

Uma crítica à defesa do positivismo feita por Scott J. Shapiro: resta alternativa ao positivismo jurídico?

Mateus Matos Torrin

Resumo

Este trabalho tem como objetivo analisar a crítica que Scott J. Shapiro faz à teoria do direito dworkiniana no texto “The ‘Hart-Dworkin’ debate: a short guide for the perplexed”. Em um primeiro momento, expomos o argumento de Dworkin relativo aos desacordos teóricos. Feito isso, reconstruímos o argumento de Shapiro a favor do positivismo. Por fim, apontamos possíveis problemas no argumento de Shapiro, sugerindo uma resposta alternativa às críticas de Dworkin.

Palavras-chave: Debate Hart-Dworkin – Scott J. Shapiro – Fatos morais – Fatos sociais.

I. A crítica dworkiniana ao positivismo em *Law's empire*

Logo no primeiro capítulo, Dworkin deixa claro que *Law's empire* é um livro sobre o desacordo teórico no direito, sendo seu objetivo entender que tipo de desacordo é esse, bem como defender uma teoria sobre os fundamentos do direito (*grounds of law*). A construção de sua teoria se desenvolve em contraponto à ideia de que se deve entender, necessariamente, o direito como um fenômeno social a demandar abordagem científica, histórica ou sociológica. As teorias com esse enfoque, segundo Dworkin, tendem a não dar a devida atenção às divergências relativas ao argumento jurídico, ignorando assim traço central da prática jurídica: seu caráter essencialmente argumentativo (DWORKIN, 1986). Esse aspecto pode ser estudado tanto de uma perspectiva interna quanto de uma perspectiva externa. Esquemáticamente, o que as diferencia é o tipo de questão que visam a responder. A perspectiva externa, geralmente adotada pelo historiador ou pelo sociólogo, objetiva identificar padrões argumentativos, buscando, por exemplo, explicações para o surgimento e a disseminação desses padrões em determinado período/região. Já a perspectiva interna toma como referência o ponto de vista interno do agente que se engaja na prática jurídica argumentativa. Tal agente está interessado em argumentos que dirão quais demandas são e quais não são plausíveis, e por quê. Dworkin (1986) tem como foco essa perspectiva interna.

Dworkin começa seu argumento afirmando que existem três tipos de questões recorrentes na prática jurídica: questões de fato, questões de direito e questões de moralidade política e fidelidade. As primeiras e as terceiras nos seriam familiares, ao passo que as segundas seriam mais intrigantes. Com base no que chamou de "proposições de direito"¹ e "fundamentos do direito"², Dworkin argumenta que existem dois tipos de desacordo relativos às questões de direito: os desacordos empíricos e os desacordos teóricos. Os primeiros são aqueles em que há acordo sobre os fundamentos do direito, mas há desacordo sobre se tais fundamentos estão ou não presentes em um dado caso concreto. Por sua vez, desacordos teóricos são aqueles em que há desacordo sobre os próprios fundamentos do direito (DWORKIN, 1986). Apesar de os desacordos teóricos serem bastante frequentes, não há teoria jurídica plausível que

1 Proposições de direito são as afirmações que dizem respeito ao que o direito permite, proíbe, requer ou garante.

2 Fundamentos do direito são as proposições que conferem valor de verdade ou falsidade às proposições de direito.

os explique. Na verdade, muitos teóricos, segundo Dworkin, contentaram-se com uma explicação do fenômeno dos desacordos teóricos que é mais uma evasão do que uma resposta propriamente dita. Em suma, tal evasão consiste em afirmar que o que Dworkin chamou de desacordos teóricos não existe: os desacordos não seriam sobre o que o direito é, mas sim sobre o que o direito deve ser. Essa linha de raciocínio estaria embasada numa visão *plain-fact* dos fundamentos do direito – i.e., na ideia de que o desacordo teórico é uma ilusão e de que, na verdade, há acordo sobre os fundamentos do direito (DWORKIN, 1986).

