional a aprovasse. Esse tipo de uso da linguagem moral tem um manifesto caráter normativo prescritivo. Ela requer, como condição de sentido e inteligibilidade, que sejamos capazes de compartilhar as razões que poderiam tor-

---

40 Cf. a publicação Wine Advocate. Disponível em: <<https://www.erobertparker.com/entrance.aspx>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

ná-la verdadeira<sup>41</sup>. Para que ela faça sentido não é necessário que com ela concordemos. Contudo, é necessário que sejamos capazes de compartilhar dos critérios que produzem o seu valor de verdade.

Explicar o sentido pressupõe, assim, compreender as condições de verdade das práticas discursivas que a caracterizam e constituem. Afinal, para descrever o que se quer dizer ao afirmar que “a escravidão é errada” não é preciso indicar quais são as condições de sentido dessa proposição? O que a tornaria dotada de sentido para que não fosse interpretada como um mero *nonsense*, uma proposição feita pelo chapeleiro maluco de *Alice no país das Maravilhas*? Se quero compreender o que elas significam, preciso descrever as suas condições de verdade (e sentido), visto que pretendem afirmar a verdade.

Esse tipo de expressão da linguagem da moral exige que não nos coloquemos completamente fora de (externamente a) seus critérios de sentido e verdade. Para que possamos compreender o que alguém quer dizer quando afirma que a escravidão é inaceitável e errada, nesse sentido normativo, é necessário que ela esteja dentro do jogo de linguagem e do mundo no interior do qual ela é dita.

Se retomarmos agora o exemplo imaginário do *xadrez-argumentativo*, poderemos nos perguntar se seria possível descrever o sentido das práticas dos agentes de um ponto de vista completamente externo. Talvez fosse possível explicar a *ação de mover as peças* de um ponto de vista externo, sociológico, desde que fosse levado em conta também o sentido interno do agente que segue as regras do jogo. Ou seja, desde que se compreendesse que a sua ação levou em consideração as regras do jogo de xadrez. Contudo, seria possível assumir um ponto de vista externo semelhante ao descrever o sentido das práticas argumentativas em disputa? Mas, nesse caso, elas não constituem também o jogo? Quando imaginamos que os agentes se valem de argumentações cujo sentido é normativo prescritivo – como quando invocam conceitos de justiça, igualdade e “*fair play*” –, somente as podemos descrever se formos ao mesmo tempo capazes de expressar a sua condição de sentido e de verdade. Não é possível descrever esse *xadrez argumentativo* sem adotarmos uma posição de algum modo interna ao próprio jogo. Isto é, não é possível nos situarmos fora das próprias condições

---

41 DWORKIN, 1986, p. 83. “The practices of interpretation and morality give these claims all the meaning they need or could have.”

de sentido das argumentações e das justificações que ele envolve e que o caracterizam. Mesmo quando não jogamos diretamente o jogo, temos de compartilhar de um mundo (*forma de vida*), de um conjunto de práticas, como condição para entender esse mesmo jogo. Não podemos ser externos a ele se quisermos compreendê-lo.

Seria a linguagem da argumentação jurídica semelhante, em suas condições de sentido e verdade, a esse sentido normativo-prescritivo aqui apontado? Seria possível explicar as práticas argumentativas por meio de critérios convencionais de sentido e verdade? Seria o direito semelhante a uma língua, a um jogo de xadrez (regulado pela FIDE) ou a um “xadrez-argumentativo”? O leitor já deve ter percebido que as minhas convicções são críticas em relação às respostas oferecidas pelo convencionalismo jurídico a essas questões. Isto porque o convencionalismo não apresenta uma descrição correta da gramática de funcionamento de nossas práticas e nossa linguagem nestes tipos de desacordos que envolvem desacordos teóricos e acerca do funcionamento da própria linguagem destas práticas.

O convencionalismo jurídico se apresenta como uma importante vertente do pensamento teórico jurídico contemporâneo. A sua relevância se encontra tanto no seu potencial explicativo como nas consequências que traz para a própria prática jurídica, não apenas dos juristas afeitos à filosofia, mas a todos eles, na medida em que compartilham de muitos de seus pressupostos mesmo quando não gozam da consciência disso.

