

SOBRE A NATUREZA DO DIREITO E A OCORRÊNCIA DE DIVERGÊNCIAS JURÍDICAS

Flávio Manuel Póvoa de Lima*

Sumário: 1 Introdução; 2 Conformações jurídicas e proposições jurídicas; 3 A natureza do direito e a especial conformação jurídica de um contexto qualquer c; 4 A natureza do direito como o conjunto de propriedades que acompanha a distribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto c; 4.1 Algumas condicionantes ao conteúdo das propriedades que fornecem a natureza do direito; 5 (P1...Pn): natureza do direito ou do conceito de direito?; 6 O argumento histórico contra a existência de um (P1...Pn) que acompanhe a propriedade-direito em todo e qualquer contexto; 7 O argumento da possibilidade de ocorrência de divergências jurídicas efetivas contra a existência de (P1...Pn); 8 Conclusão.

Resumo: Não raro a Jurisprudência analítica é compreendida como uma empreitada teórica pela natureza do direito. No presente artigo tento explicitar o que podemos entender por natureza do direito. Ao fazê-lo, afirmo o caráter reducionista do projeto, caracterizando-o como aquele que pretende reduzir a conformação jurídica/valorativa do mundo à sua conformação puramente descritiva. Feito isto, lido com a objeção segundo a qual, dado o caráter valorativo/interpretativo do conceito de direito, o projeto estaria fadado ao fracasso. Para tanto, tomo como fio condutor o argumento, de matiz tipicamente dworkiniana, da incapacidade do positivismo jurídico em explicar a ocorrência de divergências jurídicas efetivas entre sujeitos conceitualmente competentes. Tento mostrar que o argumento é inválido. Para tanto, alego que a Jurisprudência analítica, concebida como um projeto teórico pela natureza do direito, no sentido explicitado neste artigo, pode lidar muito bem com a ocorrência de divergências jurídicas efetivas entre sujeitos competentes no conceito de direito, sendo que, quando este não é o caso, adotar a posição segundo a qual o conceito de direito possui algo de especial, irreduzível à dimensão puramente descritiva do mundo, colocaria em xeque a própria racionalidade jurídica.

Palavras-chave: Positivismo jurídico. Natureza do direito. Reduccionismo. Divergências jurídicas.

* Advogado. Mestre em teoria geral e filosofia do direito pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco – USP. Especialização pela Faculdade de Filosofia da UFU. Bacharel em direito pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” – UFU. Email: flaviompl@usp.br

1 Introdução

Recentemente, renovadas e importantes iniciativas têm surgido em prol da possibilidade e utilidade do positivismo jurídico. Nelas, o positivismo jurídico é concebido como um projeto teórico que busca explicar a natureza do fenômeno jurídico.

Num interessante artigo de Scott Shapiro, intitulado “O que é direito (e porque devemos nos preocupar)?”, a Jurisprudência¹ analítica é tida como um projeto teórico que “analiza a natureza do direito e dos entes jurídicos (...)” (SHAPIRO, 2013, p. 3).

Noutro artigo por demais importante para o debate jurídico metateórico, da lavra de Joseph Raz, intitulado “Pode haver uma teoria do direito?”, colhemos a seguinte lição:

Portanto, uma teoria do direito, tal como aqui a entendo, proporciona uma explicação da natureza do direito. A tese que defenderei sustenta que uma teoria do direito é bem-sucedida se satisfaz dois critérios: em primeiro lugar, se consiste em proposições sobre o direito que são necessariamente verdadeiras e, em segundo lugar, se essas proposições explicam o que é o direito. (RAZ, 2013, p. 70)

Mas o que devemos entender por natureza do direito?

Início o presente artigo caracterizando a empreitada teórica pela natureza do direito como um projeto que busca encontrar e explicitar um conjunto de propriedades que acompanhe a distribuição, ou a atribuição, da propriedade-direito em todo e qualquer contexto possível.

Em seguida, imponho condições ao conjunto de propriedades a ser explicitado, são elas, que propriedades valorativas e/ou jurídicas não façam parte do conjunto. A primeira condicionante seria imposta pela “tese da separação” entre direito e moral, importante pilastra do positivismo jurídico; já a segunda seria imposta por um imperativo da razão, qual seja, que o projeto teórico pela natureza do direito não seja circular.

É sabido, entretanto, que Ronald Dworkin formulou ferrenha crítica ao positivismo jurídico. Para ele, a Jurisprudência analítica estaria fadada ao fracasso, na medida em que o direito, enquanto inserido na dimensão valorativa do mundo, não poderia ser reduzido à sua dimensão puramente descritiva.

