

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Rodrigo Dornas de Oliveira

**O EXPRESSIVISMO DE NORMAS E OS DESACORDOS TEÓRICOS:  
UMA ANÁLISE DA PROPOSTA DE KEVIN TOH**

Belo Horizonte

2019

RODRIGO DORNAS DE OLIVEIRA

**O EXPRESSIVISMO DE NORMAS E OS DESACORDOS TEÓRICOS:  
UMA ANÁLISE DA PROPOSTA DE KEVIN TOH**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante

Belo Horizonte

2019

---

O48e Oliveira, Rodrigo Dornas de  
O expressivismo de normas e os desacordos teóricos: uma análise da proposta de Kevin Toh / Rodrigo Dornas de Oliveira. – 2019.

Orientador: Thomas da Rosa de Bustamante.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Direito - Filosofia – Teses 3. Positivismo jurídico  
– Teses 4. Dworkin, Ronald, 1931-2013 5. Toh, Kevin I. Título

CDU 340.12

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

Rodrigo Dornas de Oliveira

**O expressivismo de normas e os desacordos teóricos: uma análise da proposta de Kevin Toh**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

---

Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante – UFMG (Orientador)

---

Professor Doutor Thiago Decat Lopes – UFMG (Titular)

---

Professor Doutor André Luiz Souza Coelho – UFRJ (Titular)

Belo Horizonte, 7 de fevereiro de 2019

**“Todos os caminhos são iguais  
O que leva à glória ou à perdição  
Há tantos caminhos, tantas portas  
Mas somente um tem coração”  
*Meu Amigo Pedro – Raul Seixas***

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico este trabalho à Evelyne, pela compreensão diante dos sacrifícios e pelo amor nos momentos mais difíceis.

À Isabel, pela inspiração e renovação diárias.

Aos meus pais e irmãos, pelo incentivo contínuo.

Ao meu orientador, Thomas Bustamante, pelo exemplo de pesquisador, de professor, de pessoa ética e pelas contribuições valiosas para este trabalho.

Aos Professores Thiago Decat e André Coelho, pelas sugestões e críticas apontadas durante a banca de defesa, as quais certamente contribuíram sobremaneira para a melhoria do texto final.

Aos amigos da pós-graduação, Igor, Franklin, Yago, Ludmila, Stefany, João Paulo, pelos debates e contribuições sempre valiosas.

Aos amigos Henrique e Vinícius, em especial, pelas discussões sobre direito e moralidade, pelas sugestões de bibliografia e pela leitura atenta e caridosa deste e de outros trabalhos.

Aos professores que participaram da minha formação acadêmica até aqui.

Agradeço a todos vocês.

## RESUMO

O debate entre H.L.A. Hart e Ronald Dworkin tem como um dos principais temas a existência de desacordos teóricos no direito e a alegada impossibilidade de o positivismo explicar essa existência. A discussão foi retomada com vigor no começo do século XXI e, a partir daí, o debate se desenvolveu fortemente. Entre os vários autores que propuseram respostas ao desafio dworkiniano, Kevin Toh elaborou a mais complexa de todas baseando-se na doutrina não-cognitivista denominada expressivismo de normas, reconstruindo a teoria hartiana em relação à forma de se analisar os enunciados jurídicos internos, e, posteriormente, a construção de uma nova maneira de se identificar a regra de reconhecimento, afastando-se da tese da convencionalidade. Após apresentar um panorama geral do problema e da teoria positivista, esta dissertação aprofunda-se no estudo de várias respostas elaboradas ao longo das últimas décadas. Na segunda metade do trabalho, as atenções se concentram na proposta de Kevin Toh, cuja tese, a presente dissertação sustenta, não alcançou êxito em fornecer um modelo capaz de explicar os desacordos teóricos, ao menos se a teoria da regra de reconhecimento de Hart deva ser mantida de pé. Em síntese, defenderei que poucos são os exemplos de desacordos que podem ser considerados problemáticos para o positivismo jurídico e, ainda assim, a resposta baseada na ideia de acordos profundos é suficientemente plausível para resolver o desafio.

Palavras-chave: Positivismo jurídico; desacordos teóricos; expressivismo; Kevin Toh; Ronald Dworkin.

## **ABSTRACT**

The Hart-Dworkin debate has as one of its main themes the existence of theoretical disagreements in law and the alleged inability of legal positivism to explain this feature. The discussion was vigorously resumed at the beginning of the twenty-first century, and from then on, the debate developed strongly. Among the various authors who proposed responses to Dworkin's challenge, Kevin Toh has elaborated the most complex of all by developing over a non-cognitive doctrine called norm-expressivism, reconstructing the Hartian analysis of internal legal statements and later the construction of a new method of identifying the rule of recognition, moving away from the conventionality thesis. After presenting an overview of the problem and the legal positivist theory, this dissertation delves into the study of several answers given over the last decades. In the second half of the work, all the attention is focused on the proposal of Kevin Toh, whose thesis, as the present dissertation argues, has failed to provide a model capable of explaining theoretical disagreements, at least if Hart's rule of recognition should be kept upright. In summary, I will argue that few examples of disagreements can be considered problematic for legal positivism, and yet the answer based on the idea of deep agreements is sufficiently plausible to resolve the challenge.

Keywords: Legal positivism; theoretical disagreements; expressivism; Kevin Toh; Ronald Dworkin.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. OS DESACORDOS TEÓRICOS NO DIREITO .....	13
1.1. Um breve panorama do positivismo jurídico pós-hartiano.....	13
1.2. O desafio dworkiniano .....	17
1.3. Os desacordos teóricos na prática .....	22
1.4. O papel central da objeção de Dworkin.....	27
2. ALGUMAS RESPOSTAS AO DESAFIO DWORKINIANO .....	30
2.1. As teses da irrelevância ou inexistência de desacordos e a defesa “borderline”	30
2.2. A meta-interpretação .....	43
2.3. Os acordos profundos .....	47
3. A ANÁLISE EXPRESSIVISTA DOS ENUNCIADOS JURÍDICOS INTERNOS HARTIANOS .....	58
3.1. A metaética e o expressivismo de normas de Allan Gibbard .....	58
3.2. A análise expressivista de normas proposta por Kevin Toh .....	65
3.3. Hart contra o expressivismo .....	76
3.4. A pragmática dos enunciados jurídicos.....	81
4. UMA ANÁLISE DA PROPOSTA DE KEVIN TOH .....	90
4.1. A análise expressivista dos enunciados jurídicos internos resumida .....	97
4.2. A aceitação plural de normas .....	97
4.3. A nova tese da predicação .....	100
4.4. A resposta expressivista para os desacordos teóricos.....	101
4.5. Objeção ao quasi-expressivismo como solução para os desacordos teóricos.	103
CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS.....	110

## INTRODUÇÃO

O debate entre H.L.A. Hart e Ronald Dworkin, travado durante a segunda metade do século XX, expôs diversos problemas e inconsistências existentes na doutrina do positivismo jurídico proposta pelo autor britânico, levantando dúvidas acerca de sua capacidade para ser um modelo adequado de teoria do direito. Ao longo das décadas, pouco foi escrito por Hart para tentar refutar as críticas de Dworkin – à exceção do pós-escrito publicado postumamente –, ficando o papel delegado aos diversos adeptos e seguidores do positivismo jurídico hartiano.

Sem embargo da vasta e profícua discussão havida e que contribuiu sobremaneira para a evolução da filosofia do direito como um todo, com o surgimento de novas vertentes do positivismo jurídico e a consolidação do interpretativismo de Dworkin como um competidor relevante na disputa pelo título de melhor teoria do direito, o foco do presente trabalho é a alegação dworkiniana de que o positivismo jurídico não seria capaz de explicar o fenômeno dos desacordos teóricos no direito<sup>1</sup>, que acabariam por revelar uma alegada incapacidade de o positivismo hartiano descrever a prática jurídica.

Nada obstante, a discussão a respeito dos desacordos teóricos permaneceu relativamente<sup>2</sup> adormecida até o começo do século XXI, quando Scott Shapiro, no artigo *The Hart-Dworkin Debate: a short guide for the perplexed* (2007), rememorando trechos da obra *Law's Empire*<sup>3</sup>, de Dworkin, deixou claro que a objeção lá postulada acerca dos desacordos teóricos no direito não foi bem respondida pelo positivismo.

A partir daí o debate tomou corpo e praticamente todos os autores positivistas de renome, além de uma gama enorme de pesquisadores do direito em geral, postularam respostas e se engajaram em discussões cada vez mais profundas acerca da divergência teórica no direito.

---

<sup>1</sup> David Plunkett e Tim Sundell defendem o abandono do termo “desacordo teórico” (*theoretical disagreement*), propondo o uso da expressão “disputas jurídicas fundamentais” (*bedrock legal disputes*) (PLUNKETT; SUNDELL, 2013). Kevin Toh (2010a, 2010b), no que foi seguido por Ismael Martínez Torres (2018), utiliza a expressão “desacordos jurídicos persistentes” (*persistent legal disagreement*). Eu optei por manter a expressão tradicionalmente conhecida, por não entender haver prejuízo para o entendimento da controvérsia.

<sup>2</sup> Jules Coleman, Matthew Kramer e o próprio Hart apresentaram respostas em anos anteriores, como demonstrarei no capítulo 2.

<sup>3</sup> A partir de agora, quando me referir à obra *Law's Empire*, usarei a sigla *LE*.

O foco principal deste trabalho é analisar a resposta de Kevin Toh, que, baseando-se na doutrina não-cognitivista denominada expressivismo de normas, apresentou a mais complexa e profunda proposta de solução da objeção baseada nos desacordos teóricos, a partir da reconstrução da teoria hartiana, notadamente em relação à forma de se analisar os enunciados jurídicos internos, e, posteriormente, a construção de uma nova maneira de se identificar a regra de reconhecimento.

No primeiro capítulo, apresentarei um panorama geral da temática, traçando um breve resumo do conceito de direito de Hart, com foco em sua teoria do sistema jurídico como uma união de regras primárias e secundárias, sendo a regra de reconhecimento a mais importante delas, e uma análise geral das principais teses que configuram o positivismo jurídico.

Em seguida, aprofundarei na explicação da objeção de Dworkin contra o convencionalismo jurídico, descrevendo minuciosamente como ocorrem os desacordos teóricos e relatando diversas classificações existentes na doutrina. A partir desses conceitos, analisarei cada um dos exemplos de desacordos apresentados por Dworkin em *LE* e *Justice in Robes*, criticando-os e apontando exemplos melhores propostos por Thomas Bustamante e Kevin Toh.

O segundo capítulo concentra-se na descrição das mais variadas respostas apresentadas por filósofos do direito, sem a pretensão de esgotar todo o tema, mas desenvolvendo um raciocínio categorizado. Ao estudar a matéria, percebi que diversas das soluções possuem traços comuns, motivo pelo qual optei por agrupá-las da seguinte forma.

Inicialmente, as respostas de Jules Coleman, HLA Hart, Kenneth Himma, Brian Leiter e uma parte das soluções elaboradas por Dennis Patterson e Matthew Kramer serão descritas em conjunto. A essas respostas eu denominei de teses da irrelevância ou inexistência de desacordos. Há também aquelas propostas que o próprio Dworkin chamou de “*defesas borderline*”.

Na segunda categoria estão inseridas as respostas relativas à meta-interpretação. O carro chefe é a teoria apresentada por Scott Shapiro em *Legality*, mas também foi inserida nesse conjunto a segunda resposta recentemente desenvolvida por Dennis Patterson.

O capítulo é finalizado com as respostas de Andrei Marmor e Matthew Kramer que, acompanhados posteriormente por Federico José Arena, sustentaram que o positivismo somente demanda acordos profundos que não estariam vulneráveis à objeção de Dworkin.

A partir do terceiro capítulo, meu trabalho direciona-se completamente à proposta de Kevin Toh. Nesse capítulo, descrevo o expressivismo de normas de modo aprofundado, a fim de permitir uma melhor compreensão da inovadora e instigante análise expressivista dos enunciados jurídicos internos hartianos. Depois disso, aplicarei as lições a respeito dessa teoria não-cognitivista à teoria do direito.

Contra Toh, são apresentadas objeções fundadas em recentes trabalhos de Matthew Kramer e em artigo de David Plunkett e Stephen Finlay, que, além de deixarem claras as dificuldades de sustentar a ideia de Toh como uma teoria hartiana, especialmente em razão do que o próprio Hart escreveu ao longo de sua carreira, demonstram uma importância crucial de se entender o papel pragmático dos enunciados jurídicos internos.

O último capítulo analisará a resposta elaborada por Kevin Toh ao longo de alguns trabalhos publicados nos últimos anos, baseada no que ele denominou de nova tese da predicação e na aceitação plural de normas. Ainda, a resposta expressivista (ou quasi-expressivista) elaborada por Plunkett e Finlay com o intuito de corrigir a teoria de Toh será apresentada e criticada.

Pretendo concluir ao longo do trabalho que somente um dos exemplos de Dworkin – e os exemplos de Bustamante e Toh – realmente conseguem explicar os desacordos jurídicos que seriam capazes de causar um problema para o positivismo jurídico. Defendo, também, que a resposta baseada na ideia de acordos profundos é suficiente para afastar o desafio dworkiniano e que a análise expressivista de Toh não se adequa ao trabalho desenvolvido por Hart e, mesmo que se adequasse, ainda assim não seria capaz de explicar os desacordos teóricos.

# 1. OS DESACORDOS TEÓRICOS NO DIREITO

## 1.1. Um breve panorama do positivismo jurídico pós-hartiano

Como aponta Owen Fiss (1981, p. 1007), o positivismo é uma ideia capaz de gerar uma boa quantidade de confusão. Desde seu surgimento, o positivismo jurídico ganhou novas feições, tendo sido desenvolvidas tradições abrangentes e cada vez mais complexas, sendo melhor, inclusive, a utilização do termo “positivismos jurídicos” para tratar da matéria, dada a diversidade de elementos encontrados em cada uma de suas vertentes, as quais, em certos aspectos, antagonizam-se entre si de modo bastante severo.

O foco principal deste trabalho é a análise da resposta de Kevin Toh à crítica baseada nos desacordos teóricos posta por Ronald Dworkin (1986) contra o positivismo jurídico do tipo sustentado por H. L. A. Hart, que foi elaborado, principalmente, ao longo do livro *The Concept of Law*<sup>4</sup> (1994), razão pela qual serão deixadas de lado as teorias positivistas mais primitivas, que remontam a Thomas Hobbes e passam por Jeremy Bentham, John Austin<sup>5</sup> e Hans Kelsen. Na verdade, a apresentação das teorias positivistas contemporâneas servirá como pano de fundo para a demonstração da crítica de Dworkin<sup>6</sup>.

Desse emaranhado de teorias, é seguro extrair-se que toda a tradição do positivismo jurídico desenvolvida pós-Hart se compromete, em maior ou menor grau, com a chamada tese dos fatos sociais e com algum nível de reconhecimento da separação entre direito e moral, assim como reconhece no direito um instrumento para o controle social ou para guiar as ações dos indivíduos<sup>7</sup>. Outras teses são

---

<sup>4</sup> A partir de agora, quando me referir à obra *The Concept of Law*, usarei a sigla *CL*.

<sup>5</sup> Para uma leitura descritiva, com foco na apresentação de argumentos normativos nas teorias positivistas pré-hartianas, notadamente as de Bentham e Austin, cf. SCHAUER, 2010.

<sup>6</sup> A doutrina do positivismo jurídico é bastante extensa, o que impossibilita sua descrição para além dos limites que propus para este trabalho. Para um estudo mais amplo, ao mesmo tempo que aprofundado dos argumentos positivistas, cf. BUSTAMANTE, 2015; PULIDO, 2013; TORRANO, OMMATI, 2018 e HIMMA, 2004.

<sup>7</sup> Optei por adotar a definição elaborada por Andrei Marmor (2006) acerca dos elementos principais do positivismo jurídico. Contudo, vale o registro de que no famoso artigo *Inclusive Legal Positivism* (2004), Kenneth Eimar Himma aponta a tese da convencionalidade como um dos três compromissos em que consistem os fundamentos conceituais do positivismo, o que não pode ser contemporaneamente aceito em razão da divergência descrita na nota abaixo. Para uma descrição mais profunda dos argumentos de Marmor, cf. COELHO, 2018, p. 258.

bastante reveladoras do pensamento adjacente à teoria positivista, porém, somente possuem aceitação em certas correntes, como a das fontes sociais, da convencionalidade<sup>8</sup>, da separabilidade e da incorporação, o que será visto mais adiante.

A tese dos fatos sociais sustenta, como descreve Andrei Marmor (2006, p. 686), que o direito é um fenômeno social, motivo pelo qual fatos sociais o constituem. A questão principal diz respeito a quais seriam esses fatos sociais. Para todas as correntes contemporâneas, seriam regras sociais que determinam o que é, como deve ser identificado, criado e modificado o direito – o que será melhor entendido quando apresentada a teoria de Hart. Nas palavras de Ronald Dworkin, o positivismo exigiria a existência de um pedigree social para as regras constitutivas do direito. Todavia, é na identificação de quais seriam as referidas regras sociais que surge a primeira grande divergência entre os positivistas – ponto que será abordado de modo aprofundado quando da análise da aceitação plural de normas proposta por Toh –, estando posicionados de um lado aqueles que entendem que as regras sociais são convenções<sup>9</sup> e de outro os que negam a tese da convencionalidade.

Quanto à tese de que direito e moral constituem sistema separados, a divergência dará origem à cisão entre positivistas excludentes e positivistas includentes. Nas palavras de Shapiro (2011, p. 271), ambas as correntes estariam comprometidas com aquilo que ele denomina de *Ultimacy Thesis*, ou seja, a tese de que fatos sociais constituem de forma última o conteúdo do direito. Contudo, somente o positivismo excludente aceita a tese da exclusividade, segundo a qual somente

---

<sup>8</sup> A tese da convencionalidade, apesar de possuir papel central na tradição positivista, não é aceita de modo unânime pelos filósofos juspositivistas contemporâneos. Scott Shapiro afirma que “o convencionalismo não é uma teoria positivista” e que “o convencionalismo privilegia convenções a um nível não-último (*nonultimate*): convenções determinam o conteúdo do direito apenas em virtude do fato de que a moralidade requer que o faça. Convencionalistas, em outras palavras, são jusnaturalistas que acreditam que a moralidade política exige deles agir como se fossem positivistas jurídicos excludentes” (SHAPIRO, 2011, p. 297). Julie Dickson afirma que a abordagem convencionalista de Hart (*conventionalist turn*) somente ocorreu no pós-escrito ao CL e que o ideal seria “deixar a terminologia convencionalismo de lado” (DICKSON, 2007, p. 402). Kevin Toh assevera que o convencionalismo dificulta a teoria positivista e propõe uma nova tese da predicação (TOH, 2010a; 2010b). Duarte D’almeida também parece rejeitar a tese da convencionalidade ao criticar a ideia de que a regra de reconhecimento possa ser fixada por acordo ou por uma prática convergente (DUARTE D’ALMEIDA, 2016, p. 190).

<sup>9</sup> Mesmo entre aqueles que adotam a tese da convencionalidade existe uma corrente, capitaneada por Andrei Marmor, que sustenta que Hart teria reconhecido a existência das convenções sociais coordenativas, enquanto, para aquele, as convenções que formam as regras sociais seria convenções constitutivas. A tese será melhor trabalhada oportunamente.

fatos sociais constituem o direito. Para os positivistas incluídos, conquanto neguem que a juridicidade de uma norma necessariamente dependa de seus méritos morais substantivos, existe a possibilidade conceitual de que sistemas jurídicos possuam entre seus critérios últimos de validade normas morais, argumento que ficou conhecido como a tese da incorporação (HIMMA, 2004).

Finalmente, o positivismo jurídico reconhece o direito como um instrumento de controle social – o elemento conceitual menos controverso de todos aqueles imputados ao positivismo, nos dizeres de Marmor –, “e como qualquer instrumento, o direito pode ser mais ou menos adequado às suas tarefas, mais ou menos eficiente” (MARMOR, 2006, p. 685), o que não significa dizer que não possua valor moral ou que não seja necessariamente bom.

Traçado um brevíssimo e amplo panorama do positivismo jurídico contemporâneo, é necessário agora descrever, também sucintamente, a teoria do direito idealizada por H.L.A. Hart, voltando as atenções à regra social que ele denominou de regra de reconhecimento e foi objeto da crítica de Dworkin.

Hart foi o principal desenvolvedor, e também crítico, da teoria imperativista do direito formulada por John Austin. Hart propõe-se a demonstrar, em análise ao exemplo dado por Austin do assaltante que obriga sua vítima a entregar-lhe a bolsa, que o direito não é composto, tão somente, de ordens baseadas em ameaças, mas fundado em controle por diretrizes gerais, sendo que o comando e sua aceitação, diversamente do preconizado por Austin, são derivados do respeito pela autoridade e não em virtude do apelo ao medo.

Desenvolvendo sua teoria, Hart propõe, portanto, que nem sempre as regras jurídicas genuínas serão coercivas. Em algumas hipóteses, as normas não estabelecem deveres ao destinatário, mas, ao contrário, conferem poderes. Por essa razão, dar tratamento uniforme a todas as regras levaria a uma distorção na descrição do fenômeno jurídico. Essas regras coercivas, ou de execução, são chamadas regras primárias, pois determinam o que as pessoas podem ou não fazer.

Contudo, um modelo completamente baseado em regras primárias seria uma forma simples de estrutura social possuidora de três defeitos, quais sejam: a presença de incerteza, ante a ausência de um sistema jurídico propriamente dito; o caráter estático de suas normas, que não poderiam ser alteradas intencionalmente (é

dizer, a emergência de um costume seria a única maneira de se alterar o direito); e a ineficácia da pressão social realizada sobre os oficiais (agentes responsáveis pela aplicação e criação do direito). Assim, a forma de se superar os problemas seria a suplementação das regras primárias por regras secundárias que serviriam como remédios para aqueles defeitos principais.

As regras secundárias, Hart diz, possuem natureza diversa das regras primárias e sua introdução em um sistema social pode ser reconhecida como a passagem de um estágio pré-jurídico para o mundo jurídico. Enquanto as regras primárias, como disse, são direcionadas aos atos de cada indivíduo, as regras secundárias são voltadas para as próprias regras primárias e são capazes de especificar as formas como as regras primárias são criadas, identificadas, alteradas e aplicadas.

As três regras secundárias mencionadas por Hart são responsáveis por solucionar os problemas existentes naquele sistema jurídico primitivo. As regras de alteração<sup>10</sup> visam à correção do caráter estático do sistema. Por sua vez, as regras de julgamento (*adjudication*) pretendem solucionar o problema da ineficácia.

Porém, a mais proeminente regra secundária é a que serve como remédio para a incerteza do sistema jurídico e a ela Hart denominou regra de reconhecimento. O objetivo da regra de reconhecimento é estabelecer os critérios que deverão ser seguidos pelas demais regras a fim de que possam ser chamadas de direito. Tal regra, diversamente das primárias, surge da própria prática social, sendo, pois, uma regra social.

Hart ensina que a regra de reconhecimento decorre da prática geral de identificação das regras do sistema por meio dos critérios múltiplos por ela fornecidos, que podem incluir uma constituição escrita, a promulgação de uma lei pelo legislativo ou precedentes judiciais (HART, 1994, p. 101). Além disso, a aceitação da regra de reconhecimento pelos oficiais do sistema é requisito necessário para sua existência<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Hart também caracteriza as regras de alteração como regras que conferem poderes (*power-conferring rules*) e permitem que os indivíduos realizem contratos, testamentos, transferências de propriedade (HART, 1994, p. 96).

<sup>11</sup> A aceitação de uma regra decorre do que Hart denominou de ponto de vista interno. O conceito é crucial para a obra do autor, porém não o apresentarei neste momento por possuir importância significativa para a discussão sobre a qual se foca o Capítulo 3 deste trabalho. Registro tão somente

Podemos concluir, então, que as regras jurídicas primárias podem ser consideradas existentes em uma comunidade a partir do momento em que a maioria dos membros daquela comunidade – notadamente os oficiais – possui uma postura de regular suas condutas a partir da aceitação daquelas regras.

## 1.2. O desafio dworkiniano

Ronald Dworkin<sup>12</sup> afirma no primeiro capítulo de sua célebre obra *LE*, que seu livro é sobre desacordos teóricos em direito e possui o propósito de entender esse tipo de desacordo e construir uma teoria sobre os fundamentos do direito, uma vez que “nossa jurisprudência (*jurisprudence*) não possui uma teoria plausível sobre os desacordos teóricos” (DWORKIN, 1986, p. 6).

Para Dworkin, o conceito de direito possui uma natureza interpretativa. Assim, as teorias comprometidas com a tese da convencionalidade e com a visão do simples fato (*plain-fact view*)<sup>13</sup> – como é o caso do positivismo jurídico –, segundo as quais o direito é somente aquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado, seriam incapazes de explicar adequadamente a natureza do direito em razão de seu compromisso com uma teoria semântica do direito, ou seja, uma teoria sobre o sentido da palavra direito, infectada pelo “ferrão semântico” (*semantic sting*).

Como a regra de reconhecimento hartiana é uma regra social, existente em razão da prática convergente de aceitação pelos oficiais do sistema, Dworkin visualiza um especial e grave defeito na teoria positivista: se o Direito é uma prática

---

que Hart afirma que um sistema jurídico existe se estiverem presentes a obediência ordinária dos cidadãos e a aceitação pelos oficiais das regras secundárias como padrões comuns de comportamento (HART, 1994, p. 117).

<sup>12</sup> No artigo *Model of Rules II*, publicado no livro *Taking Rights Seriously*, Dworkin apresenta uma versão simplificada da crítica a respeito das controvérsias no direito ao afirmar que “a teoria da regra social não é nem mesmo uma explicação adequada da moralidade convencional”, pois “não consegue explicar o fato de que mesmo quando as pessoas consideram uma prática social como uma parte necessária dos fundamentos para se reivindicar um dever, elas ainda podem discordar sobre o escopo daquele dever” (DWORKIN, 1978, p. 54).

<sup>13</sup> Duarte d’Almeida apresenta uma descrição completa do argumento dworkiniano e uma defesa sofisticada do positivismo contra essa objeção, que pode ser assim resumido: “Dworkin está certo que a visão do simples fato é falsa. Não é verdade que enunciados internos do direito podem ser demonstrados verdadeiros ou corretos somente baseados em enunciados fáticos e externos. E daí? Ele está errado que positivistas jurídicos – ou pelo menos positivistas jurídicos que sustentam algo similar às visões de Hart – tenham a endossado. Pelo contrário, parece que Hart rejeitou (ou teria rejeitado) a visão do simples fato pelas mesmas razões que Dworkin tenta usar contra ele” (DUARTE D’ALMEIDA, 2016, p. 186).

interpretativa com divergências acerca de seus conceitos, como seria possível a existência de um acordo – sobre a regra de reconhecimento – que definisse como o direito pode ser identificado?

Para explicar seu argumento acerca dos desacordos, Dworkin apresenta uma distinção entre proposições jurídicas (*propositions of law*) e fundamentos do direito (*grounds of law*). As proposições jurídicas são "todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza" (DWORKIN, 1986, p. 4). Por essa razão, sempre que existirem disputas sobre a identidade do direito, sobre se as proposições jurídicas são válidas, presente estará uma espécie de desacordo chamado desacordo empírico, que não representaria qualquer problema para o positivismo.

De seu lado, fundamentos do direito são tipos específicos que conferem validade às proposições jurídicas ou, nas palavras de Dworkin, permitem que se descubra se uma proposição jurídica é verdadeira. Assim, a fim de se verificar a validade de uma proposição será necessário avaliar se as condições ou critérios estabelecidos pelos fundamentos do direito foram alcançados. Da discordância sobre os fundamentos do direito, ou seja, acerca de quais são os elementos que tornam uma dada regra direito, surgem os desacordos teóricos:

Ou eles poderiam discordar sobre os fundamentos do direito, sobre quais outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma certa proposição jurídica. Eles podem concordar, de modo empírico, quanto àquilo que a legislação e as decisões judiciais passadas têm a dizer sobre a indenização por danos provocados por companheiros de trabalho, mas discordar quanto àquilo que a lei das indenizações realmente, é, por divergirem sobre a questão de se legislação e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito. Poderíamos dar a isso o nome de desacordo 'teórico' sobre o direito (DWORKIN, 1986, p. 5).

Vale ressaltar que a diferenciação proposta por Dworkin entre desacordos teóricos e desacordos empíricos não se afigura suficientemente capaz de distinguir o rol de desacordos existentes no direito. A título de exemplo, Thomas Bustamante (2012) subdivide os desacordos teóricos em desacordos meta-interpretativos e desacordos conceituais, sendo os primeiros aqueles que dizem respeito às teorias meta-interpretativas que são pressupostas pelos fundamentos do direito e os segundos os relacionados à estrutura que torna algo direito.

Importante notar o que ensina Dan Priel sobre os desacordos a respeito dos fundamentos do direito. Em sua leitura de Dworkin, eles seriam desacordos sobre a teoria política que subjaz o fato de que atos do parlamento, por exemplo, são fontes do direito (PRIEL, 2010, p. 18), o que reforça a percepção de Bustamante acerca da existência de uma subespécie de desacordo teórico conceitual.

Por sua vez, Dennis Patterson sustenta a existência de três formas de desacordos teóricos sobre o direito. Os desacordos sobre as fontes do direito dizem respeito a se uma lei ou prescrição constitucional é saliente para decidir um caso concreto. O segundo tipo de desacordo teórico diz respeito à forma como os juristas devem interpretar uma fonte jurídica. Por fim, existem os desacordos sobre a validade da forma de se interpretar uma fonte jurídica. A título de exemplo, Patterson afirma que, para alguns juízes americanos, o originalismo é a única forma válida de interpretação, tornado todas as demais inválidas *ab initio* (PATTERSON, 2011, 14-15).

Kenneth Himma também apresenta uma distinção entre os desacordos benignos, ou seja, aqueles que ocorrem quando o desacordo é consistente com o reconhecimento mútuo de um critério como legalmente autoritativo, e os desacordos malignos, que ocorreriam quando o desacordo não for benigno, incluindo-se, aqui, disputas sobre a autoridade jurídica de um critério relevante, sendo certo que somente haverá desacordos fundamentais, e portanto relevantes para o direito, nas hipóteses de ocorrência de desacordos malignos (HIMMA, 2002, p. 154).

Andrea Dolcetti e Giovanni Ratti propõem uma taxonomia mais aprofundada dos desacordos. Para eles, quatro seriam os tipos de desacordos: de reconhecimento, interpretativos, decisoriais (*decisionales*) e axiológicos. Os desacordos de reconhecimento são centrais no pensamento jurídico e ocorrem em situações nas quais diversos operadores do direito mantêm concepções divergentes das fontes válidas em um determinado sistema. Os desacordos interpretativos são similares ao segundo tipo descrito por Patterson, pois dizem respeito às hipóteses em que estão presentes concepções diversas e divergentes sobre o significado de uma determinada fonte do sistema jurídico. Desacordos decisoriais surgem quando juízes distintos encontram soluções diferentes para situações idênticas. Finalmente, existem os desacordos axiológicos, que perpassam os três outros tipos de desacordos e são

definidos como aquelas situações em que diversos operadores do direito defendem concepções divergentes sobre a existência ou o conteúdo de valores<sup>14</sup> (DOLCETTI; RATTI, 2012, pp. 185-187).

