

REVISITANDO A CRÍTICA DWORKINIANA AO CONVENCIONALISMO JURÍDICO: ANÁLISE DAS DEFESAS APRESENTADAS POR ANDREI MARMOR E JULES COLEMAN

RETURNING TO DWORKIN'S CRITICISM ON LEGAL CONVENTIONALISM: THE DEFENSES PRESENTED BY ANDREI MARMOR AND JULES COLEMAN

DOI:

Pablo Antonio Lago¹

Doutor e mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP (Largo São Francisco).

EMAIL: pablo.lago@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8417-1517>

RESUMO: Este trabalho se insere no campo da teoria jurídica analítica, considerando debates sobre como devemos compreender o próprio conceito de Direito. Para tanto, tem como objetivo a análise de alguns dos argumentos apresentados por Andrei Marmor e Jules Coleman em defesa do convencionalismo jurídico, tendo em vista as críticas formuladas por Ronald Dworkin – notadamente no livro “O Império do Direito”. A primeira parte do trabalho corresponde à apresentação da concepção dworkiniana de convencionalismo, bem como da ideia de “agulhão semântico”. Na sequência, são expostos argumentos de Marmor (em especial a noção de convenção constitutiva) e de Coleman (a distinção entre desacordos de conteúdo e desacordos de aplicação). Por fim, o trabalho examina as réplicas de Dworkin e outros argumentos que poderia ter formulado. Sustenta-se que o convencionalismo acaba por tratar o Direito como um conceito a ser compreendido “criterialmente” e sem considerar seu point valorativo, razão pela qual os argumentos de Marmor e Coleman não seriam o bastante para reabilitar esta corrente teórica das críticas dworkinianas.

PALAVRAS-CHAVE: Andrei Marmor; Convencionalismo jurídico; Jules Coleman; Ronald Dworkin; Teoria do Direito.

ABSTRACT: This is an analytical legal theory study, considering debates on how we should understand the very concept of law. It analyzes some of the arguments presented by Andrei Marmor and Jules Coleman in defense of legal conventionalism, considering the criticisms formulated by Ronald Dworkin – particularly in his book "Law's Empire". First, it presents Dworkin's conception of conventionalism, as well the idea of "semantic sting". Subsequently, arguments by Marmor (especially the notion of constitutive convention) and Coleman (the distinction between disagreements of content and disagreements of application) are expounded upon. Finally, the paper examines Dworkin's replies and other arguments he could have formulated. It is argued that conventionalism ends up treating law as a concept to be understood "criterially" and without considering its evaluative point, which is why Marmor and Coleman's arguments would not rehabilitate legal conventionalism from Dworkinian criticisms.

¹ Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP - Largo de São Francisco. Bacharel em Direito pela PUCPR - campus Curitiba. Professor substituto na Faculdade de Direito da UFMG - Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito.

KEY-WORDS: Andrei Marmor; Legal conventionalism; Jules Coleman; Ronald Dworkin; Legal Theory.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O convencionalismo e o “agulhão semântico”: a crítica dworkiniana. 3 O argumento de Andrei Marmor. 4 O argumento de Jules Coleman. 5 Réplicas de Dworkin e outras possíveis respostas. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 Introdução

Em um dos textos mais relevantes para a teoria jurídica contemporânea, “O Modelo de Regras I”, Ronald Dworkin chama nossa atenção para o fato de que perguntas como “o que é o Direito?” e “o que são proposições jurídicas?” não são enigmas os quais refletimos em “dias chuvosos, para diversão” (DWORKIN, 1978, p. 14). Ao contrário do que muitos estudantes no início de um curso de Direito possam, inadvertidamente, acreditar, tais questionamentos guardam profunda relação com o modo como aplicamos o Direito. Afinal, diariamente, aqueles que trabalham no meio forense precisam justificar suas diferentes decisões – e o fazem com base em suas próprias concepções sobre o que é o Direito e o que ele exige em situações concretas.

Os debates sobre a natureza do Direito e de suas proposições² seguem, portanto, atuais. Eles nos convidam a refletir, criticamente, sobre os fundamentos de muitas visões que adotamos, por vezes intuitivamente, em matérias jurídicas. É neste contexto que o presente artigo é desenvolvido. Seu objetivo é analisar alguns dos argumentos presentes no debate entre Ronald Dworkin e dois autores contemporâneos, Andrei Marmor e Jules Coleman, sobre uma pretensa natureza convencional do Direito. Afinal, seria o Direito uma expressão de um fato social, de uma convenção estabelecida entre os indivíduos de uma comunidade política, cujo sentido e existência seria independente de perspectivas morais? Este é um debate que ganha contornos especiais após a publicação do livro “O Império do Direito” (DWORKIN, 1986), em que Dworkin critica, dentre outros pontos, uma concepção convencionalista do fenômeno jurídico.

O tema do debate não é novo. Contudo, ainda que o leitor brasileiro esteja (relativamente) consciente dos termos em que se desenvolve as disputas entre Dworkin

² Em apertada síntese, pode-se afirmar que proposições são afirmações que admitem o valor de verdade. O próprio Direito também envolve proposições: afirmar que a velocidade máxima permitida em uma determinada via é de 60km/h é uma proposição, pois poderá ser considerada verdadeira ou falsa, a depender das circunstâncias (como a existência de uma regra jurídica sobre a questão).

e teóricos positivistas e convencionalistas³, em especial Herbert Hart, não são muitos os artigos que buscam analisar os argumentos construídos por autores menos conhecidos do público nacional. É o caso de Andrei Marmor, professor da Universidade de Cornell, e Jules Coleman, que lecionou durante muitos anos na Universidade de Yale. Ambos debateram com Dworkin sobre vários pontos da filosofia jurídica, e buscaram defender o convencionalismo dos ataques dworkinianos. Pretende-se, portanto, analisar alguns dos seus argumentos mais relevantes e verificar se eles, de fato, são capazes de reabilitar o convencionalismo jurídico.