¹ Lembre-se que a palavra “Jurisprudência”, empregada com “J” maiúsculo, refere-se, não ao conjunto de decisões reiteradas dos tribunais, mas sim, à teoria geral do direito.

Um dos argumentos mais famosos de Dworkin, e talvez o mais controverso, em prol de sua tese da irreducibilidade do jurídico ao descritivo, é o de que o positivismo jurídico não conseguiria explicar a ocorrência de divergências jurídicas efetivas entre sujeitos conceitualmente competentes no uso do conceito de direito.

No presente artigo ataco o argumento de duas formas.

De um lado, mostro que, ainda que admitíssemos que a identidade do conceito de direito pudesse ser dada por um conjunto de propriedades, não jurídicas e não valorativas, que acompanhe a atribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto possível, ainda assim, seria possível a ocorrência de divergências jurídicas entre sujeitos conceitualmente competentes no conceito de direito. Por outro lado, argumento que aquela concepção de identidade do conceito de direito somente não conseguiria explicar a ocorrência de divergências jurídicas, entre sujeitos conceitualmente competentes, nos casos em que eles converjam sobre tudo aquilo que há para saber, em termos fáticos, acerca do contexto no qual estão inseridos e não cometam nenhum vício de raciocínio na atribuição da propriedade-direito. Ocorre que, estar pronto para admitir tal possibilidade, defendendo que eles empregam o mesmo conceito de direito, colocaria em risco a própria racionalidade jurídica.

2 Conformações jurídicas e proposições jurídicas

Diuturnamente atribuições jurídicas são realizadas, propriedades jurídicas são distribuídas num dado contexto, regras ganham existência jurídica (validade), direitos e obrigações jurídicas são engendradas e, assim, o mundo ganha a sua especial conformação jurídica.

A conformação jurídica de um contexto, c , nada mais é do que a especial forma de distribuição das propriedades jurídicas em c . Por exemplo, se um contexto c qualquer é tal que uma regra r é juridicamente existente (válida) em c e, num contexto c' , r não é uma regra jurídica, então c e c' são juridicamente diferentes; da mesma forma, se o imposto progressivo é direito num contexto c , mas não em c' , então c e c' são juridicamente diferentes.

Não menos rotineira é a formulação de alegações jurídicas, isto é, afirmações sobre a especial conformação jurídica dos mais diferentes contextos. Tais afirmações nada mais

fazem do que expressar proposições jurídicas, p , que podem ser verdadeiras ou falsas conforme um contexto qualquer, c , seja ou não uma instanciação de p^2 .

Por exemplo, se num contexto qualquer c a afirmação "O imposto progressivo é direito" é verdadeira, mas falsa em c' , então c e c' seriam juridicamente diferentes, sendo que isto é assim porque c é uma instanciação da proposição expressada pela afirmação em questão, enquanto c' não o é. Noutros termos, em c , mas não em c' , a instituição e cobrança de um imposto com base numa alíquota que aumenta de acordo com o aumento dos valores sobre os quais incide possui a propriedade direito ou pertence ao conjunto das coisas que são direito.

Assim, da mesma forma que a especial conformação jurídica de um contexto c qualquer pode ser dada pela distribuição das propriedades jurídicas em c , ela também pode ser dada, correlativamente, pelo conjunto de afirmações jurídicas, S^3 , que são verdadeiras em c , isto é, o conjunto de alegações jurídicas que c instancia, de forma que dois contextos jurídicos c e c' são juridicamente semelhantes quando as afirmações jurídicas, S , que são verdade em c também são verdade em c' e vice-versa.

3 A natureza do direito e a especial conformação jurídica de um contexto qualquer c

Parece admissível imaginar, e é intuitivo fazê-lo, que a especial conformação jurídica de cada um dos mais diferentes contextos, (c , c' , c'' , $c'''...$), é dizer, a distribuição das propriedades jurídicas nestes contextos ou, noutros termos, o conjunto de alegações jurídicas⁴ que neles são verdadeiras, fornece-nos aquilo que o direito é relativamente a cada um destes contextos. Logo, talvez estejamos autorizados a imaginar que a natureza da propriedade-direito seja dada pelo conjunto de entes que possuem tal propriedade num contexto qualquer c .

