

O DEBATE ENTRE HART E DWORKIN: A CONTROVÉRSIA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS SOBRE O DIREITO

THE HART-DWORKIN DEBATE: THE CONTROVERSY ABOUT THE EXISTANCE OF THEORETICAL LEGAL DISAGREEMENTS

FABIANA DE MENEZES SOARES*

CAROLINE STÉPHANIE FRANCIS DOS SANTOS MACIEL**

RESUMO: O debate entre Hart e Dworkin é um dos temas mais caros da Filosofia do Direito. Ele envolve uma série de controvérsias distintas, dentre as quais se inclui a possibilidade de existirem, na prática jurídica, desacordos acerca dos fundamentos do direito (as chamadas divergências teóricas sobre o direito). Diante desse quadro, foi realizada pesquisa teórica com o escopo de propiciar um diálogo entre esses dois autores, partindo dessa problemática acerca da existência ou não de divergências teóricas sobre o direito. Para tanto, valeu-se do procedimento metodológico de análise interpretativa do discurso positivista e dworkiniano, baseando-se essencialmente em dados secundários (entendimentos doutrinários sobre o tema). O presente artigo pretende, desse modo, analisar essa objeção de Dworkin ao positivismo jurídico, passando pelas explicações desenvolvidas pelos positivistas ao longo dos anos para, ao final, esboçar algumas conclusões sobre os limites à existência de divergências dessa natureza, impostos pelo sistema jurídico.

ABSTRACT: *The Hart-Dworkin debate is one of the most significant issues of Philosophy of Law. It concerns a series of distinct controversies, in which there is the one about the possibility of existing, in legal practice, disagreements about the foundations of law (so-called theoretical legal disagreements). Within this scope, a theoretical research was carried out in order to provide a framework for dialogue between these two authors, based on the controversy about the existence of theoretical legal disagreements. For this purpose, the interpretative analysis of positivist and dworkinian speech was used as the methodological procedure. Therefore, this essay is going to examine Dworkin's objection to legal positivism, going through positivists explanations over the years in order to, in the end, outline some conclusions about the limits to the existence of such disagreements, stipulated by the legal system.*

* Professora Associada II da Faculdade de Direito da UFMG, nos cursos de Graduação e Pós-graduação. Coordenadora do grupo de pesquisa Observatório para a Qualidade da Lei, certificado pelo CNPq e do Núcleo de Inclusão Digital da Clínica de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da UFMG.
Email: fabiana.demenezes@terra.com.br.

** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito com bolsa do CNPq no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Advogada vinculada à Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) em Direito Tributário e Civil.
Email: carolinedossantos3@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Debate Hart x Dworkin. Divergências teóricas sobre o direito. Positivismo jurídico.

KEYWORDS: *Hart-Dworkin debate. Theoretical legal disagreements. Legal positivism.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A existência de divergências teóricas sobre o direito: uma objeção ao positivismo jurídico. 3 As explicações do positivismo jurídico acerca da existência de divergências teóricas. 3.1 A existência de critérios jurídicos de validade: a regra de reconhecimento e o convencionalismo de Hart. 3.2 As réplicas clássicas do positivismo jurídico à objeção de Dworkin: a tese da dissimulação e a teoria do erro. 3.3 A marginalidade das divergências teóricas: os limites estruturais à sua ocorrência. 3.4 A falsa caracterização de Dworkin das divergências teóricas e do positivismo jurídico. 3.5 A reconstrução conceitual da natureza convencional das regras de reconhecimento. 3.6 A teoria do direito como planejamento: uma alternativa ao interpretativismo de Dworkin e ao convencionalismo de Hart. 4 Apontamentos finais: esboçando uma conclusão acerca da controvérsia sobre a existência de divergências teóricas sobre o direito. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Certamente uma das discussões mais conhecidas e estudadas da Filosofia do Direito é o chamado “debate entre Hart e Dworkin”, que começou no final dos anos sessenta e persiste até hoje. Por ser uma discussão de natureza eminentemente filosófica, não envolve apenas uma questão, mas antes uma série de controvérsias¹ entre o positivismo jurídico, consubstanciado na figura de Hart, e a teoria pós-positivista de Dworkin.²

1 Como destaca Shapiro: “o debate Hart x Dworkin envolve questões díspares, tais como: a existência de discricionariedade judicial, o papel da política no julgamento, o fundamento ontológico das regras, a possibilidade de filosofia do direito descritiva, a função do direito, a objetividade do valor, a imprecisão dos conceitos e a natureza da inferência legal.” (SHAPIRO, 2007, p. 4).

2 É importante destacar a dificuldade em classificar Dworkin, já que houve uma evolução na sua teoria no decorrer de suas obras. No livro *Justice for Hedgehogs* (2011), Dworkin deixa isso claro e se autodenomina um autor interpretativista à época que escreveu

Nesse artigo, focar-se-á apenas na problemática acerca da existência de divergências teóricas sobre o direito, explorando-se a argumentação de Dworkin, bem como as explicações do positivismo jurídico. Para tanto, foi realizada pesquisa teórica³ com o escopo de propiciar um diálogo entre esses dois autores, partindo dessa controvérsia acerca da existência ou não de divergências teóricas sobre o direito, que permanece, até hoje, como uma questão aberta e que gera ampla discussão acadêmica. A pesquisa partiu da hipótese de que as respostas positivistas clássicas não conseguem ultrapassar a objeção de Dworkin acerca da existência de divergências teóricas sobre o direito, uma vez que a sua ocorrência na prática jurídica é inegável. Contudo, pressupôs-se que tais divergências não poderiam ir até o fundo, como pretende Dworkin, sob pena de se deteriorar as próprias bases mínimas de um sistema jurídico organizado. Por fim, a investigação se valeu do procedimento metodológico de análise interpretativa do discurso, no caso, positivista e dworkiniano, baseando-se essencialmente em dados secundários (entendimentos doutrinários sobre o tema).

É importante esclarecer que, muito embora o nome dado seja “debate entre Hart e Dworkin”, a controvérsia não envolve

a obra *Taking rights seriously* (1974), na medida em que ele defendeu que o direito era um conceito interpretativo e que direito e moral não eram sistemas totalmente independentes. (DWORKIN, 2011, p. 402-403). Em razão desse seu segundo argumento e tendo em vista essa obra, outros autores já o classificaram como jusnaturalista contemporâneo, classificação que o próprio Dworkin não concorda. Já na obra *Justice in Robes* (2006) e, sobretudo, em *Justice for Hedgehogs* (2011), Dworkin amadurece seu argumento, defendendo uma teoria integrada do direito e a não separação entre direito e moral, classificando o direito como um ramo da moral política. Por isso, optamos aqui pelo termo “pós-positivista” justamente por ser mais abrangente e admitir a inclusão dessas várias facetas teóricas dworkinianas no decorrer dos anos, bem como por demonstrar bem a oposição entre a teoria do direito de Dworkin e a teoria positivista.