Brian Leiter também descreve a crítica de Dworkin afirmando que os desacordos teóricos são desacordos acerca dos critérios de validade jurídica. Em outras palavras, e usando a terminologia dworkiniana, o autor afirma que as divergências sobre os fundamentos do direito dizem respeito aos desacordos sobre se uma norma juridicamente vinculante deve ser encontrada necessariamente em uma lei promulgada ou em uma decisão judicial (LEITER, 2009, p. 1216).

Contudo, tendo em vista que nenhum dos participantes dos desacordos disputa acerca de se leis e decisões judiciais são fundamentos do direito, os desacordos teóricos se referem ao significado das fontes do direito, podendo haver divergência sobre o significado do texto ou sobre a correta teoria da interpretação que melhor explique o motivo de o texto significar o que significa (LEITER, 2009, p. 1217). Além disso, os desacordos sobre as intenções do legislador seriam desacordos empíricos<sup>15</sup>.

Entre todas, a mais completa classificação dos desacordos em direito foi desenvolvida por Diego Papayannis e Lorena Ramírez Ludeña, que apontaram a existência de seis tipos de desacordos (PAPAYANNIS; LUDEÑA, 2012, pp. 219-222):

- i) sobre qual é a regra de reconhecimento: desacordos sobre os critérios que as normas devem satisfazer para garantirem sua validade no sistema;
- ii) sobre quais são as fontes-processo do sistema: apesar de parecerem desacordos sobre os critérios da regra de reconhecimento, pois se referem à

---

<sup>14</sup> Na verdade, esses dois últimos não podem ser considerados tipos diversos de desacordo. O que os autores denominam de desacordo decisional nada mais é que não o próprio resultado da existência de desacordos teóricos no direito. Quanto aos desacordos axiológicos, apesar da utilização da expressão “valores”, dizem respeito aos desacordos sobre os fundamentos do direito, tal como postulado por Dworkin. Desse modo, ambas as classificações devem ser descartadas, por não acrescentarem nada ao debate.

<sup>15</sup> O problema dessa definição acerca das intenções do legislador como desacordo empírico é a existência de teorias interpretativas que não admitem a busca por tais intenções. Assim, os desacordos, em último grau, seriam sobre o método interpretativo, que, indiscutivelmente, é uma forma de desacordo teórico.

discussão acerca dos costumes, precedentes e pactos históricos, são tipos de desacordos diversos daqueles por tratarem de um nível diverso<sup>16</sup>;

iii) sobre quais são as fontes-produto do sistema: mesmo que concordem sobre a regra de reconhecimento e sobre as fontes-processo, pode haver desacordo sobre se uma determinada fonte é parte de um determinado ramo do direito;

iv) sobre os critérios interpretativos: desacordos acerca da validade dos cânones interpretativos;

v) sobre o significado das fontes-produto: diz respeito à divergência sobre o significado de uma certa disposição normativa;

vi) sobre a solução para um caso específico: o acordo em todos os demais níveis não garante acordo sobre a solução normativa no nível concreto, podendo ocorrer uma forma de metadesacordo a respeito de termos morais em um sistema jurídicos específico.

Finalmente, Giovanni Ratti e Jordi Beltrán, discordando das posições acima, entendem que os desacordos teóricos em sentido próprio limitam-se àqueles que decorrem de teorias que juristas empregam quando tratam da identificação das fontes do direito, devendo os desacordos envolvendo validade ou cânones interpretativos ser chamados de desacordos interpretativos (BELTRÁN; RATTI, 2013).

Em suma, o argumento dos desacordos teóricos afirma que o positivismo não seria capaz de reconhecer que os fundamentos do direito possam ser objeto de controvérsia, uma vez que estes sempre serão observados de forma empírica e dependerão da convergência sobre os critérios pelos oficiais – tal como ocorre na regra de reconhecimento de Hart.

Na verdade, o que Dworkin pretende é afirmar que se os juristas, na visão positivista, concordam sobre os fatos sociais historicamente relevantes sobre um direito, eles não poderão divergir sobre a aplicação de uma concepção daquele direito, pois, caso contrário, os juristas estariam divergindo sobre o que é o direito propriamente dito, falando um por sobre o outro (*talking past each other*), portanto,

---

<sup>16</sup> Essa espécie de desacordos guarda semelhança com os desacordos conceituais propostos por Bustamante, na medida em que não se referem aos critérios da regra de reconhecimento, mas à própria regra.

inexistindo divergência real em razão da ausência de comunicação sobre o mesmo assunto.

Aliás, como leciona Federico Arena (2012), haveria dois argumentos envolvendo os desacordos. O argumento conceitual, que afirma a impossibilidade de o convencionalismo dar conta da objetividade do direito, e o argumento hermenêutico, que sustenta que o convencionalismo não pode dar conta das crenças dos juízes. A versão conceitual afirma a existência de uma intuição difundida a respeito da objetividade do direito, no sentido de que há uma resposta certa para cada caso. Como o convencionalismo sustenta a existência de uma prática convergente e, ainda assim, existem divergências a respeito de qual seria a resposta correta, a objetividade do direito seria incompatível com seu caráter convencional. Já a versão hermenêutica difere no sentido de que a intuição seria que juristas em geral creem na existência de uma resposta correta e como, na prática, eles divergem, a crença na objetividade do direito também seria incompatível com seu caráter convencional.

### **1.3. Os desacordos teóricos na prática**

A fim de comprovar sua tese, Dworkin<sup>17</sup> analisa os casos Elmer, *Snail Darter*, McLoughlin e Brown, que apresentariam em comum a presença de desacordos teóricos durante seu julgamento. Ainda, no livro *Justice in Robes* (2006), Dworkin apresenta o caso Sorenson.

O caso Elmer, também conhecido como *Riggs v. Palmer*, discutiu, no final do século XIX, se o neto que assassinou seu avô (Francis Palmer) teria direito à percepção da herança deixada pelo último. Como aponta Dworkin, Elmer matou seu avô por envenenamento por medo de que o testamento, que o apontava como maior beneficiário dos bens, pudesse ser alterado em virtude de recente casamento de seu

---

<sup>17</sup> No artigo *Model of Rules I*, publicado em *Taking Rights Seriously*, Dworkin descreve o caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* Conquanto não tenha apontado o caso como um exemplo de desacordo teórico – mesmo porque a conceituação ainda não havia sido realizada por ele até aquele momento –, é possível se afirmar com segurança que aquele poderia ser mais um dos exemplos de Dworkin, uma vez que a disputa dizia respeito à interpretação de princípios como o da liberdade contratual e da boa-fé (DWORKIN, 1978, pp. 23-24).

avô. Assim, as filhas de Francis propuseram demanda contra Elmer, argumentando que o direito não lhe permitia ser legatário dos bens daquele que assassinou.

O caso Elmer seria uma hipótese de desacordo teórico, pois, em que pese a lei não possuir qualquer linha de vagueza ou ambiguidade, ainda assim os juízes divergiram “sobre o que o direito era, sobre o que a lei exigia quando adequadamente interpretada” (DWORKIN, 1986, p. 16). Assim, “o destino de Elmer dependerá das convicções interpretativas de um dado grupo de juízes que decidem seu caso” (DWORKIN, 1986, p. 87).

Analisando detidamente o caso, Leiter (2009) aponta que o desacordo presente no caso Elmer não se deu exatamente da forma como Dworkin descreveu. De fato, a posição majoritária afirma que o legislador nunca teria pretendido que uma pessoa como Elmer, que se beneficiaria de sua própria torpeza, fosse beneficiado com a herança. No entanto, o posicionamento da minoria não passava pelo questionamento sobre o que a lei regente dos testamentos exigiria quando adequadamente interpretada, uma vez que seu entendimento era o de que, se a lei é clara, não há espaço para a realização de juízos de equidade<sup>18</sup>.

Assim, entendo não ser possível falar-se em desacordo teórico sobre o real significado do texto legal regente do caso Elmer, mas na existência de um desacordo teórico do tipo meta-interpretativo<sup>19</sup>, pois a disputa seria sobre qual o melhor método interpretativo a ser aplicado ao caso, se a busca pelas intenções do legislador, visando a um resultado não absurdo, ou a aplicação do sentido literal do texto legal, na presença de clareza<sup>20</sup>.

Por sua vez, o caso *snail darter (TVA v. Hill)*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no final da década de 1970, tratou da possibilidade de que a construção de uma barragem pela TVA (*Tennessee Valley Authority*) pudesse causar a extinção de um peixe conhecido como *snail darter*, que tinha o local da obra como único habitat natural. Dworkin emoldura bem o cenário, indicando que a barragem já havia consumido mais de cem milhões de dólares – em valores da época, o que

---

<sup>18</sup> No mesmo sentido, cf. PATTERSON, 2018, pp. 12-13.

<sup>19</sup> Se utilizarmos a classificação de Dolcetti e Ratti que apresentei na seção anterior, o exemplo poderia ser considerado como uma forma de desacordo de reconhecimento, pois estaria em disputa se o princípio segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza seria uma das fontes do direito. Contudo, não parece que esse tenha sido o foco da divergência havida no caso.

<sup>20</sup> A discussão sobre a natureza do desacordo terá impacto no momento da análise da aplicação da resposta de Scott Shapiro.

representaria um montante substancialmente maior atualmente –, enquanto o peixinho, de cerca de 8 centímetros, não possuía beleza, interesse biológico ou importância ecológica especiais (DWORKIN, 1986, p. 21).

Nessa demanda, a *TVA* afirmou que a medida tomada pelo Ministro do Interior dos Estados Unidos da América seria posterior ao início da construção da barragem e as palavras “ações autorizadas, financiadas ou realizadas” (DWORKIN, 1986, p. 21) contidas no *Endangered Species Act* diriam respeito ao início de um projeto e não à conclusão de projetos iniciados anteriormente. Além disso, o próprio Congresso Americano havia autorizado dotação de recursos especialmente destinados à continuidade da obra.

O desacordo teórico se fez presente no caso, ficando patente no momento em que a posição vencedora da Suprema Corte, encabeçada pelo Justice Burger, deu-se no sentido de que, “quando o texto é claro, a Corte não possui o direito de negar-se a aplicá-lo simplesmente porque ela crê que o resultado é tolo” (DWORKIN, 1986, p. 21), enquanto o voto dissidente do Justice Powell, ao afirmar que a posição da maioria acabava por conferir uma interpretação absurda, sustentou que “quando a história legislativa, como neste caso, não necessita ser interpretada para se chegar a tal resultado, eu vejo como dever desta Corte adotar uma interpretação permissível que se conforme com alguma medida de senso comum e de bem comum” (DWORKIN, 1986, p. 23).

Dworkin, então, aponta que os juízes não divergiram sobre nenhum fato histórico, sobre o estado mental dos congressistas no momento da votação da lei em comento ou sobre a fidelidade ao direito, mas, sim, sobre a questão de direito, sobre como os juízes devem decidir um caso como esse (DWORKIN, 1986, p. 23). Aqui, tal como no caso *Elmer*, fica clara a existência de um desacordo meta-interpretativo – se deve ser priorizada a letra da lei ou os resultados dele decorrentes –, o que não parece ser uma conclusão da qual Dworkin discordaria.

O terceiro exemplo de desacordo teórico apresentado por Dworkin em *LE* é o caso *McLoughlin*, decidido no Reino Unido. Nesta demanda, a Sra. McLoughlin foi informada por um vizinho de que seu marido e os quatro filhos envolveram-se em um acidente automobilístico. Chegando ao hospital, ela soube que sua filha havia morrido e os demais encontravam-se em estado grave, vindo a ter um colapso nervoso. Por

esses fatos, a Sra. McLoughlin propôs uma demanda contra o motorista que causou o acidente.

A divergência teórica presente no caso guarda relação com a doutrina dos precedentes judiciais. É que os precedentes existentes nas cortes britânicas se referiam a pessoas que tiveram colapsos nervosos no local do acidente. Como no caso da Sra. McLoughlin a situação era diversa, o juiz de primeiro grau negou-lhe o direito. Após um recurso infrutífero ao Tribunal de Apelação, o caso foi remetido à *House of Lords*. A decisão acabou sendo anulada, sob o fundamento de que os argumentos utilizados pela corte inferior não subsistiriam. Contudo, dois dos lordes afirmaram que os precedentes somente poderiam ser diferenciados (*distinguished*) caso os princípios morais fossem diversos do caso em questão, o que não teria ocorrido.

Uma vez mais, Dworkin apresenta um exemplo de desacordo meta-interpretativo. Agora, no entanto, trata-se de uma divergência sobre quando uma decisão judicial passada servirá como precedente para o caso examinado, ou seja, se seria aplicada uma teoria estrita ou relaxada dos precedentes (DWORKIN, 1986, p. 24).

O quarto e último exemplo de desacordo apontado em *LE* foi o caso *Brown*. O caso *Brown v. Board of Education* é mais uma hipótese de desacordo meta-interpretativo do tipo relacionado com a aplicação de precedentes judiciais. A demanda, apresentada durante o período de segregação racial nos estados sulistas dos Estados Unidos da América, dizia respeito à frequência de crianças negras a uma escola em Topeka, no estado do Kansas. Havendo precedente que autorizava a segregação<sup>21</sup>, a divergência encontrava-se no papel da Suprema Corte ao decidir o caso. Como aponta Dworkin, os argumentos da comunidade jurídica pendiam entre a necessidade de manutenção de um precedente bastante antigo – também que, se a Constituição Americana não previa qualquer restrição à segregação, sua limitação seria um caso de emenda ilícita – e a natureza imoral da manutenção da segregação.

Dworkin ainda aponta uma outra hipótese de desacordo. O caso *Sorenson* foi descrito no livro *Justice in Robes* (DWORKIN, 2006) como uma resposta a Hart acerca da versão do arquimediano existente em *CL*. No exemplo hipotético, a Sra.

---

<sup>21</sup> A segregação racial nos EUA foi institucionalizada a partir da decisão da Suprema Corte proferida no caso *Plessy v. Ferguson*, no qual foi aplicada a doutrina do “*separate but equal*”.

Sorenson sofria com artrite reumatoide e usou um medicamento genérico chamado *inventum*, o qual era produzido por diversas companhias farmacêuticas ao longo dos anos. Em razão de efeitos colaterais que as empresas deveriam conhecer, a Sra. Sorenson sofreu danos cardíacos permanentes. Como ela não seria capaz de individualizar a conduta de todas as fabricantes do medicamento, a Sra. Sorenson propôs uma demanda contra todas, visando alcançar uma indenização que fosse compartilhada por elas, na proporção que cada uma possuísse do mercado.

Para Dworkin, ao decidir um caso como esse, os juízes deveriam levar em conta os princípios gerais que subjazem e justificam o direito estabelecido. Na visão do autor, Hart proporia uma solução diversa, baseada na chamada tese das fontes, buscando nas fontes sociais do direito os critérios para sua identificação. Assim, o simples fato de poder existir uma divergência como a apresentada, indica a existência de um desacordo teórico que seria de solução impossível por meio da busca pelos critérios de juridicidade.

Além dos exemplos de Dworkin, são encontrados na literatura ainda outros casos em que estariam presentes desacordos teóricos. Entre eles está o famoso caso *Factortame*, citado por Thomas Bustamante (2012, p. 8). A disputa judicial travada entre *Factortame Ltd.* e *Secretary of State for Transport* foi decidida pela *House of Lords*, no Reino Unido, e, posteriormente, pela Corte Europeia de Justiça. A demanda envolveu a divergência na aplicação do *Merchant Shipping Act* de 1988, pois uma de suas disposições contrariava normas do direito comunitário europeu, que havia sido incorporado ao sistema jurídico britânico por meio do *European Communities Act* de 1972.

Como bem aponta Neil MacCormick (1999), o caso levantou a discussão a respeito da própria soberania parlamentar existente até então no Reino Unido, bem assim da aplicabilidade do brocardo *lex posterior derogat priori*, uma vez que a regra comunitária, anterior, acabou por prevalecer sobre a provisão interna, posterior.

Bustamante apresentou o caso como uma espécie de desacordo teórico conceitual, na medida em que “a Casa dos Lordes deveria decidir se o Parlamento estaria habilitado a emendar a própria regra de reconhecimento”, revelando um desacordo sobre o “significado das regras institucionais da constituição” e cuja

solução seria “crucial para determinar a reais competências do Parlamento” (BUSTAMANTE, 2012, p. 8).

Além desse exemplo, Kevin Toh aponta *Marbury v. Madison* – a célebre demanda que inaugurou a jurisdição constitucional nos Estados Unidos – como uma hipótese de desacordo teórico do tipo descrito por Dworkin, pois tratou “dos critérios de juridicidade mais fundamentais do sistema jurídico” (2010, p. 338). Aqui está presente um segundo exemplo de desacordo teórico conceitual do tipo descrito por Thomas Bustamante.

Em meu entendimento, os exemplos dados por Bustamante e Toh são muito mais significativos do que todos aqueles apresentados por Dworkin em suas obras, por dizerem respeito a desacordos que atingem diretamente a questão sobre quais são os critérios de validade presentes na regra de reconhecimento, não podendo ser descritos como desacordos acerca da melhor teoria interpretativa.

Importante ressaltar que, apesar de os exemplos apontados dizerem respeito a situações de penumbra ou a grandes controvérsias constitucionais, para Dworkin, os desacordos não estão limitados às divergências de opinião observadas nos casos difíceis (*hard cases*) ou somente em relação a resultados marginais, mas, também em relação aos critérios fundamentais que guiam as decisões judiciais, desacordos nucleares do próprio conceito de direito:

Como foi visto, o propósito primordial de Dworkin ao abordar uma série de casos difíceis durante o primeiro capítulo de *Law's Empire* é sustentar que as diferenças de opinião que ocorrem em tais casos são desacordos teóricos - desacordos de um tipo que supostamente não pode ser reconhecido por positivistas jurídicos. O que se revela é que as divergências entre juízes dentro de um determinado sistema jurídico ocorrem não apenas em relação a resultados específicos (resultados limítrofes), mas também em relação aos critérios fundamentais que orientam as decisões dos juízes sobre a existência e conteúdo das normas jurídicas (KRAMER, 1999, pp. 135-136).

#### **1.4. O papel central da objeção de Dworkin**

A questão dos desacordos teóricos vem sendo discutida desde a publicação do Império do Direito por diversos autores vinculados à tradição positivista. No entanto, o tema ganhou força após a publicação do artigo *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*, de Scott Shapiro, no qual o autor afirmou que o

desafio proposto por Dworkin é "a mais séria ameaça ao positivismo jurídico no início do século XXI" (SHAPIRO, 2007, p. 54)<sup>22</sup>.

Em outro artigo, Shapiro deixa clara sua concordância com a crítica de Dworkin, apontando que a explicação de Hart acerca dos critérios de validade é seriamente defeituosa, na medida em que a existência de desacordos difundidos sobre tais critérios indicaria a ausência de consenso total, fazendo com que este não possa ser uma condição necessária para a formação do conteúdo da regra de reconhecimento (SHAPIRO, 2009)<sup>23</sup>.

Shapiro sustenta a legitimidade dos desacordos teóricos e defende que os positivistas, a fim de comprovarem a adequação de seu modelo de teoria do direito, devem enfrentar, categoricamente, a crítica:

Colocando o desafio de Dworkin na linguagem da análise conceitual que temos usado ao longo deste livro, podemos dizer que Dworkin demonstrou ser um truísmo sobre a prática jurídica que, na ausência de alguma definição autorizada do assunto, os desacordos teóricos são legítimos. Debates sobre quais textos legais devem ser lidos estrita ou amplamente; de acordo com significados públicos originais, costumes sociais em evolução, tradições profundamente arraigadas, intenções dos designers do sistema (*framers*), aplicações esperadas, ou princípios morais, com deferência para a interpretação judicial passada, agências administrativas, escritores de tratados, ou leis de outras nações; ou em conjunto com a história legislativa ou disposições textuais similares, ou isoladamente, são ocorrências absolutamente comuns em muitos sistemas jurídicos modernos. Dworkin apontou que o positivismo jurídico, pelo menos como é atualmente concebido, não pode dar sentido a esse truísmo e, portanto, é incapaz de explicar uma característica central da prática jurídica (SHAPIRO, 2011, pp. 291-292).

Posteriormente ao alerta de Shapiro, diversos autores passaram a debruçar-se sobre o tema, alguns avaliando a resposta apresentada por Shapiro e outros diversos analisando a própria estrutura e existência dos desacordos no Direito, tendo alguns autores, contudo, diminuído a solidez do argumento e questionado até mesmo a existência dos desacordos teóricos.

---

<sup>22</sup> Antes mesmo de Shapiro, Matthew Kramer também já havia reconhecido que o alerta de Dworkin para a questão da alegada incapacidade de o positivismo jurídico explicar a existência de desacordos teóricos no direito deveria ser bem recebida pelos positivistas, por ser um argumento salutar ao demonstrar que, de acordo com a concepção hartiana da regra de reconhecimento, deve haver harmonia entre os oficiais (KRAMER, 1999, pp. 145-146).

<sup>23</sup> Como será visto no próximo capítulo, Kramer rejeita categoricamente esta visão a respeito da regra de reconhecimento. Em sua visão, com a qual concordo, não há nada na teoria de Hart que exija consenso ou convergência total entre os oficiais a respeito dos critérios da regra de reconhecimento. Cf. KRAMER, 2009, pp. 142-146; 2013, pp. 44-49;

Em virtude da facilidade de categorizar as modalidades de respostas apresentadas, no próximo capítulo serão apresentadas as principais respostas dadas ao argumento de Dworkin, que serão analisadas criticamente em relação a sua solidez e plausibilidade.

## 2. ALGUMAS RESPOSTAS AO DESAFIO DWORKINIANO

O objetivo deste capítulo é apresentar algumas das mais variadas respostas encontradas na literatura ao problema dos desacordos teóricos. Para tanto, é útil agrupá-las em categorias, em razão das características que as aproximam, especialmente quando os autores se encontram inseridos na mesma tradição positivista.

### 2.1. As teses da irrelevância ou inexistência de desacordos e a defesa “*borderline*”

O primeiro autor a rebater os argumentos das controvérsias no direito foi Jules Coleman, no artigo *Negative and Positive Positivism* (1982), em que responde às críticas iniciais elaboradas por Dworkin no artigo *Model of Rules II*, especificando distintos argumentos elaborados contra a tese do positivismo convencionalista (*law-as-convention positivism*). O foco inicial de Coleman é a defesa contra o que Dworkin chamou de teste do pedigree.

Em síntese, Coleman afirma que os desacordos em direito não colocam em dúvida qual o conteúdo da regra de reconhecimento, mas, sim, quais normas satisfazem os padrões nela definidos. Assim, o comportamento divergente entre os oficiais não levaria ao colapso da aceitação da regra de reconhecimento, pois a divergência dependeria, em último grau, da aceitação da mesma regra de reconhecimento.

Posteriormente, no artigo *Incorporationism, Conventionality, and The Practical Difference Thesis* (2001), Coleman, ao buscar compatibilizar a tese da incorporação com a do convencionalismo, sustenta que a crítica de Dworkin desenvolvida em *LE* falha ao não diferenciar uma regra daquilo que nela se enquadra, pois uma regra não pode ser definida por sua extensão. Desse modo, se os desacordos sempre serão sobre o que a regra de reconhecimento exige, o desacordo sobre seus requerimentos não seria incompatível com o convencionalismo, especialmente se se considerar que poderia até mesmo haver

um entendimento sobre as maneiras como os desacordos sobre os requisitos de uma regra de reconhecimento seriam solucionados.

No mesmo sentido é a resposta do próprio Hart, lançada no pós-escrito ao *CL*, afirmando que os desacordos teóricos são uma mera discussão acerca da aplicação da regra de reconhecimento. A desavença surgiria pela incorporação de princípios e valores morais integrados à regra de reconhecimento, algo que não traria qualquer problema para a concepção positivista de direito. Com efeito, para Hart, assim como para Coleman, a discordância seria quanto à satisfação dos testes ou critérios e não sobre quais eles são.

Além disso, Hart, ao defender-se das críticas relacionadas à tese do simples fato (*plain-fact view*) e do ferrão semântico (*semantic sting*), afirma que, apesar de ter baseado sua teoria na ideia de que sistemas jurídicos evoluídos contêm uma regra de reconhecimento que fornece os critérios de identificação das normas jurídicas, ele não sustenta nem que a regra de reconhecimento deva fazer parte de todo e qualquer sistema jurídico, como parte da palavra direito, nem que "se os critérios para a identificação dos fundamentos do direito não fossem fixados de maneira incontroversa, a palavra direito significaria coisas diferentes para pessoas diferentes" (HART, 1994, p. 246). Hart também relembra, em seu pós-escrito, que desde a primeira edição de seu livro havia a menção de que o significado de um conceito não se confunde com os critérios para sua aplicação.

Ambos os autores, portanto, tratam o problema dos desacordos como derivados de uma má-interpretação da tese da incorporação, pois, assim como Hart, Coleman aponta sua resposta para a crítica de Dworkin de que a referência à moralidade levaria a desacordos incompatíveis com o caráter convencional da regra de reconhecimento, uma vez que os princípios morais são naturalmente objeto de divergência.

Em sentido semelhante, Dennis Patterson (2011) apresentou sua resposta a Dworkin<sup>24</sup>. O autor propôs-se a examinar o tema dos desacordos teóricos a partir de uma perspectiva da metodologia empregada no raciocínio jurídico, buscando demonstrar inicialmente, a partir de conceitos wittgensteinianos, a existência de

---

<sup>24</sup> Em recente artigo, Patterson (2018) altera sua forma de abordar o problema, de modo a ser inserido na categoria das respostas que envolvem a meta-interpretação. A proposta será analisada na seção 2.2 deste capítulo.

acordos massivos – mesma conclusão a que chega Brian Leiter, como veremos adiante –. Para esse fim, ele inicialmente aponta a existência de diferença entre as ciências naturais e as ciências humanas, utilizando-se da tese proposta por Richard Rorty, segundo a qual o que demarca a matéria não é o objeto sob análise, mas, sim, os métodos de avaliação de cada disciplina, especialmente considerando o fato de que, na ciência natural, os participantes concordam em níveis profundos e permanentes quanto às “metaregras” relacionadas à prática, enquanto nas ciências humanas existe desacordo sobre as “metaquestões” acerca do que determina a correta ou incorreta caracterização de um objeto (PATTERSON, 2011, pp. 5-6).

Voltando sua atenção para o direito, Patterson afirma que uma de suas características é a existência de acordo, pois são recorrentes os momentos em que os participantes parecem se referir aos mesmos padrões quando avaliam uma ação ou evento (PATTERSON, 2011, pp. 7-8). Além disso, a própria normatividade exige dos participantes o emprego dos mesmos modos de avaliação durante a prática, ou seja, o raciocínio jurídico exige um acordo intersubjetivo acerca dos critérios definidores das fontes do direito, como propôs Hart. Mas além disso, Patterson sustenta, com Wittgenstein, que o acordo requerido pela prática também alcança seus juízos. Em síntese, a inexistência de acordo nos momentos de avaliação e juízo das fontes jurídicas impossibilitaria a existência da vida em comum como se conhece, sendo certa a presença de acordos massivos.

O autor afirma que os desacordos teóricos somente ocorrem em um contexto de prática compartilhada, bem assim que não parecem ser uma característica abundante na prática jurídica e, quando ocorrem, são resolvidos pelas presunções, crenças e atitudes compartilhadas pelos praticantes.

Patterson reconhece que sua solução não alcança a prática jurídica existente na comunidade europeia, por exemplo, uma vez que as aludidas presunções não se fazem presentes no nível supra ou pós-nacional. Assim, o debate acaba revelando, na verdade, um contraste entre metodologias diversas, estando de um lado os legalistas e de outro os pragmatistas, esta última tradição sendo a que ele defende, uma vez que quanto mais se sobe a pirâmide da prática jurídica para se alcançar os casos em que presentes os desacordos, menos importante será a definição de uma metodologia, pois o consenso intersubjetivo acaba sendo reduzido.

Com efeito, os exemplos de Dworkin podem levar à equivocada conclusão de que tudo aquilo que pode ser chamado de desacordo teórico diria respeito à divergência acerca da incorporação de elementos da moralidade no direito ou de divergências acerca de métodos interpretativos, pois todos eles se relacionam com tal espécie de desacordos que não representariam um problema para a doutrina positivista, especialmente no que se refere divergência acerca da incorporação de fatos morais à regra de reconhecimento.

Todavia, como penso ter demonstrado, os exemplos fornecidos por Dworkin em *LE* são insatisfatórios para explicar todo o fenômeno dos desacordos teóricos. Porém, o reconhecimento da disputa acerca da possibilidade de alteração da estrutura da regra de reconhecimento em casos como o *Factortame* ou *Marbury v. Madison* como exemplos categóricos de desacordos teóricos afasta por completo a defesa proposta por Hart, Coleman e Patterson, pois, indiscutivelmente, a disputa não está localizada no momento da aplicação dos fundamentos jurídicos, mas, sim, na identificação da sua própria natureza.

Assim, apesar de representar uma boa defesa do positivismo contra os exemplos apresentados por Dworkin, a resposta falha ao admitir somente a existência de desacordos sobre a aplicação dos critérios de validade ou interpretação jurídica ou sobre a incorporação de critérios morais à regra de reconhecimento, quando, na verdade, muito mais pode ser reconhecido como desacordo teórico, como descrevi no primeiro capítulo.

Outro autor que propôs uma resposta baseada na ideia de que Dworkin não foi capaz de demonstrar a existência dos desacordos teóricos foi Kenneth Himma. No artigo intitulado *Ambiguously Stung* (2002), ele apresenta uma distinção entre os desacordos benignos, ou seja, aqueles que ocorrem quando o desacordo é consistente com o reconhecimento mútuo de um critério como legalmente autoritativo, e os desacordos malignos, que ocorreriam quando o desacordo não for benigno, incluindo-se, aqui, disputas sobre a autoridade jurídica de um critério relevante, sendo certo, para ele, que somente haverá desacordos fundamentais nas hipóteses de ocorrência de desacordos malignos (HIMMA, 2002, pp. 154).

Himma sustenta que um desacordo somente será fundamental se for também maligno e, desse modo, refuta a ideia de que Dworkin tenha conseguido

demonstrar a existência de desacordos teóricos fundamentais, pois os casos difíceis apresentados por Dworkin, na verdade, tratariam de disputas acerca da legitimidade moral das cortes e não sobre desacordos a respeito de critérios de validade jurídica:

Consequentemente, o ferrão semântico de Dworkin falha, em parte, porque ele descaracteriza o desacordo que ocorre em casos difíceis como Riggs. Os casos que Dworkin tipicamente cita como exemplos de disputas centrais (*pivotal disputes*) sobre os fundamentos do direito não envolvem tais disputas de modo algum; pois tais casos envolvem disputas sobre o que os tribunais deveriam fazer e não sobre o que os tribunais podem fazer. E as disputas sobre o que os tribunais deveriam fazer são disputas sobre o papel moralmente legítimo dos tribunais - e não disputas sobre os critérios de validade (HIMMA, 2002, pp. 182).