Este trabalho se divide em quatro partes. Inicialmente, é apresentada a concepção dworkiniana de convencionalismo, bem como a de “agulhão semântico”, noção que lhe pode ser associada. Na sequência, é analisado um argumento formulado por Andrei Marmor, a partir da distinção entre convenções de coordenação e convenções constitutivas. Após, Jules Coleman entra em cena com seu argumento de convenções jurídicas como “atividades cooperativas compartilhadas”, que permitiriam distinguir desacordos sobre aplicação e desacordos sobre o conteúdo de regras convencionais. Na quarta parte deste artigo, é apresentada a réplica de Dworkin, a partir de alguns argumentos que formulou e que poderia ter formulado contra as perspectivas de Marmor e Coleman.

2 O convencionalismo e o “agulhão semântico”: a crítica dworkiniana

Dworkin trata especificamente do convencionalismo no capítulo IV de “O Império do Direito”. Em linhas gerais, o convencionalismo compartilha uma “ambição popular geral” de que o Direito só pode ser exercido contra indivíduos quando alguma decisão política anterior o permitir expressamente, como no caso de leis criadas pelo Parlamento ou de decisões judiciais pretéritas (DWORKIN, 1986, p. 114). Trata-se, portanto, de uma tese que busca explicar “o que é o Direito” a partir da ideia de que a prática jurídica é uma questão de se respeitar e impor estas convenções previamente estabelecidas, tratando seus resultados, e nada mais, como Direito (DWORKIN, 1986, p. 115).

³ Scott Shapiro, no texto “O debate ‘Hart versus Dworkin’: um pequeno guia para os perplexos” (SCHAPIRO, 2018, 254-289), apresenta de forma muito clara e didática os principais pontos deste debate. Outros autores também analisam o debate, aprofundando-o em suas repercussões. Neste sentido, merecem destaque os estudos de Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, 2022).

Dworkin afirma que o apelo da teoria convencionalista reside na proteção das expectativas dos indivíduos a partir do respeito às decisões políticas e jurídicas pretéritas (DWORKIN, 1986, p. 117). Mas o que seriam estas convenções nas quais repousariam os fundamentos do Direito?

Em um primeiro momento, poderíamos associá-las exclusivamente às regras estabelecidas pelo Parlamento ou então às decisões jurídicas antecedentes – o que implica na ideia de um convencionalismo estrito (*strict conventionalism*) (DWORKIN, 1986, p. 124). Outra forma de se concebê-las é aceitando os atos de legislação e os precedentes como convenções, mas assumindo diante deles uma atitude interpretativa, o que significa que o conteúdo destas convenções está sujeito às divergências entre intérpretes – no caso, advogados e juízes podem discordar sobre o que elas significam (DWORKIN, 1986, p. 123). Tal forma de se ver as convenções conduz à ideia de um convencionalismo flexível (*soft conventionalism*), que toma por base uma concepção mais sofisticada do que vem a ser uma convenção.

Nesta versão flexível, o convencionalismo envolve a distinção entre as extensões explícita e implícita da convenção. A parte explícita da convenção corresponde ao conjunto de proposições sobre o qual existe uma aceitação generalizada sobre sua extensão. Já a parte implícita corresponde às proposições que decorrem da melhor interpretação da convenção, não importando se elas fazem parte da extensão explícita da convenção. O exemplo formulado por Dworkin é o de uma comunidade jurídica na qual há a convenção de que os juízes devem dar a ambas as partes igual oportunidade para defenderem suas posições. Que ambas as partes devem ser ouvidas corresponderia à extensão explícita da convenção. Entretanto, existem discordâncias sobre sua parte implícita: por exemplo, se ambas as partes têm ou não o mesmo tempo diante do tribunal no caso de suas pretensões serem mais ou menos complexas (DWORKIN, 1986, p. 123). Como se verá adiante, este ponto é relevante na medida em que se relaciona com a distinção feita por Coleman entre desacordos de aplicação e desacordos de conteúdo.

Seja como for, para Dworkin (1986, p. 145, tradução livre):

Uma convenção existe quando pessoas seguem certas regras ou máximas por razões que, essencialmente, incluem a expectativa de que os demais seguirão as mesmas regras ou máximas, e que seguirão as regras por esta razão,

quando acreditam que ter uma regra estabelecida é mais importante do que ter qualquer regra em particular.

Em outras palavras, seguimos regras convencionais porque tais regras também são seguidas pelos demais. Um jogo como o xadrez, por exemplo, é constituído por regras tipicamente convencionais: a forma como movemos as peças é determinada convencionalmente, e não de modo arbitrário por cada jogador. O Direito também teria, de acordo com convencionalistas, natureza semelhante à do jogo de xadrez. Neste sentido, a teoria mais emblemática é a apresentada por Herbert Hart em “O Conceito de Direito” (HART, 2012): o Direito de uma comunidade é identificado a partir de critérios socialmente compartilhados, critérios estes que compõem o que Hart denomina “regra de reconhecimento”. A regra de reconhecimento pode assumir deste formas mais simples (como “as regras postas pelo legislador são Direito”) até modelos mais complexos, como os presentes em muitos textos constitucionais contemporâneos. O ponto é que a regra de reconhecimento é a única regra do sistema jurídico cuja observância é obrigatória por ser “aceita” pelos indivíduos (notadamente os oficiais responsáveis por um sistema jurídico), conferindo validade (e, a partir daí, obrigatoriedade) às demais regras do sistema⁴.