- 3 Este artigo é fruto de pesquisa teórica realizada pelas autoras, iniciada no primeiro semestre de 2016 e finalizada no segundo semestre de 2016, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Trata-se de arsenal teórico com o qual a primeira autora teve prolongado contato no decorrer de sua carreira acadêmica, tanto em atividades de pesquisa quanto nas de ensino. Para a segunda autora, o contato mais profundo com o tema se deu com a experiência em Estágio de Docência em Teoria Geral do Direito e ao cursar disciplinas sobre o tema no Programa de Pós-Graduação.

apenas a teoria de Hart e a de Dworkin; tais autores seriam apenas figuras representativas da discussão.⁴ Trata-se, antes, de um conflito entre uma teoria do direito de tradição positivista e uma de tradição pós-positivista (ou interpretativista construtiva).

Portanto, o artigo irá criticamente expor, preliminarmente, a objeção de Dworkin ao positivismo jurídico (através da alegação de existência de divergências teóricas) e os fundamentos centrais da teoria de Hart quanto à existência de critérios jurídicos de validade (regra de reconhecimento). Em sequência, as respostas clássicas do positivismo jurídico a tal objeção (tese da dissimulação e teoria do erro), o argumento da marginalidade dos desacordos, da falsa caracterização de sua natureza, passando pelas réplicas de Brian Leiter, Andrei Marmor e Kramer. Além disso, será exposta a teoria convencionalista de Marmor e a teoria do direito como planejamento de Shapiro e de que forma tais teorias se compatibilizariam com a existência de divergências teóricas sobre o direito. Com base nisso, ao final, esboçar-se-á uma conclusão acerca da possibilidade de divergências dessa natureza, de seus eventuais limites e da superação ou não de tal objeção pelo positivismo jurídico.

2 A EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS SOBRE O DIREITO: UMA OBJEÇÃO AO POSITIVISMO JURÍDICO

O projeto de Dworkin, em “O império do direito”,⁵ é, primeiramente, demonstrar a existência de divergências teóricas sobre o direito, a partir da análise de decisões judiciais e sob o ponto de vista do juiz, para concluir, a partir disso, que as premissas do positivismo são equivocadas e, subsequentemente, propor uma teoria do direito mais adequada.⁶

4 SHAPIRO, 2011, p. 18 e 19.

5 Nesse sentido, Dworkin afirma que adotará uma perspectiva interna acerca do direito, a partir do ponto de vista de um participante da prática jurídica, a saber, o juiz (DWORKIN, 1999, p. 19). Antecipa futuras críticas ao seu projeto, com alegações de que seria parcial, mas as afasta, admitindo, porém, que seria, nesse sentido, um projeto limitado. (DWORKIN, 1999, p. 16).

6 DWORKIN, 1999, p. 15-19.

Para tanto, Dworkin explica que os operadores do direito podem divergir de duas maneiras quanto à veracidade de uma proposição jurídica: acerca das questões de fato (divergência empírica sobre o direito) ou quanto aos fundamentos do direito⁷ (divergência teórica).⁸ Quando os juízes engajam em uma divergência teórica sobre o direito, eles divergem quanto à natureza do direito, quanto ao verdadeiro significado do texto jurídico⁹ Desse modo, eles discordam sobre a solução do caso concreto, mas não por divergirem quanto às questões de fato, e sim quanto à norma jurídica que resulta do texto em análise.¹⁰ Não diz respeito, portanto, à questão de se aplicar ou afastar a lei, mas sim ao modo de interpretá-la naquele caso jurídico ou à aplicação da teoria de legislação mais adequada.¹¹

Desse modo, tais divergências não envolveriam alegações de moralidade, política, fidelidade ou reforma do direito,¹² ou, em outras palavras, não seriam desacordos sobre como o direito deveria ser (como alegarão os positivistas); seriam, na verdade, divergências sobre como ele é, ou, nos termos do positivismo jurídico, desacordos acerca do critério jurídico de validade, isto é, sobre o critério que a norma deve satisfazer para ser considerada juridicamente válida.¹³

Dworkin busca comprovar a existência na prática jurídica de divergências teóricas através de exemplos concretos de decisões judiciais, nas quais, segundo ele, os juízes da Corte discordaram acerca

7 Como bem esclarece Shapiro, na linguagem de Hart, “os fundamentos do direito seriam aqueles fatos estabelecidos pela regra de reconhecimento. Da mesma forma, desacordos teóricos são meramente discussões acerca do conteúdo da regra de reconhecimento, enquanto desacordos empíricos são discussões acerca do cumprimento ou não das condições estabelecidas pela regra de reconhecimento em um caso específico”. (SHAPIRO, 2011, p. 285).

8 DWORKIN, 1999, p. 7 e 8.

9 Ibid., p. 21.

10 Ibid., p. 29.

11 Ibid., p. 22 e 25.

12 Ibid., p. 38.

13 LEITER, 2009, p. 1216.

dos fundamentos do direito.¹⁴ Disso ele conclui que se divergências de natureza teórica sobre o direito são possíveis, então as chamadas teorias semânticas do direito fracassam, uma vez que partem de um pressuposto teórico que se mostra falso na prática jurídica.¹⁵ Em outras palavras, para Dworkin, não é possível compatibilizar uma teoria semântica do direito com a existência de divergências teóricas na prática jurídica. Isso porque essas teorias pressupõem a existência de um consenso entre os operadores do direito quanto aos critérios de validade das normas jurídicas. Contudo, Dworkin entende que esse consenso não existe, já que, na prática, eles divergem acerca de tais critérios.

Nesse sentido, as chamadas teorias semânticas do direito são aquelas que entendem o direito como simples questão de fato, de tal forma que a única discordância possível sobre o direito seria a empírica.¹⁶ Divergências teóricas seriam ilusórias, os juízes apenas aparentam estar divergindo sobre o que é direito, mas na verdade divergem sobre o que o direito deveria ser. “Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito”.¹⁷ Além desse argumento, os positivistas alegam que há usos limítrofes e nebulosos da palavra direito, e, assim, eventual discordância seria meramente verbal.¹⁸ Os operadores do direito usariam, assim, critérios comuns de validade das normas jurídicas, ainda que ignorem quais eles sejam e tais teorias pretendem identificá-los.¹⁹

Dentre essas teorias, destaca-se a de Hart, que, nas palavras de Dworkin, entende que “os verdadeiros fundamentos do direito

14 Dworkin traz os casos: *Riggs vs. Palmer* (caso Elmer), *Tennessee Valley Authority vs. Hill* (caso do *snail darter*), *McLoughlin vs. O'Brian* e *Brown vs. Board of Education*. (DWORKIN, 1999, p. 20-38).