De fato, Himma parece ter razão. Os casos difíceis representativos de desacordos teóricos apresentados por Dworkin dizem respeito à legitimidade moral das cortes. Todavia, a crítica não pode ir adiante. Como se sabe, a teoria interpretativa do direito de Dworkin gira ao redor da ideia de que a análise do direito deve ser realizada sempre sob a sua melhor luz moral, pelo que todos os desacordos teóricos em direito acabarão, em alguma medida, por representar uma disputa acerca de moralidade, notadamente se se considerar que, para Dworkin, o direito faz parte da moralidade política (DWORKIN, 2006, p. 35; 2011, pp. 400-416). O que não se pode afirmar é que outras formas de desacordos teóricos fundamentais não existiriam.

Os exemplos que apresentei no primeiro capítulo, além dos casos apontados por Dworkin, tal como *Marbury v. Madison*, tratam de casos que poderiam ser chamados fundamentais, uma vez que podem ser reconhecidos como desacordos malignos, pois a autoridade de um critério de validade jurídica, especialmente no caso dos tratados internacionais no ordenamento constitucional brasileiro, está em disputa. E isso não diz respeito a uma simples divergência sobre critérios morais.

Vale apontar, aqui, uma comparação apresentada por Veronica Rodriguez-Blanco, a qual demonstra que, tal como na arte, desacordos nucleares podem ocorrer no direito:

Em desacordos teóricos, os críticos de arte discordam sobre a natureza tanto da arte e quando das formas-padrão de arte, como pintura e escultura. Desta forma, nosso desacordo sobre se a fotografia é uma forma de arte ou não é devido a um desacordo sobre a natureza da arte em si. Essas discordâncias são sobre casos centrais (*pivotal cases*) e produzem desacordos teóricos. Podemos afirmar que a escultura e a pintura são exemplos incontestados, porque o uso da linguagem da arte os torna casos-padrão de arte. No entanto, se considerarmos uma questão mais controversa, como a natureza

real da arte, o uso da linguagem da arte não pode ajudar a resolver a disputa e todas as instâncias da arte, como pintura e escultura, são potencialmente controversas (RODRIGUEZ-BLANCO, 2001, pp. 668).

Dworkin já havia lançado um importante comentário no próprio *LE* contra esse tipo de resposta que ele denomina “*borderline*”, ao chamá-las de mais do que insultantes (DWORKIN, 1986, pp. 41-42). Para ele, essa resposta ignora a distinção entre desacordos marginais e desacordos nucleares. Utilizando o mesmo exemplo da fotografia invocado por Rodriguez-Blanco como forma de arte, Dworkin apresenta uma hipotética discussão entre críticos que, partindo do pressuposto de que a fotografia seria uma forma de arte, debateriam sobre sua posição como uma forma de arte padrão. Todavia, a divergência poderia ser sobre o próprio reconhecimento da fotografia com uma forma de arte, o que levaria a se reconhecer um debate sobre o que a própria arte é. A situação também ocorre na prática jurídica, pois os juízes, quando divergem sobre o direito, não pensam estar divergindo sobre casos marginais ou fronteira, mas sobre questões fundamentais.

Sobre a questão, veja-se o que o diz Barbara Levenbook:

Hart pode reconhecer, como Dworkin insiste, que desacordos teóricos não ocorrem apenas na fronteira do direito existente (e, portanto, não se trata de alterar a lei). Disputas sobre a aplicação da regra de reconhecimento não são disputas sobre emenda ou outro direito. No entanto, Dworkin também afirma que as disputas em que ele está interessado são sobre “casos centrais”, que vão para algo no “núcleo” do ou “fundamental” para o direito (1986, pp. 41-43). Disputas sobre a aplicação não tocam no núcleo da regra de reconhecimento, já que elas não são sobre seu conteúdo. Hart não fez e não pode explicar disputas generalizadas sobre casos centrais para a regra do reconhecimento; pois divergência em caso fundamental é inconsistente com o reconhecimento mútuo da mesma regra de reconhecimento, como Himma aponta (2002, p. 154) (LEVENBOOK, 2015, p. 4).

Importante registrar uma concessão à resposta de Himma. Já disse neste trabalho que os exemplos de Dworkin não são satisfatórios e sua análise conclui que Dworkin não foi capaz de demonstrar a existência de desacordos nucleares, ônus que lhe competia. Seja como for, todo o desenvolvimento da teoria proposta por Dworkin demonstra que os desacordos teóricos não estariam restritos aos exemplos dados por ele, o que deveria ter sido percebido por Himma.

Outra resposta na mesma linha – que também pode ser considerada a mais famosa e estudada forma de argumento – foi apresentada por Brian Leiter, para quem os desacordos teóricos, não obstante reais, “são fenômenos relativamente

marginais dentro do escopo de uma teoria geral do direito" (LEITER, 2009, p. 1249), pelo que a teoria do direito deveria se preocupar com os acordos sobre o direito e, nesta seara, a teoria positivista seria superior às demais. Para ele, toda a teoria interpretativista de Dworkin estaria calcada em uma premissa falsa, uma vez que não haveria qualquer razão para que uma teoria do direito seja organizada ao redor de um fenômeno que não foi comprovado como sendo uma das características centrais do direito<sup>25</sup>.

Basicamente, Leiter refuta a ideia de que a existência de desacordos teóricos pudesse causar algum prejuízo ao reconhecimento da teoria positivista como a melhor explicação possível para uma teoria geral do direito – o melhor e mais adequado modelo de sistema jurídico –, pois, conquanto existentes os desacordos, mesmo que o positivismo não fosse capaz de reconhecê-los dentro da prática jurídica, isso não afastaria a importância da teoria positivista nem a diminuiria em relação às demais, uma vez que ela é capaz de conferir sentido à maior parte do fenômeno jurídico.

Analisando o positivismo hartiano, Leiter sustenta que, se os desacordos são sobre os critérios de validade jurídica e tais critérios são o conteúdo do que Hart chama de regra de reconhecimento, os desacordos teóricos seriam, na verdade, formas de disputas empíricas “sobre o que os juízes estão fazendo e quantos deles estão fazendo-o, uma vez que é a prática real dos oficiais e suas atitudes perante referida prática que fixa os critérios de validade de acordo com os positivistas”, em outras palavras, uma “*head count dispute*” (LEITER, 2009, p. 1222). Todavia, como Dworkin não tratou desse tipo de desacordo quando elaborou sua teoria, Leiter sustenta que o positivismo não seria capaz de explicar os desacordos teóricos se considerado o “*face value*” dos desacordos, ou seja, aquilo sobre o que parecem os

---

<sup>25</sup> Leiter registra que no sistema jurídico estadunidense o número de casos jurídicos que chegam a ser decididos pelas cortes é manifestamente inferior aos casos que são apresentados aos advogados em seus escritórios. Assim, estabelecendo a figura de uma pirâmide, o autor aponta que não seria possível considerar os desacordos teóricos como uma questão central do direito, pois a pirâmide possuiria uma forma estranha. Além disso, Leiter afirma que é precisamente essa espécie de barreira que evita o colapso dos sistemas jurídicos de sociedades modernas. Todavia, em um juízo comparativo e meramente intuitivo, tal avaliação não poderia ser transportada para o sistema jurídico brasileiro, uma vez que, enquanto no judiciário federal dos EUA, no ano de 2007, somente chegaram a julgamento 9.858 casos (LEITER, 2009, p. 1226, nota de rodapé 54), no judiciário federal brasileiro foram proferidas 522.267 sentenças em primeiro grau e 442.123 decisões em segundo grau, segundo a publicação Justiça em Números 2007, produzida pelo Conselho Nacional de Justiça. [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios/justica\\_em\\_numeros\\_2007.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_2007.pdf)

juízes discordar quando tomadas as disputas pelo seu valor de face (LEITER, 2009, p. 1223).

Para ele, quando os juízes falam que estão divergindo sobre o que o direito é, na verdade estão discordando sobre os critérios que estabelecem o que o direito é. Assim, os positivistas explicariam os desacordos jurídicos por meio de duas respostas diferentes. A primeira (*disingenuity account*) delas afirmaria que os desacordos são desonestos ou dissimulados, uma vez que as partes em disputa pretenderiam, de fato, consciente ou inconscientemente, alterar o direito posto. Essas pessoas estariam sustentando o que o direito deveria ser e não o que o direito é. A segunda resposta (*error theory account*) estaria baseada na ideia de que as partes simplesmente estariam erradas. Assim quando pensavam que estavam disputando sobre quais seriam os fundamentos do direito, estariam enganadas, uma vez que, se não existe uma prática de comportamento convergente entre os oficiais, o direito ainda não existiria. A primeira posição pressupõe que os juízes sabem ser impossível, em algum nível, que seria um erro pensar que existe uma resposta jurídica correta para a questão em disputa, tratando-se, em alguns casos, de uma “postura retórica destinada a facilitar a aquiescência ao seu resultado ‘quasi-legislativo” (LEITER, 2009, p. 1225) e, na segunda, as partes genuinamente pensam que tal resposta existiria.

Desenvolvendo mais profundamente sua resposta baseada na teoria do erro, Leiter apresenta a doutrina de J. L. Mackie que, ao tratar das propriedades da ética, afirma que todos os julgamentos éticos estão em erro, pois não haveria evidência empírica de que eles seriam capazes de guiar ações, além do que seria inviável demonstrar como um discurso permanentemente em erro pode persistir. No caso dos desacordos teóricos, como não seria sustentável a afirmação de que todos os juízos jurídicos estariam errados, como Mackie fez em relação à ética, haveria uma categoria especial de erro, pois os juízos sobre os fundamentos do direito na falta de regras de reconhecimento seria apenas parte dos desacordos jurídicos existentes. Além disso, em relação à maioria dos juízos a respeito do direito haveria acordo e não desacordo.

Continuando a defesa da teoria do erro, Leiter concede a possibilidade de ocorrência do que ele denomina “Hipótese da Consistência” (*Consistency*

*Supposition*). Ao dar espaço para a possibilidade de que juristas possam estar em desacordo mesmo quando operando sob a mesma teoria interpretativa, Leiter busca nas doutrinas de Karl Llewellyn e de Philip Bobbitt argumentos para afirmar que os desacordos – ou, na verdade, as diversas teorias da interpretação – produzem pouco impacto na prática judicial, o que poderia ser percebido por qualquer um que possua conhecimento mundano sobre o tema.

Em sua análise, somente quando as partes mais altas da pirâmide dos casos jurídicos são alcançadas que os desacordos teóricos observados por Dworkin podem ser percebidos. Assim, em contraposição à suposição da consistência, Leiter propõe a ideia da “Hipótese do Simples Significado Padrão” (*Plain Meaning Default Supposition*), segundo o qual “o significado ordinário (ou o significado técnico estipulado por referência, por exemplo, aos preâmbulos das leis ou termos contratuais), em conjunto com os critérios de validade jurídica, nos fornecem o conteúdo do direito, exceto em uma restrita variedade de casos” (LEITER, 2009, p. 1231). Desse modo, se considerada a hipótese do simples significado padrão como parte da regra de reconhecimento, a teoria do erro aplicada ao direito não teria o ônus atribuído à teoria do erro na ética, pois não haveria a suposição de que todos os argumentos jurídicos estão em erro, mas somente aqueles que se encontram no vértice da pirâmide.

Contudo, o próprio autor aduz que as explicações da desonestidade e do erro não são suficientes para explicar todo o fenômeno dos desacordos teóricos. De toda forma, para ele, o positivismo possui como características a simplicidade, a consiliência e o conservadorismo<sup>26</sup>, pelo que deve ser reconhecido como a melhor teoria explicativa do direito. Por outro lado, a teoria proposta por Dworkin sequer seria capaz de dar conta dos reais “*face-values*” das decisões que ele analisou e ela somente seria significativa se os desacordos teóricos não fossem uma ocorrência marginal na prática jurídica<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Para ele, as explicações simples e compreensivas são superiores às complexas e restritas, assim como as explicações baseadas em crenças prévias são geralmente preferidas.

<sup>27</sup> Em comentário a versões anteriores desta dissertação, Thomas Bustamante apontou que, no capítulo 2 de *Justice in Robes*, Dworkin responde a essa objeção de Leiter, na medida em que, ao lançar mão da noção de “ascensão justificatória”, deixa claro que, nos casos ordinários, a argumentação por integridade é despicienda, apesar de não se saber de antemão a partir de quando se pode inaugurar um discurso de nível mais profundo ou abstrato.

Importante apontar que, concordando parcialmente com Leiter, Matthew Kramer<sup>28</sup> afirma que as críticas de Dworkin não preocupam os positivistas – ao contrário, servem para refinar as intuições do positivismo jurídico –, uma vez que, desde que haja convergência entre todos ou quase todos os oficiais acerca dos critérios definidos pela regra de reconhecimento, tais desacordos seriam consistentes com a unidade de um sistema jurídico (KRAMER, 1999, p. 146).

Kramer ainda aponta que algumas afirmações de Dworkin acerca da existência de controvérsias entre juízes são imprudentes. Em que pese o próprio Kramer reconheça que isso não quer dizer que Dworkin olvide da existência de casos rotineiros, ele afirma que casos controversos não podem ser tidos como a maior porção dos casos levados às cortes, pelo que o positivismo não pode ter sua relevância diminuída.

Afirmei anteriormente que a resposta de Leiter aos desacordos teóricos é a mais famosa e estudada e, por consequência, uma das mais criticadas. Contudo, o mais interessante é perceber que o próprio Dworkin já havia previsto parte dessa resposta quando apresentou seu argumento sobre os desacordos teóricos. Após propor que o positivismo seria uma teoria semântica do direito, pois estaria comprometido com a tese da simples visão de fato, Dworkin se propõe a elaborar uma hipotética defesa do positivismo afirmando que, se o positivismo estiver certo, a aparência dos desacordos teóricos sobre o direito é enganosa, uma vez que os juízes em disputa somente simulariam uma divergência sobre o que é o direito, a fim de respeitar o que a opinião pública comumente pensa sobre a existência de um direito sempre estabelecido, mas, na verdade, eles estariam escondendo a verdade para poder argumentar sobre o que o direito deveria ser (DWORKIN, 1986, p. 37).

Ao refutar sua própria defesa positivista, Dworkin acabou por apontar antecipadamente uma grande falha no argumento que deveria ter sido percebida por Leiter. Ao sustentar a ideia de que o “*face-value*” dos desacordos não pode ser levado em consideração, devendo ser afastado o argumento de superfície apresentado pelos juízes em disputa, Leiter traz para si o ônus de demonstrar que os juízes pensam de modo diverso do que aparentam, o que ele não foi capaz de fazer. Na verdade, todo o argumento de Leiter é baseado na premissa de que o

---

<sup>28</sup> No decorrer da mesma obra, Kramer apresenta outra forma de resposta baseada na ideia da existência de acordos profundos, o que será estudado seção 2.3

positivismo jurídico e suas teses estão necessariamente corretas e, por isso, se o direito sempre pode ser encontrado por meio do retorno à regra de reconhecimento, qualquer disputa entre juízes sobre qual é o direito só pode ser reconhecida como dissimulada. Todavia, além de o argumento possuir outras falhas que apontarei em breve, é necessário perceber que Leiter não propõe uma defesa da superioridade científica do positivismo jurídico, o que acaba por impedir a aceitação de sua resposta por alguém que não concorde com as premissas que sustentam o positivismo.

Os argumentos do erro e da insinceridade também foram analisados por Scott Shapiro, no livro *Legality*. Para ele, a base da resposta levantada por Leiter estaria correta, no sentido de que o positivismo não pode ser diminuído pelo simples fato de não ser capaz de solucionar todas as intuições que os juristas pensam estar engajando-se. Contudo, Shapiro bem aponta que os critérios de validade determinado pela prática consensual dos oficiais é tema muito importante para que o positivismo aceite uma disputa sobre ele como um mero erro. Na verdade, a existência dos desacordos teóricos representa um sério problema para o positivismo jurídico, pois sugere que os praticantes do direito não seguem as regras fundamentais que os positivistas reivindicam (SHAPIRO, 2011, p. 290).

Quanto à desonestidade, Shapiro reconhece que possa ocorrer. Todavia, para ele,

Embora a resposta esteja correta ao afirmar que muitos operadores do direito que se envolvem em desacordos teóricos estão agindo de má-fé, ninguém, exceto o positivista jurídico, pensa que está agindo de má-fé simplesmente porque está envolvido em desacordos teóricos. Em vez disso, suas motivações são questionadas porque as metodologias que elas advogam suspeitamente produzem os resultados políticos que elas favorecem (SHAPIRO, 2011, p. 291).

Outra autora que apresentou uma análise da resposta de Brian Leiter foi Barbara Baum Levenbook (2015). Sua objeção voltou-se especificamente para o que ela denominou de “*so what response*” – a resposta “e daí”. Leiter afirma que, mesmo que o positivismo não pudesse dar conta da existência dos desacordos, como a prática jurídica é massivamente baseada em acordos, os quais são plenamente explicados pelo positivismo, a crítica de Dworkin não seria capaz de

diminuir a força da teoria, pois não teria sido demonstrado que os desacordos são uma característica central e relevante do direito.

Sem embargo, para Levenbook, tal argumento conseguiria demonstrar, no máximo, que a teoria interpretativa de Dworkin talvez não seja a melhor teoria a ser adotada. De todo modo, ela aponta que, ainda que raros, os desacordos teóricos podem ser uma característica importante do direito, ou, como diz Ralph Poscher, “casos difíceis são centrais não somente para a adjudicação, mas para a prática do direito tanto como uma profissão quanto como uma disciplina de ensino” (POSCHER, 2016, p. 15). Além disso, a autora aponta que se os desacordos teóricos estivessem sempre baseados na desonestidade dos participantes, certamente haveria bastante crítica dos demais juízes, o que não ocorre.

Em um pequeno artigo publicado em 2016, Leiter tenta responder à crítica posta por Levenbook, concentrando sua manifestação na ideia da prática real dos juízes em contraste com aquilo que eles afirmam realizar, tão cara à sua proposta de solução para os desacordos teóricos dentro do positivismo. Assim, para ele, o fato de um interlocutor do discurso crer estar correto ou afirma estar de boa-fé não pode ser razão para afastar a resposta por ele apresentada.

Outras duas críticas simples, mas importantes, são aduzidas por Kevin Toh. Para ele, as respostas de Leiter falham gravemente, seja por não ser prescindível explicar os desacordos teóricos pela única razão de eles não serem uma característica central do fenômeno jurídico, seja porque o “*face-value*” dos desacordos, ainda que na presença de desonestidade ou erro, deve ser explicado pelo direito (Toh, 2010a, p. 10).

Finalmente, o argumento de Leiter a respeito da “*head count dispute*” foi refutado indiretamente por Thomas Bustamante. Ao desenvolver uma crítica ao livro *The Force of Law* de Frederick Schauer, Bustamante sustentou, com base em Dworkin, que a escolha entre uma teoria positivista e uma teoria não positivista não deve ser feita com base em uma contagem de cabeças ou uma mera descrição das concepções não-problematizadas de um participante da prática, mas, sim, baseada na forma como cada teoria trata os casos mais relevantes ou os casos em que as teorias do direito de fato fazem diferença:

Para ser consistente com suas reservas contra o essencialismo filosófico,

Schauer teria que admitir que o positivismo exclusivo, como qualquer outra concepção de juridicidade, carece de um status metafísico privilegiado. Assim como qualquer outra teoria, é apenas uma das explicações da prática jurídica. Assim, para determinar se o positivismo exclusivo, o positivismo inclusivo ou o interpretativismo dworkiniano é a concepção dominante de juridicidade entre cidadãos e oficiais, é preciso olhar para a prática de oficiais e cidadãos. Mas olhar para essa prática não significa apenas perguntar a eles uma questão geral e fora do contexto sobre o que eles pensam que o direito é. Não é algo que possa ser alcançado fazendo pesquisas ou contando cabeças. Pelo contrário, se deve considerar os casos em que as concepções do direito desempenham algum papel prático. Não se deve olhar para os casos fáceis, que serão resolvidos da mesma maneira, não importando qual concepção teórica do direito seja defendida pelos tomadores de decisão, mas sim para os chamados “casos difíceis”, em que a concepção de juridicidade do juiz faz uma diferença prática e realiza algum trabalho no raciocínio do tomador de decisão. Uma das maiores contribuições que Dworkin fez à jurisprudência, de fato, foi mostrar que, em casos cruciais, pode haver desacordos teóricos múltiplos – isto é, desacordos com relação aos fundamentos do direito ou critérios de legalidade – entre os participantes do processo de decisão. Com efeito, somente nos chamados casos “cruciais” ou “difíceis” podemos encontrar desacordos teóricos genuínos entre os juízes, e as consequências reais das diferentes concepções de juridicidade que os juízes possam adotar (BUSTAMANTE, 2016, p.43-44).

Importante perceber que Leiter não se presta a responder às questões referentes aos méritos da teoria dworkiniana. Seja como for, sua resposta parece baseada em juízos meramente intuitivos do mesmo tipo que ele aponta nos argumentos de Dworkin. Pretender sustentar uma teoria na ideia de que os participantes da prática jurídica estão em erro, crendo estar realizando algo que não estão, ou, ainda, afirmar que somente um jurista desonesto poderia engajar-se em uma disputa sobre os critérios de validade jurídica não se sustenta cientificamente.

Além disso, ele parece exigir algo um tanto quanto implausível: a ideia de que, para que o positivismo tenha sua importância e solidez diminuídas, não seria suficiente o apontamento de deficiências na teoria, mas seria imprescindível a apresentação de uma outra teoria capaz de superá-la integralmente, o que, em sua visão, Dworkin não teria sido capaz de realizar. A questão é que o fato de o positivismo jurídico poder ser epistemologicamente superior às demais teorias não faz dele, por si só, uma teoria suficientemente capaz de explicar o fenômeno jurídico por inteiro. Para que o positivismo reivindique a posição de destaque que possui na filosofia do direito contemporânea, é preciso mais do que ser melhor do que as demais teorias, ela deve ser adequada a todo o fenômeno e coerente em suas disposições sem que haja a necessidade de buscar na mera intuição certas

respostas. Enfim, a teoria positivista deve ser compreensiva, como o próprio Leiter diz que ela seria, e o que, certamente, Leiter não foi capaz de demonstrar.

## 2.2. A meta-interpretação

Mencionei no primeiro capítulo que Scott Shapiro foi o grande responsável pelo ressurgimento do debate acerca dos desacordos teóricos no direito, tanto por ter apontado que os positivistas ainda não haviam respondido adequadamente ao desafio de Dworkin, quanto por ele mesmo ter apresentado uma das respostas mais criativas até o momento. A fim de melhor apontar a forma como Shapiro defende o positivismo, necessário tecer breves notas em relação à teoria do direito apresentada pelo autor no livro *Legality* (2011), uma vez que uma de suas alegadas qualidades é solucionar o problema dos desacordos, algo que o positivismo hartiano não teria sido capaz.

Utilizando-se da teoria da ação de Michael Bratman, Shapiro apresenta a teoria do direito como planejamento, defendendo que o direito possui a natureza de uma atividade compartilhada de planejamento baseada na fixação de planos coletivos vinculantes e prospectivos quando presentes as chamadas circunstâncias da juridicidade, é dizer, circunstâncias sociais que tornam a atividade de planejamento necessária por demandarem que a solução de problemas morais complexos, contenciosos ou arbitrários fique nas mãos de poucos.

Desse modo, a função da atividade jurídica é resolver dúvidas e desacordos sobre questões morais de modo mais eficaz do que a submissão de tais questão a discussões morais tópicas, pois não seria realista crer que tais desacordos seriam resolvidos por todos ao mesmo tempo em uma comunidade. Em síntese, o propósito fundamental da atividade jurídica é remediar as deficiências morais das circunstâncias da juridicidade (*moral aim thesis*).

Além disso, toda a sua teoria estaria calcada em duas premissas básicas: a SLOP e a GLOP. SLOP se refere à simples lógica dos planos (*simple logic of plans*), segundo a qual a existência e o conteúdo de um plano não podem ser determinados por fatos cuja existência o plano visa estabelecer. Por sua vez, GLOP, ou lógica geral dos planos (*general logic of plans*), exige que a interpretação realizada por

qualquer membro de um sistema de planos não pode ser determinada pelos fatos cuja existência qualquer membro daquele sistema pretenda solucionar.

Ao afirmar que tanto o convencionalismo quanto o construtivismo dworkiniano não seriam teorias interpretativas suficientemente capazes de solucionar os problemas decorrentes das disputas argumentativas inerentes ao fenômeno jurídico, Shapiro propõe uma teoria meta-interpretativa denominada “economia da confiança”. Em síntese, a teoria do direito como planejamento implicaria que atitudes de confiança e desconfiança são centrais para a escolha do método interpretativo adequado.

Para o autor positivista, os desenhos institucionais correspondem à forma como é distribuída a confiança aos intérpretes oficiais, dando maior poder de escolha àqueles em quem confiamos mais e limitando o poder de escolha daqueles em quem confiamos menos. Os desenhos acabam servindo como um mapa que deverá ser acessado por meio (i) da especificação, que avalia as propriedades básicas das várias metodologias interpretativas, como o nível de expertise por elas exigido, (ii) da extração, do sistema jurídico em análise, a postura dos planejadores a respeito da competência e do caráter de certos atores, bem como acerca dos objetivos a eles confiados, e (iii) da avaliação final de qual metodologia interpretativa melhor promove os objetivos extraídos do sistema à luz das atitudes de confiança dele dessumidas, em uma síntese das duas tarefas anteriores.

Depois de apresentar sua teoria, Shapiro desenvolve uma defesa do positivismo contra Dworkin e procura sustentar que a teoria do direito como integridade não possuiria capacidade de solucionar o problema dos desacordos. Como se sabe, ao criticar o positivismo em razão da existência de desacordos teóricos, Dworkin afirma que os fundamentos do direito não são determinados por uma convenção social, mas pela interpretação construtiva. Para determinar quais são os fatos que determinam o conteúdo do direito, o intérprete deve descobrir quais são os fatos que se encaixam na prática jurídica corrente e justificam as decisões políticas passadas, tudo sob a sua melhor luz moral.

Shapiro identifica a teoria do direito como integridade uma espécie de teoria meta-interpretativa, por tratar-se de uma teoria que discute qual o melhor método interpretativo a ser aplicado ao fenômeno jurídico. Contudo, essa teoria fere

gravemente a GLOP, por aceitar que o intérprete se utilize de fatos morais a fim de solucionar problemas de interpretação jurídica. Por sua vez, a teoria do direito como planejamento também seria uma teoria meta-interpretativa, porém de melhor estirpe, pois, além de não ferir a GLOP, a teoria da economia da confiança prioriza o método interpretativo que melhor representa e reforça as diretrizes gerais traçadas pelos próprios planos já estabelecidos. Posta a questão dessa forma, a objeção de Dworkin perde relevância, pois não há nada na teoria positivista que impeça a disputa acerca do melhor método interpretativo.

Assim como ocorreu com a resposta proposta por Brian Leiter, a solução de Shapiro também encontrou diversas formas de resistência ao longo dos últimos anos, apresentadas por seus comentadores. Uma das primeiras e poderosas críticas foi apresentada por Thomas Bustamante (2012). Para o autor, Shapiro teria sido capaz de solucionar uma espécie de desacordos teóricos, quais sejam, os desacordos teóricos interpretativos. Porém, a existência de casos como o *Factortame*, já apresentado no capítulo anterior, em que o próprio significado das regras institucionais presentes na constituição foi alvo de disputa, revela uma sorte de desacordos teóricos conceituais que não pode ser solucionada por meio do mero debate acerca do mais adequado método interpretativo.

Outro autor que se debruçou sobre uma espécie de solução metateórica foi Dennis Patterson (2018). Em recente artigo, ele alterou sua formulação inicial em resposta ao problema dos desacordos teóricos para fundamentá-la em uma análise crítica do papel fundamental da interpretação na teoria geral do direito de Dworkin. Como se sabe, a teoria da interpretação de Dworkin está baseada na ideia de imposição de um propósito à prática interpretada e, no caso da interpretação do direito, o ato interpretado deve ser submetido à sua melhor luz moral, a fim de se identificar o princípio que o subjaz.

O argumento geral de Patterson é que Dworkin somente posiciona com destaque os desacordos teóricos na prática jurídica em razão de sua concepção do direito como interpretação e, se essa premissa não for capaz de explicar as dimensões cotidianas do direito, o problema dos desacordos se dissolve.

Em geral, os desacordos teóricos surgem na ocorrência de casos difíceis. Contudo, para Dworkin, não há diferença real entre casos difíceis e fáceis, sendo

estes apenas casos especiais daqueles (DWORKIN, 1986, p. 266), na medida em que se tornam fáceis quando as divergências presentes se tornam convergências em relação aos resultados interpretativos alcançados. Por outro lado, positivistas diriam que os casos fáceis são resultado da concordância em dos oficiais em relação aos critérios de validade jurídica, não importando a forma como eles são interpretados (PATTERSON, 2018, p. 7).

Ao descrever a teoria de Hart, Patterson defende que a regra de reconhecimento, além de possuir a função de identificação das fontes jurídicas válidas, se presta a identificar meios costumeiros de utilização daquelas fontes na decisão de casos. Em outras palavras, a regra de reconhecimento identifica quais são as fontes válidas e contém meios convencionais de interpretação dessas fontes (PATTERSON, 2018, p. 8). Para ele, esse é o “elemento faltante em uma abordagem positivista completa do direito” (PATTERSON, 2018, p. 12)<sup>29</sup>.

Essa segunda resposta apresentada por Patterson é mais sofisticada do que a que havia sido postulada em 2011, que fora bastante similar à de Leiter<sup>30</sup>. Todavia, a par de revelar uma visão bastante heterodoxa da regra de reconhecimento que mereceria mais considerações para que pudesse ser melhor entendida, defender a existência de critérios convencionais de interpretação identificados pela regra de reconhecimento não é algo que se possa realizar facilmente diante do fenômeno jurídico. E os exemplos de desacordos descritos pelo próprio Dworkin demonstram isso. É certo, também, que ainda que o autor consiga demonstrar sua tese, a mesma objeção apontada contra a resposta de Shapiro se aplica, pois, em alguns momentos, os desacordos teóricos são tão relacionados à própria estrutura da regra de reconhecimento que a divergência entre métodos interpretativos não parece ser a solução, ainda que eles pudessem ser identificados pela regra de reconhecimento como uma matéria de fato.