Para reforçar seu argumento de que esse tipo de resposta ao fenômeno dos desacordos é mais uma evasão do que uma resposta propriamente dita, Dworkin explora quatro exemplos de casos concretos: Elmer, Snail Darter, McLoughlin e Brown. Para ele, as teorias positivistas do direito sustentam que apenas desacordos empíricos sobre o direito são possíveis, sendo, portanto, teorias que encampam a visão *plain-fact* dos fundamentos do direito, o que não oferece uma explicação satisfatória ao fenômeno dos desacordos teóricos (DWORKIN, 1986). Diante dessa crítica, resta ao positivismo duas opções: de um lado, é possível aceitá-la e tentar explicar o fenômeno dos desacordos teóricos por uma abordagem positivista; de outro, é possível rejeitá-la e oferecer outra explicação para o fenômeno que Dworkin denominou “desacordo teórico”.

No tópico seguinte, pretendo reconstruir o raciocínio de Shapiro (2007) no texto “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”. Primeiramente, daremos ênfase à reconstrução do debate feita por Shapiro, para em seguida retomar nossa exposição com a opção de Shapiro, que é a de aceitar a crítica dworkiniana e tentar explicar o fenômeno dos desacordos teóricos por meio da abordagem positivista, com base na ideia de que o direito estaria fundado apenas no que ele chama de “fatos sociais”. Em seguida, tentaremos expor alguns problemas do argumento de Shapiro, defendendo que sua alternativa é implausível. Por fim, retomaremos a segunda opção supramencionada – i.e., aquela que rejeita a crítica nos termos formulados por Dworkin –, expondo algumas inquietações acerca do modo “ligeiro” como ela foi abandonada tanto por Dworkin quanto por Shapiro.

II. O debate Hart-Dworkin aos olhos de Scott Shapiro

No texto mencionado, Shapiro tem o objetivo de identificar em que consiste o debate Hart-Dworkin. Para ele, o que confere unidade ao debate é a discus-

são sobre a relação entre juridicidade (*legality*) e moralidade. Em um primeiro momento do texto, argumentando em favor dessa unidade, Shapiro faz uma reconstrução tanto do argumento de Dworkin contra o positivismo hartiano quanto das réplicas oferecidas por Hart e seus seguidores (SHAPIRO, 2007). Já em um segundo momento, o autor tenta mostrar como Dworkin, com o intuito de contornar as críticas dos seguidores de Hart, modifica seu argumento. A ideia é que a crítica de Dworkin ao positivismo constante no “Model of rules I” (1977) é diferente da crítica que ele esboça no “Model of rules II” (1977) e desenvolve no *Law’s empire*, textos nos quais o pesquisador introduz a crítica relativa à incapacidade do positivismo de explicar os desacordos teóricos. Para Shapiro, os positivistas não teriam apresentado boas respostas a esses novos aspectos da crítica dworkiniana. Tendo isso em mente, o autor busca oferecer uma resposta adequada à objeção de Dworkin e argumentar pela importância de se defender o positivismo enquanto teoria jurídica (SHAPIRO, 2007).

No “Model of rules I”, Dworkin (1977) afirma que os positivistas estariam compromissados com três teses: a tese do pedigree, a tese da discricção e a tese da obrigação. A primeira tese se refere à ideia de que o direito pode ser identificado por meio de critérios específicos. A segunda, à ideia de que, em caso de inexistência de uma regra que claramente resolva a questão jurídica em discussão, o juiz deve exercer seu poder discricionário para resolver o caso. Por fim, a terceira tese se refere à ideia de que obrigações jurídicas só podem ser derivadas de regras jurídicas (SHAPIRO, 2007). As duas últimas teses só ficam mais claras quando se tem em mente a distinção que Dworkin faz entre princípios e regras. Para Shapiro, os traços centrais dessa distinção são dois. Em primeiro lugar, enquanto as regras seriam padrões que funcionam na base do tudo ou nada – i.e., ou se aplicam, ou não se aplicam –, os princípios seriam padrões não necessariamente conclusivos. Em segundo lugar, os princípios teriam uma dimensão que as regras não têm: a do peso. Ao reler as teses da discricção e da obrigação sob a ótica dessa distinção, temos que a tese da discricção afirma, em detrimento dos princípios, que o direito consiste apenas em regras jurídicas, ao passo que a tese da obrigação afirma que obrigações jurídicas são derivadas apenas de regras jurídicas, e não de princípios. A tese da discricção, atribuída aos positivistas, ignora os casos em que juízes se consideram vinculados ao direito, apesar da inexistência de regras manifestamente aplicáveis aos casos que têm diante de si. Ao afirmar que, nesses casos, a decisão é fruto do poder discricionário do juiz, o positivismo ignora a existência de princípios jurídicos. É nesse sentido que a teoria positivista do direito seria um modelo (apenas) de regras (SHAPIRO, 2007). Ainda de acordo com Shapiro, o mesmo argumento – o da existência e da importância dos princípios