Ocorre que Dworkin é um crítico da teoria convencionalista. Em sua visão, o convencionalismo (em especial na sua forma estrita) não é adequado às nossas práticas e nem as justifica de maneira satisfatória. No que diz respeito especificamente à adequação, entendo que a crítica mais relevante se relaciona com o fato de que, na realidade, boa parte de nossos consensos têm por base nossas convicções, e não são meramente convencionais. Afinal, se os consensos sobre “o que é o Direito” fossem apenas questões de convenção, não faria sentido a formulação de razões substantivas para se aceitar determinadas proposições jurídicas (DWORKIN, 1986, p. 136) – nós acreditamos que tais proposições são corretas em decorrência de argumentos morais substantivos que subsidiam nossas convicções, e não porque as demais pessoas pensam

⁴ Hart considera sua regra de reconhecimento uma forma de “consenso judicial convencional”: “*Certainly the rule of recognition is treated in my book as resting on a conventional form of judicial consensus. That it does so rest seems quite clear at least in English and American law for surely an English judge’s reason for treating Parliament’s legislation (or an American judge’s reason for treating the Constitution) as a source of law having supremacy over the other sources includes the fact that his judicial colleagues concur in this as their predecessors have done*” (HART, 2012, p. 266-267).

ou acreditam o mesmo. Assim, por exemplo, quando somos questionados sobre temas como aborto, ações afirmativas ou pena de morte, tendemos a apresentar nossas convicções, ao invés de reafirmar um pretense “consenso majoritário”.

O reconhecimento de que muitos de nossos consensos são matéria de convicção, e não de mera convenção, ganha força quando percebemos que muitas questões jurídicas prementes não podem ser solucionadas apenas em razão de crenças majoritárias; tampouco são resolvidas por mecanismos que não envolvam a construção de argumentos com base em princípios, como em um sorteio ou meras soluções de compromisso. Neste ponto, Dworkin ressalta a insuficiência do que denomina “decisões de tabuleiro” (*checkerboard decisions*): uma “saída” para a controvertida questão do aborto poderia envolver sua liberação às mulheres nascidas em anos pares, mas não para as que nasceram em anos ímpares (DWORKIN, 1986, p. 178). Esta decisão pode até ser imparcial, já que ninguém escolheu quando nasceu, mas seria insatisfatória para explicar o modo como efetivamente tratamos dilemas morais e jurídicos complexos.

Para os fins do presente trabalho, acredito que esta é uma boa síntese da concepção dworkiniana sobre o convencionalismo. Trata-se de uma exposição fundamental para compreender, em particular, a crítica formulada por Marmor, que acredita que Dworkin possui uma visão inadequada do convencionalismo jurídico. Mas não podemos nos esquecer da ideia dworkiniana de “agulhão semântico”, pois ela implica, na visão de Jules Coleman (2001b, p. 155), uma crítica “velada” ao convencionalismo.

A ideia de agulhão semântico está exposta no início do capítulo II de “O Império do Direito”, e parte da concepção positivista (apresentada por Dworkin no final do capítulo I) de que a menos que advogados e juízes compartilhem os mesmos critérios factuais sobre os fundamentos do Direito, não haveria razão para se pensar ou se debater sobre o que é o Direito (DWORKIN, 1986, p. 44). Assim, eventuais discordâncias sobre o que é o Direito seriam mero “fingimento” (*pretending*) ou desacordos sobre casos obscuros ou fronteiros deste conceito (*borderline cases*). A ideia fica clara quando pensamos em outros conceitos, como o exemplo dado por Dworkin de duas pessoas discutindo quantos livros há em uma prateleira. Eventual debate só faz sentido porque pessoas compartilham uma noção geral sobre o que é um livro. É possível estar em desacordo sobre casos fronteiros, como na hipótese em que alguém considera algo

um “livro fino”, enquanto outra pessoa o considera um “panfleto”. Contudo, se alguém considera que uma cópia de *Moby-Dick* não é um livro, pois entende que novelas não são livros, então o debate não tem qualquer sentido (DWORKIN, 1986, p. 45). De forma semelhante, seríamos capazes de identificar casos centrais (*pivotal cases*) do conceito de Direito onde não haveria discussões, e estes casos seriam estabelecidos a partir de critérios, compartilhados em um consenso generalizado entre os partícipes da prática jurídica – consenso este que, para os convencionalistas, seria a um fato social.

Ocorre que, para Dworkin, mesmo estes casos centrais seriam objeto de desacordos entre os juristas. Haveria, neste sentido, uma espécie de desacordo que não se limita às questões empíricas (como a existência fática de uma determinada regra jurídica), mas sim ao próprio significado e finalidade (*point*) do Direito. Tais desacordos são “desacordos teóricos” (*theoretical disagreements*): juristas podem discordar, de forma sensível, sobre o que “é” o Direito.

Estas discordâncias ficam evidentes quando analisamos os tais “casos difíceis” (*hard cases*). No primeiro capítulo de “O Império do Direito”, Dworkin apresenta uma série de exemplos. O caso *Tennessee Valley Authority v. Hill* (TVA) é emblemático. Ambientalistas buscaram, judicialmente, impedir o término da construção de uma barragem avaliada em mais de um milhão de dólares para proteger o único habitat do *snail darter*, uma espécie de peixe sem qualquer importância estética, biológica ou ecológica em particular. Para tanto, tomaram por base o *Endangered Species Act*, norma criada pelo Congresso americano para a proteção de espécies ameaçadas de extinção. O caso foi parar na Suprema Corte, e por maioria (cujo voto foi redigido pelo juiz Warren Burger) decidiu-se pela interrupção da obra sob o fundamento de que o texto da lei seria claro e a Corte não teria direito de recusar sua aplicação por acreditar que os resultados seriam absurdos. A minoria vencida, em particular o juiz Lewis Powell, entendeu ser dever da Corte impedir estes mesmos resultados absurdos a menos que existam fortes evidências de que eles foram desejados pelo legislador.