Além disso, sustentar que faltaria ao positivismo uma teoria da interpretação decorrente da regra de reconhecimento seria alterar o próprio projeto positivista de

---

<sup>29</sup> Em sentido diametralmente oposto, Stefan Sciaraffa sustenta que devemos separar a teoria de Hart em teoria positivista do sistema jurídico e teoria positivista do conteúdo jurídico, de modo a descartar a segunda, em que consta toda sua tese interpretativa (SCIARAFFA, 2012).

<sup>30</sup> Vale dizer que essa resposta não foi descartada por Patterson, pois no artigo de 2018 o argumento é repisado parcialmente.

descrição da natureza do direito, que separa a teoria do direito da teoria da interpretação.

Jordi Beltrán e Giovanni Ratti (2013) também criticam Shapiro ao afirmar que o positivismo jurídico excludente não necessitaria da adequação terminológica proposta. Na visão dos autores, a teoria de Shapiro indica que interpretação seria uma espécie de doutrina prescritiva, enquanto meta-interpretação diria respeito a teorias descritivas. Assim, como o positivismo excludente já seria uma teoria descritiva, que pretende dizer o que o direito é e não como ele deveria ser, ambas as disputas, sejam elas interpretativas ou meta-interpretativas, não seriam problema para a teoria, pois sobre alguns fatos sociais, como quem são os juízes ou quais são as fontes jurídicas, deve haver acordo, sob pena de não fazerem qualquer sentido os desacordos teóricos propostos por Dworkin e é justamente nesse sentido que a mais plausível resposta positivista foi elaborada, como veremos abaixo.

Finalmente, Eric Piccelli (2018) argumenta que, a par de a proposta de Shapiro não resolver casos como o da Sra. Sorenson, em que não existe, de fato, uma disputa metainterpretativa, pois inexistente direito previamente existente a ser aplicado, a solução de casos como o *TVA v. Hill* a partir do modelo de Shapiro também implicaria o desenvolvimento de uma questão moral, pelo que seu argumento sobre a lógica dos planos não teria sustentação fática na prática real.

Assim, nem os desacordos metainterpretativos nem os conceituais poderiam ser solucionados pela teoria do direito como planejamento, uma vez que a “solução shapiriana, se bem que inicialmente atrativa, seria apenas aparente, pois dependente da aceitação prévia do conceito de direito oferecido pela TPD, que é profundamente controverso e demanda defesa normativa à moda de Dworkin” (PICCELLI, 2018, 128).

### **2.3. Os acordos profundos**

Em seu livro *Social Conventions: from language to law* (2009), Marmor apresenta o núcleo de sua teoria convencionalista. No primeiro capítulo, Marmor define que convenções sociais são regras sociais arbitrárias (será arbitrária a regra que poderia ser facilmente substituída por outra com o mesmo objetivo, o que não

pode se confundir com indiferença) e cuja observância está ligada ao fato de que outros também as seguem, razão pela qual normalmente perdem sentido se não são seguidas pela comunidade (*compliance dependent*). A isso Marmor dá o nome de convencionalidade: “uma regra somente será convencional se, e somente se, existir uma outra potencial regra que a comunidade relevante poderia ter seguido no lugar da que foi seguida, e alcançando os mesmos propósitos” (MARMOR, 2009, p. 12).

Para ele, convenções só existem quando presentes três condições:

(i) um número significativo de participantes de uma comunidade as seguem. Isso porque dentro de um pequeno grupo, as regras podem ser modificadas ou abolidas por simples acordos, deixando de constituir convenções, pois estas surgem justamente para servirem como alternativas para acordos.

(ii) existe uma razão para que a convenção seja seguida, ou seja, deve existir um valor em seguir a convenção, ainda que os participantes não saibam qual é o valor, pois a convencionalidade de uma regra independe de sua aceitação subjetiva;

(iii) as convenções devem ser arbitrárias e dependentes de obediência: a arbitrariedade estará presente desde que as razões para seguir a regra convencional não sejam inferiores às razões para seguir uma outra regra; a dependência de obediência implica que a razão para seguir a regra depende do fato de que outros o fazem.

Todavia, Marmor afirma que as normas morais, em geral, não são arbitrárias e dependentes de obediência, mas, sim, que as razões para sua obediência decorrem *ipso facto* por serem as normas morais formulações gerais de suas próprias razões, pelo que pretende analisar, entre outras coisas, qual o significado moral das convenções sociais e que tipo de razões as pessoas teriam para seguir várias formas de convenções sociais.

Marmor apresenta, então, os conceitos de convenções coordenativas e convenções constitutivas. As coordenativas desenvolvem-se como soluções normativas para problemas de coordenação recorrentes e de larga escala. Em alguns momentos, os agentes podem ter uma obrigação moral de resolver um problema de coordenação, como a organização do tráfego. Assim, se uma

convenção surge para resolver esses problemas, haverá um dever moral de obedecê-la.

Contudo, nem toda convenção coordenativa é dessa espécie, pois (i) nem sempre as razões para seguir a convenção serão fortes, (ii) as razões podem não ter a ver com moralidade e (iii) em alguns casos, as razões para seguir a convenção não decorrem do fato de ser uma convenção, mas do fato de que ela é capaz de solucionar um problema que nós temos boas razões para resolver. Em síntese, não haveria um dever moral de seguir aquela convenção específica, mas, sim, o dever de seguir qualquer convenção que solucione o problema de coordenação.

Convenções constitutivas são diferentes, por constituírem e regularem as práticas sociais. Para Marmor, que busca fundamento na teoria de David Lewis, o aspecto normativo das convenções constitutivas está condicionado às razões que um agente possui para participar da prática. Todavia, diversamente de um jogo como o xadrez, em que as razões para participar são voluntárias, algumas práticas são impossíveis (ou altamente custosas) de se recusar a realizar, pois algumas práticas convencionais são muito valiosas para que uma cultura próspera delas possa prescindir.

Marmor analisa se a prática da promessa seria uma dessas práticas, mas conclui que ela não seria convencional, tendo em vista a necessidade de existirem alternativas capazes de alcançar o mesmo propósito da promessa. Para ele, mesmo em relação às práticas da saudação, xingamento e congratulação, que são independentes da vontade do participante, não possuímos obrigação moral de participar, pois nada de errado poderá surgir disso, sendo meras convenções de civilidade, somente possuindo um valor de respeito. Na verdade, tais convenções seriam meras convenções de superfície, que expressam convenções profundas, como veremos.

A questão é que as práticas de civilidade não são meramente opcionais, como jogar um jogo de xadrez, pois fazem parte da formação e da educação das pessoas, como ocorre com as convenções de linguagem, moda, relações de vizinhança, por exemplo, e existe uma pressão social para que se evite seu desvio. Isso indicaria que tais práticas, por não serem condicionadas à aceitação, não seriam convenções. A resposta para esse problema residiria na ideia de que “a

significação moral de uma escolha baseada em razões de fazer algo não necessariamente requer que a alternativa relevante para fazer algo sob certas circunstâncias seja de fato possível para o agente” (MARMOR, 2009, p. 142).

Marmor ensina que o debate entre cognitivistas e não-cognitivistas morais revela que alguns dos conceitos moralmente valorados são parcialmente descritivos e que seu conteúdo moral está intrinsecamente ligado ao seu conteúdo descritivo. Apesar de não ser necessário, as convenções podem – e geralmente o fazem – exercer um papel importante na determinação de quais seriam as condições satisfativas do conteúdo descritivo de um conceito.

O exemplo de convenção de superfície é a grosseria de comparecer a um evento social sem o uso de terno e gravata, que revela a convenção profunda sobre a forma como as pessoas devem se vestir em respeito às outras. Convenções profundas, então tendem a refletir o que está profundamente enraizado no mundo social e na natureza humana e exercem funções relativamente básicas na vida social. Assim, mesmo que os conceitos não sejam, por si, moralmente muito significantes, por revelarem as convenções profundas, possuem alguma significação moral. De todo modo, o autor ressalta que o simples fato de serem profundas não faz com que as convenções sejam moralmente justificadas, pois tudo depende das razões de existência da convenção.

Voltando-se diretamente para a tese da convencionalidade no direito, Marmor aponta que uma das principais contribuições de Hart para a filosofia jurídica é a tese de existem certas regras sociais, chamadas regras de reconhecimento, que determinam o que vale como direito em uma sociedade. Contudo, uma descrição adequada dessas regras se provou bem difícil. Assim, a partir da teoria das convenções de David Lewis, surgiu uma explicação convencionalista das regras de reconhecimento, à qual o próprio Hart, no pós-escrito de *CL*, aderiu.

Segundo Marmor, uma norma será válida porque certas condições são preenchidas. Porém, ele indaga se, em vez de normas, as condições de validade poderiam estar amparadas em algo diverso. Para Kelsen, normas são declarações de dever prescritivos de certas formas de conduta e as normas jurídicas são criadas por atos de vontade. Em respeito à Lei de Hume (não se pode deduzir um dever de um ser), Kelsen entende que as normas não podem ser reduzidas às ações naturais

ou eventos que a fizeram surgir. Assim, por não ser possível confundir o ato com o próprio direito, Kelsen pressupõe que exista algo que confira inteligibilidade à normatividade do direito. Um ato poderá criar direito, portanto, se estiver de acordo com uma norma jurídica superior que autorize essa criação. Em último grau, só existirá a norma pressuposta, a norma básica.

O problema, para Marmor, é que, em vez de explicar sobre as fundações da norma básica, a norma básica possui a função de impedir que se reduza a normatividade do direito aos fatos sociais. Contudo, a única forma de se identificar a norma básica de um dado sistema é pela análise da prática de seus agentes. O que Hart percebeu é que o conteúdo da norma básica é inteiramente dependente da prática. Assim, a norma básica (ou regra de reconhecimento) de Hart não é pressuposta, mas uma norma social que a maioria dos oficiais segue e que define se algo é verdadeiro ou falso em um sistema jurídico.

Será possível, então, que um dever possa derivar de um fato convencional? Na verdade, não. Voltando ao exemplo do xadrez, Marmor aponta que as regras do jogo são regras convencionais que constituem o que o jogo é e prescrevem normas que os jogadores devem seguir, do mesmo modo que a regra de reconhecimento “regras sociais podem determinar seu dever, por assim dizer, na medida em que são seguidas por uma certa comunidade, assim como as regras do xadrez determinam seu ‘dever’ dentro do jogo que é de fato seguido pela comunidade relevante” (MARMOR, 2009, p. 161). A questão é que a prática do xadrez é opcional, então seu dever somente vincula os que optam pela prática. No caso do direito, algo mais é necessário para explicar a normatividade de suas regras.

Tendo adotado, no pós-escrito, a visão convencionalista da regra de reconhecimento, Hart sustenta que ela é uma forma de regra jurídica costumeira que existe somente se for aceita e praticada nas operações de identificação e aplicação do direito nas cortes.

Como vimos, Dworkin aponta que os juízes constantemente discordam sobre os critérios de juridicidade, o que sugere que as regras de reconhecimento não existem ou, se existissem, seriam tão abstratas que seriam inúteis como regras. Marmor sustenta que, para comprovar seu argumento, Dworkin teria que mostrar que os desacordos não ocorrem somente nas margens, mas vão até o núcleo.

O próprio fato de algumas pessoas serem juizes (*persons qua judges*) decorre daquilo que é determinado pelas regras de reconhecimento. Assim, antes mesmo que eles possam discordar, eles devem perceber a si mesmo como jogadores institucionais, o que só é possível com uma regra de reconhecimento. Assim, os desacordos sobre o conteúdo das regras de reconhecimento não provam a sua inexistência.

Posto isso, Marmor parte para a análise da convencionalidade das regras de reconhecimento. Partindo do pressuposto de que existe um grupo de pessoas que segue uma certa regra em certas circunstâncias, ele entende difícil concluir como falsa a premissa de que existe uma razão para que a regra seja seguida. Para Hart, inicialmente, a razão seria a capacidade de identificação do tipo de normas que seria juridicamente válida. Posteriormente, no pós-escrito, indicou que as regras de reconhecimento possuem uma natureza coordenativa.

Marmor, por sua vez, conquanto reconheça a importância das regras de reconhecimento para a certeza sobre o que é o direito e para a coordenação do sistema, discorda de Hart. Para ele, as razões para a existência das regras de reconhecimento devem estar intimamente ligadas às razões para a existência do próprio direito, especialmente porque o papel básico das regras secundárias de reconhecimento é constituir as instituições relevantes (MARMOR, 2009, p. 165).

Para comprovar o caráter convencional das regras de reconhecimento, Marmor defende a existência de arbitrariedade, seja por que sistemas jurídicos similares possuem regras de reconhecimento diferentes, seja por que as razões que os oficiais possuem para seguir certas normas de identificação das fontes do direito estão intimamente ligadas ao fato de que outros oficiais também a seguem, como apontou Hart.

Marmor avança para dizer que existem três problemas principais com a visão de que as regras de reconhecimento são convenções coordenativas: (1) ela deixa de perceber a sua função constitutiva da prática; (2) a ideia de que as regras de reconhecimento são meras convenções coordenativas não coaduna com a importância política dessas regras; (3) as convenções coordenativas atrapalham a distinção sobre o que o direito é e o que conta como direito em uma ordem jurídica específica.

Em relação a (1), deve-se observar que, antes mesmo de surgir o problema de coordenação, devem ser identificados quem são os oficiais do sistema, o que só pode ocorrer por meio das RR. (2) tem fundamento no fato de que convenções constitutivas surgem como respostas para complexas necessidades sociais e humanas, e por isso possuem importância maior do que a mera solução de problemas de coordenação. Quanto a (3), deve-se observar que o direito é mais parecido com o xadrez e as convenções coordenativas não são capazes de explicar toda a amplitude do conceito de direito<sup>31</sup>.

Marmor sustenta que, entre as razões para existência do direito e as convenções sociais que determinam o que é o direito em determinada sociedade, existe uma camada intermediária formada pelas convenções profundas, que constituem as bases do sistema jurídico. Assim, as regras de reconhecimento são convenções de superfície que representam convenções profundas sobre o tipo de sistema jurídico que a comunidade possui. As convenções profundas do direito seriam as tradições ou famílias de sistemas jurídicos, como a *common law*, a *continental law* ou sistemas jurídicos religiosos. Importante notar que as convenções profundas não são praticadas diretamente, mas por meio da prática das convenções de superfície que as expressam.

Em relação ao problema dos desacordos teóricos, Marmor indica que o próprio Hart já teria deixado clara a existência de um limite inerente sobre o quanto de desacordo faria sentido atribuir aos juízes, uma vez que seu próprio papel institucional é constituído por essas mesmas regras, sendo certo que, antes mesmo de poderem discordar, os juízes devem enxergar a si mesmos como jogadores institucionais (*institutional players*), o que somente seria possível com base em uma regra de reconhecimento.

Além disso, ele aponta que a regra de reconhecimento possui o papel básico de constituir as instituições relevantes. Assim,

Em resumo, apontar para o fato de que os juízes geralmente têm certos desacordos sobre o conteúdo das regras de reconhecimento simplesmente não pode provar que não existem tais regras. Pelo contrário, nós só podemos entender esses desacordos com base na suposição de que

---

<sup>31</sup> A defesa da regra de reconhecimento como uma convenção constitutiva constitui a ideia central do livro de Marmor. Contudo, entendo descabida toda a sua descrição neste momento, bastando, para a apresentação do argumento contra a objeção baseada nos desacordos teóricos, o que já foi dito.

existem regras de reconhecimento que constituem, *inter alia*, o sistema judicial e a autoridade jurídica dos juízes (MARMOR, 2009, p. 163).

A segunda abordagem de Kramer que eu havia mencionado anteriormente diz respeito à própria teoria do direito como integridade. Para ele, além de ser difícil sustentar que a teoria seria capaz de dar conta dos chamados casos fáceis, Dworkin mesmo exige que um sistema jurídico viável deve ser caracterizado por um grau substancial de regularidade e estabilidade (KRAMER, 1999, p. 142; 2014, p. 398). Além disso, para Dworkin, a atitude interpretativa necessita de paradigmas para funcionar efetivamente e sua objeção não seria possível sem que se pudesse sugerir a existência de corrupção ou ignorância (DWORKIN, 1986, p. 88).

Mesmo concedendo o argumento de existência de divergências criteriosas entre juízes, em qualquer espécie de casos, elas somente existem sob um pano de fundo comum, pelo que o argumento não seria um problema para o positivismo. Na verdade, os argumentos de Dworkin contribuem para refinar os pensamentos positivistas, especialmente quando se percebe que o funcionamento ordinário do sistema jurídico deve ser regular a fim de que possa ser viável como um regime jurídico (KRAMER, 1999, p. 142).

Com efeito, em sua resposta Kramer defende que, ainda que haja caos no nível prático, um consenso em relação aos critérios abstratos mais profundos da regra de reconhecimento é necessário, sob pena de inexistência do próprio sistema jurídico. Assim, ainda que divergências estejam presentes a todo momento, elas não podem ultrapassar o ponto em que podem trazer indeterminação substancial e erraticismo ao direito no nível dos resultados concretos (KRAMER, 1999, p. 144).

Além disso, Kramer sustenta inexistir qualquer elemento em *CL* capaz de indicar que o conteúdo da regra de reconhecimento dependa da presença de consenso total entre os oficiais. Pelo contrário, ao se inserir na vertente inclusivista do positivismo jurídico, Hart admite a possibilidade de que princípios de moralidade integrem os critérios de validade do direito. Dessa forma, exigir a existência de convergência total dos oficiais em relação à regra de reconhecimento, implicaria exigir a existência de convergência total dos oficiais também em relação a quais princípios de moralidade estão corretos, o que seria uma demanda impossível de se alcançar (KRAMER, 2014, p. 397).

Fica claro, portanto, que certo nível de divergências ou desacordos seriam possíveis sem que houvesse necessidade de se alterar a concepção de Hart a respeito da regra de reconhecimento ou de seu caráter convencional, bastando, para isso, a existência de acordo no nível que mais importa, no ponto de partida:

As divergências de critérios entre os oficiais ocorrem no contexto da unanimidade dos oficiais ou da unanimidade virtual sobre os critérios fundamentais em sua Regra de Reconhecimento; e a intensidade e amplitude das divergências serão limitadas na medida do necessário para a preservação de um grande grau de regularidade na administração cotidiana do direito. Isso será verdade, isto é, se o sistema de governança que contém as divergências deve resistir como um sistema jurídico funcional (KRAMER, 2014, p. 401).

Do mesmo modo, é importante ressaltar que há que se reconhecer um limite para as controvérsias, ainda que estas possam ser bastante difundidas na prática jurídica, sob pena de inexistência do próprio sistema:

Embora qualquer regime jurídico esteja fadado a incluir um número de aspectos que não estão resolvidos ou são abertos, a pura operatividade de qualquer regime como um sistema jurídico pressupõe uma considerável medida de previsibilidade e rotineiridade (*routineness*). Se a controvérsia intratável é típica e não excepcional - isto é, se as consequências normativas das numerosas ações das pessoas sob as leis ostensivas de seu país estão ordinariamente (e não ocasionalmente) “no ar” e verdadeiramente obscuras - então “sem direito” (*lawlessness*) é a designação correta para tal estado de coisas (KRAMER, 2014, p. 398).

Na mesma linha trabalha Federico José Arena (2012), que também sustenta uma defesa baseada no convencionalismo, mas um pouco diversa das acima apresentadas, por se aproximar da tese de Scott Shapiro, conquanto utilizando-se dos conceitos convencionalistas já desenvolvidos. Para o autor, a crítica baseada nos desacordos somente alcançará a teoria que se comprometa, ao mesmo tempo, com as teses da convencionalidade, da objetividade do direito e do *constraint* hermenêutico, não se revelando um desafio para o convencionalismo por si mesmo.

Arena aponta a existência de duas formas de condições de convencionalidade: as que definem as convenções baseadas em acordo e as que definem as convenções não baseadas em acordo. No primeiro caso, por óbvio, uma convenção existe quando duas ou mais pessoas chegam a um acordo, ou seja, quando as manifestações de vontade consistem em um intercâmbio de promessas condicionais sobre a realização ou sobre o modo de realizar algo (ARENA, 2012, p. 280). Todavia, se as promessas são concebidas como atos comunicativos derivados

da prática de prometer, as convenções baseadas em acordo enfrentam um problema de circularidade que as torna, na visão de Arena, secundárias em relação às convenções não baseadas em acordo e não dependentes de atos comunicativos.

A fim de explicar a existência de convenções sem acordos prévios, o autor apresenta quais são as condições de existência de uma convenção, sem se preocupar em como ela pode ter surgido. O primeiro elemento, o qual constitui uma condição necessária, mas não suficiente de existência de uma convenção, é a presença de um comportamento regular ou convergente, o que, para ele, não se confunde com um acordo, por não depender de atos comunicativos. O segundo elemento é a condição de dependência, ou seja, as razões que levam à existência da convenção. Em outras palavras, é a razão para a adoção da convenção, o que, para uma versão simples da condição – proposta por Marmor –, está representada pelo fato de que a maioria adota a prática regular, e para a versão mais complexa – de Bruno Celano –, está representada pelo fato de que a maioria adota a prática e o faz pela mesma razão. Neste ponto Arena aduz que “uma norma seria puramente convencional se não existe uma razão para segui-la que seja distinta da condição de dependência” (ARENA, 2012, p. 285).

Por sua vez, o terceiro elemento é a arbitrariedade, assim reconhecida como a existência de uma alternativa possível, incompatível e tão eficaz quanto o outro comportamento regular. A partir de tais premissas, Arena defende que a existência de uma convenção é compatível com a ausência de acordo, ao menos em um sentido fraco, pois convenções podem existir mesmo quando presentes outras condições de convencionalidade, como visto.

Além disso, Arena consigna a existência de dois tipos de convenções: as convenções semânticas e as convenções interpretativas, sendo a primeira espécie fruto da etapa de identificação das disposições normativas e a segunda resultado da identificação do significado de tais disposições. Assim, quando os juízes discordam sobre o significado literal de um texto jurídico, não estão abandonando as convenções semânticas, mas, tão somente, as interpretativas<sup>32</sup> (ARENA, 2012, p. 306).

---

<sup>32</sup> Arena indica, ainda, que as convenções hermenêuticas seriam coordenativas, enquanto as semânticas seriam constitutivas, no sentido proposto por Andrei Marmor.

Uma das respostas para a tese baseada nos acordos profundos foi apresentada por Toh (2010a). Como será visto adiante, Toh é um severo crítico do convencionalismo e boa parte de sua teoria está baseada na ideia de superação da tese da convencionalidade. Como se sabe, Dworkin sustenta que sistemas jurídicos existem mesmo em situação de ausência de consenso, em que existem profundas e persistentes controvérsias sobre o critério último de validade jurídica.

Assim, a resposta dos acordos profundos, conquanto reconheça a existência de desacordos, sustenta que em um nível mais fundamental, uma convenção ou uma prática convergente existe para motivar as pessoas ou os oficiais a aceitar as regras. Contudo, para Toh, a resposta falha por aceitar que Dworkin tenha mencionado a existência de desacordos somente até o “penúltimo nível”, enquanto ele pretendeu discutir os mais profundos níveis de desacordos sobre fundamentos do direito possíveis (TOH, 2010b, pp. 337-338)<sup>33</sup>.

Outra importante resposta à Marmor foi posta por Ronaldo Porto Macedo Júnior (2016). Para o autor brasileiro, a resposta convencionalista estaria calcada na ideia de que seria possível a descrição do direito a partir do ponto de vista externo, mantendo-se, portanto, coerente com a tradição de que bastaria às teorias do direito a descrição do estado de coisas. Contudo, para Macedo Júnior, diferentemente das regras gramaticais, as regras jurídicas, por estarem permeadas por conceitos interpretativos não-gramaticais, necessitam de uma postura normativo-prescritiva no momento da identificação das proposições jurídicas, o que reforça a tese dworkiniana a respeito da matéria.

---

<sup>33</sup> Em última instância, essa resposta acaba também por atingir a proposta de Scott Shapiro.

### **3. A ANÁLISE EXPRESSIVISTA DOS ENUNCIADOS JURÍDICOS INTERNOS HARTIANOS**

Apesar da importância das respostas apresentadas anteriormente, o foco principal deste trabalho é a tese desenvolvida por Kevin Toh, que busca escapar da vinculação do positivismo à tese da convencionalidade e solucionar os desacordos teóricos, o que analisarei a seguir, neste capítulo e no seguinte.

#### **3.1. A metaética e o expressivismo de normas de Allan Gibbard**

Kevin Toh, ao propor sua resposta aos desacordos teóricos, sustenta que a teoria do direito hartiana foi elaborada justamente para resolver esse tipo de problema. Para isso, ele avalia a existência de uma teoria metaética que estaria subjacente ao conceito de direito de Hart para afirmar a presença de elementos do chamado expressivismo de normas formulado por Allan Gibbard.

A maioria das teorias do direito possui, em sua base, alguma forma de teoria metaética que a orienta. Daí se extrai a importância da filosofia moral para a elaboração das teorias do direito<sup>34</sup>. Antes, porém, de apresentar a proposta de Toh, é necessário e importante discorrer sobre o que se entende por expressivismo de normas e, de modo mais amplo, sobre a metaética e suas diversas tradições.

A ética, como um dos principais campos da filosofia, está dividida em ética descritiva, ética normativa e metaética. A ética descritiva, como o próprio nome diz, visa, exclusivamente, à descrição de fenômenos morais empíricos. Já em relação às demais, tem-se que a ética normativa trata das chamadas questões de primeira ordem e a metaética se ocupa das questões de segunda ordem. Em síntese, questões de primeira ordem buscam esclarecer qual posição moral está correta e por que razões ela deve ser considerada correta. Diante disso, a ética normativa estrutura teorias que identificam os princípios que subjazem a moralidade prática. Por sua vez, como ensina Alexander Miller (2003), as questões de segunda ordem dizem respeito ao significado, à metafísica, à fenomenologia, à psicologia moral e à objetividade da moral. É dizer, questões de segunda ordem têm o escopo de

---

<sup>34</sup> Cf. FERREIRA NETO, 2013.

identificar qual a função semântica do discurso moral; se fatos morais existem e como eles são; se os conhecimentos morais existem e, existindo, se é possível saber se eles são verdadeiros ou falsos; a natureza dos juízos morais, o estado anímico do agente que os profere e a possibilidade de sua correção com vistas à procura por uma verdade moral.

Em linhas gerais, a metaética pode ser dividida em duas grandes correntes<sup>35</sup>. O cognitivismo e o não cognitivismo são concepções identificadas justamente pela forma como respondem a algumas daquelas questões de segunda ordem. Os cognitivistas defendem que juízos morais expressam crenças que podem ser verdadeiras ou falsas. Do outro lado, os não-cognitivistas entendem que, apesar de a linguagem normativa aparentar o contrário, os juízos morais expressam desejos ou emoções, motivo pelo qual não estão aptos à avaliação de verdade ou falsidade (*not truth-evaluation apt*).

Antes de desenvolver melhor cada grande categoria, vale o registro de que cada uma delas é dividida em diversas subespécies, de acordo com a forma como entendem o conteúdo e a natureza dos juízos morais e sobre suas condições de verdade.

O cognitivismo é dividido, basicamente, em:

a) naturalismo: como uma forma de cognitivismo forte e comprometida com o realismo moral – ou seja, com a ideia de que fatos morais existem –, entende que os juízos podem ser considerados verdadeiros ou falsos por meio de um estado natural de coisas, ou seja, pela verificação de propriedades que figuram nas ciências naturais ou na psicologia. Desse modo, propriedades morais serão idênticas a propriedades naturais. Dentro dessa corrente, encontram-se os realistas de Cornell, que entendem que as propriedades morais são irreduzíveis a propriedades naturais por si só, e os naturalistas reducionistas, que sustentam que as propriedades morais são reduzidas às outras propriedades naturais que são analisadas pelas ciências naturais e pela psicologia;

---

<sup>35</sup> O foco do presente trabalho não é exaurir todas as correntes metaéticas. Para os fins aos quais me propus, basta a menção, em linhas gerais, de cada uma das teorias e a explicação mais aprofundada do expressivismo de normas. Para uma análise abrangente do tema, cf. SMITH, 1994, MILLER, 2003 e KALDERON, 2010. Especificamente sobre a posição de diversos autores em relação aos mais variados temas discutidos na metaética, cf. SMITH, 1994, pp. 3-4.

b) não naturalismo: forma de cognitivismo forte que nega a tese naturalista, apesar de também estar comprometida com o realismo moral. Para essa corrente, propriedades morais não são idênticas ou redutíveis a propriedades naturais;

c) teoria do erro: cunhada inicialmente por John Mackie, reconhece a possibilidade de que juízos morais sejam verdadeiros ou falsos, mas sustenta que os juízos morais são sempre falsos. Isso se dá diante da ausência de condições epistemológicas para se aferir sua condição de verdade. Além disso, para a teoria do erro, a mera apreensão de propriedades morais deveria ser suficiente para justificar a ação, pelo que não é possível reconhecer sua existência, o que a torna uma teoria antirrealista moral;

d) teorias da melhor opinião (*best opinion theories*): uma forma de cognitivismo fraco que sustenta que juízos morais são aptos à avaliação de verdade ou falsidade, mas que isso não pode ser o resultado de um acesso cognitivo a propriedades morais ou estado de coisas (MILLER, 2003).

Por sua vez, o não-cognitivismo, que duvida da possibilidade de verdade dos juízos morais, tem como principais teorias o emotivismo, o prescritivismo, o quasi-realismo, o expressivismo e o expressivismo de normas, que será o objeto principal do presente capítulo.

O expressivismo, de modo amplo, refere-se às teorias éticas que sustentam que atos de comunicação expressam os objetivos e as atitudes das pessoas que os realizam. Essa corrente nega que juízos morais possam representar o mundo real, não servindo a um papel descritivo, mas como expressão das atitudes do julgador de aprovação ou desaprovação de algo (como sustenta Ayer) ou, ainda, a sua disposição para possuir tais atitudes, como defendem Simon Blackburn e Allan Gibbard (SMITH, 1994, p. 16).

A.J. Ayer foi o primeiro autor a apontar que o argumento cognitivista de que juízos morais expressam crenças seria incorreto. Para ele, juízos morais expressam emoções ou sentimentos de aprovação e desaprovação. A principal diferença entre crenças e emoções é que as primeiras descrevem ou representam o mundo como ele é e os juízos que expressam emoções não possuem qualquer função representativa e não são passíveis de verificação de verdade ou falsidade (*not truth-apt*) (MILLER, 2003, pp. 26-31).

Para o emotivismo, quando expressamos que “matar é errado”, não estamos expressando uma crença, mas expressando um sentimento não-cognitivo incapaz de ser verdadeiro ou falso, por significar uma mera desaprovação em relação ao ato de matar.

Sua teoria foi objeto de diversas críticas<sup>36</sup>. Uma das mais importantes, e que possui implicações diretas para o presente capítulo, foi o chamado Problema Frege-Geach (ou Frege-Geach-Searle). Essa objeção ao emotivismo de Ayer partiu de artigos de Peter Geach, publicados em 1960 e 1965, baseando-se em lições de Gottlob Frege.