jurídicos – abala a tese do pedigree. Isso porque o que confere juridicidade aos princípios, muitas vezes, não é uma regra de reconhecimento, mas sim o próprio conteúdo desses princípios. Mesmo que se admitisse que tal regra conferisse juridicidade aos princípios, seria impossível conceber regra de reconhecimento que conseguisse testar o suporte institucional de dado princípio. Portanto, o positivismo deveria ser rejeitado (SHAPIRO, 2007).

Contudo, Shapiro defende que a melhor reconstrução da teoria de Hart acerca do poder discricionário não é essa feita por Dworkin, mas a dada pelo próprio Hart (1994), de que o poder discricionário é decorrência necessária da indeterminação inerente à linguagem. Dada essa indeterminação, é impossível eleger padrões que resolvam de antemão, de maneira clara e inequívoca, questões que venham a surgir. Nesse sentido, para Hart, o direito consistiria nos padrões socialmente designados como válidos. Para Shapiro, o debate entre Hart e Dworkin se centra justamente nesse ponto: de um lado, os positivistas hartianos defenderiam que o direito consiste em padrões designados como impositivos (*authoritative*), sendo que o critério para determinar tal caráter impositivo é exclusivamente social – i.e., baseado em fatos sociais; de outro, o argumento dworkiniano iria no sentido de que o direito consiste em padrões designados como impositivos, sendo que o critério para determinar tal caráter impositivo não é exclusivamente social, mas também moral (SHAPIRO, 2007). Segundo Shapiro, os autores que tentaram defender o positivismo limitaram-se a contra-argumentar que Dworkin não demonstrou que fatos morais têm um papel na determinação do direito. Entre esses autores, podemos identificar dois tipos de argumentos distintos: (i) os chamados *hard or exclusive positivists* aceitam a tese do pedigree como uma das principais características das teorias positivistas. Para alguns deles, os princípios mencionados por Dworkin têm, sim, pedigree. Para outros, o que ocorre é que os juízes têm obrigação jurídica de, diante da incerteza em determinados casos, aplicar parâmetros extralegais; (ii) os chamados *soft or inclusive positivists* rejeitam a caracterização do positivismo jurídico feita por Dworkin. Para eles, as teorias do direito positivistas não proibem testes morais de legalidade. Eles argumentam que não há uma conexão necessária entre juridicidade (*legality*) e moralidade – argumento conhecido como *separability thesis* – e que o direito (sua existência e seu conteúdo) está baseado, em última instância, simplesmente em fatos sociais, o que não exclui, obrigatoriamente, testes de legalidade que incorporem critérios morais – argumento conhecido como *social fact thesis* (SHAPIRO, 2007).

Para Shapiro, porém, tais correntes respondem apenas à crítica feita por Dworkin no “Model of rules I”, que não é a mesma que foi elaborada no “Model of rules II” e, sobretudo, no *Law’s empire*. A crítica feita em *Law’s empire*,