² É comum na filosofia da linguagem a diferenciação entre sentenças, s , e as proposições por ela expressadas, p . As proposições seriam o conjunto de mundos possíveis que instanciam s , isto é, o conjunto de mundos possíveis, w , tal que: se w é o caso, então s é verdade. Que p e s não se confundem pode ser percebido facilmente pelo fato de que uma mesma sentença s pode ter condições de verdade distintas, ou sentidos distintos, ou diferentes conjuntos de instanciações. Por exemplo: "Eu fechei a porta", dito por mim, possui condição de verdade diferente desta mesma sentença dita por você. De outro lado, sentenças diferentes podem possuir as mesmas condições de verdade, por exemplo, "Flávio fechou a porta" e "Flávio closed the door".

³ Onde S é uma sentença do tipo "Isto é direito".

⁴ Do tipo " x é direito".

Sabe-se, contudo, que é uma característica própria ao direito, enquanto fenômeno histórico-cultural, que contextos jurídicos com locação histórica e/ou temporal diferentes podem apresentar diferentes conformações jurídicas, isto é, diferentes contextos, *c*, *c'*, *c''*, *c'''*..., historicamente locados (temporalmente e/ou espacialmente), claramente têm (ou pelo menos podem ter) diferentes distribuições de propriedades jurídicas às coisas nestes contextos e, portanto, diferentes conjuntos de sentenças (de afirmações) jurídicas que neles são verdadeiras.

Por exemplo, tratar seres humanos da raça negra como objetos parece ser direito nos EUA até 1863 e no Brasil até 1888, mas não nos EUA nem no Brasil nos dias de hoje; apedrejar a mulher por ter relação fora do casamento não é direito aqui, mas parece ser direito no Azerbaijão.

Ainda que você tenha resistência em aceitar que os fatos citados acima sejam, de fato, direito, você dificilmente discordará que, a princípio, sempre haverá a possibilidade de que pelo menos uma afirmação jurídica qualquer seja verdade num contexto e não em outro, ou seja, sempre haverá a possibilidade de existirem contextos com diferentes conformações jurídicas.

Assim, a ideia de que a natureza do direito possa ser dada pela distribuição da propriedade-direito, ou pelo conjunto de sentenças do tipo "Isto é direito" que são verdadeiras num contexto concreto *c*, ou, ainda, pelo conjunto de entes que possuem a propriedade-direito em *c*, parece ser uma posição equivocada.

Por um lado, ela nos conduziria a identificações errôneas. Por exemplo, é sabido que em organizações sociais primitivas o direito confunde-se com a religião, *i.e.*, para todo e qualquer fato, *x*, nestes contextos: *x* é direito sse⁵ *x* é adequado religiosamente. Contudo, isto não é verdade noutros contextos. Nas sociedades modernas e contemporâneas o direito e a adequação religiosa são instanciados por conjuntos de entes diferentes, *i.e.*, nem todo fato juridicamente adequado é religiosamente adequado e vice-versa, logo, a propriedade direito e a propriedade de adequação religiosa não parecem ser a mesma propriedade.

Por outro lado, é bastante próprio ao direito, enquanto fenômeno histórico-cultural, que diferentes contextos *c*, *c'*, *c''*, *c'''* etc. possam apresentar diferentes conformações jurídicas, portanto, se adotássemos a visão de que a identidade do direito seja dada pelo conjunto de entes que possuem a propriedade-direito num contexto qualquer *c*, então chegaríamos à

⁵ sse=se e somente se.

conclusão de que para cada contexto com uma distribuição jurídica própria, ou mesmo para um mesmo contexto que apresentasse diferentes distribuições das propriedades jurídicas em diferentes momentos no tempo, teríamos uma propriedade-direito diferente, ou seja, para cada fato que passa ou deixa de ser direito, uma nova propriedade-direito, diferente daquela já existente, passaria a existir.

4 A natureza do direito como o conjunto de propriedades que acompanha a distribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto c

Com vistas a evitar os problemas mencionados acima, podemos admitir que a natureza do direito seja dada, não pelo conjunto de entes que são direito num contexto qualquer c^6 , mas sim, pelo conjunto de propriedades $(P1...Pn)$ tal que, para qualquer contexto c , $(P1...Pn)$ acompanha a distribuição da propriedade-direito em c , no sentido de que, para qualquer contexto c , x é direito sse x é $(P1...Pn)$.

Isto evitaria o problema de tomarmos identificações contingentes como efetivas, afinal, direito e $(P1...Pn)$ seriam a mesma propriedade não se possuíssem a mesma distribuição num contexto qualquer c , mas sim, se assim o fosse em todo e qualquer contexto possível.

Por exemplo, num estado teocrático, direito e adequação religiosa poderiam, contingentemente, serem distribuídas da mesma maneira, contudo, não estaríamos autorizados a inferir, a partir disto, que a adequação religiosa fornecesse a identidade, ou natureza, do direito, afinal, para que este fosse o caso, ser direito e ser religiosamente adequado deveriam ter a mesma distribuição em todo e qualquer contexto possível.