Geach apontou que o emotivismo é incapaz de explicar enunciados morais que contenham sentenças morais em contextos não afirmativos (*unasserted contexts*). O clássico exemplo é a utilização da sentença “matar é errado” como uma afirmativa contida em uma frase mais longa como “se matar é errado, então fazer seu irmãozinho matar pessoas é errado”. Nessa frase, claramente não há a indicação de um sentimento de desaprovação do ato de matar pessoas, o que conduz a um problema quase intransponível para o emotivismo de Ayer, uma vez que a função semântica da sentença “matar é errado” é diferente em cada um dos enunciados: quando usada isoladamente, está-se realizando uma afirmação moral, mas na segunda sentença, “matar é errado” não representa qualquer afirmação.

Além disso, Miller apresenta como o problema pode ser focado exclusivamente na função semântica de sentenças formadas pelo uso de operadores normativos:

Vamos desenvolver o problema Frege-Geach de um modo ligeiramente diferente daquele adotado nos dois capítulos anteriores. O não-cognitivism é, em parte, uma visão sobre a função semântica das sentenças formadas usando um operador normativo como “É errado que ...”. De acordo com o emotivismo, por exemplo, a função semântica de “É errado que Jones roubou o dinheiro” é expressar um sentimento de desaprovação por Jones roubar o dinheiro. Nesta sentença, o operador normativo “É errado que ...” é dito ter um escopo mais amplo. Tecnicamente, isso significa que a menor unidade gramatical na qual o operador normativo ocorre é a sentença inteira. Mas há também sentenças nas quais o operador normativo tem um escopo estreito: um exemplo seria “Se é errado roubar, então é errado roubar o irmãozinho”. O operador normativo “Está errado ...” não tem o escopo mais amplo nesta frase porque a menor unidade gramatical em que ocorre é menor do que a frase inteira: é “É errado roubar”. Em ‘Se é errado roubar, então é errado fazer o irmãozinho roubar’, o operador lógico “Se ... então ...” tem um escopo mais amplo: a menor unidade gramatical em que

---

<sup>36</sup> Cf. MILLER, 2003, pp. 38-51.

ocorre é toda a sentença. O problema Frege-Geach para o não-cognitismo pode então ser formulado da seguinte maneira. Podemos, talvez, visualizar frases em que os operadores normativos morais têm um escopo mais amplo como tendo uma função semântica expressiva. Mas é muito implausível ver ocorrências de operadores morais que têm apenas escopo estreito como tendo o mesmo tipo de função. Em "Se o aborto é errado, então não deve ser realizado", ou "Hank acredita que o aborto é errado", o significado da sentença como um todo não parece ser uma função das atitudes em relação ao aborto. Isso sugere que operadores morais como "Está errado ..." ou "Está certo ..." são sistematicamente ambíguos, dependendo de terem escopo amplo ou restrito nas sentenças em que aparecem. Se o não-cognitista quer evitar postular ambiguidades onde intuitivamente não existe nenhuma, ele deve responder a essa acusação: ele deve mostrar como os operadores morais podem aparecer, com o mesmo significado, em afirmações nas quais eles têm amplo escopo e em afirmações em que eles têm escopo estreito. Isto é, o não-cognitista deve dar uma descrição uniforme dos significados dos operadores morais (MILLER, 2003, pp. 96-97).

Allan Gibbard<sup>37</sup> é um dos principais teóricos metaéticos a buscar responder ao Problema Frege-Geach<sup>38</sup>, o que culminou na elaboração de uma teoria conhecida como expressivismo de normas e que foi utilizada por Kevin Toh para analisar os enunciados jurídicos internos de Hart.

Para a teoria de Gibbard, um juízo moral expressa a aceitação de normas por um agente. De acordo com seu pensamento, uma ação somente será moralmente errada se for racional que o agente se sinta culpado por ter realizado a ação e que outras pessoas sintam raiva ou ressentimento por ele tê-lo feito (MILLER, 2003, p. 95).

Apesar de aparentar à primeira vista uma teoria cognitivista, na medida em que estariam descritas as condições necessárias e suficientes para a identificação da correção de um ato moral, a natureza não-cognitivista da teoria está presente justamente na análise da racionalidade feita por Gibbard. O autor americano entende que não importa se a ação moral é de fato racional, mas se alguém pode julgá-la como racional (GIBBARD, 1990, p. 8), pelo que dizer que X é racional não é descrever uma propriedade de X, mas expressar a aceitação de um sistema de normas que permite X (MILLER, 2003, p. 96). Dizer que "matar é errado" é dizer que

---

<sup>37</sup> Simon Blackburn, teórico do quasi-realismo, também apresentou uma importante resposta ao Problema Frege-Geach. Contudo, como o foco do presente trabalho é o expressivismo de normas, optei por suprimir a tentativa de solução de Blackburn. Para uma sólida síntese do trabalho de Blackburn, cf. MILLER, 2003, pp. 52-94.

<sup>38</sup> Cf. MILLER, 2003, 99-104 e KALDERON, 2010, pp. 69-94 para uma análise da resposta de Gibbard ao Problema Frege-Geach.

é racional que alguém que mate uma pessoa sinta-se culpado por isso e que os demais membros de uma comunidade sintam raiva por isso.

A teoria expressivista de Gibbard foi elaborada a partir da teoria da evolução. Desse modo, aceitar normas é um estado mental derivado de uma adaptação humana biológica (GIBBARD, 1990, p. 7) e revelado pela linguagem.

Para demonstrar sua tese, Gibbard invoca a luta entre casos de fraqueza de vontade e o autocontrole. Em alguns casos, estabelecemos regras que acabam sendo superadas por nossas vontades instintivas. Em um cenário de motivação normativa para agir, pode existir um conflito entre faculdades psicológicas putativas relacionadas ao sistema de controle normativo e o sistema de controle animal (GIBBARD, 1996, p. 184). Sem embargo, nem todo conflito será desse tipo. Em diversas oportunidades, a divergência restará entre nossos juízos e motivações sociais poderosas.

Assim, para entender as normas e sua aceitação, temos que entender como a linguagem motiva as pessoas. Gibbard aponta que, com a linguagem, as pessoas podem compartilhar situações passadas, presentes, futuras e até hipotéticas, de modo a permitir o alcance de avaliações e soluções compartilhadas que podem solucionar até mesmo a coordenação social que, para ele, é a mais importante função biológica da discussão normativa:

Trabalhar, em comunidade, o que fazer, o que pensar e como sentir em situações ausentes, se tiver essas funções biológicas, deve presumivelmente influenciar o que fazemos, pensamos e sentimos diante de situações semelhantes. Eu chamarei essa influência de governança normativa. É neste governo de ação, crença e emoção que podemos encontrar um lugar para fenômenos que constituem a aceitação de normas, em oposição a meramente internalizá-las (GIBBARD, 1996, p. 191).

Para o autor, a discussão normativa tende a levar ao consenso, pois permite influência mútua e uma predisposição para solucionar demandas por consistência, além de abrir espaço para que os indivíduos tomem certas posições em ambientes conflituosos.

Ponto importante da análise expressivista de Gibbard é que ele não trata meramente de normas, mas de um sistema de normas (GIBBARD, 1996, p. 195). Esse sistema inclui as normas aceitas e a forma como lidamos com elas. O que importa é aquilo que o sistema permite ou exige em dadas circunstâncias:

Nós podemos caracterizar qualquer sistema N de normas por uma família de predicados básicos “N-proibido”, “N-opcional” e “N-exigido”. Aqui, “N-proibido” simplesmente significa “proibido pelo sistema de normas N” e do mesmo modo com seus semelhantes. Outros predicados podem ser construídos a partir desses básicos; em especial “N-permitido” significará “N-opcional” ou “N-exigido” (GIBBARD, 1996, p. 196).

Vale ressaltar que tais predicados serão descritivos, na medida em que a norma N afirma será uma questão de fato e pessoas que concordam com questões de fato concordarão sobre aquilo que é permitido ou não. Assim, considerando que um sistema de normas sempre será incompleto, a dúvida acerca da aceitação ou rejeição de normas ainda assim poderá ocorrer, diante da presença de incerteza normativa:

Os juízos normativos de uma pessoa sobre um dado assunto dependerão tipicamente de sua aceitação de mais de uma norma, e as normas que ele aceita podem pesar em direções opostas (...) Nossos julgamentos normativos, portanto, não dependem de uma única norma, mas de uma pluralidade de normas que aceitamos como tendo alguma força, e sobre as maneiras que tomamos algumas dessas normas para compensar ou sobrepujar outras (GIBBARD, 1990, pp. 86-87).

Quanto ao Problema Frege-Geach, Gibbard procura estabelecer uma abordagem uniforme dos significados dos operadores lógicos, e, por consequência, uma abordagem uniforme da validade das inferências envolvendo sentenças nas quais aparecem esses operadores (MILLER, 2003, p. 99).

A partir da ideia de sistemas normativos incompletos, Gibbard sustenta que, inexistem mundos factuais-normativos em que as premissas podem ser verdadeiras, mas a conclusão não:

Consideremos um exemplo, usando nosso velho cavalo de batalha.

(1) Mentir é errado.

(2) Se mentir é errado, então fazer com que seu irmãozinho minta é errado.

Então:

(3) Fazer com que seu irmãozinho minta é errado.

Lembre-se que para Gibbard isso significa que:

(1a) É racional sentir raiva de atos de mentir.

(2a) Se é racional sentir raiva de atos de mentir, então é racional sentir raiva de qualquer um que faça com que seu irmãozinho minta.

Então:

(3a) É racional sentir raiva de qualquer um que faça com que seu irmãozinho minta.

O que, na abordagem de Gibbard, a validade desse argumento consiste? Consiste no fato de que não existem mundos factuais-normativos  $\langle w, n \rangle$  nos quais as premissas se sustentam, mas a conclusão falha em resistir. Para ver isso, considere o argumento:

(1b) Sentir raiva de mentirosos é N-permitido.

(2b) Se sentir raiva de mentirosos é N-permitido, então sentir raiva em relação a alguém que faz com que seu irmãozinho minta é N-permitido.

Então:

(3b) Sentir raiva de alguém que faz com que seu irmãozinho minta é N-permitido.

Não há mundos possíveis nos quais as premissas desse argumento são verdadeiras e a conclusão é falsa. Portanto, o argumento de (1b) e (2b) a (3b) é válido. Portanto, o argumento de (1a) e (2a) a (3a) é válido. Então, finalmente, o argumento do *modus ponens* moral de (1) e (2) a (3) é válido.

(MILLER, 2003, pp. 103-104).

Do mesmo modo, sentenças que não contenham vocabulário moral ou normativos podem ser demonstradas por meio do mesmo tipo de estrutura, fazendo com que o Problema Frege-Geach esteja aparentemente resolvido, por não haver predicados normativos que sejam utilizados de formas diversas em cada caso:

1) Está chovendo.

2) Se está chovendo, então as ruas estão molhadas.

Então:

3) As ruas estão molhadas (MILLER, 2003, p. 104).

### 3.2. A análise expressivista de normas proposta por Kevin Toh

Alguns autores como Joseph Raz, Scott Shapiro e Kevin Toh classificaram Hart como um expressivista<sup>39</sup>. Também, como será visto adiante, David Plunkett e Stephen Finlay propõem uma leitura quasi-expressivista da teoria hartiana, como uma correção da proposta de Toh. Todos eles partem da conceituação de

---

<sup>39</sup> Ao mencionar a análise de Raz a respeito do caráter híbrido dos enunciados jurídicos internos de Hart, por ter como característica declarar como as coisas são, ao mesmo tempo em que revela a aceitação do direito, Stephen Perry registra que Hart explicitamente afirma que aceita uma análise não-cognitivista dos enunciados jurídicos (PERRY, 2009, p. 310, n. 53). Contudo, a passagem por ele mencionada, extraída do livro *Essays on Bentham*, diz respeito à teoria não-cognitiva dos deveres, não guardando qualquer relação com a teoria metaética expressivista (HART, 1982, 159-160). Kramer esclarece bem o ponto: “ele estava envolvido em uma disputa com Raz sobre o conceito de dever ou obrigação jurídica. Raz acredita que o conceito de dever ou obrigação é o mesmo no discurso jurídico e no discurso moral e, portanto, acredita que todas as invocações de deveres jurídicos por oficiais em apoio aos seus esforços de aplicação do direito implicam a existência de razões morais para as pessoas se conformarem com esses deveres. Hart discordou de Raz sobre a noção de que um conceito único de obrigação seja compartilhado entre o discurso jurídico e o discurso moral, e também sobre a tese concomitante sobre as implicações de quaisquer referências justificatórias a deveres jurídicos por oficiais. Hart negou que todas essas referências implicassem que os destinatários das mesmas tivessem razões morais para cumprir os deveres. Ele rotulou a posição de Raz sobre esse ponto de discórdia como ‘cognitiva’ e sua própria posição como ‘não-cognitiva’. Embora esses rótulos possam ter sido enganosos, Hart não os adotou para sinalizar sua lealdade a qualquer relato não cognitivista geral da semântica dos enunciados jurídicos internos” (KRAMER, 2018a, p. 21).

enunciados jurídicos internos elaborada por Hart, que pode ser resumida na seguinte passagem de *CL*, já citada anteriormente de modo parcial:

O uso de regras de reconhecimento não declaradas, por tribunais e outros, na identificação de regras específicas do sistema é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam dessa maneira manifestam sua própria aceitação delas como regras orientadoras e com essa atitude vai um vocabulário característico diferente das expressões naturais do ponto de vista externo. Talvez a mais simples delas seja a expressão "É a lei que ...", que podemos encontrar nos lábios não apenas de juízes, mas de homens comuns vivendo sob um sistema jurídico, quando identificam uma dada regra do sistema. Isto, como a expressão 'Fora' ou 'Gol', é a linguagem de alguém que avalia uma situação por meio de referência a regras que ele, em comum com outros, reconhece como apropriadas para este propósito. Essa atitude de aceitação compartilhada de regras deve ser contrastada com a de um observador que registra *ab extra* o fato de que um grupo social aceita tais regras, mas ele mesmo não as aceita. A expressão natural desse ponto de vista externo não é "É o direito que ..." mas "na Inglaterra eles reconhecem como direito ... aquilo que a Rainha no Parlamento promulga." À primeira dessas formas de expressão nós chamaremos enunciado interno porque ela manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por alguém que, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o fato de que ela é aceita, aplica a regra no reconhecimento de alguma regra específica do sistema como válida. À segunda forma de expressão chamaremos de enunciado externo, porque é a linguagem natural de um observador externo do sistema que, sem ele mesmo aceitar sua regra de reconhecimento, declara o fato de que outros o aceitam (HART, 1994, pp. 102-103).

O tema será melhor analisado adiante. Contudo, conforme se vê, para Hart, o uso da regra de reconhecimento para identificação de regras do sistema jurídico é característica do ponto de vista interno e aqueles que a usam manifestam sua aceitação como regras-guia de modo diverso daqueles que se manifestam por meio do ponto de vista externo, o qual não pressupõe a aceitação do que expressa um enunciado jurídico.

Extrai-se desses dois pontos de vista as duas formas de enunciados jurídicos. O enunciado interno será expressado por aquele que manifesta o ponto de vista interno, aceitando a regra de reconhecimento, por meio de expressões como "É o direito que...". Por sua vez, o enunciado externo é utilizado pelo observador externo do sistema que, não aceitando a regra de reconhecimento, aponta o fato de que outros a aceitam por meio de expressões como "Na Inglaterra eles reconhecem como direito aquilo que a Rainha no Parlamento promulga".

O primeiro autor a sustentar a presença de uma teoria não-cognitivista na obra de Hart foi Joseph Raz, no artigo *H.L.A. HART*, de 1993, no que pode ser

considerada uma forma híbrida de expressivismo. Ali, Raz apontou que, se fosse necessário classificar Hart como cognitivista ou não-cognitivista, certamente seria melhor a segunda opção. Todavia, em sua visão, os enunciados de regras, deveres e direitos são verdadeiros ou falsos, bastando, para tanto, avaliá-los por meio de certas práticas sociais, revelando seu caráter manifestamente cognitivo. De toda forma, há um componente não-cognitivista em todo enunciado, na medida em que expressa a concordância do falante com aquela regra, sua disposição para segui-la e exigir de outros que a sigam, a revelar seu caráter expressivista.

Raz ainda registra que Hart entendia enunciados normativos ordinários como simples expressões de concordância com um padrão determinado, mas não como a expressão de uma compulsão por realizar o comando ou a presença de qualquer estado emocional, o que diferenciaria sua sustentação não-cognitivista daquelas defendidas pelo emotivismo, por exemplo.

Cronologicamente, o segundo a interpretar a teoria como expressivista foi Kevin Toh, em 2005. Todavia, sendo ele o foco principal do presente capítulo, serão analisados, antes, os apontamentos de Scott Shapiro que, em grande parte, baseou-se no trabalho de Toh.

Antes de proceder à aferição do que os enunciados jurídicos representam na teoria de Hart, Shapiro (2006) ensina que o ponto de vista interno possui quatro papéis na teoria hartiana: especificar um certo tipo de motivação que alguém pode ter em relação ao direito; constituir uma das principais condições de existência para as regras sociais e jurídicas; ser responsável pela inteligibilidade da prática e do discurso jurídico; e prover uma semântica naturalisticamente aceitável para os enunciados jurídicos.

Desse modo, o ponto de vista interno seria a atitude prática de aceitação de regras:

O que, então, é o ponto de vista interno? Do modo que Hart usou o termo, o ponto de vista interno refere-se à atitude prática de aceitação de regras. Alguém assume essa atitude em relação a uma regra social quando aceita ou endossa um padrão convergente de comportamento como um padrão de conduta. Assim, o ponto de vista interno refere-se a um tipo específico de atitude normativa de certos insiders, a saber, aqueles que aceitam a legitimidade das regras. Hart é muito claro sobre este ponto: "Pois é possível se preocupar com as regras, seja simplesmente como um observador que não as aceita, ou como um membro do grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar estes, respectivamente, de pontos de vista 'externo' e 'interno'". Como essa passagem deixa claro, o

ponto de vista "interno" é sinônimo da perspectiva "internalizada", ao invés de da perspectiva do "insider" (SHAPIRO, 2006, p. 5).

Além disso, o autor realiza a distinção entre o ponto de vista prático (*practical point of view*) e o ponto de vista teórico (*theoretical point of view*). Para ele, todo ponto de vista que não envolve aceitação de uma regra seria teórico. Haveria, então, duas posições de ponto de vista teórico: o daquele que pretende descrever socialmente o comportamento dos participantes da prática de acordo com a frequência do cumprimento das regras – que seria denominado por Hart de ponto de vista externo extremo – e o daquele que realiza uma análise social observando as atitudes de aceitação dos participantes. Já o ponto de vista prático envolveria as atitudes de aceitação e não aceitação das regras. Somente aquele que aceita a regra poderia ser considerado como tomando o ponto de vista interno.

Assim, Shapiro sustenta que não se pode confundir o ponto de vista interno com o mero ponto de vista daquele que está dentro da prática (*insider's point of view*), uma vez que, como a crítica de Hart ao postular o ponto de vista interno era direcionada a teorias baseadas em sanções, como as de Hans Kelsen e de Oliver Wendell Holmes, confundir as duas ideias seria tornar a crítica ininteligível, pois, enquanto Hart preocupou-se com o ponto de vista daqueles que aceitam as regras decorrentes de um comportamento convergente, Holmes privilegia o ponto de vista de quem está dentro da prática, ainda que não internalize a regra. Nesse sentido, a análise proposta por Holmes seria descrita como baseada no ponto de vista externo, na medida em que a observação não distingue os que aceitam dos que não aceitam a regra.

Aliás, Shapiro demonstra a importância do ponto de vista interno<sup>40</sup> para a teoria hartiana:

A existência do ponto de vista interno, portanto, subscreve a existência de todas as regras jurídicas. Sem supor que os oficiais adotem a atitude de aceitação da norma à regra do reconhecimento, não poderia haver uma regra de reconhecimento e, portanto, o direito não poderia existir como uma questão conceitual (SHAPIRO, 2006, p. 14).

---

<sup>40</sup> Vale repisar que, como afirmado no primeiro capítulo deste trabalho, Hart reconhece a possibilidade de que nem todos os participantes da prática assumam o ponto de vista interno, exigindo a aceitação tão somente dos oficiais.

O ponto mais importante para o presente trabalho é justamente o entendimento sobre o que Hart quis dizer com aceitar uma regra ou uma norma social. Ao descrever a aceitação como o aspecto interno das regras sociais, Hart afirmou que aceitar uma regra seria considerar um padrão de comportamento como *standard* geral a ser seguido pelo grupo como um todo (HART, 1994, p. 56), havendo algumas formas pelas quais a aceitação é expressada, a saber, agindo de acordo com o que a regra determina e realizando uma avaliação crítica em relação aos demais participantes da prática que não se conformam com a regra (SHAPIRO, 2006, p. 9). Nas palavras do próprio Hart, aceitação “consiste na disposição dos indivíduos de assumir tais padrões de conduta tanto como guias para sua própria conduta futura quanto como padrões de crítica que podem legitimar exigências e diversas formas de pressão por conformidade” (HART, 1994, p. 255). Além disso, a aceitação é normalmente expressada por enunciados que usam terminologia normativa como “dever”, “certo” ou “errado”. Esses enunciados, como visto, são chamados por Hart de enunciados internos por expressarem o ponto de vista interno.

Uma das funções do ponto de vista interno, segundo Shapiro, é fornecer uma semântica naturalisticamente aceitável para os enunciados jurídicos. O autor registra que o realismo escandinavo, capitaneado por autores como Alf Ross e Axel Hagerstrom, possuía bastante destaque na época em que CL foi escrito. Para esta corrente jusfilosófica, tratava-se de um misticismo afirmar que as regras existem ou são legalmente válidas, uma vez que, segundo sua versão austera do naturalismo, fatos normativos não existem (SHAPIRO, 2006, p. 18). Hart teria proposto, então, uma abordagem da semântica jurídica que buscava tornar a linguagem jurídica naturalisticamente aceitável.

A partir daí são elaborados os conceitos de enunciados jurídicos internos e externos, que correspondem aos pontos de vista interno e externo, respectivamente, como disse. Os enunciados jurídicos internos possuem como características usuais (i) expressar a aceitação da regra de reconhecimento como o teste apropriado para determinação do pertencimento de uma regra a um determinado sistema jurídico e (ii) expressar juízos de que certas regras passam no teste (SHAPIRO, 2006, pp. 18-

19)<sup>41</sup>. Por sua vez, os enunciados externos exprimem fatos extraídos do mundo real, como as atitudes e comportamentos de certo grupo.

Aqui fica clara a importante distinção entre os enunciados externos e internos: enquanto os primeiros enunciados enunciam fatos, os segundos enunciam juízos realizados pelo participante da prática. Assim, afirmar que uma regra é juridicamente válida é expressar a atitude do falante em relação à regra de reconhecimento e sua aplicabilidade, podendo ser considerada a expressão de um fato somente a admissão implícita de que a regra de reconhecimento existe (SHAPIRO, 2006, p. 19).

Da mesma forma que Raz, Shapiro aponta a existência de uma mistura de cognitivismo e não-cognitivismo na elaboração de Hart a respeito dos enunciados jurídicos internos. Sobre a existência da regra de reconhecimento, Hart é cognitivista, pois, como visto, sua identificação como existente é a enunciação de um fato do mundo, passível de ser submetido a um juízo de verdade ou falsidade. Já em relação à existência de regras jurídicas primárias, Hart é um não-cognitivista, na medida em que os enunciados jurídicos internos não expressam proposições e, por isso, não podem ser verdadeiros ou falsos.

Assim, com Toh, Shapiro entende que Hart é um expressivista de normas, ao menos em relação às regras jurídicas primárias, pois defende que o “significado dos enunciados jurídicos internos é dado pela sua função expressiva” (SHAPIRO, 2006, p. 21), o que será melhor visto adiante. Em outras palavras, a função da terminologia normativa empregada nos enunciados internos é expressiva, não representacional, por expressar um estado da mente, não estados do mundo (SHAPIRO, 2011, p. 99)<sup>42</sup>.

Sem embargo, Shapiro alerta que Hart não precisaria ter ido tão longe, pois em toda teoria do direito plausível que aceite a ideia de regras, enunciados jurídicos realizarão normalmente um papel expressivo:

---

<sup>41</sup> Importante observar que, em geral, a aceitação da regra de reconhecimento não é explicitamente exposta na formulação do enunciado interno. Além disso, as características normais do enunciado jurídico interno são apresentadas de modo diverso daquele proposto por Toh, como apresentarei adiante.

<sup>42</sup> Duarte D’almeida propõe uma análise diferente dos enunciados jurídicos, tanto internos quanto externos. Para ele, existem enunciados internos específicos (*particular internal statements*) que podem ser verdadeiros ou falsos mesmo diante de ampla disputa sobre seu conteúdo, desde que a pessoa a proferir o enunciado pense que ele está correto, independentemente do que os demais membros da comunidade pensam (DUARTE D’ALMEIDA, 2016, pp. 175-190).

Quando um juiz diz que alguém é obrigado a pagar os impostos e que a falha em fazê-lo constitui uma infração, parece que o juiz está expressando sua aprovação em relação ao pagamento dos impostos e condenando a falha em fazê-lo. Isto é ainda mais óbvio quando certos atos são considerados errados e os perpetradores são considerados culpados em um tribunal de justiça (SHAPIRO, 2006, p. 21).

Nada obstante a relevância e o destaque que Joseph Raz e Scott Shapiro possuem no cenário da filosofia analítica do direito contemporânea, a obra de referência para a discussão acerca do expressivismo em Hart é o artigo *Hart's Expressivism and His Benthamite Project*, de Kevin Toh (2005). A partir dela foi construído o recente e crescente debate acerca das raízes não-cognitivistas de Hart e, por essa razão, será analisada profundamente.

O artigo apresenta, desde o princípio, a já mencionada distinção entre enunciados internos e externos esposada por Hart para defender que os primeiros são enunciados de direito e os segundos enunciados sobre o direito. Além disso, ao sustentar que Hart teria realizado uma “análise oblíqua” dos enunciados jurídicos internos, por não ter realizado um escrutínio direto acerca deles, mas, sim, dos enunciados teóricos que atribuem enunciados internos aos falantes, Toh defende que, ao exprimir um enunciado jurídico interno, o falante expressa sua aceitação das normas que compõem o sistema jurídico, a caracterizar uma visão expressivista, notadamente o expressivismo de normas defendido por Allan Gibbard, ou não-cognitivist<sup>43</sup> daqueles enunciados<sup>44</sup> (TOH, 2005, pp. 75-76).

Ao descrever o expressivismo, Toh aponta as três razões que o motivam. A primeira seria o reconhecimento de que o conteúdo da avaliação de um conceito revela o motivo para se agir de acordo com aquela avaliação, a indicar a existência de uma conexão não-contingente entre a avaliação normativa e a existência de razões para eliminar da afirmação definições naturalísticas de termos normativos. A segunda razão, conectada à primeira, extraída de uma análise das exposições de

---

<sup>43</sup> Já foi visto no início deste capítulo que as expressões “não-cognitivismo” e “expressivismo” não são sinônimas. Com efeito, o expressivismo é uma das várias correntes localizadas no espectro da tradição não-cognitivist da metaética. O uso indiscriminado dos termos feito por Toh em vários momentos, como aponta Matthew Kramer (2018a), não contribui para o melhor entendimento acerca da posição que Toh defende. Seja como for, considerando todo o desenvolver do raciocínio empregado por Toh, é seguro afirmar tratar-se de um mero lapso técnico, que não é capaz de causar maiores prejuízos à tese defendida.

<sup>44</sup> Além disso, Toh critica as posições que atribuem à Hart uma análise descritiva dos enunciados jurídicos internos, entre eles, Ronald Dworkin em sua crítica baseada nos desacordos teóricos, o que será analisado no capítulo final.

G.E. Moore contra o naturalismo, é o desejo e a crença dos expressivistas na possibilidade de manutenção da congruência entre os compromissos dos pensamentos normativos e discursos com o mundo real. Finalmente, considerando que os discursos normativos em geral não são fundamentalmente falhos, entendem que os termos normativos não objetivam se referir a nenhuma propriedade, mas expressar estados mentais conativos.

O primeiro ponto a revelar o expressivismo na obra de Hart, relacionado com a primeira razão motivadora do expressivismo, seria a distinção delineada por ele entre a mera convergência habitual de comportamento e a existência de uma regra, que se baseia justamente na semântica normativa usada como sinal para se referir a estas últimas. Para Hart, a ação que se desvia da regra é seguida, em geral, de uma reação hostil ou, no caso das regras jurídicas, seguida de uma punição pelos oficiais<sup>45</sup>. Por sua vez, os hábitos de grupo não sofrem tal tipo de objeção (HART, 1994, p. 10).

Ao criticar as teorias preditivas propostas por realistas como Oliver Wendell Holmes, Hart, na visão de Toh, teria recorrido ao argumento de existência de conexão não-contingente entre uma avaliação normativa e a avaliação da razão ou motivo que uma pessoa possui, na medida em que defende que o juiz, ao punir um infrator, se vale da regra como razão para justificar a punição:

Para tal abordagem preditiva existem muitas objeções, mas uma em particular, que caracteriza toda uma escola de teoria jurídica na Escandinávia, merece cuidadosa consideração. É que, se olharmos atentamente para a atividade do juiz ou oficial que pune os desvios das regras jurídicas (ou aquelas pessoas privadas que reprovam ou criticam desvios das regras não jurídicas), nós vemos que as regras estão envolvidas nesta atividade de uma forma que esta abordagem preditiva deixa bastante inexplicável. Pois o juiz, ao punir, toma a regra como seu guia e a violação da regra como razão e justificativa para punir o ofensor (HART, 1994, pp. 10-11).

Além disso, outro ponto reforça o argumento de que Hart propõe uma análise expressivista dos enunciados jurídicos internos. Mencionando a teoria dos comandos de Austin, ele aponta que, ao utilizar-se de termos como chance ou probabilidade, as teorias preditivas não tratam enunciados de obrigações como enunciados psicológicos, mas como predições e avaliações de chance de ocorrência

---

<sup>45</sup> Vê-se, aqui, a razão pela qual Toh associa a teoria de Hart ao expressivismo de normas de Gibbard.

de uma punição. Contudo, apesar de esta ter sido aceita, na época, como a única alternativa para concepções metafísicas de obrigação ou dever, várias razões seriam suficientes para rejeitar a interpretação de obrigação como predição. Toh aponta, então, que a alternativa mencionada por Hart seria a análise expressivista dos enunciados jurídicos internos.

Nesse ponto, David Plunkett e Stephen Finlay indicam outra passagem que revelaria o mesmo intento de Hart, defendendo que o objetivo primário de *CL* é fornecer uma opção que não sustenta propriedades não-naturais obscuras nem omite o caráter de guiar ações do direito (FINLAY; PLUNKETT, 2018, p. 72):

A maioria das obscuridades e distorções que cercam os conceitos jurídicos e políticos surgem do fato de que estas essencialmente envolvem referência ao que chamamos de ponto de vista interno: a visão daqueles que não meramente registram e preveem o comportamento em conformidade com as regras, mas usam as regras como padrões para a avaliação de seus próprios comportamentos e de outros. Isto requer uma atenção mais detalhada na análise de conceitos jurídicos e políticos do que normalmente ocorre (HART, 1994, p. 98).