como já destacado, refere-se à incapacidade de os positivistas explicarem os chamados desacordos teóricos. Segundo Shapiro, Dworkin os explica como disputas morais e, portanto, argumenta que o direito, em última instância, baseia-se não só em fatos morais, mas também em considerações de moralidade política e de legitimidade institucional. Por se tratar de uma crítica diferente da apresentada no "Model of rules I", as supramencionadas respostas oferecidas pelos positivistas, tanto da vertente *hard* quanto da vertente *soft*, não são efetivas em refutá-la. Na verdade, na visão de Shapiro, os positivistas mal tentaram explicar a existência dos desacordos teóricos (SHAPIRO, 2007). Em suma, os positivistas poderiam adotar duas posições diante dessa crítica dworkiniana. Eles poderiam, de um lado, negar a existência de desacordos teóricos, dizendo que, na verdade, o que Dworkin toma por desacordos teóricos são, no fundo, juízes reformando o direito com base em suas preferências políticas. De outro, em vez de negar a existência dos desacordos, poderiam tentar explicá-los dentro da própria teoria positivista (SHAPIRO, 2007). Quanto à primeira alternativa, o próprio Shapiro afirma que a resposta dworkiniana ao argumento de que os juízes estão reformando (*repairing*) o direito não é convincente³. Apesar disso, explica que seria um erro descartar a crítica dworkiniana de imediato. Para ele, seria possível reformulá-la, tornando-a mais efetiva. Assim, Shapiro opta pela segunda alternativa: a de tentar explicar os desacordos teóricos dentro da própria teoria positivista do direito. Nos próximos parágrafos, tentaremos argumentar que Shapiro não consegue cumprir essa tarefa. Por fim, retomaremos o argumento do *repair*, que, a nosso ver, não é ruim. Nem o argumento dworkiniano para rebatê-lo, nem a reformulação dele feita por Shapiro são convincentes.

III. A alternativa de Shapiro: fatos sociais como único fundamento do direito

A tentativa de Shapiro consiste em mostrar como uma metodologia interpretativa (*interpretive methodology*) apropriada pode estar baseada no que ele

3 As objeções de Dworkin são duas: em primeiro lugar, se não há resposta jurídica certa nos casos-paradigma citados, por que essa visão não é parte do imaginário político-cultural das pessoas? Em segundo lugar, se é verdade que os juízes, em alguns casos, buscam reformar o direito, como explicar algumas decisões, como a do juiz Gray, que, no caso *Riggs v. Palmer*, afirmou que pessoas que matam com o objetivo de receber a herança têm o direito de recebê-la, mesmo que essa interpretação leve a resultados absurdos (DWORKIN, 1986)?

chama de “fatos sociais”. Para ele, os positivistas têm que ceder ao argumento dworkiniano em três pontos. Assim, devem: (i) se afastar da *plain-fact view*; (ii) reconhecer a necessidade de se atribuir um sentido à prática jurídica quando se quer determinar qual é a metodologia interpretativa apropriada, já que desacordos sobre qual seria essa metodologia seriam, na verdade, disputas sobre qual o sentido da prática jurídica; e (iii) reconhecer que a metodologia interpretativa apropriada, em um dado sistema jurídico, será aquela que melhor se compatibiliza com os objetivos desse sistema. Todavia, o positivista não deve tratar essa atribuição de sentido como um exercício no domínio da moralidade e da filosofia política, mas sim como uma busca por fatos sociais. Ao se afirmar que os objetivos de um dado sistema jurídico podem ser derivados de certos fatos, seria possível explicar os desacordos teóricos como disputas sobre quais são, de fato, os objetivos de determinado sistema, ou sobre qual seria a metodologia interpretativa mais compatível com eles. Sendo assim, a principal tarefa de um agente que se engaja na prática jurídica seria, em primeiro lugar, determinar quais foram os objetivos que as pessoas que moldaram e moldam o sistema jurídico queriam/querem promover. Feito isso, o agente deve tomar esses objetivos como o sentido de determinada prática jurídica, não importando a qualidade moral desses objetivos. Para se determinar quais são os objetivos de um sistema jurídico, deve-se ter em mente que são aqueles que melhor explicam – e não necessariamente justificam – o atual desenho do sistema (SHAPIRO, 2007).