O que Dworkin ressalta no caso TVA é que tanto os juízes favoráveis quanto os contrários à interrupção da construção da barragem não discordavam sobre a validade da norma expedida pelo Congresso, nem sobre o fato de que a Corte deveria seguir o Direito. A discordância, segundo Dworkin, é sobre o que seria o Direito e qual o seu *point*:

Eles [os juízes] discordaram sobre a questão do Direito; discordaram sobre como os juízes deveriam decidir qual é o direito resultante de um texto específico promulgado pelo Congresso, quando os congressistas tinham as crenças e intenções que ambos os juízes concordavam que eles tinham neste caso (DWORKIN, 1986, p. 23, tradução livre).

Em outras palavras, o desacordo existente entre os juízes não seria um desacordo empírico, mas sim um desacordo teórico, sobre o que é o Direito e quais são suas finalidades. Para Dworkin, o convencionalismo não seria capaz de explicar estes desacordos teóricos e, portanto, seria igualmente inadequado como forma de se conceber o fenômeno jurídico.

3 O argumento de Andrei Marmor

No texto *“Legal Conventionalism”* (2001), Andrei Marmor busca defender o convencionalismo jurídico das críticas dworkinianas. Para Marmor, a concepção de convencionalismo adotada por Dworkin aproxima-se da apresentada por David Lewis (2002), para quem as convenções teriam a finalidade precípua de solucionar problemas de coordenação. De fato, observa-se que uma das únicas citações de Dworkin a uma teoria convencionalista, em *“O Império do Direito”*, corresponde à noção lewisiana das convenções de coordenação: é citado o exemplo da solução “convencionalmente adotada” de quem deve retornar uma ligação de telefone que caiu inesperadamente (DWORKIN, 1986, p. 122). Ocorre que o convencionalismo jurídico, de acordo com Marmor, envolve outro tipo de convenções – as “convenções constitutivas”. Dessa forma, a partir de uma concepção mais refinada de convencionalismo, as críticas de Dworkin não se sustentariam⁵.

Em linhas gerais, Marmor (2001, p. 203) sustenta que Dworkin estaria correto em criticar a ideia de convenções de coordenação porque estas corresponderiam a formas arbitrárias para solucionar questões jurídicas e dependeriam da pré-existência de um problema de coordenação para a elaboração de uma regra jurídica. De fato, se

⁵ Marmor (2001, p. 198-199) tece outras críticas à Dworkin, em especial à ideia dworkiniana de que o convencionalismo seria incapaz de explicar as discordâncias entre juristas. Acredito que esta crítica é mais bem formulada por Coleman, que apresenta uma nova forma de se vislumbrar tais desacordos, como apresentado neste texto. É certo que Marmor e Coleman discordam, entre si, de outros pontos – o que levanta questões que extrapolam o objeto deste trabalho.

analisarmos a regra de reconhecimento na forma apresentada por Herbert Hart⁶, verificamos que ela não é propriamente “arbitrária” – é estranho imaginar que a Constituição dos Estados Unidos é uma resposta “arbitrária” diante de uma série de alternativas que poderiam servir como “regras fundamentais de reconhecimento” do sistema jurídico americano (MARMOR, 2001, p. 201). Se não bastasse, também é estranho imaginar que tais convenções só vieram a existir porque haveria um problema a ser solucionado – ninguém acredita que a ideia de federalismo presente no sistema americano corresponda a razões ou soluções políticas para um problema previamente existente (MARMOR, 2001, p. 202).

A proposta de Marmor, portanto, é de que as convenções jurídicas (notadamente as regras de reconhecimento) são convenções constitutivas, o que significa que elas são escolhas arbitrárias em um sentido especial: não são meras escolhas “indiferentes” entre alternativas distintas para atender as necessidades dos indivíduos (MARMOR, 2001, p. 204), e são constitutivas da própria prática jurídica. Não são respostas para problemas pré-existentes, assim como o xadrez (exemplo básico de jogo criado convencionalmente) não se prestou à solução de qualquer problema que antecederesse à sua criação. Mas, ainda assim, o próprio sentido e valor do jogo de xadrez só é compreendido, ao menos parcialmente, em alusão às regras que lhe são constitutivas – e tais regras são convencionais (MARMOR, 2001, p. 205). O Direito seria, neste sentido, análogo ao xadrez⁷: seus fundamentos seriam decorrentes de convenções constitutivas, que também seriam relevantes para dizer qual é seu *point*.

Importante ressaltar que nossa compreensão do sentido e valor de práticas sociais como o xadrez ou o Direito seriam parciais porque, de acordo com Marmor, não é possível sustentar que a razão que as pessoas têm ao seguir uma regra envolva apenas o fato de que outras pessoas também a seguem. Neste sentido, Marmor parece escapar à crítica dworkiniana de que o convencionalismo seria inadequado para explicar nossas

⁶ Em sua interpretação de Hart, Marmor sustenta que as “regras de reconhecimento” são regras sociais que só existem quando há regularidade de conduta, por parte dos indivíduos de uma dada sociedade, em direção a uma regra (que não tem, necessariamente, qualquer origem institucional). Esta regularidade de conduta é normativa, e decorre da aceitação da regra por parte dos indivíduos. Aceitação significa que a regra é, em si, uma razão para segui-la, ao mesmo tempo em que sua existência constitui os fundamentos para se criticar as condutas que lhe são desviantes e justificar a pressão social sobre os indivíduos para que com ela se conformem (MARMOR, 2001, p. 195).