15 Dworkin afirma que os exemplos concretos de divergências teóricas demonstram que o positivismo jurídico distorce a prática jurídica e apresenta uma evasiva ao invés de uma teoria. (DWORKIN, 1999, p. 15).

16 DWORKIN, Op. cit., p. 38.

17 Ibid., p. 11.

18 DWORKIN, 1999, p. 48 e 49 e DWORKIN, 1978, p. 63.

19 Ibid., p. 39 e 40.

encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental”.²⁰ Trata-se da regra de reconhecimento, critério máximo de validade, que deve ser satisfeito para que as demais regras possam ser consideradas juridicamente válidas em um sistema normativo. Todavia, Dworkin argumenta que, diante de casos difíceis, a discussão não se resume a demarcar onde está a linha divisória do direito;^{21 22} nos casos *Elmer*, *McLoughlin*, *snail darter* e *Brown*, os juízes discutiam sobre o que o direito é de fato, sobre questões jurídicas vitais, indo até a sua essência. Desse modo, os operadores do direito não compartilham critérios factuais para avaliar a veracidade de uma proposição jurídica. Na verdade, eles discutem quais critérios devem aplicar e, por isso, não é possível que uma teoria exponha os critérios comuns ou regras fundamentais compartilhadas pelos oficiais, pois, tais regras sequer existem. Não é possível, portanto, produzir teorias semânticas eficazes sobre o direito.²³ A existência de desacordos teóricos sobre o direito configura, dessa maneira, uma objeção contundente de Dworkin ao positivismo jurídico.

20 DWORKIN, 1990, p. 41.

21 DWORKIN, 1999, p. 52.

22 As divergências teóricas sobre o direito são, portanto, genuínas. Dworkin irá desenvolver a sua teoria do direito como integridade e o seu método interpretativo construtivo que conseguem explicar a sua existência. No âmbito do direito, assim como no da moral, os conceitos são interpretativos e, portanto, controversos. Essa teoria será defendida de forma mais abrangente em *Justice for Hedgehogs*. (DWORKIN, 2011, p. 240-248).

23 DWORKIN, 1999, p. 112.

3 AS EXPLICAÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS

3.1 A EXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS JURÍDICOS DE VALIDADE: A REGRA DE RECONHECIMENTO E O CONVENCIONALISMO DE HART

Para elaborar um conceito de direito, Himma afirma que toda teoria deve se basear na existência de critérios jurídicos de validade, isto é, de que há certas condições ou propriedades que tornam uma norma juridicamente válida.²⁴ Tal alegação é chamada de Tese da Diferenciação, pela qual, em todo sistema jurídico possível, uma norma só é juridicamente válida se satisfizer um conjunto de critérios pré-estabelecidos. Essa é uma tese metafísica, de tal forma que é axiologicamente neutra em relação às diversas teorias epistemológicas acerca do conceito de direito.

Dentre as teorias conceituais do direito que pressupõem a veracidade da Tese da Diferenciação, tem-se o Convencionalismo de Hart,²⁵ segundo o qual o critério máximo de validade é a chamada regra de reconhecimento.²⁶ Essa regra fundamental é de cunho social,²⁷ define o que é direito em um sistema jurídico (e quais são as fontes do direito), bem como prescreve as formas de sua criação e modificação.²⁸ A normatividade da regra de reconhecimento deriva do fato de ser convencionalmente aceita e praticada pelos oficiais, de tal forma que ela converge os seus padrões de conduta e gera neles o sentimento de obrigação de cumprimento.²⁹ O conteúdo da regra de reconhecimento é, assim, estabelecido empiricamente

24 HIMMA, 2003, p. 150-152.

25 É importante notar que Shapiro não entende que Hart seja um convencionalista, pois alega que convencionalismo não é uma forma de positivismo jurídico, mas de teoria do direito natural. (SHAPIRO, 2011, 292).

26 HART, 2007, p. 114.

27 Ibid., p. 121.

28 MARMOR, 2009, p. 161.

29 HIMMA, 2003, p. 153.

pelas práticas conjuntas dos oficiais,³⁰ e, conseqüentemente, não existiriam desacordos teóricos sobre o direito, pois o critério de validade aceito convencionalmente é a regra de reconhecimento.³¹ Seriam possíveis, apenas, desacordos empíricos, isto é, acerca do que efetivamente constitui a prática dos oficiais.

Para Hart, a linguagem tem inevitavelmente uma textura aberta, da qual deriva uma imprecisão ou ambigüidade das palavras usadas na elaboração de textos jurídicos.³² Em razão disso, surgem divergências entre juizes em alguns casos difíceis que envolvem discordâncias quanto aos limites da aplicação dos termos jurídicos. Quando estão diante de tais casos, os juizes acabam por criar o direito, pois não estão abrangidos pela regra de reconhecimento.³³ Desacordos em tais hipóteses seriam não sobre o que o direito é, mas sobre o que deveria ser.

Diante dessa aparente contradição entre o Convencionalismo de Hart e o “valor de face” dos desacordos entre juizes, isto é, sobre o que aparente e genuinamente estão discordando diante de casos difíceis (que, segundo Dworkin, configuram divergências teóricas sobre o direito), o positivismo jurídico esboçou duas respostas:³⁴ a tese da dissimulação e a teoria do erro.