Essa deferência aos objetivos políticos dos elaboradores do sistema nada mais é que uma consequência necessária de um pressuposto: a tarefa das pessoas que elaboraram e elaboram um sistema jurídico é definir uma resposta à questão relativa a quais objetivos um grupo social deve perseguir. Desse modo, se as pessoas tivessem que se engajar em reflexões político-morais para determinar os objetivos que melhor justificam a prática jurídica atual, elas estariam desfazendo o trabalho das pessoas que elaboraram o sistema, reabrindo constantemente questões que já tinham sido resolvidas (SHAPIRO, 2007). Para Shapiro, os intérpretes devem ter uma postura de deferência em relação aos objetivos eleitos não só pelos elaboradores do sistema, mas também pelos meios por eles determinados, sendo que por “meios” entendem-se as decisões relativas à distribuição de papéis e à atribuição de diferentes graus de confiança aos atores que compõem o sistema e nele atuam. Tendo em mente os propósitos do sistema, bem como sua distribuição de confiança, caberia ao intérprete avaliar as metodologias interpretativas e decidir qual delas melhor se compatibiliza com os referidos propósitos e a distribuição. Os desacordos

chamados “teóricos” seriam referentes a qualquer uma dessas etapas. Não havendo acordo sobre elas, os desacordos sobre qual seria a metodologia interpretativa apropriada seriam irresolvíveis. Para Shapiro, isso não minaria sua explicação, já que, mesmo que não fosse possível resolver o desacordo sobre qual a metodologia interpretativa apropriada, seria possível eliminar algumas das alternativas em jogo. De todo modo, para Shapiro, uma teoria do direito não tem que, necessariamente, apresentar uma solução para os desacordos. Basta explicá-los (SHAPIRO, 2007).

iv. Problemas na alternativa de Shapiro

Primeiramente, uma concessão. O principal objetivo do texto de Shapiro é a reconstrução do debate Hart-Dworkin em torno de um ponto que daria a ele uma unidade. Uma resposta à crítica dworkiniana relativa aos desacordos teóricos aparece apenas no final do texto, de maneira bastante esquemática. De todo modo, criticaremos aspectos do argumento que, a nosso ver, mesmo que mais desenvolvidos, não deixariam de minar o empreendimento de Shapiro. Em primeiro lugar, argumentaremos que a suposição de que a teoria dworkiniana levaria a um desmanche da tarefa principal dos elaboradores do sistema jurídico é, no mínimo, problemática. Argumentaremos também, em seguida, que a artificialidade da separação entre fatos sociais e fatos morais coloca problemas para a empreitada de Shapiro.

Shapiro parte do pressuposto de que os elaboradores de um sistema jurídico têm como tarefa essencial resolver questões controversas, dando a elas um desfecho. A teoria de Dworkin seria inadequada por ir na contramão da tarefa dos elaboradores do sistema, permitindo que questões previamente resolvidas (*settled*) fossem constantemente reabertas (*unsettled*), o que, em última instância, tornaria redundante a própria ideia de autoridade legal. Inclusive, é exatamente isso – o fato de o positivismo ser deferente à tarefa principal dos elaboradores – que, para Shapiro, faz com que seja importante defender o positivismo. Todavia, a nosso ver, a teoria dworkiniana não leva, obrigatoriamente, a uma constante reabertura das questões já resolvidas. Na verdade, se o objetivo for resguardar as intenções ou os objetivos eleitos pelos elaboradores do sistema, talvez o direito como integridade seja a teoria que melhor o cumpre, sobretudo quando se pensa no ônus de coerência que ela impõe ao intérprete. É claro que a teoria, na prática, pode acabar sendo apropriada e instrumentalizada pelo intérprete. Todavia, isso é algo a que qualquer teoria está sujeita. Certamente, não seria difícil se apropriar dos termos de Shapiro

para reabrir questões “resolvidas”⁴. Portanto, não vemos como isso pode ser utilizado como um argumento contra a teoria de Dworkin.