Sem embargo, toda a abordagem de Toh a respeito do caráter expressivista, notadamente o expressivismo de normas de Gibbard, parte das seguintes passagens do artigo *Scandinavian Realism* e da obra *CL*:

Quando o apontador registra uma corrida ou meta, ele está usando uma regra aceita e não declarada no reconhecimento de fases críticas do jogo que contam para vencer. Ele não está prevendo o comportamento ou sentimentos de si próprio ou dos outros, nem realizando qualquer outra forma de enunciado factual sobre o funcionamento do sistema. A tentação de adulterar tais enunciados internos em que o uso é feito de uma regra ou critério de reconhecimento não declarado e aceito como um enunciado externo de um fato que prediz o funcionamento regular do sistema se deve ao fato de que a aceitação geral das regras e eficácia do sistema é, de fato, o contexto normal em que tais enunciados normativos internos são feitos. Normalmente, não faz sentido avaliar a validade de uma regra [...] por referência a regras de reconhecimento [...] que não são aceitas por outros de fato ou que provavelmente não serão observadas no futuro. Entretanto, às vezes fazemos isso, de um modo semi-ficcional, como uma maneira vívida de ensinar o direito de um sistema jurídico morto como o direito romano clássico. Mas esse contexto normal de eficácia pressuposto na elaboração de enunciados internos deve ser distinguido de seu significado ou conteúdo normativo (HART, 1983, pp. 167-168).

O uso de regras de reconhecimento não declaradas, por tribunais e outros, na identificação de regras específicas do sistema é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam dessa maneira manifestam sua própria aceitação delas como regras orientadoras (HART, 1994, p. 102).

Daí Toh conclui que um falante realiza um enunciado jurídico se (i) expressa a aceitação de uma regra R e (ii) pressupõe que R é geralmente aceita e obedecida pelos membros de sua comunidade – dando a essa tese a sigla AH.

Gibbard defende que a aceitação de uma norma envolve um conjunto de disposições do participante de ser governado por aquela norma. Toh afirma que a caracterização dos enunciados jurídicos internos por Hart possui a mesma natureza, na medida em que existem diversas passagens em sua obra que mencionam expressamente a necessidade de aceitação da regra para que ela seja vista como vinculante (HART, 1994, pp. 57, 140, 255).

Ao longo de sua carreira, Hart dialogou diretamente com não-cognitivistas como Ayer, Stevenson e Hare. Para Toh, ao criticar a caracterização de moralidade como uma questão de aplicação à conduta humana daqueles princípios últimos que o indivíduo aceita ou com os quais se compromete, elaborada por Hare, por ser “excessivamente protestante”, Hart estaria endossando o restante da teoria de Hare e, visando à correção desse ponto, propôs ao longo de sua carreira a ideia de que a regra aceita pelo indivíduo deve ser aceita e obedecida também pelos membros de sua comunidade.

Do mesmo modo, Toh afirma que, no já citado artigo *Scandinavian Realism*, ao criticar Alf Ross por analisar os enunciados de validade jurídica como expressões de emoção, aproximando-se do emotivismo de Ayer, Hart não estaria recusando o expressivismo, mas advogando uma forma de expressivismo de normas:

As formas 'eu (você, ele, elas) devem fazer aquilo' e 'eu (você, etc.) não deveria ter feito aquilo' são as mais gerais usadas para desempenhar essas funções normativas críticas que de fato constituem o seu significado. Elas não são enunciados externos de fato que preveem comportamentos prováveis de acordo com os padrões; são enunciados internos no sentido de que manifestam aceitação dos padrões e usam e apelam para elas de várias maneiras. Mas o caráter interno dessas afirmações não é uma mera questão de o falante ter certos "sentimentos de compulsão"; pois, embora muitas vezes possam acompanhar esses enunciados, não são condições necessárias nem suficientes de seu uso normativo para criticar a conduta, fazendo afirmações e justificando reações hostis por referência ao padrão aceito (HART, 1983, p. 167).

Outro ponto importantíssimo da obra de Hart que permitiu a Toh a análise dos enunciados jurídicos internos como representação de uma forma de expressivismo foi a proximidade com o pensamento de J.L. Austin. Como se sabe,

Austin, um dos mais proeminentes filósofos da linguagem do século XX, foi colega de Hart em Oxford, tendo, inclusive, ministrado disciplinas em conjunto.

Uma das principais contribuições de Austin para a filosofia é a ideia de “afirmações performativas” (ou atos de fala). Para Austin, é um erro afirmar que enunciados somente visam descrever ou representar algo, o que configuraria a falácia descritivista, na medida em que descrever seria apenas uma das funções das palavras, pois, em algumas formas de afirmação, a sua expressão representa a própria ação.

No artigo intitulado *The Ascription of Responsibility and Rights* (1949), Hart propõe uma concepção da natureza performativa das afirmações baseada na lição de Austin, sugerindo que “a concepção da ação humana tem sido inadequada e confusa, ao menos em parte porque sentenças da forma ‘Ele fez’ têm sido tradicionalmente consideradas como primariamente descritivas”. Então Hart propõe que elas deveriam ser chamadas de ascriptivas, “por atribuírem responsabilidade pelas ações tal como a principal função de sentenças da forma ‘Isto é dele’ atribui direitos de propriedade” (HART, 1949, p. 171).

Posteriormente, Hart repisou o argumento no artigo *Definition and Theory in Jurisprudence*, publicado originalmente em 1953. Ao elaborar sobre a definição de palavras como direito, dever e corporação, e registrando o fato de que a maioria das expressões jurídicas não possui uma contrapartida natural, Hart afirma que a função primária de cada uma delas não é descrever algo (HART, 1983, p. 31). Para ele, ao se analisar uma frase como “A tem o direito de ser pago 10 libras por B”, verifica-se uma função distintiva: em vez de enunciar a regra jurídica relevante ou descrever um fato, o falante extrai uma conclusão da regra relevante, mas não enunciada, e dos fatos relevantes, mas não enunciados. Ao mesmo tempo em que não prescreve o futuro, o enunciado ordinário também não descreve o presente (HART, 1983, p. 28).

Outro argumento utilizado por Toh para sustentar o expressivismo na obra de Hart está a reconstrução feita pelo autor da obra de Jeremy Bentham em linhas expressivistas similares àquelas que Toh atribui à análise dos enunciados jurídicos do próprio Hart. Para Bentham, um comando proferido por um soberano se diferencia de outras formas de declaração por ser uma declaração sobre a vontade do falante em relação à conduta de outros. Hart afirma que isso seria um erro, na

medida em que Bentham deveria reconhecer esse discurso como não-declaratório, uma vez que a enunciação de uma sentença pode representar um estado mental ou atitude do falante, expressando algo implícito e não declarado pelo seu uso:

Quando eu digo “Feche a porta”, eu sugiro e não declaro que desejo que a porta seja fechada, assim como quando eu digo “O gato está no tapete”, eu sugiro e não declaro que eu acredito que esse seja o caso (HART, 1982, p. 249).

Todas essas passagens de diferentes trabalhos de Hart indicam, na visão de Toh, sua busca por caracterizar os enunciados jurídicos internos como atos de fala não descritivos. Contudo, Toh reconhece que algumas de suas análises não são absolutamente diretas, necessitando de uma leitura caridosa de Hart para se extrair aquelas conclusões.

### 3.3. Hart contra o expressivismo

Buscando antecipar duas críticas baseadas nos próprios escritos de Hart – que posteriormente viriam a ser bem elaboradas por Matthew Kramer e David Plunkett e Stephen Finlay –, Toh registra duas revisões feitas por Hart a respeito de trabalhos anteriores que serviram de base para toda a estrutura construída acerca da existência de traços expressivistas na análise hartiana dos enunciados jurídicos internos.

Na introdução do livro *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Hart reconhece ter cometido alguns erros durante sua carreira e registra que aprendeu bastante com desenvolvimentos posteriores da filosofia. Entre os reconhecimentos está o fato de que, se tivesse apreendido a distinção entre o significado e a força de expressões<sup>46</sup> e conhecido a teoria dos atos de fala elaborada por J.L. Austin, não teria afirmado no artigo *Definition and Theory in Jurisprudence*, de 1953 e republicado na coletânea de 1983, que “enunciados de direitos jurídicos e deveres não são ‘descritivos’, como [fez] ao chamá-los de ‘conclusões de direito’ e ‘as

---

<sup>46</sup> Além de servir como demonstração da rejeição da teoria não-cognitivistica, quando Hart afirma que compreendeu a distinção entre o significado e a força das expressões, ele está se referindo diretamente ao reconhecimento da existência de uma distinção entre a semântica e a pragmática das expressões. O tema será tratado profundamente na próxima seção. Contudo, é importante registrar que, como aponta Kramer (2018b, p. 131), Hart demonstrou diversas vezes em sua obra a aceitação dessa distinção. Cf. HART, 1982; HART, 1983.

extremidades da cauda dos cálculos jurídicos', que tais enunciados seriam sempre apresentados como inferências realizadas por seus autores" (HART, 1983, p. 2).

De fato, Hart realiza uma profunda correção naquela primeira afirmação. Ao reconhecer a falha, ele percebe que o significado dos enunciados fixados pelas convenções de linguagem é relativamente constante, não sendo correto afirmar que

[T]ais afirmações são as conclusões de inferências de regras jurídicas, pois tais sentenças têm o mesmo significado em diferentes ocasiões de uso, quer o orador ou o escritor as apresente como inferências que ele tenha extraído. Se ele coloca essa afirmação como uma inferência, essa é a força da declaração naquela ocasião, e não parte do significado da sentença. O que compõe meu erro é que, embora eu fale de frases como sendo capazes de serem verdadeiras ou falsas, nego que elas sejam "descritivas" como se fossem excluídas pelo status que atribuo erroneamente a elas como conclusões de direito, e minha negação de que tais sentenças são "descritivas" obscureceram a verdade de que, para uma compreensão completa delas, devemos entender o que é uma regra de conduta para exigir, proibir ou permitir um ato (HART, 1953, p. 5). (destaque no original)

Interpretando o que Hart disse naquela introdução, Kramer vaticina que, se Hart conhecesse a referida distinção anteriormente, teria percebido que "os aspectos conativo-pragmáticos das atribuições de direitos e deveres – apesar de cruciais e salientes – são perfeitamente consistentes com o fato de que os conteúdos daquelas atribuições são proposicionais" (KRAMER, 2018a, p. 19).

Com o intuito de refutar a retratação de Hart, Toh afirma que aquela introdução é bastante confusa, pois ao mesmo tempo que rejeita a ideia de que aqueles termos jurídicos sejam descritivos, defende o trabalho de Austin sobre enunciados performativos como possuindo valor permanente para a teoria analítica do direito, razão pela qual não se poderia entender seriamente o que Hart pretendeu ao fazer aquela afirmação:

Devo admitir que o que digo aqui parece inconsistente com as observações de Hart na introdução de *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983a) negando sua afirmação em "Definition" de que as conclusões do raciocínio jurídico são não-descritivas (1983b, 2, 5). Acho a discussão geral de Hart em torno dessas observações muito confusa e as observações em si particularmente desconcertantes (*baffling*) - especialmente considerando que Hart diz em outra parte da mesma introdução que considera o trabalho de Austin sobre o uso performativo da linguagem como sendo de valor permanente para a jurisprudência analítica (Hart 1983b, 4) (TOH, 2005, p. 99, nota 40).

Para Kramer, Toh, ao não aceitar o que Hart afirmou sobre seus próprios escritos, acabaria repetindo o mesmo erro ao defender que "aquele que destaca a

pragmática conativa de certos tipos de expressões está comprometido com a visão de que expressões deste tipo são desprovidas de qualquer conteúdo semântico cognitivo” (KRAMER, 2018a, p. 19).

Sem embargo, isso não significa que a teoria elaborada em *CL* não tenha bases expressivistas, mas somente é possível afirmar-se com segurança que Hart alterou seu entendimento sobre os enunciados ao longo da carreira.

Nada obstante, penso haver um sério problema na afirmação de Toh. De fato, Hart defende o trabalho de Austin a respeito do caráter performativo dos enunciados jurídicos, porém não como possuindo “valor permanente para a teoria analítica do direito”, como quis sustentar Toh, mas, especificamente para tornar claras as ideias de poderes jurídicos, contratos e transportes:

Em outros ensaios (Ensaio 3 e 12), chamo a atenção para alguns outros temas específicos da filosofia da linguagem que são de particular relevância para a jurisprudência. Estes incluem a identificação de um uso "performativo" da linguagem, em que as palavras são usadas em conjunto com um pano de fundo de regras ou convenções para mudar a situação normativa dos indivíduos e, assim, ter consequências normativas e não meramente efeitos causais. Assim, como mostro brevemente, esse uso da linguagem está envolvido não apenas na promulgação de leis (muitas vezes mal interpretadas para a noção mais simples de comando), mas em várias transações jurídicas ou os chamados atos na lei (*acts-in-the-law*). A atenção às várias modalidades do uso performativo da linguagem serve para esclarecer, entre outras coisas, a ideia de poderes jurídicos, contratos e transporte, e serve para desvendar o que é verdadeiro nas teorias da vontade e das teorias objetivas do contrato. Isso também evidencia as conexões interessantes entre fenômenos jurídicos tão importantes e meios menos formais de "fazer as coisas com palavras", como uma cerimônia de batismo cristão, votos de casamento e (embora isso ainda seja controverso) a realização de uma promessa (HART, 1983, pp. 3-4).

Não há, assim, qualquer incompatibilidade existente entre a rejeição do caráter puramente descritivo de direitos e deveres e a defesa de Austin, pois o caráter performativo, nas palavras do próprio Hart, auxilia a explicação de certas noções específicas do fenômeno jurídico, mas não em relação aos conceitos de deveres e direitos.

Outra evidência da posição de Hart sobre o expressivismo diz respeito à razão pela qual o artigo *The Ascription of Responsibility and Rights*, publicado em 1949, foi suprimido da coleção de trabalhos em direito penal *Punishment and Responsibility*, de 1968. No Prefácio do livro, Hart afirmou que excluiu o artigo de 1949 porque “suas principais afirmações não mais [lhe] parecem defensáveis, e

porque as principais críticas feitas contra elas nos anos recentes são justificadas” (HART, 2009, p. v), apontando o artigo *Ascriptivism* de Peter Geach (1960), em que são lançados argumentos que atingem diretamente a tese não-cognitivista de que formulações de juízos éticos ou outros juízos normativos nunca seriam valoráveis como verdadeiros ou falsos. Aliás, as objeções feitas por Geach contra o prescritivismo de Hare e o ascriptivismo de Hart, como visto anteriormente, tornaram-se conhecidas como o “Problema Frege-Geach” e representaram a principal contestação ao expressivismo da época, tendo Blackburn e Gibbard construído suas teses visando à correção daquilo que Geach havia apontado.

Essa potencial crítica à proposta de Toh, endossada por Kramer, tampouco parece merecer grande atenção. O livro *CL* foi lançado em 1961, um ano após a publicação do artigo de Geach, não sendo possível afirmar-se que Hart conhecia os argumentos à época. Como Hart deixa claro que “suas principais afirmações não mais parecem defensáveis”, é perfeitamente possível se imaginar que ele defendeu uma visão expressivista em sua principal obra e, posteriormente, rejeitaria essa análise, ainda que não tenha expressamente afirmado isso em qualquer trabalho.

Tampouco a rejeição dos argumentos expressivistas implicaria, necessariamente, a alteração das conclusões de Hart sobre os enunciados jurídicos internos, na medida em que Hart nunca apontou qualquer correção a respeito do tema. Além disso, a interpretação expressivista da teoria de Hart elaborada por Toh decorre de trabalhos posteriores de Hart, razão pela qual a rejeição das posições lançadas naquele artigo de 1949 não podem ser consideradas fatais para a proposta de Toh.

Todavia, importante destacar, que como apontado por David Plunkett e Stephen Finlay (2018), o Problema Frege-Geach é uma das maiores objeções ao expressivismo existentes na metaética e Hart nunca se preocupou em defender sua eventual posição expressivista desta crítica, o que pode indicar que essa nunca foi a posição de Hart.

Sem embargo, Toh permanece fiel a sua proposta. Para ele, mesmo que Hart tenha recusado expressamente as principais conclusões alcançadas naqueles artigos, seria possível imaginar que ele nunca tenha percebido completamente as implicações da crítica de Geach e que a análise expressivista dos enunciados

jurídicos internos seria capaz de solucionar o Problema Frege-Geach (TOH, 2005, pp. 102-103).

Para solucioná-lo, um teórico expressivista deve enfrentar duas tarefas: (1) fornecer uma análise uniforme dos enunciados contendo o predicado relevante e (2) explicar a validade de inferências envolvendo enunciados contendo o predicado relevante e sua relação com outros enunciados. A tarefa (1) não se afigura um problema de difícil solução para um expressivista, pois Gibbard parece ter sido capaz de solucioná-la. Todavia, a tarefa (2) é bastante desafiadora,

pois o que torna a validade de uma inferência envolvendo apenas enunciados descritivos é a consistência entre as premissas e a conclusão. Um argumento é válido se, e somente se, for logicamente impossível que as premissas sejam verdadeiras enquanto a conclusão é falsa (TOH, 2005, pp. 103-104).

Conquanto defenda que Hart indicou um caminho para solucionar parcialmente o problema ao realizar algo que poderia servir como uma resposta para a tarefa (2) no artigo *Problems of the Philosophy of Law*, publicado originalmente em 1967, e republicado na coletânea de 1983, Toh reconhece que Hart em momento algum forneceu uma abordagem semântica de predicados normativos, pelo que nada há em sua obra capaz de realizar a tarefa (1).

Por fim, na já citada passagem de *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983, p. 168), Hart deixa clara sua posição a respeito do caráter normativo dos enunciados jurídicos (KRAMER, 2018b, p. 201), o que refuta o argumento de Toh a respeito da natureza puramente descritiva necessária para o reconhecimento da correção de uma análise expressivista.

Fica claro, assim, que o projeto de análise expressivista sustentado por Toh não encontra respaldo naquilo que Hart escreveu após a publicação do livro *CL*. Na verdade, se fosse possível realizar um exercício de pura adivinhação, provavelmente seria possível apostar que Hart não concordaria com os argumentos de Toh, pelo que sua proposta somente pode ser considerada, como o próprio Toh reconhece, uma reconstrução da análise de Hart a respeito dos enunciados jurídicos internos, mas, de maneira alguma, há elementos fortes o bastante, tanto em *CL* quanto nos demais artigos para Toh afirmar categoricamente que Hart pretendeu e conscientemente propôs que os enunciados jurídicos internos possuíssem um caráter expressivista.

Além disso, boa parte das críticas realizadas por Hart em *CL* foram dirigidas aos realistas jurídicos escandinavos, que eram expressamente não-cognitivistas, o que reforça ainda mais a dificuldade de se defender que Hart tenha se posicionado parcialmente ao lado daqueles filósofos do direito sem que ele tenha se expressado assim categoricamente.

De toda forma, a própria reconstrução de Toh possui problemas sérios de interpretação da teoria hartiana e é isso que pretendo demonstrar a seguir.

### **3.4. A pragmática dos enunciados jurídicos**

A proposta de Toh foi analisada profundamente e rejeitada por Matthew Kramer e por David Plunkett e Stephen Finlay, em artigo elaborado a quatro mãos. Além das objeções baseadas nos próprios escritos de Hart que, como entendo ter demonstrado acima, enfraquecem bastante o argumento de Toh, os trabalhos daqueles autores apresentam uma crítica comum: conquanto seja possível, e até correto, caracterizar a teoria hartiana como expressivista, essa abordagem somente poderá ser entendida como relativa à pragmática dos enunciados jurídicos e não à sua semântica. Matthew Kramer esclarece que a distinção, no contexto, entre semântica e pragmática diz respeito ao contraste entre o que os enunciados significam e porque eles são pronunciados, ou seja, sobre o que é o enunciado e qual o propósito ou função de sua articulação (KRAMER, 2018a, p. 12; 2018b, p. 181).

Como apresentei no início deste capítulo, o termo expressivismo, de modo amplo, refere-se às teorias éticas que sustentam que atos de comunicação expressam os objetivos e as atitudes das pessoas que os realizam. Assim, conquanto o expressivismo seja usualmente utilizado para se referir a uma abordagem semântica, é certo que existem teorias sobre a pragmática expressivista dos enunciados<sup>47</sup>, as quais comportam a ideia de que “crenças e outras atitudes cognitivas são transmitidas por meio de enunciados que são caracteristicamente realizados pelos participantes em um tipo de discurso ou prática” (KRAMER, 2018b, 182).

---

<sup>47</sup> Cf. KRAMER, 2016.

De todo modo, aponta Kramer, a proposta de Toh parte da teoria segundo a qual “somente atitudes conativas ou não-cognitivas – como desejos e emoções – são pronunciadas por meio dos enunciados que são caracteristicamente realizados pelo participante do discurso ou prática sob consideração” (KRAMER, 2018a, p. 14). Para os defensores da ideia, Hart negaria que qualquer enunciado jurídico interno possua um conteúdo semântico que vá além da função do enunciado de dar voz a alguma atitude não-cognitiva, não sendo aptos de verificação de verdade ou falsidade. Todavia, uma visão como essa deveria ser realizada com cautela, pois, como disse, Hart foi manifestamente contrário aos realistas escandinavos, que eram sabidamente não-cognitivistas.

Fica claro que o argumento de Kramer não se destina a refutar a ideia de que Hart tenha sido um expressivista. O ponto é que o intérprete deve ser cuidadoso ao presumir que o expressivismo de Hart seja focado na semântica dos pronunciamentos jurídicos e não somente em sua pragmática:

Como eu muito prontamente concedi em minha exposição inicial, Hart em sua teorização geral sobre o direito – ao contrário de sua abordagem específica sobre o raciocínio jurídico e a interpretação – estava perspicazmente afinado com as complexidades e importância dos paradigmas do discurso jurídico. Com efeito, suas explorações da pragmática de tal discurso influenciaram profundamente quase todas as teorias subsequentes da filosofia do direito (KRAMER, 2018b, p. 182).

Kramer sustenta, como já disse, que Toh estaria correto caso tivesse imputado uma versão ampla do termo. Mas como não é esse o caso, uma vez que Toh se refere ao expressivismo como denotando uma análise não-cognitiva da semântica dos enunciados jurídicos internos, o ônus argumentativo recai inteiramente sobre Toh, pois deve haver razões cogentes para sustentar uma posição metaética que Hart expressamente afastou. Ademais, nem mesmo no capítulo 7 de CL, quando Hart discute as afirmações dos céticos de regras, o não-cognitivismo foi invocado.

Demonstrei que o argumento de Toh para sustentar o expressivismo na teoria de Hart baseia-se em duas premissas. Para ele, Hart teria defendido uma abordagem do tipo (AH), segundo a qual o falante profere um enunciado jurídico interno quando (i) expressa sua aceitação de uma dada regra de reconhecimento e

(ii) pressupõe que a regra de reconhecimento é aceita de modo geral e obedecida pelos membros de sua comunidade.

Kramer critica severamente a ideia de Toh, sob diversos aspectos. Inicialmente, aponta que uma pessoa que se expressasse simplisticamente dizendo “Viva a Constituição Americana!” preencheria ambas as premissas, por revelar sua aceitação de uma regra de reconhecimento pressuposta que prevalece em sua jurisdição e, ainda assim, não estaria realizando um enunciado jurídico interno nos moldes definidos por Hart. Ademais, demonstra que Hart deixou absolutamente claro que nem sempre a regra de reconhecimento será expressamente invocada no enunciado jurídico interno, pelo que ao utilizar o termo “expressar”, Toh deveria deixar clara sua amplitude a fim de acomodar o pensamento de Hart.

Mas a principal crítica diz respeito à impossibilidade de se atribuir uma abordagem expressivista a Hart unicamente por meio das premissas de Toh. Na verdade, tais premissas somente revelariam o aspecto pragmático dos enunciados jurídicos internos que definem o ponto de vista interno como uma perspectiva que contrasta com o ponto de vista externo e o ponto de vista simulativo (KRAMER, 2018a, p. 32).

Quando Hart tratou dos enunciados jurídicos em *CL*, negligenciou a existência de uma subespécie de enunciados externos decorrentes de um ponto de vista chamado por Kramer de simulativo<sup>48</sup>, o que foi corrigido em trechos dos livros publicados em 1982 e 1983. Em suma, os enunciados simulativos são proferidos por aqueles que buscam entender as atitudes normativas dos participantes da prática. Contudo, as atitudes não são somente descritas, mas articuladas como se fossem crenças ou atitudes do próprio falantes.

Utilizando essa distinção, Kramer sustenta que a primeira característica dos enunciados jurídicos internos apontada por Toh também estaria presente nos enunciados jurídicos simulativos e a única coisa que os diferencia é que o participante da prática profere o enunciado interno com o intuito de indicar a eficácia

---

<sup>48</sup> O argumento é parecido com os enunciados jurídicos internos comprometidos (*committed*) e desengajados (*detached*) elaborados por Joseph Raz. Referindo-se os primeiros aos enunciados declarados por aqueles que aceitam a existência de uma vinculação moral com o direito, enquanto os segundos somente se referem aos enunciados declarados por aquele que pretende ou simula o comprometimento sem que, de fato, a ele adira (RAZ, 2002, pp. 172-177). Aliás, em uma das passagens citadas por Kramer, Hart faz expressa menção aos conceitos de Raz (HART, 1983, pp. 14-15). Para uma análise mais profunda da classificação, cf. KRAMER, 1999, pp. 165-168).

do sistema jurídico, revelando a força da declaração, o que não ocorre com aquele que realiza o enunciado simulativo, que somente declara a existência de uma aceitação, sem que com a eficácia do sistema precise se comprometer.

Desse modo, como nem sempre um enunciado que expressa a aceitação da regra de reconhecimento contera o compromisso do falante com a eficácia do direito, não se pode presumir a existência de aceitação exigida por Hart para os enunciados internos, o que seria mais uma maneira de refutar o argumento do expressivismo meramente a partir da realização de um enunciado que afirma a aceitação de uma norma.

Finalmente, o argumento de Kramer foi por ele assim resumido:

Em suma, embora Hart possa ser classificado com exatidão como expressivista no sentido amplo desse rótulo, seu expressivismo em seu trabalho posterior era uma abordagem da pragmática do discurso jurídico, em vez de uma abordagem da semântica do mesmo. Ele sutilmente analisou os diversos propósitos que são caracteristicamente buscados através da articulação de enunciados jurídicos internos, e ele advertiu para esses propósitos a fim de diferenciar entre tais enunciados e os enunciados que são articulados a partir de uma perspectiva externa ou da perspectiva simulativa. Sua atenção àqueles aspectos intrincados da pragmática do discurso jurídico era inteiramente consistente com o reconhecimento de que miríades de enunciados jurídicos internos são dotados de conteúdos proposicionais. Ao contrário do que foi proclamado por alguns filósofos jurídicos atuais, Hart desenvolveu uma teoria do direito na qual a forma proposicional de qualquer enunciado jurídico interno comum é correspondido por sua substância proposicional (KRAMER, 2018a, p. 40; 2018b, p. 203).

O segundo trabalho a sustentar que o caráter expressivista dos enunciados jurídicos internos de Hart seria relativo a sua pragmática e não a sua semântica foi escrito por David Plunkett e Stephen Finlay (2018). A partir dessa premissa, os autores propõem uma análise quasi-expressivista dos enunciados jurídicos.

Juízos jurídicos são juízos que as pessoas fazem sobre o que o direito é e possuem a função de estruturar suas deliberações sobre o que fazer ou avaliar seu próprio comportamento. Enunciados jurídicos são afirmações sobre o direito como uma forma de guiar ou avaliar o comportamento de outros (É o direito que...).

A teoria metajurídica (ou metateoria jurídica) deve explicar como o direito e nossos pensamentos e falas sobre ele se encaixam na realidade. O expressivismo metajurídico, tal como proposto por Toh, identifica o significado de palavras/termos jurídicos não com propriedades ou fatos que eles representam, mas com uma

função convencional de expressar as atitudes não cognitivas (*desire-like*) ou discursos prescritivos (*command-like*) do falante. Esse entendimento dificulta a explicação de por que afirmações jurídicas parecem descrever algo.

A teoria dos autores é baseada na estratégia quasi-expressivista proposta por Finlay. É expressivista por concordar com o expressivismo que uma classe central de afirmações é expressiva de atitudes não-cognitivas ou prescrições. Mas é quasi por diagnosticar isso como uma característica da pragmática de tais afirmações e não de sua semântica, o que seria suficiente para resolver o problema do caráter descritivo das afirmações jurídicas.

Os autores explicam ter apresentado uma teoria com pretensões amistosas ao positivismo jurídico, formulada sob uma moldura hartiana, pois essa tradição jusfilosófica pode acomodar facilmente a existência de leis e sistemas jurídicos moralmente ruins e por ser mais difícil para o positivismo explicar certas características do discurso e do pensamento jurídico que as teorias antipositivistas.

Ao desenvolver a teoria metaética quasi-expressivista, os autores pretendem defender uma teoria semântica relativa a regras (*rule-relational*) que seja descritiva no sentido de que busca identificar o conteúdo literal e convencional das sentenças alvo com uma posição ordinária que possa representar o mundo como sendo de uma maneira específica e será verdade somente se o mundo realmente for assim. Dessa forma, uma afirmação sincera de um fato do mundo é o ato discursivo de expressar a crença do falante naquele fato do mundo.

Em relação ao direito, diz-se que o conteúdo das sentenças dependerá do sistema jurídico sobre o qual se realiza a afirmação, uma vez que, seguindo Kelsen e Hart, os autores defendem que o direito não existe de modo isolado, mas como parte de um sistema jurídico específico. Assim, afirmações jurídicas descrevem um tipo de relação em que coisas se referem a um sistema jurídico.

Calculada na teoria hartiana, especialmente na existência de regras primárias e secundárias, notadamente a regra de reconhecimento, uma afirmação sobre o que o direito é, relativa a um sistema jurídico específico, será afirmação sobre quais regras são válidas de acordo com a regra de reconhecimento. A partir da teoria semântica relativa a regras proposta, uma afirmação do tipo “é o direito que L (em

X)” semanticamente expressa a posição de que L é uma regra que satisfaz os critérios de validade da regra de reconhecimento do sistema jurídico X.

Voltando as atenções para a teoria metaética quasi-expressivista proposta por Finlay, temos que afirmações morais sobre o que é o bom (*good*) ou dever (*ought*) declaram proposições sobre as relações estatísticas em que ações sustentam potenciais futuros estados de coisas. Desse modo, dizer que S deve fazer A (de modo que “e”) é declarar que “e” tem maior chance de ocorrer se S fizer A do que se S fizer qualquer outra coisa. O problema é como a mera asserção de proposições ordinárias pode possuir as características práticas que a moralidade reivindica e é isso que a teoria pretende solucionar.