3.2 AS RÉPLICAS CLÁSSICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO À OBJEÇÃO DE DWORKIN: A TESE DA DISSIMULAÇÃO E A TEORIA DO ERRO

A tese da dissimulação entende que os juizes, quando estão em aparente desacordo teórico, na verdade, discutem como o direito deveria ser e não como ele é, uma vez que não há qualquer direito regulando aquela situação jurídica e, por isso, eles pretendem criar ou mudar o direito.³⁵ Esse processo se dá de forma consciente (ver-

30 HART, 2007, p. 128.

31 Ibid., p. 320 e 335-339.

32 Ibid., p. 140 e 141.

33 Ibid., p. 148 e 149 e 314 e 315.

34 LEITER, 2009, p. 1223.

35 DWORKIN, 1999, p. 46 e 47.

são mais radical da tese) ou inconsciente (versão mais moderada), configurando-se, na primeira hipótese, em uma manobra judicial para facilitar a aceitação da solução jurídica dada ou, na segunda, em uma efetiva crença dos juízes de que adotam a resposta jurídica correta dada pelo direito.³⁶

Por outro lado, a teoria do erro sustenta que os juízes realmente acreditam que, nos casos difíceis, discordam sobre os fundamentos do direito. Contudo, isso é um equívoco, na medida em que se trata de áreas de penumbra do direito ou casos limítrofes, nos quais não há práticas convergentes de oficiais.³⁷ Em razão disso, por tais hipóteses carecerem de resposta jurídica objetivamente correta, justifica-se o poder discricionário judicial (limitado) para criar o direito.³⁸

Nessa mesma linha, Himma afirma que Dworkin dá muito peso à compreensão dos juízes acerca de sua atividade judicial,³⁹ sendo que a sua principal atividade é de ordem prática e não conceitual, razão pela qual não tem muito valor como os juízes caracterizam conceitualmente a natureza de seus desacordos; tal tarefa é primordialmente dos teóricos do direito.⁴⁰ Dessa forma, ainda que o positivismo de Hart caracterize conceitualmente os desacordos judiciais de forma diversa daquela feita pelos juízes, tal fato, por si só, não é um argumento contra o positivismo jurídico.

Além dessas duas clássicas explicações positivistas para os desacordos teóricos sobre o direito, um dos principais argumentos apontados pelo positivismo jurídico é o da subsidiariedade ou da marginalidade das divergências teóricas, trazido nas réplicas de Leiter, Kramer e Marmor à objeção de Dworkin.

36 LEITER, 2009, p. 1225.

37 LEITER, 2009, p. 1224.

38 HIMMA, 2003, p. 210.

39 Dworkin vai rebater a tese da dissimulação e a teoria do erro dizendo que a primeira “mostra os juízes como mentirosos bem intencionados” e a segunda “como indivíduos simplórios” (DWORKIN, 1999, p. 50), do que se infere que ele entende que é um argumento contra o positivismo jurídico o fato de a percepção dos juízes acerca da natureza seus desacordos em casos difíceis ser oposta à caracterização conceitual desses desacordos pelo positivismo jurídico.

40 HIMMA, 2003, p. 215-216.

3.3 A MARGINALIDADE DAS DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS: OS LIMITES ESTRUTURAIS À SUA OCORRÊNCIA

Brian Leiter afirma que a existência de desacordos teóricos não é uma circunstância central para a compreensão da natureza do direito, mas antes um fenômeno marginal no universo das questões jurídicas.⁴¹ Partindo da premissa de que o sistema jurídico tem uma estrutura piramidal, ele demonstra que, na grande maioria dos casos, há um acordo massivo sobre o que é o direito e acerca da solução juridicamente correta. Apenas no topo da pirâmide, em alguns casos difíceis a serem decididos pela Corte mais alta da ordem jurídica, há espaço para o surgimento de discordâncias teóricas.⁴² Ainda assim, nesses raros casos de divergências teóricas, diferentes teorias de interpretação da lei quase não impactam a solução jurídica a ser dada. Desse modo, ainda que juízes discordem quanto aos fundamentos do direito em um caso difícil (o que já é raro), acabam por concordar, na grande maioria dos casos, quanto ao resultado. Isso significa que desacordos teóricos têm pouca relevância na construção da decisão judicial.⁴³

Dworkin e seus defensores vão contra-argumentar que as divergências teóricas também ocorrem nos casos fáceis, assim como nos difíceis, a diferença é que nos casos fáceis eles estão “submersos” (ou ocultos).⁴⁴ Contudo, Kramer responderá que esse entendimento de Dworkin parte da presunção de que a ocorrência de divergências teóricas em casos difíceis é evidência da sua ocorrência em casos fáceis e tal presunção só seria válida se os juízes utilizassem o mesmo conjunto de critérios jurídicos nos dois tipos de casos, fáceis e difíceis, (o que não ocorre).⁴⁵ Em casos difíceis, os juízes mudam o foco da questão, para evitar resultados absurdos da aplicação literal

41 LEITER, 2009, p. 1220.

42 Ibid., p. 1226-1228.

43 Ibid., p. 1230.

44 DWORKIN, 1999, p. 317.

45 KRAMER, 1999, P. 137-139.

da lei e, justamente por isso, surgem os desacordos. Eles inexistem, portanto, nos casos fáceis.

Caso Dworkin estivesse certo e tais desacordos fundamentais ocorressem frequentemente e não excepcionalmente,⁴⁶ os operadores do direito iriam discordar o tempo todo acerca das implicações jurídicas de cada ato, o que significaria que o tratamento jurídico dado a esses atos seria errático e caótico e, levado às últimas consequências, não se configuraria um Estado de Direito. Disso Kramer conclui que certo consenso entre as autoridades jurídicas, quanto aos critérios de validade da norma, é imprescindível para a própria existência e adequado funcionamento de um sistema jurídico.⁴⁷

Divergências teóricas estão, portanto, presentes apenas em alguns casos difíceis e não podem ocorrer acima de um nível no qual trariam indeterminação e imprevisibilidade para o direito. Trata-se de uma limitação estrutural à existência de desacordos teóricos que, compreendidos dessa forma, são compatíveis com a existência da regra de reconhecimento e com o positivismo jurídico. A aceitação da regra de reconhecimento não exige unanimidade na aplicação de todos os seus preceitos, basta que haja convergência do comportamento da maioria das autoridades acerca das consequências jurídicas da maioria dos atos.⁴⁸

Com base nisso, Leiter também vai rebater a suposição de Dworkin de que divergências teóricas, apesar de raramente explícitas, estão sempre presentes (escondidas como questões de fundo),⁴⁹ enunciando a “Suposição de Ausência de Significado Claro”, que estabelece que o significado comum das expressões jurídicas somado ao critério jurídico de validade fornece o conteúdo do direito (na grande maioria das vezes), com exceção de alguns raros casos. Tal enunciado vai, dessa forma, aprimorar a teoria do erro, para dizer que a sua alegação não é que o discurso jurídico está sistematicamente equivocado, mas sim que os operadores do direito se equivocam em alguns raros casos difíceis do topo da pirâmide.