⁷ Inclusive, um dos textos mais conhecidos de Marmor tem por título “*How Law is Like Chess*” (MARMOR, 2006).

práticas jurídicas, já que elas envolveriam convicções sustentadas de forma argumentativa – como visto na distinção entre consensos convencionais e consensos por convicção. Estas convicções podem corresponder às diferentes razões elencadas pelos indivíduos para seguir uma regra. Entretanto, a regra permaneceria sendo convencional. Ela só existe enquanto convenção na medida em que for efetivamente praticada pelos indivíduos relevantes – o que Marmor (2001, p. 210-211) denomina “condição de eficácia”.

4 O argumento de Jules Coleman

Jules Coleman também elabora uma defesa do convencionalismo jurídico. Em sua visão, o convencionalismo seria capaz de comportar os desacordos teóricos que Dworkin considera ínsitos à própria prática jurídica. Seu argumento envolve considerar as convenções jurídicas como “atividades cooperativas compartilhadas” (ACC)⁸, de forma semelhante ao que teria sido proposto por Michael Bratman (1992). As ACC são tudo aquilo que fazemos com outras pessoas, como caminhar juntos, construir uma casa ou cantar um dueto. Elas envolvem ao menos três características: a) responsividade mútua (cada participante da atividade busca guiar sua conduta à luz da conduta dos demais, sabendo que estes agem da mesma maneira); b) comprometimento com a atividade (os participantes se comprometem com a atividade conjunta, ainda que tenham razões diferentes para tanto); e c) comprometimento de suporte mútuo (cada agente se compromete em auxiliar os esforços dos demais, considerando os papéis de cada um na atividade conjunta) (COLEMAN, 2001b, p. 96).

Para Coleman, as práticas dos oficiais, em atenção os critérios de legalidade encontrados em uma regra de reconhecimento, exibiriam as mesmas características das ACC. Dessa forma, Coleman associa as ACC à regra de reconhecimento nos seguintes termos:

As ACC são formas familiares de coordenar a interação entre pessoas ao longo do tempo, e admitem desacordos fundamentais e profundos sobre como continuar a atividade – e mesmo com relação aos seus fins ou propósitos básicos. ACC podem ser caracterizadas como uma estrutura para a negociação contínua sobre o próprio conteúdo das práticas, bem como seus objetivos. Se a regra de reconhecimento dirige uma prática que seja uma ACC

⁸ *Shared cooperative activity* (SCA), em inglês.

neste sentido (sendo uma a estrutura de coordenação, planejamento e negociação), não causa surpresa que os indivíduos engajados nesta prática tenham uma série de desacordos sobre o que se exige deles, qual o conteúdo da prática, como resolver disputas sobre qual a sua finalidade, e como proceder (COLEMAN, 2011b, p. 157, tradução livre).

Percebe-se que as ACC, para Coleman, não são incompatíveis com eventuais desacordos que os indivíduos tenham sobre práticas sociais – antes reconhece a possibilidade do desacordo. Tal fato coloca em destaque a diferença sugerida por Coleman entre “desacordos sobre a aplicação” e “desacordos sobre o conteúdo” das regras convencionais. Podemos pensar esta diferença da seguinte maneira: os juízes podem discordar, e muitas vezes discordam, sobre como aplicar uma regra convencional – em outras palavras, discordam sobre o que ela exige. Mas muito dificilmente discordarão sobre o que a regra é, ou sobre sua própria existência, pois do contrário seria ininteligível a alegação que estão aplicando uma regra (COLEMAN, 2001a, p. 130). Como exemplifica Rubens Glezer, ao analisar a visão de Coleman, juízes brasileiros reconheceriam a existência de uma convenção que estabelece que a dignidade humana deva ser respeitada, mas podem entrar em desacordo sobre como aplicar este critério em seus julgados (GLEZER, 2014, p. 195). Os desacordos de aplicação, portanto, poderiam até mesmo envolver argumentos morais divergentes; contudo, desacordos de conteúdo sobre regras convencionais envolveriam apenas questões de fato, e não argumentos morais. Sendo assim, em última análise, seria possível imaginar dúvidas sobre a aplicação de uma regra convencional, como a regra de reconhecimento, mas não quanto ao seu conteúdo⁹. Esta forma de se analisar os desacordos seria, para Coleman, plausível na prática, adequando o convencionalismo àquilo que de fato ocorre na prática jurídica e afastando as acusações dworkinianas decorrentes do aguilhão semântico e da existência de desacordos teóricos.