Por outro lado, esta alternativa nos permitiria, ainda, admitir a possibilidade de que tenhamos diferentes conformações jurídicas em diferentes contextos, ou seja, diferentes conjuntos de fatos poderiam possuir a propriedade-direito em c , c' , c'' etc. sem que, com isto, precisássemos nos comprometer com a ideia de que existam diferentes propriedades-direito, uma em c , outra em c' , outra em c'' etc.

Por exemplo, se a propriedade-direito fosse idêntica à propriedade estar de acordo com um texto para o qual um determinado número de pessoas qualificadas disseram "sim", então,

⁶ Ou pelo conjunto de sentenças do tipo "Isto é direito" que são verdade em c .

perfeitamente admissível que num contexto qualquer, c , um fato determinado seja direito e , noutro contexto, c' , não seja direito e , mesmo assim, o direito tenha a mesma identidade em c e c' .

Veja: dirigir sem cinto de segurança pode ser direito em c , isto é, dirigir sem cinto de segurança está de acordo com um texto para o qual um determinado número de pessoas qualificadas disseram "sim"; contudo, o mesmo fato pode não ser direito em c' , logo, c e c' possuem diferentes conformações jurídicas. O conjunto de entes que possuem a propriedade-direito em c é diferente do conjunto de entes que possuem a propriedade-direito em c' e, mesmo assim, o direito em c' pode ter a mesma identidade que em c . Em c' , assim como em c , algo é direito sse está de acordo com um texto para o qual um determinado número de pessoas qualificadas disseram "sim". A diferença de conformação jurídica entre c e c' , isto é, a circunstância de que diferentes fatos possuem a propriedade-direito em c e em c' se explica não porque em c e c' a propriedade-direito possui diferentes identidades, mas sim, simplesmente porque c e c' são contextos descritivamente diferentes, noutros termos, em c , mas não em c' , dirigir sem cinto de segurança está de acordo com um texto para o qual um grupo de pessoas qualificadas disseram "sim".

4.1 Algumas condicionantes ao conteúdo das propriedades que fornecem a natureza do direito

A ideia de que a natureza da propriedade-direito possa ser dada por um conjunto de propriedades ($P_1 \dots P_n$) que acompanhe a distribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto possível deve, contudo, ser submetida a algumas condicionantes.

A primeira destas condicionantes advém da própria noção em questão, ou seja, o conjunto de propriedades ($P_1 \dots P_n$) deve ser tal que (2) Necessariamente [x é direito sse x é ($P_1 \dots P_n$)]. "(2)" é equivalente a um conjunto de propriedades tal que (2.1) Não é possível que $\{[x$ é direito e não é ($P_1 \dots P_n$)] ou [x é ($P_1 \dots P_n$) e não é direito]}. (2) não nos diz outra coisa senão que, independentemente do contexto em que um determinado fato se encontre, ele será direito somente quando possuir as propriedades ($P_1 \dots P_n$) e vice-versa, isto é, para todo e qualquer contexto em que um fato seja ($P_1 \dots P_n$), ele também será direito.

Além desta condicionante, deve ser observado, ainda, que ($P_1 \dots P_n$) não pode envolver propriedades jurídicas propriamente ditas, caso contrário cairíamos no problema da

circularidade. Ou seja, não parece que exista ganho teórico (utilidade) se, ao explicitarmos a natureza de uma propriedade P qualquer, P dela fizesse parte, assim, propriedades jurídicas não podem fazer parte de (P1...Pn).

Por fim, a Jurisprudência analítica (ou positivismo jurídico) subscreve, como importante, uma famosa tese conhecida por tese da separação. A tese da separação nos diz que não há uma ligação necessária entre direito e moral.

Existem pelos menos duas interpretações possíveis da tese da separação, sendo que estas duas interpretações distintas caracterizam duas famosas linhas de positivismo: os exclusivistas e os inclusivistas.

Exclusivistas e inclusivistas partem da negação da mesma afirmação "há uma ligação entre direito e moral". Isto nos fornece a seguinte sentença base, ou núcleo, da tese da separação do positivismo jurídico: (3) Não é o caso que há uma ligação entre direito e moral. "(3)" é compartilhada tanto por inclusivistas, quanto pelos exclusivistas.