46 DWORKIN, 1978, p. 62.

47 KRAMER, 1999, p. 142 e 143.

48 Ibid., 1999, p. 144-146.

49 LEITER, 2009, p. 1231-1232.

Ainda nesse mesmo sentido, Marmor afasta a objeção de Dworkin de que a existência de desacordos acerca dos critérios de validade prova que regras de reconhecimento não existem, ao alegar que tais desacordos só se dão nas margens (em casos limítrofes) e não vão até o fim, até os fundamentos últimos do direito.⁵⁰ Ele traz à baila o argumento de Hart de que há um limite sobre quanto os juízes podem discordar sobre os critérios de validade, uma vez que a própria função institucional judicial é constituída por tais regras.⁵¹ Desse modo, os juízes não poderiam discordar “até o fundo” sobre esses critérios, sob pena de não reconhecerem sua própria autoridade, que é fixada pelas regras de reconhecimento. Para Marmor, tais desacordos marginais sobre os critérios de validade do direito entre juízes, na verdade, só fazem sentido caso se presuma que realmente existem regras de reconhecimento que instituem o sistema jurisdicional e a autoridade jurídica dos juízes.⁵²

3.4 A FALSA CARACTERIZAÇÃO DE DWORKIN DAS DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS E DO POSITIVISMO JURÍDICO

Outro tipo de argumentação bastante comum entre os positivistas é afirmar que Dworkin caracteriza falsamente a natureza dos desacordos entre os juízes nos casos difíceis (não seria teórica), bem como as premissas do positivismo jurídico.

Em relação ao primeiro ponto, o objetivo de Leiter é demonstrar o genuíno “valor de face” dos desacordos entre juízes em casos difíceis, através da comprovação da falsa caracterização de Dworkin desses desacordos nos casos paradigmas de “O império do Direito”, a saber, o “caso Elmer” e o “caso do *snail darter*”, para então lançar dúvidas quanto à ocorrência de divergências teóricas genuínas na prática jurídica.⁵³

50 MARMOR, 2009, p. 162.

51 HART, 2007, p. 166.

52 MARMOR, 2009, p. 163.

53 LEITER, 2009, p. 1234.

No “caso Elmer”, Dworkin acredita que o desacordo entre os juízes Gray e Earl envolve uma discussão sobre a teoria da legislação mais apropriada, a interpretação literal ou das intenções do legislador.⁵⁴ Todavia, para Leiter,⁵⁵ eles não discordam acerca do que a lei exige, quando compreendida de forma adequada; antes, os juízes, motivados pelas suas convicções morais acerca do mérito do caso, valem-se de ferramentas interpretativas de forma oportunista, para que forneçam justificativas às soluções jurídicas por eles desejadas.⁵⁶ Dessa maneira, o desacordo genuíno no caso Elmer não é sobre o que o direito é (teórico), mas sim sobre o que deveria ser (questões de moralidade do direito).

Da mesma forma, Dworkin caracteriza o “caso *snail darter*” como uma discordância acerca do sentido da lei: Burger entendia que quando o sentido da lei é claro, a Corte não pode se recusar a aplicá-lo.⁵⁷ Ao revés, Powell afirmava que a Corte deveria adotar uma interpretação compatível com o bom senso e bem estar público. Esse tipo de desacordo tem, nas palavras de Leiter, natureza empírica e não teórica, uma vez que ambos os juízes aceitam o mesmo critério de validade (a interpretação da lei deve ser orientada pela intenção do Congresso) e discordam acerca de qual é essa verdadeira intenção (proteger as espécies ameaçadas ou autorizar a continuação da barragem).⁵⁸

Nessa mesma linha de pensamento, Himma vai dizer que a existência de desacordos acerca do conteúdo das normas constitucionais não é incompatível com a tese do positivismo jurídico de que o critério jurídico de validade tem natureza convencional, uma vez que ele entende que as normas constitucionais não definem diretamente esse critério.⁵⁹ ⁶⁰ Isso porque a prática

54 DWORKIN, 1999, p. 22 e 23.

55 LEITER, 2009, p. 1235.

56 LEITER, 2009, p. 1246 e 1247.

57 DWORKIN, 1999, p. 28-29.

58 LEITER, 2009, p. 1236-1237.

59 HIMMA, 2003, p. 149-150.

60 Na concepção de Himma, a regra de reconhecimento do sistema jurídico americano

jurídica convencional confere à Suprema Corte autoridade máxima de interpretação do conteúdo das normas constitucionais, em conformidade com limites plausíveis. O critério jurídico de validade (nos EUA) é, portanto, o que a Suprema Corte decide que é a interpretação moralmente melhor de uma norma constitucional substantiva e não a norma constitucional substantiva em si.⁶¹ Por isso, desacordos acerca do conteúdo de normas constitucionais substantivas não são desacordos centrais (teóricos) sobre o critério de validade, mas sim discussões acerca da autoridade de certo órgão legislativo de promulgar leis ou da autoridade da Suprema Corte de revisar constitucionalmente essas leis ou, em outras palavras, discussões empíricas.⁶² Dessa forma, Himma também entende que Dworkin caracterizou de forma equivocada a natureza dos desacordos entre juízes nessas hipóteses.

Ainda nesseslinha de argumentação, Shapiro traz o raciocínio de Jules Coleman, que busca superar a objeção de Dworkin com base na distinção entre dois tipos de desacordos: acerca do conteúdo da regra de reconhecimento e acerca da sua implementação ou aplicação, sendo que, esse segundo tipo de desacordo, pressupõe um consenso entre as autoridades quanto ao conteúdo da regra de reconhecimento.⁶³ Para tal autor, casos difíceis envolvem desacordos acerca da aplicação da regra de reconhecimento e não acerca do seu conteúdo. Assim, há um consenso acerca do fato de a regra de reconhecimento exigir que os juízes analisem princípios morais para solução de tais conflitos legais (conteúdo), havendo desacordo apenas quanto a quais princípios se aplicar (implementação). Hart, posteriormente, endossou o argumento de Coleman, alegando que

(isto é, o critério de validade coerente com o que é estabelecido empiricamente pelas práticas convergentes das autoridades) incluiria o enunciado: uma norma devidamente promulgada é juridicamente válida somente se estiver em conformidade com o que, objetivamente, é a interpretação moralmente melhor das normas substantivas da Constituição, desde que essa interpretação esteja racionalmente baseada no texto constitucional (limitação plausível). (HIMMA, 2003, p. 167 e 183-185).