Um dos principais desafios da metaética é explicar a conexão especial entre os juízos morais e as atitudes motivacionais do falante. De acordo com a tradicional tese do internalismo motivacional, essa conexão é necessária. E isso favorece o expressivismo, pois nenhuma forma de juízo descritivo poderia explicar essa conexão interna. Contudo, isso é um problema para o quasi-expressivismo, na medida em que o advoga que o simples fato de fazer algo aumenta a probabilidade de que algum estado de coisas aconteça, sem qualquer conexão com a motivação do falante.

Uma teoria do direito relativa a regras enfrentaria o mesmo problema. Os enunciados internos são uma classe especial de afirmações sobre o direito essencialmente práticas, pelas quais o falante tende a ser motivado a obedecer àquilo que ele declara ser o direito e por ele expressa atividades contra e a favor em relação às condutas. Como demonstrei ao longo do presente capítulo, é sobre esse tipo de afirmação que Kevin Toh analisa a metaética subjacente à teoria de Hart. Contudo, defendem os autores, uma teoria relacional do direito seria capaz de esclarecer os enunciados internos mesmo sem recorrer à ideia de uma relação entre as regras positivadas e a atitude motivacional do falante.

O quasi-expressivismo seria capaz de explicar elementos expressivos do discurso moral que motivam o expressivismo metaético ao mesmo tempo que permanece descritivista, pois os explica como sendo características pragmáticas e não semânticas. Finlay demonstra que sua teoria relacional esclarece como o termo “dever” em afirmações morais poderia representar uma relação entre elas, as

afirmações morais, e a atitude motivacional, sempre que um fim é deixado implícito na afirmação.

Isso se dá, pois a circunstância normal em que um fim pode ser reconhecido ocorre quando ele representa uma virtude importante tanto pelo falante quanto pela audiência. Nesse caso, o termo “dever”, para ele, é uma instância de pressuposição pragmática, na medida em que normalmente realiza uma contribuição para a comunicação com vistas a identificar se uma proposição é verdadeira. Do mesmo modo, se a audiência não reconhece aquilo como uma virtude saliente, entenderá que o falante está comunicando uma informação adicional de que ela possui uma atitude favorável àquele fim não declarado.

Assim, como o expressivismo, a teoria sustenta que afirmações morais de dever caracteristicamente expressam atitude não-cognitivistas, mas diversamente, defende que isso é uma característica inteiramente pragmática das afirmações, geradas por uma semântica puramente descritivista.

É certo que nem todas as afirmações jurídicas são essencialmente normativas ou práticas, em razão da existência de enunciados externos que se prestam a esclarecer fatos, de modo incontroverso, normalmente em relação a regras que se passam em espaço ou tempo diverso do falante. Mas no caso dos enunciados internos, é necessário haver enunciados implícitos não relativizados capazes de serem identificadas pela audiência, como se dá com a regra de reconhecimento. E a atitude motivacional em relação à regra de reconhecimento é conhecida como aceitação. Um agente aceita uma regra de reconhecimento se está disposto a usar as regras que ele crê tenham alcançado seus critérios diretamente como guia de conduta para si e para outros que estejam submetidos ao mesmo sistema jurídico. Vê-se, portanto, que a atitude de aceitação implica reconhecer que uma regra de primeira-ordem preenche os critérios de validade da regra de reconhecimento e motiva o agente a agir de acordo com ela, fornecendo uma explicação quasi-expressivista do porque os enunciados jurídicos internos sugerem e expressam atitudes motivacionais ao mesmo tempo que possuem uma característica semântica descritiva.

Outra característica central dos enunciados jurídicos e morais é sua força prescritiva. Em geral, o uso do enunciado possui a função de comandar a audiência

a realizar algo. Por certo, ao determinar a alguém que faça algo, se está fornecendo informação motivacional confiável e racional de que aquela ação específica é a que melhor promove o fim que se almeja, configurando um ato de recomendação facilmente esclarecido pela teoria quasi-expressivista. Contudo, a categoricidade (*categoricity*) das prescrições morais e jurídicas não pode ser corretamente explicadas desse modo. Na verdade, além de o ato de fala estar carregado de atitudes motivacionais do falante, de modo a impor autoridade sobre sua audiência, como defendem alguns expressivistas, quando o falante expressa o enunciado ele se comporta como se suas atitudes motivacionais fossem compartilhadas pela audiência, ainda que essa pressuposição seja transparentemente falsa.

O mesmo ocorre quando se realiza um enunciado eminentemente jurídico. Quando a audiência não aceita a regra de reconhecimento aceita pelo falante, falar de uma regra de reconhecimento unicamente saliente no contexto da fala significa falar como se a regra de reconhecimento fosse aceita pela audiência, expressando que o direito reivindicado pelo falante deve ser aceito e obedecido. Dessa forma, uma teoria relativa a regras suporta uma explicação quasi-expressivista da normatividade categórica de enunciados jurídicos internos, diversamente da teoria expressivista de normas proposta por Toh.

Por tudo o que disse neste capítulo, fica clara a enorme dificuldade de se sustentar a existência de um expressivismo de normas na caracterização dos enunciados jurídicos internos como elaborados por Hart. A proposta de Toh, conquanto seja bastante ousada, vai de encontro a boa parte daquilo que foi escrito pelo próprio Hart, de modo a indicar que nunca foi intenção do autor inglês sustentar uma análise expressivista.

Além disso, a própria reconstrução realizada por Toh, a par de extremamente contra intuitiva, possui uma falha importantíssima em relação ao caráter descritivo dos enunciados jurídicos internos e sua natureza semântica, como sobejamente demonstrado por Kramer, Plunkett e Finlay.

De toda forma, para apresentar suas considerações a respeito dos desacordos teóricos, as bases de sua teoria serão adotadas como premissas, a fim de demonstrar que, ainda assim, Toh não conseguiu formular uma boa solução para o desafio de Dworkin, especialmente em razão do manifesto caráter convencional da

regra de reconhecimento, o que, em último grau, significaria mais uma objeção à própria reconstrução expressivista aqui estudada.

A melhor forma de se ler a teoria hartiana dos enunciados jurídicos internos é aquela proposta por Raz e, parcialmente, por Shapiro, na medida em que reconhecem a presença de elementos cognitivistas em relação ao conteúdo da regra de reconhecimento, mantendo-se fiéis em relação ao que Hart propôs. Além disso, fica claro que o conteúdo expressivista daqueles enunciados diz respeito à pragmática das afirmações, como defendem Kramer, Plunkett e Finlay.

#### 4. UMA ANÁLISE DA PROPOSTA DE KEVIN TOH

Estabelecidas as premissas alegadamente capazes de sustentar que Hart propôs uma visão expressivista de normas dos enunciados jurídicos internos, passo agora à análise a respeito da capacidade de a teoria hartiana explicar os desacordos teóricos se for reconstruída sob aquele olhar expressivista.

A solução desenvolvida por Toh alterou-se, tornando-se mais complexa, ao longo dos anos que o autor se debruçou sobre o tema. Inicialmente, ele sustentou que, quando Dworkin classificou a teoria hartiana como uma teoria semântica do direito, as expressões “fundamentos” ou “critérios” se referiam ao significado dos enunciados jurídicos internos, pelo que sobre eles deveria haver acordo entre os oficiais. Assim, em sua visão, quando um enunciado interno é proferido por um oficial para afirmar que uma norma é consistente com a regra de reconhecimento aceita pela sociedade em que ele vive, Dworkin entende que essa afirmação deveria ser compartilhada por todos os oficiais para que o positivismo fosse uma teoria bem-sucedida e se um oficial afirma que uma norma é consistente com a regra de reconhecimento  $R_1$  e outro afirma que uma norma é consistente com a regra de reconhecimento  $R_2$ , não haveria um desacordo genuíno, obrigando que um dos participantes da divergência reconheça estar usando de modo equivocado o enunciado jurídico (TOH, 2005, pp. 108-109).

Essa conclusão estaria amparada na seguinte passagem de *LE*:

Portanto, os dois juízes não estão realmente discordando sobre nada quando um nega e o outro afirma essa proposição. Eles estão falando apenas um sobre o outro (*talking past each other*). Seus argumentos são inúteis da maneira mais trivial e irritante, como uma discussão sobre bancos quando uma pessoa tem em mente bancos de depósito e outras margens de rios (DWORKIN, 1986, p. 44).

Antes de apresentar o restante da proposta de Toh, é importante esclarecer um equívoco em sua leitura. Como demonstrei nos primeiros capítulos, a própria natureza dos desacordos teóricos é controversa na literatura, havendo a possibilidade de se entender que eles se referem ao significado dos enunciados jurídicos internos, na medida em que representam o resultado da aceitação de uma regra de reconhecimento e da interpretação dessa regra. Todavia, os desacordos teóricos não se limitam a isso. Por certo, existe a possibilidade conceitual da

existência de desacordo sobre o conteúdo da regra de reconhecimento, motivo pelo qual a interpretação de Toh sobre as expressões “fundamentos” e “critérios” como coincidentes com a semântica dos enunciados jurídicos internos não possui sustentação.

Além disso, não se pode extrair da descrição de Dworkin sobre os desacordos que se dois falantes divergem em relação à regra de reconhecimento que é aceita pela comunidade em que vivem, significa que o problema estaria na descrição de cada um sobre o que é o direito. Na verdade, o que Dworkin está apontando é que se duas regras de reconhecimento podem ser admitidas em um mesmo sistema jurídico por dois oficiais diferentes, significa que não existe uma regra de reconhecimento decorrente de uma prática convergente.

Toh então afirma que uma semântica expressivista do tipo AH, que apresentei no capítulo anterior, é o bastante para solucionar o problema dos desacordos, por existir uma semelhança grande entre a crítica de Dworkin ao convencionalismo e aquelas feitas por G.E. Moore contra os emotivistas (TOH, 2005, p. 110), pois Dworkin teria interpretado a análise de Hart sobre os enunciados jurídicos internos como uma análise naturalística descritiva (TOH, 2005, p. 112).

Moore foi o primeiro autor a rejeitar a análise naturalística dos termos normativos em razão de sua incapacidade de explicar os desacordos éticos genuínos. Para ele, se dois filósofos discordam sobre o significado de “bom”, sendo para um o mesmo que “prazer” e para o outro o mesmo que “desejo”, seu desacordo nunca será genuíno se for reconhecido o uso de duas definições naturalísticas diferentes (MOORE, 1922, pp. 62-64).

Contudo, os expressivistas não aceitam as conclusões alcançadas por Moore. Para eles, se o uso dos termos normativos está sendo realizado de modo idêntico, ou seja, de forma a expressar suas opiniões normativas e influenciar a opinião dos outros, os desacordos sempre serão genuínos (TOH, 2005, p. 111):

De acordo com uma análise expressivista dos enunciados jurídicos internos, dois debatedores que discordam sobre quaisquer questões factuais - incluindo a questão de quais normas são aceitas e obedecidas pelos membros de sua comunidade - podem ter um genuíno desacordo jurídico, desde que ambos estejam pronunciando enunciados jurídicos com as intenções necessárias de expressar suas próprias opiniões jurídicas e de influenciar as opiniões e ações jurídicas dos outros. Essa análise também pode explicar os desacordos jurídicos que persistem, apesar do acordo completo dos debatedores em relação a todas as questões factuais. Mesmo

quando eles concordam sobre quais normas são aceitas e cumpridas pelos membros de sua comunidade, eles podem expressar suas próprias opiniões e tentar mudar as opiniões e ações dos outros (TOH, 2005, p. 113).

A proposta de Toh, então, é a de que a primeira premissa de AH – um falante realiza um enunciado jurídico se expressa a aceitação de uma regra R – fornece as bases necessárias para permitir a existência de desacordos teóricos sobre o conteúdo da regra de reconhecimento.

Nesta leitura, haverá um desacordo genuíno quando os debatedores pronunciam enunciados como “vamos agir de acordo com uma norma que é parte de um sistema de normas com  $R_1$  no topo e outras normas secundárias nas camadas intermediárias!” e “vamos agir de acordo com uma norma que é parte de um sistema de normas com  $R_2$  no topo e outras normas secundárias nas camadas intermediárias!”, pois existe um significado normativo compartilhado sobre o conteúdo da regra de reconhecimento da comunidade, apesar do desacordo sobre qual é aquela regra.

Como eu disse no final do capítulo anterior, a solução expressivista elaborada por Toh encontra na tese da convencionalidade uma grave objeção. Ao afirmar que o significado normativo compartilhado da regra de reconhecimento seria o modo como os falantes usam seus termos normativos, de maneira de permitir a aceitação de regras diversas, Toh negligencia a condição básica de existência da regra social de reconhecimento, qual seja, a existência de uma prática convergente de aceitação pelos oficiais.

Hart expressamente afirmou em *CL* que “o ponto crucial” para a sustentação de sua teoria do sistema jurídico como “uma união complexa de regras primárias e secundárias” é o fato de que “deve haver uma aceitação unificada ou compartilhada pelos oficiais da regra de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema” (HART, 1994, pp. 114-115), sendo certo que “se apenas alguns juízes agissem [...] como se aquilo que a Rainha no Parlamento promulgado é direito, e não fizessem qualquer crítica àqueles que não respeitassem essa regra de reconhecimento, a unidade e continuidade característica de um sistema jurídico teria desaparecido” (HART, 1994, p. 116):

Existem, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, aquelas regras de comportamento que são válidas de acordo com os critérios últimos de

validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e suas regras de mudança e adjudicação devem ser efetivamente aceitos como padrões públicos comuns de comportamento oficial por seus oficiais (HART, 1994, p. 116).

Se afastada a ideia de que as regras de reconhecimento devam ser aceitas como padrões comuns para a comunidade, não me parece possível manter a ideia de que a proposta de Toh seria hartiana. Aliás, esse argumento afasta até mesmo a possibilidade de aceitação da análise expressivista dos enunciados jurídicos internos, uma vez que uma parte deles necessariamente deverá ser identificada como uma regra social e, portanto, passível de ser submetida a um juízo de verdade ou falsidade, possuindo uma natureza claramente cognitivista.

Importante ressaltar, também, que, se eu estiver certo sobre o que Hart entende como sendo a natureza da regra de reconhecimento, mesmo que afastada a ideia de que ele seria convencional, por falhar em preencher algum dos requisitos apresentados no capítulo 2<sup>49</sup>, isso não diminuiria a força do argumento contra Toh, pois sua ideia de existência de regras de reconhecimento conflitantes não coaduna com nenhuma versão possível da regra de reconhecimento como um padrão único, comum, compartilhado e aceito pelos oficiais.

Sem embargo, ao que tudo indica, Toh percebeu a necessidade de avançar em suas explicações sobre a regra de reconhecimento, a fim de solucionar o problema acima apontado. Para isso, o autor desenvolveu os ensinamentos de Gibbard para sustentar uma nova tese da predicação, sugerindo uma mudança na forma como se pensa a aceitação das regras.

Para Toh, Dworkin chegou à crítica ao partir de uma análise da teoria hartiana que não foi capaz de perceber as atitudes decorrentes do ponto de vista interno como atitudes normativas, o que seria suficiente, ao menos em princípio, para que se reconhecesse a capacidade do positivismo frente aos desacordos teóricos (TOH, 2010b, p. 340). Contudo, ainda assim Hart teria que enfrentar um desafio maior, relacionado à sua proposição a respeito da atitude de aceitação das regras. Assim,

---

<sup>49</sup> Julie Dickson defende que a regra de reconhecimento emanada do Parlamento Britânico como direito não é uma mera regra arbitrária selecionada entre outras que pudessem realizar o mesmo papel. Pelo contrário, é uma regra que se desenvolveu durante centenas de anos de história constitucional. Além disso, se as regras de reconhecimento, na visão de Hart, não fornecem razões para serem seguidas, não poderiam ser caracterizadas como convencionais (DICKSON, 2007).

Toh propõe uma revisão da tese da convencionalidade, a fim de sustentar que se os membros de uma comunidade jurídica possuem uma atitude psicológica de aceitação plural das regras, o positivismo seria capaz de descrever o direito de modo a solucionar o desafio de Dworkin.

O autor pretendeu demonstrar que a crítica de Dworkin a respeito dos desacordos teóricos é ainda mais extensa do que o próprio Dworkin teria sido capaz de compreender, pois afetaria a própria concepção de que a prática jurídica consiste de interações genuinamente normativas (TOH, 2010a, p. 10).

Apresentando um trecho do verbete *Law*, editado por Jeremy Waldron e publicado no *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy* (WALDRON, 2007), qual seja, a ideia de que os cidadãos de *Freedonia* predicam seus compromissos em razão da conduta de seus semelhantes. A essa série de compromissos normativos Toh denomina tese da predicação (*predication thesis*). Sendo certo que a tese prevalecente na teoria do direito atual é o convencionalismo.

Para Hart, uma regra somente será convencional se entre as razões justificadoras para sua aceitação e cumprimento estiver o fato de ela ser uma convenção, o que se aplicaria, em sua visão proposta no pós-escrito, às regras de reconhecimento (HART, 194, pp. 255-256). Contudo, para Dworkin, essa visão convencionalista do direito estaria equivocada, pois sistemas jurídicos podem existir ainda quando não estão presentes convenções a justificar sua existência, assim como na presença de massivos desacordos sobre os fundamentos do direito.

Para Toh, a primeira premissa de Dworkin não representa um problema para Hart. Porém, a segunda seria um desafio muito mais problemático, por guardar relação com a atitude psicológica da aceitação das regras, o que exigiria uma aceitação de uma forma de tese da predicação diferente do convencionalismo<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Apesar de não ser a ideia central de sua proposta, Toh propõe uma revisão da tese de Hart a fim de solucionar o problema utilizando-se da própria ideia hartiana de que o direito internacional, conquanto não esteja baseado em uma regra de reconhecimento comumente aceita, possui uma natureza genuinamente jurídica por apresentar outras características do direito. Assim, ele sustenta que um sistema jurídico (ou um regime jurídico) existe naquelas comunidades em que (i) seus membros regulam suas condutas por meio de um conjunto de regras; (ii) as modificações daquelas regras, soluções de disputas sobre sua aplicabilidade e regras sobre a forma de sua aplicação são definidas por um conjunto de regras secundárias comumente aceitas pelos membros da comunidade; e (iii) ainda que haja desacordos persistentes sobre as regras anteriores, os membros da comunidade deliberam a fim de descobrir e manter uma regra última de validade jurídica (TOH, 2010b, p. 339).

Como descrevi no capítulo anterior, Toh sustenta que a teoria de Hart estaria calcada em um expressivismo de normas do tipo proposto por Gibbard. Contudo, a teoria do conceito de direito de Hart seria incapaz de diferenciar as tentativas de guiar ações das meras tentativas de incitar uma prática e por isso deve ser revista, sob pena de não ser capaz de afastar sua teoria da proposta por Bentham e Austin (TOH, 2010a, p. 9).

Além disso, Hart propôs uma teoria baseada no que poderia ser denominado de “prática mediada por regras” (*rule-mediated practice*), ou seja, uma prática realizada em razão de interações entre um grupo de pessoas fundamentada na aceitação e invocação de regras mediadas por interações. Para apontar que a prática jurídica não seria baseada em medidas coercitivas e em razões de pura obediência, como havia proposto o positivismo jurídico primitivo, Hart sustentou que o direito estaria baseado em uma prática exclusivamente normativa. A ideia é a de que uma pessoa estaria comprometida com um tipo de regras ou considerações superiores comumente aceitáveis que poderiam ser invocadas para justificar a aplicação das demais regras, sendo isso um ideal a ser alcançado tal como o *rule of law*, e a isso ele chama de *rule of rule* (TOH, 2010b, p. 341).

Toh ainda aponta que o comprometimento com o ideal do *rule of rule* não depende da possibilidade lógica, metafísica ou física de sua realização, mas, sim, da possibilidade natural de que ocorra, considerando-se as leis da biologia, sociologia, psicologia, entre outros. A questão é que a aceitação do ideal mencionado seria bastante complicada de se realizar em um ambiente em que presente um grande número de participantes, diante da complexidade de se tomar parte em uma prática mediada por regras. Assim, os membros do grupo podem acabar delegando a função de definir a aceitação de razões e considerações a uma parcela composta de especialistas e o ideal do *rule of rule* será alcançado por todo o grupo se realizado pelo subgrupo de especialistas designados, também conhecidos como oficiais.

Além disso, Toh aponta que o grupo de membros da sociedade somente tomará por realizado o ideal se os oficiais concordarem sobre os critérios mais fundamentais de validade jurídica do sistema, pois, quando eles apontam os especialistas para definir as razões de aceitação das regras, imaginam que os oficiais serão capazes de alcançar um consenso sobre aqueles critérios e que

qualquer disputa eventual surgida entre os membros do grupo poderá ser resolvida pela consulta aos critérios últimos de validade jurídica.

Todavia, ao buscar fundamento na obra de John Rawls, Toh aponta que a possibilidade de consenso oficial sobre normas fundamentais em sistemas jurídicos modernos é duvidosa, pois mesmo quando presentes condições favoráveis, uma série de fatores (*burdens of judgement*) impede a existência do consenso: (i) as complexidades das evidências e a dificuldade de se realizar inferências a partir delas; (ii) a diversidade das experiências humanas e como elas moldam nosso raciocínio ético; (iii) a sub-determinação de conclusões éticas pelas evidências disponíveis; e (iv) as incompatibilidade de esquemas normativo conceituais e inabilidade resultante de qualquer sociedade que pretenda acomodar mais de um deles de uma vez (TOH, 2010b, pp. 344-345). Assim, baseando-se na ideia rawlsiana de que qualquer filosofia política realisticamente utópica deve dar conta do fato do pluralismo razoável, o mesmo deve ser reconhecido para qualquer filosofia jurídica, baseado na ideia do fato do pluralismo jurídico razoável:

Se os ônus do juízo (*burdens of judgment*) fazem com que nenhuma doutrina ética abrangente ou mesmo uma concepção política de justiça possa ganhar uma aceitação comum pelos cidadãos de uma sociedade democrática liberal, então é natural esperar que nenhuma regra única de reconhecimento possa ganhar uma aceitação comum por tais cidadãos ou mesmo por seus oficiais. E qualquer que seja o escopo de nossas ambições explicativas, ele inclui o objetivo de explicar os sistemas jurídicos que prevalecem nas sociedades democráticas liberais modernas do tipo que Rawls discute. Podemos falar do fato de pluralismo jurídico razoável (ou mais especificamente o fato do pluralismo razoável reconhecível), e segundo ponto de Dworkin pode ser visto como trazendo esse fato ao nosso conhecimento (TOH, 2010b, p. 345-346).

Desse modo, a solução de Toh para o problema dos desacordos teóricos possui três pilares básicos: a análise expressivista dos enunciados jurídicos internos, a aceitação plural de regras<sup>51</sup> e uma nova tese da predicação. A ideia central é que a análise dos enunciados jurídicos como expressões de aceitação plural de normas seria capaz de explicar duas das principais características da prática jurídica: o fato de que nossas interações jurídicas, como Hart apontou, são fundamentalmente diferentes das interações baseadas em coerção, mas, sim, em normatividade; e o

---

<sup>51</sup> Toh utiliza as expressões “aceitação plural de normas” (*plural acceptance of norms*) e “aceitação plural de regras” (*plural acceptance of rules*) como sinônimos.

fato de que existem disputas entre os participantes da prática acerca de normas jurídicas fundamentais, como Dworkin demonstrou.

#### **4.1. A análise expressivista dos enunciados jurídicos internos resumida**

Apesar de já ter apresentado de modo profundo a tese de Toh, penso ser importante recapitular alguns pontos centrais para o desenvolver deste capítulo.

Para o expressivismo de normas de Gibbard, quando alguém realiza um juízo valorativo, está aceitando uma norma e expressando certos sentimentos ou estados mentais por parte do agente. Além disso, a enunciação de normas morais expressa estados mentais e, como a linguagem tem uma função de coordenar comportamentos e expectativas, acabam influenciando a maneira como as pessoas se comportam (GIBBARD, 1990, pp. 223-226).

Além disso, quando se aceita uma norma, isto é, quando se considera a norma como racional ou se a endossa, não se está com isso dizendo que se aceita determinado sistema de normas que existe independentemente, nem se está dizendo que o indivíduo que aceita a norma tem uma crença, mas apenas que ele está em determinado estado mental ou que o possui. Dizer que alguém aceita uma norma é apontar para um estado mental, e não para uma crença na verdade ou falsidade de um estado de coisas.

Como vimos, para Hart, quando uma pessoa elabora um enunciado jurídico ela expressa a aceitação de uma norma e pressupõe que a norma é aceita e obedecida pelos membros de sua comunidade, razão pela qual Toh elabora sua reconstrução da tese hartiana a respeito dos enunciados jurídicos internos.

#### **4.2. A aceitação plural de normas**

A segunda premissa é a tentativa de readequação da natureza aceitação expressada no momento da realização de um enunciado jurídico interno para reconhecê-la como uma aceitação plural de normas, o que seria uma nova forma de expressivismo (TOH, 2010a, p. 17).

Toh busca fundamento na teoria das intenções compartilhadas de Michael Bratman, que caracteriza intenções em geral e intenções compartilhadas como capazes de prover molduras básicas (*background frameworks*) nas quais as deliberações práticas das pessoas ocorrem, a fim de solucionar problemas que afetam a agência humana em sociedades modernas. E um desses problemas seria o mencionado fato do pluralismo jurídico razoável.

Para que uma teoria seja capaz de resolver o problema do fato do pluralismo jurídico razoável, e ainda assim mantenha uma concepção da prática jurídica normativa e mediada por regras, seria necessária uma alteração fundamental na concepção da atitude de aceitação das regras proposta por Hart (TOH, 2010b, p. 347), no sentido de que os integrantes de um sistema jurídico não devem depender somente da força normativa das regras que aceitam, mas também do fato de que outros integrantes estão dispostos a aceitar aquelas regras.

A aceitação proposta por Hart seria uma aceitação simples, por basear-se exclusivamente na força normativa das regras, enquanto a proposta de Toh seria a de uma aceitação plural, pois sua atitude psicológica de aceitação inicia com o fato de que outras pessoas também parecem aceitar aquelas regras, mas também depende da normatividade das regras para alcançar conclusões jurídicas e para influenciar outros membros da comunidade ou alcançar uma posição em que todos possam concordar.

A diferença central entre a aceitação simples atribuída a Hart e a aceitação plural elaborada por Toh é a seguinte. Na abordagem de Hart, a aceitação simples uma regra R, exerce influência sobre aquele que profere um enunciado interno em razão de sua força normativa de R e espera-se que sua enunciação possua força normativa suficiente para influenciar a aceitação de outros. Já a aceitação plural de uma regra S, para Toh, somente influencia inicialmente aquele que profere o enunciado e, na medida em que o falante percebe que a regra S não possui força normativa suficiente para influenciar outros, se compromete com uma regra alternativa.

Em resumo:

Uma pessoa que possui uma aceitação plural de uma regra não depende apenas da força normativa da regra que ele aceita em suas tentativas de influenciar os outros, mas também depende das disposições dos outros para aceitar certas regras. Em suas tentativas de influenciar os outros, ele

manifesta uma certa dose de deferência para com os outros, na medida em que eles também são deferentes em relação a ele (TOH, 2010b, 348).

A proposta de Toh possui a intenção de superar o fato do pluralismo jurídico razoável, na medida em que oferece uma visão da prática jurídica em que os membros da comunidade, sabedores da existência de desacordos, possuem uma postura de aceitação das regras que visa o compartilhamento daquelas regras, pois sua aceitação coletiva é um ideal possível de ser alcançado, desde que os membros reconheçam a possibilidade de uma aceitação plural e atuem de boa-fé.

A ideia de aceitação plural de regras proposta por Toh possui dois propósitos principais. Ela pretende estabelecer quais são as questões normativas corretas e alcançar aceitações conjuntas das normas, sendo que o primeiro propósito limita o segundo. Assim, apesar de ser um dever a busca da correção de seus juízos normativos independentes, as pessoas verão limitadas suas conclusões em relação àquilo que lhes confere razões para agir por suas expectativas quanto à aceitação de suas conclusões normativas por seus companheiros. Observados ambos os propósitos, Toh defende que as pessoas estariam mais propensas a alcançar conclusões acerca da aceitação de regras já compartilhadas por sua comunidade (TOH, 2010a, p. 17).

Além disso, para que a aceitação plural possa funcionar, são necessários três compromissos pelos participantes da prática. O primeiro deles é a reflexividade. Em um grupo de pessoas que possuem o propósito de alcançar a aceitação conjunta de regras, a aceitabilidade comum de uma posição normativa particular deve contar em favor da aceitação daquela posição.

A pessoa que realiza um enunciado expressando uma aceitação plural de regras possui a expectativa de que sua enunciação sirva como razão para que outros adotem aquela mesma posição normativa. Do mesmo modo, um enunciado poderia ser proferido visando à alteração da norma prevalecente na comunidade, desde que existam razões fortes para sua alteração.

A segunda característica é a presença de deferência mútua (horizontal) entre os participantes da prática. Aquele que possui uma aceitação plural de regras está disposto a temperar suas posições normativas em razão da aceitação de outros, desde que a deferência seja mútua.

Ao expressar uma aceitação plural, a pessoa acaba por reconhecer a existência de posições normativas diferentes e costumeiramente conflitantes, razão pela qual ela aceita a possibilidade de que suas conclusões não sejam aceitas pelos demais membros da comunidade e se adapta àquilo que é aceito. Contudo, isso somente ocorre se esses membros também estejam dispostos a agir do mesmo modo.

Finalmente, a aceitação plural de regras exige uma deferência aos especialistas (vertical e unidirecional). Isso se dá em razão do propósito de identificar as questões normativas corretas. Porém, aponta Toh, esses especialistas não são capazes somente de solucionar os problemas normativos adequadamente, mas, também, devem possuir facilidade em simular os pensamentos dos membros da comunidade, a fim de encontrar bases comuns sobre as quais serão alcançadas as conclusões normativas compartilhadas (TOH, 2010a, p. 20).

#### **4.3. A nova tese da predicação**

Utilizando-se das premissas anteriores, Toh propõe, então, uma tese alegadamente capaz de fornecer os fundamentos para a regra de reconhecimento de maneira diversa da que sustenta pelo convencionalismo.

Toh observa que, no discurso jurídico ordinário, nossos compromissos estão predicados no fato de que outros também possuem os mesmos compromissos. Esse aspecto coletivista da prática jurídica levou à caracterização do direito como convencional, no sentido de que nossos compromissos estão predicados em uma prática convencional de adesão de certas normas fundamentais (TOH, 2010a, p. 23). E isso, como apontou Dworkin, é um problema diante da existência de controvérsias persistentes no direito.

Por meio da aceitação plural de normas, o compromisso de uma pessoa com um direito particular está predicado no compromisso de outros, não no sentido de que os outros atualmente possuem compromissos parecidos, mas no sentido de que seu compromisso depende da existência de expectativa de que outros também o desenvolvam compromissos similares, por conta própria e exercitando a devida deferência em relação aos outros (TOH, 2010a, pp. 23-24).