5 Réplicas de Dworkin e outras possíveis respostas

⁹ Nas palavras de Coleman (2001a, p. 131): “*My argument drew a distinction between disagreement about content and disagreement about application. My claim was that many controversies calling for or inviting controversial moral argument are understandable as disagreements about the application of the rule rather than as disagreements about the rule’s content. Moral disagreement about the content of the rule would be incompatible with the claim that the rule is a conventional or social one. Disagreement about what the rule requires in a particular case is compatible with the rule of recognition being a social convention. That is because, as I argued, morality cannot settle what a convention is, but it can help us to determine what the convention requires in a particular case.*”

A perspectiva convencionalista corresponde a uma descrição do fenômeno jurídico que busca dissociar a resposta para a questão “o que é o Direito?” de qualquer avaliação moral ou política – pauta-se, portanto, em uma suposta neutralidade na busca pelos critérios que distinguiriam o Direito de outros sistemas normativos. Afinal, para esta concepção, o Direito é um fato social. É o que se percebe quando Marmor afirma que, mesmo que as razões que as pessoas tenham para seguir uma regra não sejam puramente convencionais, a sua existência se relaciona a uma “condição de eficácia”: só existe uma regra como a regra hartiana de reconhecimento na medida em que os indivíduos efetivamente a seguem como uma regra convencional. O argumento de Coleman segue o mesmo caminho, ao insistir na distinção entre desacordos sobre aplicação e desacordos sobre o conteúdo das regras convencionais: o que o autor busca é separar a existência da regra das suas finalidades, que podem ser (e de fato são) alvo de inúmeras divergências.

Mas Dworkin constata, notadamente no seu texto *“How Law is Like Literature”* (DWORKIN, 1985, p. 146-166), que as proposições de Direito não são apenas descritivas (o que fica evidente quando juristas debatem se certos esquemas de ação afirmativa são ou não constitucionalmente válidos), da mesma forma que também não se resumem às expressões sobre o que o indivíduo deseja que o Direito seja (quando alguém afirma que um plano de ação afirmativa é válido, pretende descrever o Direito como ele é, e não como deveria ser) (DWORKIN, 1985, p. 147). Neste sentido, as proposições jurídicas não correspondem apenas a descrições ou valorações; tais proposições “são interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição, quanto da valoração, mas sendo diferentes de ambas” (DWORKIN, 1985, p. 147, tradução livre).

Logo, enquanto proposições, as regras jurídicas não podem ser adequadamente compreendidas sem recorrermos aos propósitos que informam a prática jurídica. Isso porque, como o próprio caso TVA sugere, juízes empregam diferentes teorias jurídicas para a solução de casos difíceis. Eles não apenas atribuem diferentes “finalidades” ao Direito, como também discordam sobre o que ele “é” – sobre a forma mais adequada de o compreender. Conseqüentemente, a perspectiva proposta por Marmor, de “condição de eficácia” das convenções constitutivas, assim como a distinção estabelecida por Coleman entre desacordos de aplicação e desacordos de conteúdo, são tentativas ilusórias de salvar o convencionalismo: estas visões continuam tratando o

Direito, essencialmente, como fato social. Tais perspectivas seguem sendo alvo do aguilhão semântico – ainda que não por uma questão puramente semântica, como se compartilhássemos um sentido comum da palavra “Direito”, mas sim por delimitar o Direito a “critérios” que seriam socialmente compartilhados¹⁰.

Este ponto fica mais claro quando notamos que Marmor e Coleman, assim como Hart, adotam uma perspectiva “arquimediana” sobre o conceito de Direito, como observa Dworkin. Em apertada síntese, uma postura arquimediana sobre o Direito envolve a formulação de teorias pretensamente conceituais e descritivas da prática jurídica, observando-a “de fora” – o que implica em uma explicação do fenômeno jurídico que prescindir de argumentos morais substantivos ou engajados (DWORKIN, 2006, p. 141-142)¹¹. Em outras palavras, tais autores buscam descrever o Direito de forma neutra, enquanto um conceito que pode ser entendido sem valorações morais. Contudo, ao mesmo tempo em que assumem que o Direito é uma prática social, acabam por ignorar o modo como conceitos morais e políticos (como é o caso do Direito) operam efetivamente nesta prática.

Em última análise, Marmor e Coleman tratam o Direito “criterialmente”. Para Dworkin, teorias que tratam certos conceitos de forma criterial o fazem por meio da

¹⁰ É interessante notar que, ao tratar o convencionalismo como uma “teoria interpretativa” do fenômeno jurídico, Dworkin o distingue de teorias positivistas de natureza puramente semântica – o que pode não ter deixado claro, inicialmente, a aplicação do argumento do aguilhão semântico às teorias convencionalistas. Mas, como se observa, o aguilhão semântico ainda atinge teorias convencionalistas, razão pela qual as teorias convencionalistas flexíveis (como poderíamos classificar as de Marmor e Coleman) não passariam, como Dworkin assevera, de uma forma subdesenvolvida da sua própria teoria do Direito como integridade (DWORKIN, 1986, p. 127-128). Ronaldo Porto Macedo Jr. também chama a atenção para este fato: “Uma concepção semântica de um conceito é aquela que busca identificar os fatos e as regras existentes no mundo que nos permitem usar corretamente esse mesmo conceito. Assim, uma concepção semântica do conceito de árvore, por exemplo, é aquela que usualmente encontramos num dicionário e que identifica o uso dessa palavra à existência de uma referência, a coisa árvore, à qual se reportam as pessoas quando utilizam tal termo. Dentro dessa visão, o significado de um conceito é definido em função da extensão do conceito, isto é, do conjunto de coisas, fatos e práticas que estão inseridos no ‘campo semântico’ daquela palavra” (MACEDO JR., 2013, p. 180-181).