61 HIMMA, 2003, p. 200 e 201.

62 HIMMA, 2003, p. 205 e 206.

63 SHAPIRO, 2007, p. 25 e 26 *apud* COLEMAN, 1982, p. 158.

a existência de controvérsia não implica ausência de convenção, como afirmado por Dworkin. Nas suas palavras:

[...] os juízes podem estar de acordo acerca da relevância de tais testes [fornecidos pela regra de reconhecimento e relacionados à conformidade da lei com princípios morais essenciais], enquanto algo resolvido por uma prática judicial estabelecida, mesmo se discordarem sobre aquilo que os testes exigem em casos concretos.⁶⁴

Quanto ao segundo ponto,⁶⁵ Kramer sustenta que Dworkin distorce as alegações do positivismo jurídico, atribuindo-lhe teses que nenhum positivista jurídico aceita ou utiliza mais,⁶⁶ o que obscurece o debate entre as duas teorias do direito.⁶⁷ Shapiro também faz uma afirmação nesse sentido, ao demonstrar que aquilo que Dworkin denomina de positivistas só inclui o positivismo jurídico exclusivo e não abarca o positivismo jurídico inclusivo; apesar desse equívoco, Shapiro acredita que a crítica de Dworkin de “O império do direito” também se aplica ao positivismo jurídico inclusivo.⁶⁸

Da mesma forma, Kramer entende que Dworkin usa de maneira ludibriosa o termo “casos fundamentais” em dois sentidos: são casos cuja dificuldade trazem os desacordos teóricos à tona e também usa a expressão no mesmo sentido de “paradigmas”, isto é, componentes fundamentais de um sistema legal.⁶⁹ Tal mudança terminológica é utilizada como estratégia para convencer que

64 HART, 2007, p. 320 e 321.

65 Shapiro também aponta que Dworkin é frequentemente criticado por atribuir a Hart uma visão que ele não defendia (conceber o direito como sistema de regras, no sentido dado por Dworkin ao termo – padrões tudo ou nada). Em sequência, Shapiro defende que a interpretação de Dworkin da teoria da discricionariedade judicial de Hart não é a mais adequada. (SHAPIRO, 2007, p. 15-16).

66 Nesse sentido, Kramer aponta como exemplo Dworkin dizer que Hart entende que a comunidade como um todo, assim como os oficiais, devem aceitar a regra de reconhecimento. Como Kramer irá demonstrar, a distinção de Hart entre mera obediência e aceitação da regra de reconhecimento ultrapassa a crítica de Dworkin, que parte de uma premissa equivocada da teoria de Hart (KRAMER, 1999, p. 134-135 e HART, 2007, 126-127).

67 KRAMER, 1999, p. 128-129.

68 SHAPIRO, 2011, p. 286.

69 KRAMER, 1999, p. 133 e 134.

seu ataque ao positivismo jurídico é de maior alcance do que efetivamente é e, assim, convencer da sua inadequabilidade enquanto teoria do direito. Isso porque ele pretende demonstrar que a existência de divergências teóricas em casos fundamentais é uma objeção ao positivismo jurídico; se o positivismo falha em explicar os casos fundamentais, falharia como teoria do direito, uma vez que eles trazem os componentes básicos de um sistema jurídico.

3.5 A RECONSTRUÇÃO CONCEITUAL DA NATUREZA CONVENCIONAL DAS REGRAS DE RECONHECIMENTO

A defesa de Marmor da teoria convencionalista do direito é baseada em uma reconstrução conceitual da natureza convencional da regra de reconhecimento, a partir de duas vertentes: em primeiro lugar, explicar o porquê de as regras de reconhecimento serem espécies de convenções constitutivas e não de convenções coordenadas; em sequência, solucionar problemas acerca da natureza das regras de reconhecimento através da distinção entre convenções profundas e superficiais.⁷⁰

Antes de classificar as regras de reconhecimento como convenções constitutivas, é preciso esboçar um conceito das duas espécies de convenções sociais. Para Marmor, as convenções coordenadas são aquelas que “se desenvolvem como soluções normativas para problemas de coordenação de larga-escala e recorrentes”.⁷¹ Em alguns casos, pode haver uma obrigação moral de obedecer uma convenção coordenada, mas, em geral, elas envolvem apenas questões de conveniência e tem como finalidade resolver um problema que precisa de solução.⁷² Já as convenções constitutivas são aquelas que constituem práticas sociais e, ao mesmo tempo, regulam o comportamento social dentro daquela prática. A normatividade dessas convenções é essencialmente condicional:⁷³

70 MARMOR, 2009, p. 156 e 157.

71 Ibid., p. 133.

72 MARMOR, 2009, p. 133-134.

73 O autor faz aqui uma analogia com o jogo de xadrez, para demonstrar a natureza

para participar daquela prática, é preciso seguir aquelas normas convencionais que a definem e regulam.⁷⁴

A partir dessa classificação, ao questionar quais são as razões pelas quais as autoridades jurídicas seguem as regras que determinam o que o direito é (as regras de reconhecimento), Marmor argumenta que não se poderia pensar que a principal razão é de natureza coordenativa, isto é, voltada para solução de problemas de coordenação.⁷⁵ Na verdade, “o papel fundamental das regras de reconhecimento é constituir as instituições [jurídicas] relevantes”⁷⁶ e a função coordenativa seria, no máximo, secundária. Dessa maneira, assim como as demais convenções constitutivas, as regras de reconhecimento têm uma dupla função: a de estabelecer o que é o direito (o que constitui a prática) e a de prescrever como agir em conformidade com ele.⁷⁷

Comprovada a natureza de convenção constitutiva e não coordenativa das regras de reconhecimento, os questionamentos acerca da sua normatividade ou da obrigação jurídica externa de cumpri-la desaparecem. Isso porque as razões para cumprir o direito não podem vir das regras de reconhecimento, pois elas determinam o que o direito é e não se pode derivar um dever ser de um ser, segundo o princípio de Hume; tais razões adviriam, então, de fundamentos morais e políticos.⁷⁸

Em sequência, Marmor vai alegar que as regras de reconhecimento são convenções superficiais, pois determinam o que é legalmente válido em um determinado sistema jurídico,

condicional das convenções constitutivas. Ele diz que se você quer jogar xadrez, você deve seguir as regras do jogo. Quanto à possível objeção a essa argumentação de que nem todas as práticas sociais são voluntárias e, nesses casos, as pessoas não podem optar por não entrarem “no jogo”, o autor vai dizer que “escolhas individuais podem se basear em razões adequadas, ainda que as alternativas. (MARMOR, 2009, p. 143).