Outro aspecto central do argumento de Shapiro é a separação entre fatos sociais e fatos morais. Para ele, o ponto essencial do debate Hart-Dworkin consiste justamente em saber se o direito, em última instância, baseia-se apenas no que ele chamou de fatos sociais – posição atribuída aos positivistas – ou também no que ele chamou de fatos morais – posição atribuída a Dworkin. Essa separação, todavia, é bastante artificial e dificilmente se sustenta. Essa tradução do debate – a nosso ver, errada – resulta em imprecisões no argumento de Shapiro. Isso ocorre, por exemplo, em sua caracterização dos desacordos teóricos. Desacordos teóricos existem. Para Dworkin, trata-se de discordância sobre quais seriam os fundamentos do direito, o que engloba tanto um desacordo sobre quais são, mais exatamente, esses fundamentos, quanto um desacordo sobre o que esses fundamentos, propriamente entendidos, requerem. Para Shapiro, trata-se de desacordo entre os intérpretes sobre os propósitos do sistema, sua distribuição de confiança ou qual das metodologias interpretativas é mais compatível com os referidos propósitos e a distribuição. Não resta claro como essa explicação dos desacordos teóricos se conecta e se restringe à ideia de fatos sociais. O mesmo poderia ser dito da ideia de fatos morais. Será possível mesmo identificá-los separadamente? De todo modo, nos termos em que foi formulada, a explicação de Shapiro parece mais uma versão mais restrita ou específica do que Dworkin entende por desacordos teóricos. Enfim, não vemos como essa explicação salvaria o positivismo. Percebe-se que Dworkin não coloca o problema em termos de uma oposição entre fatos sociais e fatos sociais mais fatos morais. Da leitura do primeiro capítulo de *Law's empire*, tem-se a impressão de que o debate, conforme colocado por Dworkin, é entre uma alternativa que diz que, em casos como o Elmer e o Snail Darter, os juízes estão discutindo sobre como o direito deve ser (e, portanto, reformando o direito), e outra alternativa que afirma que, em vez de fingimento, há desacordo genuíno sobre o que o direito propriamente entendido exige.

É nesses termos que gostaríamos de retomar o argumento de que os juízes estariam, na verdade, discutindo sobre o que o direito deve ser. Segundo Dworkin, as alternativas positivistas para defender esse argumento ou repre-

4 Bastaria dizer, por exemplo, que uma dada questão, propriamente entendida, devesse ser decidida diferentemente, tendo em vista quais seriam os verdadeiros objetivos políticos escolhidos pelos elaboradores do sistema.

sentam os juízes como mentirosos bem-intencionados – *crossed-fingers defense* – ou os tomam como bobos – *borderline-case defense* (DWORKIN, 1986). Certamente, explicações que tomam os juízes como mentirosos ou como bobos não são boas. Qual alternativa nos resta, então?

A nosso ver, os fenômenos chamados por Dworkin de desacordos teóricos seriam, sim, mais bem entendidos se fossem tomados como desacordos sobre o que o direito deve ser. Isso não implica, contudo, fingimento, especialmente se tomado aqui como algo deliberado – i.e., o juiz, conscientemente, percebe que não há uma resposta clara na lei e, então, pensa na melhor maneira de travestir suas preferências políticas em termos jurídicos. A melhor explicação é que os juízes (acadêmicos, advogados etc.), ao longo de sua formação, incorporam – quer percebam isso, quer não – um conjunto de ideias sobre o que é o direito e o que ele exige. O que fazem, na prática, é reproduzir esse conjunto de ideias de maneira relativamente consciente ou, muitas vezes, inconsciente. Isso não significa que todas as pessoas com formação jurídica vão incorporar o mesmo conjunto de ideias. Ao contrário, incorporam ideias, muitas vezes, opostas. Em alguma medida, os juízes ou futuros juízes escolhem-nas, mas também são escolhidos – i.e., pessoas incorporam ideias que guardam uma relação de adequação com um conjunto de outras ideias que compõem sua cosmovisão. Dificilmente um juiz nascido e educado no Texas, pertencente a uma família tradicional e religiosa, irá eleger uma ideia que não guarde uma relação de adequação com essa origem. Com isso, não queremos dizer que as escolhas são determinadas e que as pessoas não possam se convencer e mudar de opinião. Apenas gostaríamos de chamar atenção para esse fator “não racional” da escolha.