¹¹ Como ressalta Stephen Guest, o arquimedeanismo seria, no fundo, uma expressão de um “ceticismo externo” sobre valores morais: “*External skepticism of moral values, or the Archimedean view (because Archimedes calculated he could lift the Earth if he were sufficiently external to it and had both a long pole and a fulcrum), denies that there is any special metaphysical realm of which moral judgments are a description and by virtue of which values are either true or false. It is a form of skepticism that is ‘disengaged’, because it places the skeptic in a position in which he does not have to argue for any particular moral (or value) judgment he makes. It is, instead, a matter of mere ‘opinion’ for him. The external skeptic both requires there to be something ‘out there’ to make moral judgments true and then denies that there is anything ‘out there’ to make them true and so establishes her skepticism. It is supposedly not an interpretive position but a ‘metaphysical’ one*” (GUEST, 2013, p. 133).

estipulação de uma definição mais precisa destes conceitos, tendo em vista determinados propósitos. Em suas palavras, “desenvolver uma teoria deste tipo de conceito significa propor uma definição mais precisa para um propósito particular” (DWORKIN, 2006, p. 9, tradução livre). Isso não significa, conseqüentemente, que uma definição “criteriológica” mais ou menos precisa de um conceito captura melhor sua essência (DWORKIN, 2006, p. 9). O que acontece é que, para determinados propósitos, uma definição pode ser mais ou menos conveniente – mas não corresponde a uma explicação adequada de conceitos que tem por alvo diferentes valores, como é o caso do Direito. É por esta razão que a analogia feita por Marmor entre o Direito e o jogo de xadrez não se sustenta: ela é incapaz de capturar o fato de que o Direito é uma prática social com um *point* valorativo que, por sua natureza, é alvo de inúmeras divergências e concepções, ao contrário do que ocorre com um jogo de xadrez. Afinal, enxadristas não divergem sobre a aplicação das regras do jogo, sobre como as peças devem ser movimentadas no tabuleiro. Não é sem razão que a explicação dworkiniana leva em consideração outras práticas sociais, estas sim valorativas, como no caso da cortesia¹².

Dessa forma, Marmor não escapa da crítica dworkiniana ao convencionalismo, notadamente a pautada na distinção entre consenso por convenção e consenso por convicção. Afirmar que os indivíduos podem ter diversas razões para seguir normas jurídicas, assim como podem elencar diferentes motivos para “jogar xadrez”, em nada altera a crítica dworkiniana. Até porque, como mencionado, a analogia é equivocada: as regras do xadrez não são aplicadas distintamente, considerando diferentes “valores” atribuídos ao ato de “jogar xadrez”, ao passo que normas jurídicas podem ser objeto de interpretações (e, conseqüentemente, aplicações) distintas, considerando as diferentes convicções que as pessoas possuem com relação à natureza e aos propósitos do Direito. Em outras palavras, o xadrez é, de fato, uma prática convencional, ao passo que o Direito se aproxima de uma prática interpretativa e argumentativa, marcada por desacordos¹³. O consenso sobre as regras de xadrez é um consenso de convenção, ao passo que os eventuais consensos jurídicos são consensos de convicção. A correção de proposições

¹² Este ponto é ressaltado por Ronaldo Porto Macedo Jr. ao longo da obra “Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea” (MACEDO JR., 2013).

¹³ É interessante notar que não associamos ao xadrez um *point* valorativo. Em geral, consideramos esta prática como estritamente convencional (MACEDO JR., 2013, p. 202).

jurídicas opera dentro de um contexto argumentativo, que recorre a valores e princípios que informam o Direito, o que não ocorre no caso do xadrez.

Não é sem razão que, para Dworkin, o Direito é uma prática argumentativa. Sobre este ponto, referindo-se à aproximação entre Direito e cortesia na concepção dworkiniana, Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, p. 207-208) afirma que

O traço distintivo de uma prática argumentativa é justamente o fato de que ela pressupõe a existência de argumentos sobre as próprias práticas. Mas não é apenas a ação de agir com cortesia (no caso, pagar ou não a conta para a garota) e os casos paradigmáticos de cortesia – dos quais se extraem as regras que dão aos participantes razões para agir – que devem ser considerados numa prática argumentativa. Também a própria atividade de argumentar e de desafiar argumentos e avaliações acerca da cortesia faz parte do “jogo da cortesia”. Há aqui uma autorreflexão argumentativa. As práticas da argumentação envolvidas na prática de cortesia somente ganham sentido no interior das próprias práticas argumentativas, justificando e desafiando os significados e as concepções sobre cortesia. Enfim, os argumentos sobre a cortesia são eles mesmos também parâmetros para determinar o que é a melhor concepção de cortesia.

A afirmação de que não é apenas o “agir com cortesia” ou os seus “casos paradigmáticos” que constituem a prática da cortesia, mas também o próprio argumentar (*i.e.*, apresentar razões que justifiquem um ponto de vista e desafiem pontos contrários) é esclarecedora. Práticas pensadas por uma perspectiva exclusivamente convencional não possuem esta característica – afinal, ainda que as pessoas possam ter muitos motivos para seguir alguma norma social, o sentido propriamente “convencional” se refere ao fato do mundo de que outras pessoas seguem esta mesma norma. Este seria o elemento determinante em uma visão convencionalista. Contudo, como visto, é uma perspectiva insuficiente para explicar os próprios desacordos que permeiam o meio jurídico, assim como práticas sociais valorativas como a cortesia.

É certo que Jules Coleman tenta responder Dworkin, especificamente, sobre a questão dos desacordos teóricos. Como visto, Coleman apresenta uma distinção entre desacordos de conteúdo e desacordos de aplicação. Em sua concepção, os únicos desacordos que fazem sentido na prática jurídica são os desacordos de aplicação, mas não os de conteúdo. Dworkin reconhece que, em alguns casos, conseguiríamos distinguir desacordos de conteúdo e desacordos de aplicação: juízes podem estar de

acordo, por exemplo, que devem encerrar o julgamento antes das 19h, mas podem estar em desacordo sobre que horas, efetivamente, são – o que envolveria um desacordo de aplicação da norma (DWORKIN, 2006, p. 191).