74 MARMOR, 2009, p. 142.

75 Ibid., p. 164.

76 MARMOR, 2009, p. 165.

77 Ibid., p. 168.

78 Ibid., p. 167-168.

em determinada sociedade.⁷⁹ Tais convenções superficiais de reconhecimento são derivações de convenções profundas acerca de qual tipo de sistema jurídico uma sociedade possui. As convenções profundas são seguidas pelo cumprimento das convenções superficiais respectivas, a saber, as regras de reconhecimento. Desse modo, o conceito de direito é eminentemente convencional, pois é composto por “duas camadas” de convenções sociais: convenções profundas, que estabelecem a organização fundamental da ordem jurídica, bem como de instituições legais específicas que são estabelecidas pelas regras de reconhecimento (convenções superficiais).

Em resumo, a reconstrução do conceito de regras de reconhecimento por Marmor enquanto convenções constitutivas, que estabelecem o que é o direito e prescrevem como cumprí-lo, e superficiais (que derivam de convenções profundas), pressupõe a existência de critérios de validade da norma jurídica, a saber, as regras de reconhecimento, bem como pretende demonstrar a sua natureza convencional. Tais alegações buscam contestar a teoria de Dworkin que nega a existência de tais critérios, sobretudo de natureza convencional, através da demonstração de ocorrência de desacordos teóricos, e, portanto, falta de consenso entre oficiais acerca de critérios de validade legal. Marmor acredita que a objeção de Dworkin não invalida a descrição convencionalista da regra de reconhecimento reconstruída em conformidade com a sua teoria e vai dizer que tais desacordos não podem ir “até o fundo”, até os fundamentos últimos do direito, pelas razões já expostas anteriormente.⁸⁰

3.6 A TEORIA DO DIREITO COMO PLANEJAMENTO: UMA ALTERNATIVA AO INTERPRETATIVISMO DE DWORKIN E AO CONVENCIONALISMO DE HART

Em uma perspectiva diversa da exposta até então, Shapiro reconhece a legitimidade e recorrência de divergências teóricas

79 Ibid., p. 174-175.

80 Rever tópico 3.3 do artigo.

sobre o direito.⁸¹ Na concepção tradicional, o positivismo jurídico não ultrapassou tal objeção apresentada por Dworkin, porém, a sua teoria do direito como planejamento seria capaz de fazê-lo.⁸²

Primeiramente, ele expõe a interpretação construtiva de Dworkin e como ela busca explicar a ocorrência de desacordos teóricos sobre o direito. O processo de interpretação jurídica deve ser visto como “uma forma de interpretação construtiva. Para determinar os fundamentos do direito, o intérprete jurídico aponta o propósito da prática jurídica a fim de fazê-la a moralmente melhor prática social que ela pode ser”.⁸³ Assim, como o conteúdo do direito está vinculado ao aspecto moralmente melhor da prática legal, desacordos morais levariam a desacordos jurídicos. Todavia, tal explicação não é compatível com a sua teoria do direito como planejamento, na medida em que para ela “fatos morais nunca podem determinar o conteúdo do direito”.⁸⁴ Presumindo-se a veracidade dessa teoria, desacordos acerca da relevância de fatos morais para a interpretação de textos jurídicos não podem ser desacordos sobre os fundamentos do direito.⁸⁵

A partir disso, Shapiro conclui que é necessário uma mudança de vocabulário;⁸⁶ tais divergências teóricas não seriam desacordos sobre os fundamentos do direito, mas sim desacordos acerca da melhor metodologia interpretativa a ser utilizada para compreender o texto jurídico.⁸⁷ Shapiro denomina de meta-interpretação a metodologia usada para determinar a metodologia interpretativa mais adequada e, por isso, desacordos teóricos são, na sua terminologia, desacordos meta-interpretativos.⁸⁸

81 SHAPIRO, 2011, p. 291-292 e 2007, p. 38-39.

82 BUSTAMANTE, 2012, p. 502.

83 SHAPIRO, 2011, p. 293.

84 Ibid., p. 302.

85 Ibid., p. 303.

86 Ibid., p. 304.

87 BUSTAMANTE, 2012, p. 503.

88 SHAPIRO, 2011, p. 305.

Em sequência, Shapiro pretende demonstrar que a sua teoria do direito é mais plausível e adequada que a de Dworkin, sendo que ela oferece, assim como a última, uma explicação para a ocorrência de desacordos meta-interpretativos, ultrapassando a objeção dworkiniana ao convencionalismo.⁸⁹

Ele segue apontando críticas à teoria de Dworkin, uma vez que ela pressupõe a existência de elevada confiança na competência dos operadores do direito e de uma estrutura ética comum, mas não é isso que ocorre na prática: predomina no sistema jurídico um senso de desconfiança generalizado e um grande pluralismo de valores, interesses e crenças.⁹⁰ Além disso, a teoria dworkiniana reabre as questões morais que o direito busca solucionar⁹¹ e, com isso, frustra o propósito do direito de guiar, organizar e monitorar condutas humanas.⁹² Por fim, tal teoria exige muito dos intérpretes jurídicos, uma vez que requer que eles se envolvam em um processo interpretativo altamente abstrato e que pressupõe elevadas competências filosóficas.⁹³

Em contrapartida, a teoria do direito como planejamento seria, segundo Shapiro, uma descrição bem mais plausível da prática jurídica;⁹⁴ a atividade jurídica deve ser entendida como uma atividade de planejamento social e as regras fundamentais do sistema jurídico são planos.⁹⁵ O fato de os operadores do direito se preocuparem com questões como competência, natureza e diversidade de atores envolvidos na elaboração da lei, quando

89 SHAPIRO, 2011, p. 329.

90 Ibid., 2011, p. 330.

91 Isso porque, segundo a teoria de Shapiro, o direito é uma forma de 'atividade de planejamento' cujo objetivo é solucionar as controvérsias morais (SHAPIRO, 2011, p. 120), uma vez que a moral é incapaz de fazê-lo de modo adequado; o direito seria o "remédio para as deficiências da moral". (SHAPIRO, 2011, p. 213 e 225 e BUSTAMANTE, 2012, p. 499-501).

92 SHAPIRO, 2011, p. 309 e 312.

93 Ibid., p. 312.

94 Ibid., p. 120.

95 Ibid., p. 149 e BUSTAMANTE, 2012, p. 499.

atribuem direitos e responsabilidades, mostra que eles tratam o direito como uma atividade de planejamento e não como uma atividade interpretativa no sentido dado por Dworkin.⁹⁶

4 APONTAMENTOS FINAIS: ESBOÇANDO UMA CONCLUSÃO ACERCA DA CONTROVÉRSIA SOBRE A EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS SOBRE O DIREITO

Como bem destaca Shapiro, caso se restrinja o debate entre Hart e Dworkin às objeções propostas por Dworkin em “Um modelo de regras I”, os positivistas seriam, sem dúvida, os “vitoriosos”, pois o positivismo jurídico conseguiu superar adequadamente tais objeções.⁹⁷ Contudo, a nova objeção trazida por Dworkin em “O império do direito” parece ser bem mais contundente e apresenta maiores dificuldades para o positivismo jurídico, prolongando o clássico debate aos dias de hoje.