Acredito que o desafio dworkiniano não foi convincentemente atendido pelas respostas convencionalistas dadas a ele. Isto se deve em parte a não compreensão da natureza da objeção gramatical que ele dirigiu ao convencionalismo. Evidentemente uma análise mais aprofundada é necessária para justificar esta conclusão. Algumas versões sofisticadas do convencionalismo jurídico procuraram responder ao desafio dworkiniano. Andrei Marmor, Scott Shapiro, dentre outros, gastaram muita energia e talento intelectual para enfrentar estas difíceis questões teóricas. Uma parte das soluções caminhou na direção da formulação de uma teoria das convenções baseada nas ações cooperativas compartilhadas, inspirada nos trabalhos de David Lewis e Michael Bratman<sup>42</sup>. Outra numa releitura da leitura

---

42 LEWIS, David. *Convention: a philosophical study*. Cambridge: Harvard University Press, 1969 e BRATMAN, Michael E. Shared cooperative activity. In: *Philosophical Review*, Ithaca, NY, v. 101, n. 2, pp. 327-341, 1992.

do convencionalismo formulada pelo segundo Wittgenstein. Examina-las foge dos limites e escopo do presente artigo. A minha intenção neste texto introdutório foi apenas oferecer uma visão esquemática das principais questões e desafios metodológicos que devem ser enfrentados por aqueles que querem enfrentar e responder as críticas de Dworkin. A despeito de seu possível sucesso, resta claro que o desafio posto por este grande autor impôs uma nova agenda para o debate jurídico contemporâneo. A grandeza de um autor não é medida exclusivamente pela correção de suas ideias, mas também pela capacidade de suas ideias nos auxiliarem a tomar consciência das novas questões e problemas. O impacto de Dworkin na teoria do direito contemporânea é exemplar de ambas dimensões de grandeza.

### Referências Bibliográficas

- ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth (Eds.). *The rule of recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- ARISTÓTELES. De interpretatione. In: AGIONI, L. (Org.). *Ontologia e predicação em Aristóteles*. Tradução de L. Agioni. Campinas: Unicamp, 2000.
- BRATMAN, Michael E. Shared cooperative activity. *Philosophical Review*, Ithaca, NY, v. 101, n. 2, pp. 327-341, 1992.
- BEN-MENAHÉM, Yemima. *Conventionalism: from Poincaré to Quine*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. Explanation and description: Wittgenstein on convention. *Synthese*, New York, v. 115, n. 1, pp. 99-130, 1998.
- COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press, 2001a.
- \_\_\_\_\_. *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University, 2001b.
- DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart, 2001.
- \_\_\_\_\_. Is the rule of recognition really a conventional rule? *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 27, n. 3, pp. 373-402, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977.
- \_\_\_\_\_. Is there really no right answer in hard cases? *University of New York Law Review*, New York, v. 53, pp. 1-32, 1978.



- \_\_\_\_\_. On interpretation and objectivity. In: DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Law's empire*. Cambridge, USA: Belknap Press, 1986.
- \_\_\_\_\_. Indeterminacy and law. In: GUEST, Stephen; FREEMAN, Michael (Orgs.). *Positivism today*. Dartmouth: Dartmouth, pp. 1-11 (Issues in Law and Society Series), 1996.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. Darwin's new bulldog. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006a.
- \_\_\_\_\_. Hart's postscript and the character of political philosophy. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006b.
- \_\_\_\_\_. In praise of theory. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006c.
- \_\_\_\_\_. Law and morals. In: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006d.
- \_\_\_\_\_. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Fernando Santos. Revisão técnica de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FISH, Stanley. Working on the chain gang: interpretation in the law and in literary criticism. In: MITCHELL, W. J. Thomas (Ed.). *The politics of interpretation*. Chicago: University of Chicago Press, pp. 271-286, 1983.
- FISS, Owen M. Objectivity and interpretation. *Faculty Scholarship Series*, paper 1217, 1982. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1217](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1217)>. Acesso em: 6 set. 2012.
- \_\_\_\_\_. Conventionalism. *Faculty Scholarship Series*, paper 1214, 1985. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1214](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1214)>. Acesso em: 3 set. 2012.
- GOODMAN, Nelson. Just the facts, ma'am!. In: KRAUSZ, Michael (Ed.). *Relativism: interpretation and confrontation*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, pp. 80-85, 1989.
- GREEN, Leslie. Positivism and conventionalism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 12, pp. 35-52, 1999.
- GREENBERG, Mark. How facts make law. In: HERSHOVITZ, Scott. *Ex-*

- ploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, pp. 225-264, 2006.
- HACKING, Ian. *Por que a linguagem interessa à filosofia*. São Paulo: Edusp, 1999.
- HARE, R. M. *The language of morals*. Oxford, USA: Oxford University Press, 1991.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- HETCHER, Steven A. *Norms in a wired world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- KELLEY, Patrick J. Who decides?: community safety conventions at the heart of tort liability. *Cleveland State Law Review*, Cleveland, USA, v. 38, pp. 315-390, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAFER, Celso. O caso Ellwanger: anti-semitismo como prática de racismo. In: LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2005.
- LEWIS, David. *Convention: a philosophical study*. Cambridge: Harvard University Press, 1969.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmatica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: PÁDUA LIMA, Maria Lucia (Org.). *Direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, pp. 260-281. v. 1, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARMOR, Andrei. How law is like chess. *Legal Theory*, Oxford, v. 12, pp. 347-371, 2006.
- MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NARVÁEZ, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del derecho: una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- PLATÃO. O sofista. In: PLATÃO. *Diálogos*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- POSNER, Richard. A reply to some recent criticisms of the efficiency the-

- ory of the common law. *Hofstra Law Review*, Hempstead, USA, v. 9, pp. 775-794, 1980-1981.
- \_\_\_\_\_. Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin. *Arizona State Law Journal*, Tempe, USA, v. 29, p. 377-388, 1997.
- \_\_\_\_\_. Pragmatic adjudication. *Cardozo Law Review*, New York, v. 18, pp. 1-20, 1996-1997.
- \_\_\_\_\_. Against constitutional theory. *New York University Law Review*, New York, v. 73, pp. 1-22, Apr. 1998a.
- \_\_\_\_\_. The problematics of moral and legal theory. *Harvard Law Review*, Cambridge, USA, v. 111, pp. 1637-1716, 1998b.
- \_\_\_\_\_. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2005.
- POSTEMA, Gerald. Conformity, custom, and congruence: rethinking the efficacy of law. In: KRAMER, Matthew; GRANT, Claire; COLBORN, Ben; HATZISTAVROU, Antony. *The legacy of Hart*. Oxford: Oxford University Press. 2008.
- \_\_\_\_\_. *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. New York: Springer, 2011a. (A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 11).
- \_\_\_\_\_. Philosophy of the common law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2011b.
- RAZ, Joseph. *The authority of law*. Oxford: Clarendon, 1979.
- \_\_\_\_\_. Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison. *Legal Theory*, Oxford, v. 4, n. 3, pp. 249-282, 1998.
- RESCORLA, Michael. Convention. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Spring, 2013. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/convention/>>. Acesso em: 7 jul. 2013.
- SANTOS, L. H. L. A essência da proposição e a essência do mundo. In: WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Edusp, 1993.
- SANTOS, L. H. L. A harmonia essencial. In: NOVAES, A. (Org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SHAPIRO, Scott. On Hart's way out. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

- \_\_\_\_\_. The Hart Dworkin debate: a short guide for the perplexed. *University of Michigan Public Law*, Working Paper n. 77, Feb. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 20 ago. 2012. Republicado em HERSHOVITZ, Scott (Ed.). *Exploring "Law's empire": the jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Legality*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2011.
- SEBOK, Anthony J. Finding Wittgenstein at the core of the rule of recognition. *Southern Methodist University Law Review*, Dallas, v. 52, pp. 75-110, Winter 1999.
- TRAKMAN, Leon E. The law merchant: the evolution of commercial law. Littleton, USA: Fred B. Rothman, 1983, *apud* POSTEMA, Gerald, *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, 2011a.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ZIPURSKY, Benjamin. Pragmatism, positivism, and the conventionalistic fallacy. In: CAMPBELL, J. Keim; O'ROURKE, M.; SHIER, D. (Eds.). *Law and social justice*. Cambridge: MIT Press, pp. 285-310, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=604584>>. Acesso em: 13 ago. 2013.
- \_\_\_\_\_. The model of social facts. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press, pp. 219-270, 2001.

Casos citados:

- Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 1889  
*Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 US 153 1978.32  
*Sindell v. Abbott Labs*. 607 P2d, 924, 935-38 1980  
Ação Civil Pública 583.00.2007.206840-1

Recebido em 5 de novembro de 2015

Aprovado em 16 de dezembro de 2015