Assim sua tese da predicação foi por ele resumida:

Os compromissos das pessoas com as leis baseiam-se nos compromissos semelhantes de outros, no sentido de que aqueles que formam aceitações plurais de regras jurídicas mantêm essas aceitações somente com a condição de que as regras aceitas sejam aceitáveis para outras pessoas em sua comunidade. E os outros relevantes são aqueles que, em suas aceitações de regras, são similarmente deferentes em relação aos outros. Observe que esta nova versão da tese da predicação permite compromissos com regras que não são atualmente apoiadas por uma convenção ou algum tipo similar de prática. Uma pessoa pode aceitar uma regra com o objetivo ou na esperança de instigar uma aceitação compartilhada dessa regra, bem como em resposta a uma aceitação compartilhada existente dessa regra. Essa característica específica permite que a nova versão da tese da predicação escape das críticas à versão convencionalista que descrevi anteriormente. Essa é uma vantagem considerável (TOH, 2010b, p. 350).

#### **4.4. A resposta expressivista para os desacordos teóricos**

Como apresentei no capítulo anterior, de acordo com um expressivista, os desacordos serão genuinamente normativos se os debatedores estiverem se utilizando dos termos normativos da mesma maneira, ou seja, de modo a expressar suas próprias opiniões normativas e influenciar as opiniões normativas de outros.

Quando uma pessoa possui uma atitude psicológica de aceitação plural de normas, ela pode discordar do consenso normativo prevalecente e expressar sua aceitação plural na tentativa de instigar uma aceitação compartilhada alternativa, de modo que os desacordos teóricos podem ser acomodados sem qualquer obstáculo.

Toh entende ter encontrado uma explicação teórica capaz de sustentar aquela conclusão apresentada por mim na seção 4.1, pois, se de acordo com a análise expressivista dos enunciados jurídicos internos, dois debatedores poderão ter um desacordo jurídico genuíno se ambos pronunciam enunciados jurídicos como expressão de suas próprias opiniões jurídicas e no intuito de influenciar as opiniões jurídicas e ações de outros, esse tipo de análise é capaz de explicar os desacordos que ocorrem mesmo quando haja acordo sobre todas as questões factuais – algo que Dworkin não critica.

Assim, quando analisados novamente os enunciados que tratam da existência de um sistema de normas  $R_1$  e outro sistema de normas  $R_2$ , conclui-se que o desacordo seria genuíno, pois cada um dos falantes pretende influenciar o

outro a aceitar uma regra de reconhecimento diversa, sem que se apele para qualquer tipo de convenção.

Sem embargo, a proposta de Toh possui alguns sérios problemas que a tornam insustentável.

De imediato, tenho dúvidas acerca da capacidade de Toh de desvincular-se do convencionalismo. Como indiquei na nota de rodapé nº 49, para Julie Dickson uma norma será reconhecida como uma convenção deve fornecer razões para agir. Para Toh, a capacidade de influência do enunciado jurídico interno proferido em decorrência do compromisso normativo assumido pelo participante da prática, é capaz de fornecer razões para agir para os demais membros da comunidade.

Ademais, ao afirmar que os desacordos teóricos não seriam um problema para a sua tese da predicação, uma vez que os participantes da prática utilizam enunciados jurídicos internos para buscar alterar a regra fundamental por meio da influência exercida sobre outros participantes.

Com isso, Toh cai no mesmo problema que já havia sido rejeitado por Dworkin. Sua teoria acaba por defender, ainda que de modo não intencional, a existência de uma única regra de reconhecimento a ser seguida como padrão e que pode ser alterada em razão da capacidade que os falantes possuem de influenciar uns aos outros a aceitar uma norma diversa, diante da presença da deferência mútua.

Todavia, aceitando a premissa de Toh de que a nova tese da predicação difere da tese da convencionalidade, sua resposta acaba colapsando na resposta do erro, pois se a regra de reconhecimento é consensual, somente seria possível que dois oficiais sustentassem a existência de duas regras de reconhecimento distintas se estivessem em erro, tese que também foi proposta por Leiter (*error theory account*) e refutada por Dworkin, como vimos<sup>52</sup>.

Aliás, se fizermos um exercício mental de aplicação da tese da predicação de Toh a um exemplo prático, torna-se ainda mais clara a sua incapacidade em solucionar o problema dos desacordos teóricos. Tomemos o caso *Factortame* ou a discussão existente no direito brasileiro acerca do reconhecimento de tratados de

---

<sup>52</sup> À mesma conclusão chegou Ismael Martínez Torres, porém sustentando que “possuímos boas razões para duvidar que a atitude expressada pelos falantes ao realizar enunciados jurídicos é uma aceitação plural de normas (TORRES, 2018).

direito humanos como de nível hierárquico idêntico ao da Constituição<sup>53</sup>. Em ambas as hipóteses, a divergência diz respeito à estrutura da regra de reconhecimento, ou seja, se ela admite que regras de direito internacional integrem o direito interno.

Na proposta de Toh, quando um falante profere um enunciado jurídico, está aceitando de modo plural uma regra de reconhecimento. Isso significa dizer que o falante está se utilizando daquele enunciado de modo a influenciar outros membros da comunidade a também a aceitarem a regra, ao mesmo tempo em que está aberto a ser influenciado pela regra de reconhecimento aceita por outro falante.

Contudo, essa solução acaba por ferir por completo a própria ideia de objetividade subjacente à regra de reconhecimento e impede o reconhecimento do direito como uma prática social decorrente de um comportamento convergente dos oficiais.

Enfim, Toh parece ter se utilizado de uma readequação desnecessária da concepção de Hart acerca da regra de reconhecimento e dos enunciados jurídicos internos, pois, ao final, somente conseguiu demonstrar a possibilidade de mecanismos de alteração das convenções, algo que já foi exaustivamente discutido pelos autores convencionalistas<sup>54</sup>.

#### **4.5. Objeção ao quasi-expressivismo como solução para os desacordos teóricos**

Antes de concluir este capítulo, penso ser interessante analisar a proposta de Plunkett e Finlay, elaborada a partir da teoria quasi-expressivista que apresentei no final do capítulo anterior.

Ao discutirem os desacordos teóricos<sup>55</sup>, os autores apontam que o caminho fácil para os positivistas seria reconhecer que os falantes estão empregando diferentes critérios –para determinar a validade no sistema jurídico, implicando o reconhecimento de que os desacordos não são genuínos.

---

<sup>53</sup> Agradeço ao Professor Thomas Bustamante pela indicação desse exemplo.

<sup>54</sup> Cf. MARMOR, 2009, Capítulo 2.

<sup>55</sup> Os autores evitam utilizar o termo “desacordo teórico”, preferindo a expressão “disputa sobre os alicerces do direito” (*bedrock legal disputes*). Isso dá em razão da crítica realizada nos trabalhos de Plunkett e Sundell que foram mencionados na primeira nota de rodapé deste trabalho.

De acordo com a teoria relacional proposta, seria plenamente possível afirmar, de modo intuitivo e superficial, que conflitos de enunciados jurídicos como “o sistema jurídico é formado por regras de acordo com a regra de reconhecimento  $R_1$ ” ou “o sistema jurídico é formado por regras de acordo com a regra de reconhecimento  $R_2$ ” são lógica, conceitual e metafisicamente consistentes um com o outro (FINLAY e PLUNKETT, 2017, p. 18), o que, para Dworkin, seria afirmar que os participantes do desacordo somente estariam falando um sobre o outro (*talking past each other*).

Os autores apontam que a objeção de Dworkin é comum na metaética, baseada na observação de que desacordos morais podem persistir mesmo diante de acordos completos e mutuamente reconhecidos sobre todos os fatos científicos descritíveis, o que representa um desafio para teorias relativistas como a de Finlay.

Por certo, estabelecer todas as ações que melhor promovem algum fim, como pretende sua teoria relativa aos fins, não significa estabelecer o que alguém deve fazer moralmente. Assim, uma teoria relacional desse tipo não sofreria a objeção dos desacordos, uma vez que seria possível que duas pessoas afirmassem que algo promove um certo fim sem que se comprometam ou concordem com a correção daquele fim. Ilustrando a situação, os autores sugerem a possibilidade de que um deontologista kantiano reconheça que, em alguns casos, mentir promove utilidade, sem concordar com essa assertiva moral utilitária.

O desafio relativo aos desacordos jurídicos fundamentais sustenta que, mesmo diante de acordo em relação a todos os fatos empíricos, pode existir divergência sobre o uso da palavra direito ou, colocando em termos dworkinianos não semânticos, divergência sobre os fundamentos do direito. Os autores propõem, então, a possibilidade de uma solução relacionada à pragmática, nos moldes que apresentei anteriormente.

Essa solução, dizem, reconhece a existência de disputas fundamentais envolvendo o emprego de diferentes critérios para determinar-se a validade de uma norma em um sistema jurídico, pois quando um falante promove um enunciado relativo a uma regra de reconhecimento que ele aceita, está pragmaticamente expressando aceitação da regra de primeira-ordem que satisfaz os seus critérios. Então, quando surgem desacordos em que um falante sustenta que algo é direito

baseado na regra de reconhecimento  $R_1$  e outro sustenta que algo é direito baseado na regra de reconhecimento  $R_2$ , ambos estão expressando pragmaticamente, e não semanticamente, atitudes conflitantes de aceitação. Assim, a teoria relacional proposta defende que os desacordos teóricos envolvem desacordos quasi-expressivistas.

Um dworkiniano poderia objetar dizendo que as disputas jurídicas fundamentais envolvem desacordos sobre questões de fato objetivas sobre o que o direito ou seus fundamentos são, em vez de representarem embates de atitudes, de modo que as análises quasi-expressivista ou metalinguística estariam atribuindo um grau de erro implausível ao auto-entendimento dos falantes.

Mas, para eles, seguindo parte da linha de resposta de Leiter, seria certo que os falantes ordinários não se preocupam com teorias sofisticadas para explicar seus entendimentos e, certamente também, não seria necessário preservar o *face-value* dos desacordos teóricos se for possível afirmar-se que eles não são aquilo que os falantes pensam que são.

Com efeito, a teoria quasi-expressivista possui uma vantagem importante em relação ao expressivismo sustentado por Toh. Ao reconhecer o caráter duplo do enunciado jurídico interno, acomodando seus aspectos descritivo e prescritivo, os autores parecem propor algo próximo daquela que fora a intenção de Hart.

Todavia, ao manterem-se fiéis à possibilidade de que falantes diversos refiram-se a regras de reconhecimento diversas e conflitantes, os autores padecem do mesmo problema que aflige a proposta de Toh, exigindo o afastamento do caráter único e comum da regra social cuja aceitação é compartilhada pelos oficiais.

Desse modo, nem a teoria expressivista de Toh, nem o quasi-expressivismo de Plunkett e Finlay poderiam ser reconhecidos como uma teoria hartiana ou como uma resposta ao desafio dworkiniano.

## CONCLUSÃO

Ao longo desta dissertação, pretendi desenvolver da maneira mais analítica possível o debate acerca dos desacordos teóricos. O tema, além de bastante discutido na literatura da filosofia do direito contemporânea, ganhou corpo na última década em razão do alerta feito por Scott Shapiro no sentido de que pouca atenção havia sido dada por autores positivistas ao importante desafio proposto por Dworkin contra o convencionalismo.

Sem embargo, antes mesmo de Shapiro ter elevado o tema à devida posição na jurisprudência analítica, Kevin Toh havia elaborado uma importante teoria a respeito da função do enunciado jurídico interno na teoria do conceito de direito de Hart. A chamada análise expressivista dos enunciados jurídicos foi logo adotada pelo próprio Shapiro, apesar de, ao que tudo indica, não ter concordado com as conclusões de Toh a respeito da solução possível para a objeção de Dworkin, uma vez ter o autor elaborado sua própria resposta.

Nada obstante, nos últimos anos, a teoria desenvolvida por Toh foi alvo de crítica de importantes nomes da filosofia do direito mundial, como Matthew Kramer, que se dispôs a analisar profundamente a possibilidade de Hart ter se comprometido com a teoria não-cognitivista conhecida como expressivismo.

Tendo como o objetivo principal investigar se a solução proposta por Toh para a alegada incapacidade de o positivismo jurídico dar conta da existência de desacordos teóricos no direito, o caminho por mim percorrido foi o seguinte.

No primeiro capítulo, apresentei um panorama da teoria juspositivista, descrevendo brevemente as principais teses que tornam o positivismo o que ele é. Em seguida, a partir de um relato da teoria do sistema jurídico como a união de regras primárias e secundárias de Hart, demonstrei qual era crítica de Dworkin contra o convencionalismo e as razões pelas quais esse problema deveria ser enfrentado pelo positivismo jurídico. Explorei cada exemplo dado por Dworkin em suas obras, concluindo que aqueles casos apresentados em *LE* não passariam de desacordos interpretativos, que, conquanto sejam desacordos teóricos, não afetariam o positivismo tão gravemente. Finalmente, indiquei dois bons exemplos abordados por Thomas Bustamante e Kevin Toh que demonstram que os desacordos teóricos

podem envolver mais do que a meta-interpretação, mas, também, a própria estrutura da regra de reconhecimento.

O segundo capítulo esteve direcionado à apresentação crítica de algumas das principais respostas apresentadas por autores positivistas ou não. A fim de melhor acomodar tanto as respostas quanto às críticas a ela dirigidas, optei por examinar cada uma delas em conjunto com as que lhe eram mais próximas, resultando na classificação de três modalidades de respostas: as baseadas na irrelevância ou inexistência dos desacordos, que também continham as respostas “*borderline*”; as baseadas em meta-interpretação; e as baseadas na ideia da existência de acordos profundos.

O primeiro grupo de respostas foi descartado como solução para os desacordos em razão da sua incapacidade de reconhecer o problema na amplitude devida e por não observar a prática jurídica adequadamente. O segundo grupo, apesar de bastante promissor, e, ao meu ver, capaz de solucionar todos os exemplos apontados por Dworkin em *LE*, falha no momento em que se admite a existência de desacordos teóricos conceituais, referentes à estrutura mais básica da formação do próprio sistema jurídico.

Finalmente, as respostas baseadas nos acordos profundos foram reconhecidas como a melhor solução para os positivistas, pois até mesmo a teoria dworkiniana exige, em um nível profundo e abstrato, um mínimo de acordo para que os próprios desacordos possam surgir.

Com efeito, há que se reconhecer que a solução para os desacordos teóricos baseada nos acordos profundos não pode ser facilmente descartada nem mesmo por um dworkiniano. Com efeito, o próprio Dworkin reconhece que “a atitude interpretativa necessita de paradigmas para funcionar efetivamente, mas eles não precisam ser questões de convenção” (DWORKIN, 1986, p. 138).

Para ele, “toda comunidade possui paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser desafiadas sem sugerir corrupção ou ignorância” (DWORKIN, 1986, p. 88), Dworkin também alerta para o fato de que não devemos exagerar seu poder, pois as dinâmicas da interpretação tanto resistem quanto promovem a convergência. Em outras palavras, paradigmas ancoram a

interpretação, mas não estão salvos de serem desafiados e alterados por novas interpretações (DWORKIN, 1986, p. 72).

De todo modo, a identificação dos paradigmas na chamada fase pré-interpretativa – que, não se olvide, é também interpretativa – exige alto grau de concordância, em virtude dos problemas que acarretaria para o direito (DWORKIN, 1986, p. 113). E é nesse ponto que a resposta baseada nos acordos profundos parece resolvido o desafio de Dworkin.

Ao demonstrar a existência de níveis profundos em que não há divergência mesmo na presença de regras de reconhecimento convencionais, os autores aqui trabalhados deixaram claro que, caso não aceita a solução, nem mesmo a teoria do direito como integridade seria capaz de solucionar o problema dos desacordos teóricos.

No terceiro capítulo passei a estudar diretamente a resposta de Kevin Toh, que, a meu ver, não poderia ser elencada em nenhuma das demais categorias propostas. Naquele capítulo, examinei profundamente a análise expressivista dos enunciados jurídicos internos hartianos, com o intuito de verificar se a tese de Toh encontraria sustentação nos escritos de Hart. Tendo chegado a uma conclusão negativa, seja em razão das passagens citadas de textos de Hart, seja em razão da diferença entre a semântica e a pragmática dos enunciados jurídicos, defendi a inadequação da tese de Toh.

No quarto e último capítulo apresentei detalhadamente a solução de Toh para os desacordos teóricos demonstrando como sua teoria evoluiu da mera análise expressivista dos enunciados jurídicos internos para a elaboração de uma nova tese da predicação baseada na ideia de aceitação plural das regras. Todavia, sustentei ser incorreto afirmar que essa seria uma teoria hartiana e, até mesmo, que ela poderia se basear na concepção de um sistema jurídico que contenha regras de reconhecimento, pois, na ausência de elementos mínimos de convencionalidade, seria impossível afirmar que a regra de reconhecimento possa ser considerada um padrão único e comum de comportamento aceito pelos oficiais e obedecido pelos demais cidadãos de uma comunidade.

Enfim, entendo que a solução para o problema dos desacordos teóricos baseada na ideia de acordos profundos desenvolvida por Matthew Kramer e Andrei

Marmor é suficientemente plausível para afastar a crítica posta por Dworkin contra o positivismo, não sendo necessária a elaboração de uma teoria tão contra intuitiva quanto aquela elaborada por Toh para defender o positivismo do desafio dworkiniano.

## REFERÊNCIAS

ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth. **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista. Theoretical disagreements: a restatement of legal positivism. In: CANALE, DAMIANO; TUZET, GIOVANNI (Org.). **The planning theory of law: a critical reading**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013. p. 169–186.

BONORINO, Pablo Raúl. ¿Cuál es el desafío de Dworkin? **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. XVII, 2000. p. 157–178.

BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro's Planning Theory of Law. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 37, p. 219–250, 2012a.

BUSTAMANTE, Thomas. Legality - by Scott Shapiro. **Legal Studies**, v. 32, p. 499–507, 2012b.

BUSTAMANTE, Thomas. CUNHA, Mirlir. **Muito além do plano: objeções à visão de direito de Scott Shapiro**. I Encontro Nacional do CONPEDI. Curitiba, 2013. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8386fa112ba70c3f>>. Acesso em 28/01/2018.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 20, n. 1, p. 307–327, 2015. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204>>.

BUSTAMANTE, Thomas. Coercion and the Normativity of Law: Some Critical Remarks on Frederick Schauer's **The Force of Law: Frederick Schauer meets his critics**. In: BEZEMEK, Christoph. LADAVAC, Nicoletta (Orgs.). **The Force of Law Reaffirmed**. Viena: Springer, 2016.

COELHO, André. O positivismo jurídico de Andrei Marmor: convenções e interpretação. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar. **O Positivismo Jurídico no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COLEMAN, Jules L. Negative and positive positivism. **The Journal of Legal Studies**, v. XI, p. 139–164, 1982.

COLEMAN, Jules. **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLEMAN, Jules L. Beyond inclusive legal positivism. **Ratio Juris**, v. 22, n. 3, p. 359–394, 2009.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. The grounds of law. In: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan. **The legacy of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

DARE, Tim. Disagreeing about disagreement in law: the argument from theoretical disagreement. **Philosophical Topics**, v. 38, n. 2, p. 1–15, 2010.

DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001. 148 p.

DICKSON, Julie. Is the rule of recognition really a conventional rule? **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 27, n. 3, p. 373–402, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachussets. Havard University Press, 1978. 371 p.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachussets: The Belknap Press of Havard University Press, 1986. 470 p.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge, Massachussets: The Belknap Press of Havard University Press, 2006. 308 p.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachussets. The Belknap Press of Havard University Press, 2011. 506 p.

ENDICOTT, Timothy A. O. Herbert Hart and the semantic sting. **Legal Theory**, v. 4, n. 3, p. 283–300, 1998. Disponível em: <[http://journals.cambridge.org/article\\_S1352325200001038%5Cnhttp://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=4191932&fileId=S1352325200001038](http://journals.cambridge.org/article_S1352325200001038%5Cnhttp://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=4191932&fileId=S1352325200001038)>.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **O Cognitivismo e o Não Cognitivismo Moral e sua Influência na Formação do Pensamento Jurídico**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013. 300 f.

FINLAY, Stephen; PLUNKETT, David. Quasi-Expressivism about Statements of Law: A Hartian Theory. In: GARDNER, John; GREEN, Leslie; LEITER, Brian (Org.). **Oxford Studies in Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2018. v. 3. p. 49–86.

FISS, Owen M. The Varieties of Positivism. **The Yale Law Journal**, v. 90, n. 5, p. 1007–1016, 1981. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/795937%5Cnhttp://www.jstor.org/stable/pdfplus/795937.pdf?acceptTC=true>>.

GEACH, Peter. Ascriptivism. **The Philosophical Review**, v. 69, n. 2, p. 221–225, 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2182461>>.

GIBBARD, Allan. **Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment**.

Oxford: Clarendon Press, 1990.

GIBBARD, Allas. Wise Choices, Apt Feelings. In: DARWALL, Stephen; GIBBARD, Allan; RAILTON, Peter. **Moral Discourse and Practice**: some philosophical approaches. . Oxford: Oxford University Press. , 1996

GOLANSKI, Alani. Nonmoral theoretical disagreement in law. **Mitchell Hamline Law Review**, v. 42, n. 1, 2016a. p. 225–272.

GOLANSKI, Alani. Why there is widespread nonmoral theoretical disagreement in law. In: FRENKEL, DAVID A. (Org.). **Selected issues in modern jurisprudence**. Athens: Athens Institute for Education and Research, 2016b. p. 23–33.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2<sup>a</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HART, H. L. A. **Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1982.

HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

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

HART, H L A. The Ascription of Responsibility and Rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, v. 49, n. 8, p. 171–194, 1949. Disponivel em: <papers2://publication/uuid/BDA1CD17-7729-4859-A6E2-9142B5FEA35B>.

HIMMA, Kenneth Eimar. Ambiguously stung: Dworkin's semantic sting reconfigured. **Legal Theory**, v. 8, p. 145–183, 2002.

HIMMA, Kenneth Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Orgs.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

HIMMA, Kenneth Einar. Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States. **Journal of Law in Society**, v. 4543538444, n. 206, p. 149–218, [S.d.].

KALDERON, Mark Eli. **Moral Fictionalism**. Oxford: Clarendon Press, 2010.

KRAMER, Matthew. **In defense of legal positivism**: law without trimmings. Oxford: Oxford University Press, 1999. 313 p.

KRAMER, Matthew. In defense of Hart. **Legal Theory**, v. 19, n. 4, p. 370–402, 2014.

KRAMER, Matthew. There's Nothing Quasi About Quasi-Realism: Moral Realism as a Moral Doctrine. **Legal Studies Research Paper Series**, University of Cambridge,

n. 42, 2016.

KRAMER, Matthew. Hart and the Metaphysics and Semantics of Legal Normativity. **Legal Studies Research Paper Series**, University of Cambridge, n. 18, 2018a.

KRAMER, Matthew. **H.L.A. HART**. Cambridge: Polity, 2018b. 238 p.

LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. **University of Chicago Law Review**, v. 76, n. 3, p. 1215–1250, 2009.

LEITER, Brian. Theoretical disagreements in law: Another Look (August 10, 2016). D. Plunkett, S. Shapiro, & K. Toh (eds.), **Ethical Norms, Legal Norms: New Essays In Meatethics And Jurisprudence** (Oxford University Press, Forthcoming). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2830732>>.

LEVENBOOK, Barbara Baum. Dworkin's theoretical disagreement argument. **Philosophy Compass**, v. 10, n. 1, p. 1–9, 2015.

LUDEÑA, Lorena Ramírez. ¿Desacuerdo sin acuerdo? una crítica a la propuesta metalingüística de Plunkett y Sundell. **Isonomía**, v. 44, p. 39–62, 2016.

LUDEÑA, Lorena Ramírez. Los desacuerdos en el derecho. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 35, p. 125–155, 2012.

LUQUE, Pau. Los desacuerdos jurídicos desde la filosofía. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 36, p. 439–460, 2013.

LUQUE, Pau; RATTI, Giovanni Battista (Orgs.). **Acordes y Desacuerdos: Cómo y por qué los juristas discrepan**. Madrid: Marcial Pons, 2012. 328 p.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A crítica de Dworkin ao convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 128–155, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty: Law, State and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MARMOR, Andrei. Legal positivism: Still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683–704, 2006.

MARMOR, Andrei. **Social Conventions**: from language to law. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009.

MARQUES, Teresa. Desacordo. In: BRANQUINHO, João; SANTOS, Ricardo (Orgs.). **Compêndio em Linha de Problemas de Filosofia Analítica**. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2015. . Disponível em: <[http://compendioemlinha.lettras.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2015/04/marques\\_desacordo\\_artigo.pdf](http://compendioemlinha.lettras.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2015/04/marques_desacordo_artigo.pdf)>.

MILLER, Alexander. **An Introduction to contemporary metaethics**. Cambridge: Polity, 2003.

MOORE, G.E. **Principia Ethica**. Cambridge: Cambridge University Press, 1922.

MORAWETZ, Thomas. Understanding disagreement, the root issue of jurisprudence: applying wittgenstein to positivism, critical theory, and judging. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 141, n. 2, p. 371–456, 1992.

MORESO, José Juan. Legal positivism and legal disagreements. **Ratio Juris**, v. 22, n. 1, p. 62–73, 2009. Disponível em: <<http://doi.wiley.com/10.1111/j.1467-9337.2008.00412.x>>.

PAPAYANNIS, Diego M; LUDEÑA, Lorena Ramírez. Desacuerdos teóricos e interpretación del derecho. **Analisi e Diritto**, p. 249–293, 2012.

PATTERSON, Dennis. Methodology and theoretical Disagreements. In: NEERGAARD, Ulla; NIELSEN, Ruth; ROSEBERRY, Lynn (Orgs.). **Essays in European Legal Method**. Amsterdam: DJOF Publishing, 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1748589>>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

PATTERSON, Dennis. Theoretical Disagreement, Legal Positivism, and Interpretation. **Ratio Juris**, v. 31, n. 3, p. 260–275, set. 2018. Disponível em: <<http://doi.wiley.com/10.1111/raju.12216>>.

PICCELLI, Eric Ribeiro. **Novos planos, velhos problemas. O positivismo jurídico de Scott Shapiro**. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. 150 p.

PLUNKETT, David; SUNDELL, Tim. Disagreement and the semantics of normative and evaluative terms. **Philosophers' Imprint**, v. 13, n. 23, 2013a. Disponível em: <<papers3://publication/uuid/61346611-E650-4854-A9D0-18CDACC99147>>.

PLUNKETT, David; SUNDELL, Timothy. Dworkin's interpretivism and the pragmatics of legal disputes. **Legal Theory**, v. 19, n. 3, p. 242–281, 2013b. Disponível em: <[http://www.journals.cambridge.org/abstract\\_S1352325213000165](http://www.journals.cambridge.org/abstract_S1352325213000165)>.

POSCHER, Ralf, Why we argue about the law: an agonistic account of legal disagreement (February 19, 2016). Tomasz Gizbert-Studnicki/Adam Dyrda/Pawel Banas (eds.), **Metaphilosophy of Law**, Hart Publishing, Forthcoming. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2734689>>. Acesso em 13 de dezembro de 2018.

POSTEMA, Gerald J. "Protestant" Interpretation and Social Practices. **Law and Philosophy**, v. 6, n. 3, p. 283–319, 1987.

PRIEL, Dan. The Place of Legitimacy in Legal Theory. **Legal Studies**, v. 04, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em um prática social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 107, p. 43–98, 2013.

RATTI, Giovanni. Theoretical Disagreement and Interpretation. **Diritto e questioni pubbliche**, n. 1, p. 201–209, 2016.

RATTI, Giovanni Battista. The logical structure of legal disagreements. **Journal of Indian Philosophy**, n. 2008, p. 379–403, 2001.

RAZ, Joseph. H. L. A. Hart. **Utilitas**, v. 5, n. 02, p. 145–156, 1993.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. “Genuine” disagreements: a realist reinterpretation of Dworkin. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 21, n. 4, p. 649–671, 2001.

SÁNCHEZ, Pau Luque; RATTI, Giovanni Battista. **Acordes y Desacuerdos: Cómo y por qué los juristas discrepan**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SCHAUER, Frederick. Positivism Before Hart. **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, n. 1, 2010.

SCIARAFFA, Sciaraffa. Explaining Theoretical Disagreement and Massive Decisional Agreement : The Justificatory View. **Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 6, p. 165–189, 2012.

SHAPIRO, Scott. H. L. A. Hart (1907-1992). **A companion to analytical philosophy**. p. 169–174, 2012.

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

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: a short guide for the perplexed. **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 77, 2007. Disponível em: <papers2://publication/uuid/F2D38857-5BA3-4557-8A69-BBA3783B7E45>.

SHAPIRO, Scott J. What is the Internal Point of View? **Fordham Law Review**, v. 75, n. 3, p. 1157–1170, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=937337>>.

SHAPIRO, Scott J. What is the rule of recognition (and does it exist)? In: ADLER, MATTHEW; HIMMA, KENNETH EIMAR (Org.). **The rule of recognition and the U. S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SILVER, Charles. Elmer’s case: A legal positivist replies to Dworkin. **Law and Philosophy**, v. 6, n. 3, p. 381–399, 1987.

SMITH, Dale. Agreement and Disagreement in Law. **Melbourne Legal Studies Research Paper**, v. 28, n. 1, p. 183–208, 2015.

SMITH, Michael. **The Moral Problem**. Oxford: Blackwell Publishing, 1994.

TOH, Kevin. An argument against the social fact thesis (and some additional preliminary steps towards a new conception of legal positivism). **Law and Philosophy**, v. 27, n. 5, p. 445–504, 2008.

TOH, Kevin. Hart's expressivism and his Benthamite project. **Legal Theory**, v. 11, n. 2, p. 75–123, 2005.

TOH, Kevin. Legal Judgments as Plural Acceptances of Norms. **Oxford Studies in the Philosophy of Law**, v. 1, 2010a, p. 1-35. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1650757>>. Acesso em 15 de maio de 2017.

TOH, KEVIN. The predication thesis and a new problem about persistent fundamental legal controversies. **Utilitas**, v. 22, n. 3, p. 331–350, 2010b. Disponível em: <[http://www.journals.cambridge.org/abstract\\_S0953820810000233](http://www.journals.cambridge.org/abstract_S0953820810000233)>.

TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar. **O Positivismo Jurídico no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TORRES, Ismael Martínez. **Persistent Legal Disagreement and Plural Acceptances of Norms: an objection against Kevin Toh's expressivist analysis of legal statements**. Trabalho apresentado no VIII Encontro da Metagiuridica realizado na Universidade de Genoa. 2018.

WALDRON, Jeremy. Law. In: JACKSON, Frank; SMITH, Michael (Orgs.). **The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 219–248.

WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994

WALUCHOW, Wilfrid; SCIARAFFA, Stefan (Orgs.). **The Legacy of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2016.