As respostas clássicas do positivismo, quais sejam, a tese da dissimulação e teoria do erro, se mostraram insuficientes para afastar a objeção de Dworkin. Não parece razoável supor nem que todos os operadores do direito se equivocam quanto à natureza dos desacordos e, muito menos, que conspiram para esconder o seu genuíno valor de face, por motivos políticos, ideológicos ou de classe.⁹⁸ Ainda mais porque, na verdade, não são apenas os que estão envolvidos na prática jurídica, como os juízes e os advogados, que engajam em divergências teóricas sobre o direito; teóricos do direito também o fazem⁹⁹ e, justamente por discordarem quanto aos fundamentos do direito, desenvolvem teorias do direito diversas e, muitas vezes, opostas. Por isso, presumir que os teóricos do direito também dissimulam ou se equivocam quanto à natureza desses desacordos comprova a completa implausibilidade dessas réplicas.

96 SHAPIRO, 2011, p. 330.

97 SHAPIRO, 2007, p. 53 e 54.

98 DWORKIN, 1999, p. 46-48.

99 SHAPIRO, 2007, p. 40 e 41.

Dito isso, a única estratégia possível para o positivismo jurídico é demonstrar a compatibilidade da existência de divergências teóricas com a sua teoria. A questão acerca da possibilidade de ocorrer desacordos sobre os fundamentos do direito seria, portanto, incontroversa: é possível que eles ocorram e, na prática jurídica, efetivamente ocorrem. Ultrapassado esse ponto, questiona-se sobre a frequência de tais desacordos: seriam eles centrais, iriam até o fundo, até a essência do direito, como entende Dworkin, ou seriam apenas marginais, ocorreriam raramente em alguns casos difíceis limítrofes, como argumentam os positivistas? A análise da prática jurídica permite inferir que eles não parecem ocorrer na grande maioria dos casos (nos casos ditos fáceis) e, além disso, a existência e adequado funcionamento de um sistema jurídico minimamente dotado de previsibilidade, determinação e segurança jurídica parece realmente se configurar como um limite estrutural à ocorrência de tais desacordos.

Como pensar em um sistema jurídico organizado sem um mínimo de consenso quanto aos critérios jurídicos de validade ou até mesmo sem quaisquer critérios dessa natureza? O argumento levantado por Kramer parece correto: em tal contexto, não haveria uniformidade no tratamento jurídico das situações dado pelos operadores do direito, o que ameaçaria a própria configuração de um Estado de Direito. Inclusive, desacordos até os fundamentos últimos do direito colocariam à prova a própria base jurídica que reconhece a legitimidade dos juízes para exercer a função jurisdicional, como apontado por Marmor e Hart.

Diante desse limite estrutural à recorrência de desacordos teóricos até a essência do direito, a questão passa a ser se o convencionalismo de Hart, na sua formatação tradicional, se compatibilizaria enquanto teoria com a existência dessas divergências teóricas marginais, que estão dentro dos limites possíveis para a configuração de um sistema jurídico, ou se seria necessária uma superação (ou aprimoramento) dessa teoria, como proposto por Marmor (aprimoramento do convencionalismo) e por Shapiro (superação da teoria de Hart e de Dworkin e proposição de uma nova).

A reconstrução da natureza convencional da regra de reconhecimento por Marmor configurou como uma sofisticação do

convencionalismo de Hart, na medida em que justifica a existência de regras de reconhecimento em um sistema legal na necessidade de elas constituírem as instituições jurídicas e prescreverem as regras jurídicas que as regem, diferentemente de Hart, que traz como função primordial da regra de reconhecimento a necessidade de segurança jurídica quanto às fontes do direito válidas. Sem tais convenções sociais constitutivas do direito, não seria possível reconhecer a autoridade jurídica dos juízes ou mesmo ter um sistema jurídico vigente. Para Marmor, a existência dessas convenções faz com que não seja necessária uma atitude interpretativa na grande maioria dos casos. Essa interpretação construtiva, no sentido de Dworkin, seria imprescindível apenas em alguns casos marginais, nos quais há, por esse motivo, desacordos teóricos sobre o direito.

Por sua vez, Shapiro rejeita o convencionalismo, por entender que não privilegia os fatos sociais em um último nível, mas, como aponta Bustamante, essa mesma crítica pode ser feita a sua teoria do direito como planejamento.¹⁰⁰ Bustamante vai demonstrar que Shapiro não consegue explicar com a sua teoria “todos os tipos de divergências teóricas que são encontradas no discurso jurídico”.¹⁰¹ A teoria do direito como planejamento só consegue explicar os desacordos teóricos meta-interpretativos (acerca da metodologia interpretativa pressuposta pelos fundamentos do direito), mas não os conceituais, que, nas palavras de Bustamante, são aqueles que envolvem discordância quanto aos fundamentos do direito em si.¹⁰²

Dessa forma, a controvérsia filosófica acerca das divergências teóricas como uma objeção de Dworkin ao positivismo jurídico permanece aberta e relevante até hoje, sem que se possa concluir, com firmeza, qual teoria do direito, interpretativismo construtivo ou positivismo jurídico, supostamente venceu esse debate.

100 BUSTAMANTE, 2012, p. 505.

101 Ibid., p. 506.

102 Ibid., p. 506.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas Rosa. Legality, by Scott Shapiro. *Legal Studies*, v. 32, n. 3, p. 499-522, 2012.

COLEMAN, Jules L. Negative and Positive Positivism. *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 139-164, 1982.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

_____. *Justice for Hedgehogs*. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2011.

_____. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2007.

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. 4, n. 2, p. 149-218, 2003.

KRAMER, Matthew H. *In defense of legal positivism: Law without Trimmings*. Oxford University Press: Oxford, 1999.

LEITER, Brian. Explaining theoretical disagreement. *The University of Chicago Law Review*, v. 76, n. 3, p. 1215-1250, 2009.

MARMOR, Andrei. *Social conventions: from language to law*. Princeton University Press: Princeton, 2009.

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

_____. The 'Hart-Dworkin' debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 77, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>.

Recebido em 07/11/2016.

Aprovado em 22/05/2017.