Contudo, como a própria análise dworkiniana dos casos difíceis demonstra, desacordos jurídicos nem sempre serão desacordos sobre a aplicação de uma norma, mas sobre o que “é” o próprio Direito. O caso TVA, como visto, é emblemático. O que Coleman faz, na visão de Dworkin, é recorrer a uma “estratégia de abstração”, que envolve reescrever uma convenção em termos morais abstratos (DWORKIN, 2006, p. 192). Juízes estariam de acordo sobre respeitar a dignidade humana, enquanto parâmetro que seria “convencionalmente” aceito para a tomada de decisão, mas poderiam discordar sobre a efetiva aplicação desta ideia em casos concretos. Mas esta é uma estratégia problemática. Ela trivializa excessivamente a própria noção de convenção – afinal, agir convencionalmente implica em agir de determinada maneira em razão do comportamento convergente de outros agentes (DWORKIN, 2006, p. 193). Um comportamento será considerado correto, em termos convencionais, justamente porque os outros se comportam da mesma maneira. Causa estranheza imaginar que juízes respeitem um princípio como o da dignidade humana porque outros juízes também o fazem. Como visto, eventual consenso sobre a dignidade não opera termos convencionais, mas sim em termos de convicção (ou seja, por meio de razões construídas argumentativamente)¹⁴.

6 Considerações finais

O debate analisado neste artigo envolve alguns argumentos que visam defender visões distintas sobre a natureza do empreendimento teórico de descrição do fenômeno jurídico. Em outras palavras, tem por objetivo responder questões sobre como devemos compreender o Direito. O que Dworkin demonstrou foi a impossibilidade de se

¹⁴ Rubens Glezer apresenta argumentos no mesmo sentido: “É razoável argumentar que juízes decidem em observância com a dignidade humana exclusivamente segundo o comportamento dos demais juízes? É possível imaginar que juízes passem a tomar decisões deliberadamente contra a dignidade da pessoa humana? Juristas divergem não só em como aplicar a regra da dignidade da pessoa humana, mas entram em desacordo exatamente sobre o que é dignidade, ou especialmente, qual dignidade deve ser tutelada em um sistema jurídico. Para utilizar o exemplo dworkiniano, isso equivale a dizer que os juízes possuem uma convenção de que devem decidir ‘adequadamente’. Não é possível reconhecer uma convenção que não dá qualquer diretriz sobre como as pessoas que aderem a ela devem agir (GLEZER, 2014, p. 195-196).

descrever em termos factuais e convencionais um fenômeno que, como o Direito, corresponde a uma prática social de natureza valorativa. Isso significa, em linhas gerais, que se trata de uma prática que possui propósitos morais e políticos, e que tais propósitos são essencialmente contestáveis. Em outras palavras, as pessoas discordam sobre o que é o Direito, e este desacordo se baseia em diferentes concepções sobre o conceito de Direito.

Consequentemente, a explicação convencionalista erra ao sustentar que o Direito é uma questão de fato social, não apenas porque esta explicação é inadequada diante do que observamos em nossas práticas jurídicas, mas, sobretudo, porque ela é um empreendimento equivocado – pois trata o Direito como um conceito compreendido criterialmente, esquecendo-se de que nossa prática jurídica é permeada por debates de natureza moral que, igualmente, contribuem para a atribuição de sentido ao próprio Direito. Ao recorrer à ideia de fatos sociais, convencionalistas buscam uma resposta que, em última análise, é exterior ao próprio fenômeno jurídico e, conseqüentemente, incapaz de lhe capturar o sentido – da mesma forma que é impossível explicarmos as posições morais dos indivíduos como meros “fatos” que se encontram “por aí” no mundo, jogados ao vento, uma visão que Dworkin desenvolveu e criticou em textos mais recentes, associada à noção de “morons” ou “partículas morais” (DWORKIN, 2011). Os argumentos apresentados por Marmor e Coleman, na tentativa de defender uma concepção convencionalista do Direito, não logram êxito.

7 Referências

BRATMAN, Michael. Shared cooperative activity. **The Philosophical Review**. Duke University Press, vol. 101, n. 2, 1992, pp. 327-341.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. COLEMAN, Jules (org). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001a, p. 99-145.

COLEMAN, Jules. **The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001b.

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

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

GLEZER, Rubens Eduardo. Interpretivismo no armário: vícios no positivismo inclusivo de Jules Coleman. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, 2014, p. 185-202.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.

HART, Herbert. **The concept of law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press.

LEWIS, David. **Convention: a philosophical study**. Oxford, Blackwell Publishers, 2002.

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

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin e a teoria do direito: o direito em desacordo**. São Paulo: Almedina, 2022.

MARMOR, Andrei. Legal conventionalism. COLEMAN, Jules (org). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 193-217.

MARMOR, Andrei. How law is like chess. **USC Legal Studies Research Paper Series**, n. 06-7, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=897313>. Acesso: 17 mai. 2024.

SHAPIRO, Scott. O debate "Hart versus Dworkin": um pequeno guia para os perplexos. COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (org.). **Interpretando O Império do Direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

Como citar:

LAGO. Pablo Antonio. Revisitando a crítica dworkiniana ao convencionalismo jurídico: análise das defesas apresentadas por Andrei Marmor e Jules Coleman. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Journal of the Graduate Program in Law at UFBA**, Salvador, v. 34, n. 2, p. 1-18, Jul/Dez - 2024. DOI: (endereço do DOI desse artigo).

Originals recebido em: 01/07/2024.

Texto aprovado em: 04/08/2024

.