Essa explicação não implica, necessariamente, fingimento. Provavelmente, nosso juiz texano acredita genuinamente estar diante da melhor posição – i.e., aquela sustentada pelos melhores argumentos. Todavia, não há como negar o componente “não racional” dessa “escolha”. O processo pelo qual esse conjunto de ideias – que engloba não só valores e teses, mas também comportamentos, maneiras de se expressar etc. – é incorporado e se enraíza no indivíduo, a ponto de ele pensar que genuinamente está diante da melhor opção, é certamente complexo e requer melhor elaboração. De todo modo, o que ocorre é que, dado que indivíduos diferentes podem ao longo de sua formação plausivelmente incorporar conjuntos de ideias diferentes, os desacordos naturalmente ocorrerão e serão de fato, muitas vezes, genuínos, no sentido de as pessoas em desacordo genuinamente acreditarem que elegeram as ideias que defendem, ignorando que, em alguma medida, também foram eleitas por elas. É por isso que, na superfície, leituras de casos como Elmer,

Snail Darter, Brown etc. dão a impressão de que os juízes discordam sobre o que o direito, propriamente entendido, é ou requer. Essa explicação também não implica que os juízes sejam retratados como bobos. Certamente, é possível que um agente que se engaje na prática jurídica esteja consciente do que foi dito nos parágrafos anteriores. Estando ciente, por que continuaria mesmo assim a apresentar demandas e argumentos em termos jurídicos – i.e., de maneira a parecer que há discordância sobre o que o direito requer? Novamente, não há necessidade de se recorrer a uma ideia de fingimento deliberado. Poderíamos responder a essa pergunta recorrendo, por exemplo, a um processo de incorporação, consciente ou inconsciente, de uma linguagem que seria própria a determinado campo. Inevitavelmente, ao longo de sua formação, o indivíduo altera seu modo de se expressar, incorpora expressões comuns ao seu meio. É possível que continue a traduzir os conflitos em termos jurídicos por uma simples questão de hábito incorporado. Ou, ainda, por uma questão de efetividade, o que consiste basicamente no indivíduo pensar que, se não formular sua demanda em termos propriamente jurídicos, ela não será atendida.

Ainda se poderia objetar que o agente que se engaja na prática jurídica, prática esta que seria essencialmente argumentativa, não quer teorias que apelem para seu inconsciente, que visem a explicar como circunstâncias moldam sua consciência ou que abusem de expressões místicas, mas sim teorias que lhe forneçam respostas acerca de quais demandas jurídicas são plausíveis e por que o são. Nesse caso, pensamos que a resposta a essa objeção teria de passar inevitavelmente por questões metodológicas. Não vemos como uma teoria que vise a dizer quais demandas são plausíveis e por que o são possa ser tomada como meramente descritiva. Uma teoria assim não explica por que os juízes decidem, como decidem ou por que divergem. Fornece, na verdade, argumentos para dizer como os juízes deveriam decidir, extrapolando os limites do que seria uma descrição, explicação ou compreensão da prática.

Por fim, uma última objeção poderia dizer que o argumento aqui desenvolvido não explica a natureza do desacordo, mas simplesmente reafirma o problema. Em outras palavras, ao se atribuir a origem dos desacordos a um fator “místico” – a uma incorporação não consciente de ideias, a um fator eletivo de adequação entre diferentes esferas da vida do indivíduo etc. – não se diz nada sobre como o desacordo se dá na prática. Simplesmente, reafirma-se que o desacordo acontece. Mas será mesmo necessário ir além, quando se tem em mente uma teoria do direito que tenha como objetivo descrevê-lo? Por que a explicação dada não seria suficiente quando se tem esse propósito meramente descritivo?

Não sabemos dizer em que medida as posições aqui apresentadas poderiam ser mais solidamente sustentadas. Também não estamos certos sobre as implicações que teriam para uma elaboração mais completa de uma teoria do direito, nem sobre em que medida conseguiríamos compatibilizá-las com outras impressões que temos a respeito da prática. Nosso objetivo foi mais o de tentar oferecer alternativas aos modos como Dworkin retrata os possíveis argumentos positivistas. Pensamos que tomar o desafio nos termos de Dworkin, inevitavelmente, levaria ao triunfo do “direito como integridade”. Nesse sentido, a nosso ver, Shapiro falha, sendo mais frutífera uma tentativa de tentar questionar os próprios retratos pintados por Dworkin de seus adversários. Esperamos que esta última seção tenha contribuído, de algum modo, para tanto.

Referências

- DWORKIN, Ronald. The model of rules I. In: _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Ann Arbor, n. 77, Michigan Law, 2007.



Mateus Matos Tormin é graduando em Direito pela Universidade de São Paulo.
mateusmmt@gmail.com