A diferença entre exclusivistas e inclusivistas reside no local em que exclusivistas e os inclusivistas colocam o operador modal "é necessário que". Os exclusivistas colocam-no antes do operador lógico "não", conferindo a seguinte redação à tese da separação (3.1) É necessário que não haja uma ligação entre direito e moral. Já os inclusivistas colocam aquele operador modal depois do operador lógico "não", conferindo à tese da separação a seguinte redação (3.2) Não é o caso que haja uma ligação necessária entre direito e moral. (3.1) e (3.2) são bastante diferentes.

Em primeiro lugar, há uma diferença lógica entre elas. Para utilizar um termo comum na lógica, o operador modal possui *âmbitos* diferentes em (3.1) e (3.2). Grosseiramente, dizer isto não é outra coisa senão afirmar que, em "(3.1)", o operador modal "É necessário que" governa parte maior da proposição "(3)" do que em "(3.2)", onde governar significa afetar logicamente.

Isto se reflete numa segunda diferença entre (3.1) e (3.2), qual seja, a possibilidade de um contexto no qual haja uma ligação entre direito e moral falsifica (3.1), mas não (3.2)⁷.

⁷ Esta diferença costuma desempenhar um papel relevante em contra-argumentos em prol da ineficácia de alguns dos argumentos de Dworkin contra o positivismo jurídico. COLEMAN (2003, pp. 3-27), por exemplo, quando fala em positivismo jurídico negativo parece entendê-lo como subscrevendo algo como "3.2", mas não como "3.1".

Apesar da enorme importância que costuma ser dada à diferença de interpretações que inclusivistas e exclusivistas dão à tese da separação, penso que ela não parece ter relevância para a discussão sobre a legitimidade teórica da Jurisprudência analítica.

Como vimos, a natureza do direito nos remete a um conjunto de propriedades, $(P1...Pn)$, que algo tem de ter se é para ser direito, independentemente do contexto. Pelo que ficou dito acima, (3.1) não admite que haja ligação entre direito e moral, já (3.2) admite tal possibilidade, contudo, não admite que a ligação seja necessária, ou seja, que ela ocorra em todo e qualquer contexto. Portanto, no que toca à natureza do direito, nenhum deles pode admitir que alguma propriedade valorativa faça parte de $(P1...Pn)$, noutros termos, $(P1...Pn)$ deve ser composto somente por propriedades descritivas. Isto tem de ser assim porque $(P1...Pn)$ são propriedades que, independentemente do contexto, algo *tem* de ter se é para ser direito, propriedades estas, portanto, que *sempre* terão de estar presentes quando estamos diante do direito. Assim, se alguma propriedade valorativa fizesse parte de $(P1...Pn)$, então ela estaria instanciada em toda e qualquer situação direito, o que contradiz tanto (3.1), positivismo exclusivista, quanto (3.2), positivismo inclusivista.

Feitas as qualificações acima ao conteúdo de $(P1...Pn)$, temos o seguinte com base na proposta que estou analisando segundo a qual $(P1...Pn)$ fornece a natureza do direito quando $(P1...Pn)$ e a propriedade-direito possuem a mesma distribuição em todo contexto possível: um projeto teórico que pretende explicitar a natureza do direito nada mais faz senão buscar um conjunto de propriedades $(P1...Pn)$, não jurídicas e não valorativas, tal que tudo aquilo que é direito tem de ter se é para ser direito, independentemente da localização temporal e/ou espacial do contexto em que esteja inserido. Noutros termos, um conjunto de propriedades, não jurídicas e não valorativas, tal que necessariamente $[x \text{ é direito sse}^8 x \text{ é } (P1...Pn)^9]$ ¹⁰. Um projeto teórico que é, neste sentido, reducionista¹¹, afinal, nos diz que para toda e qualquer afirmação jurídica S ¹², existe uma outra, S' ¹³, não jurídica e não valorativa, tal que $S \text{ sse } S'$.

⁸ sse = se e somente se.

⁹ Apesar de eu falar num "conjunto de propriedades $(P1...Pn)$ " não quero, com isto, tomar nenhuma posição metafísica no sentido de que as atribuições jurídicas sejam atribuições de propriedades conjuntivas, disjuntivas ou de uma única propriedade.

¹⁰ "Não jurídicas" (advém da exigência de não circularidade do projeto teórico, tendo relação, portanto, com a sua utilidade); "Não valorativas" ou "descritivas" (advém da tese da separação entre direito e moral); "Necessariamente $[x \text{ é direito sse } x \text{ é } (P1...Pn)]$ " (advém da necessidade de que $(P1...Pn)$ e a propriedade-direito possuam a mesma distribuição em todo e qualquer contexto).

¹¹ Sobre a Jurisprudência analítica e o reducionismo consulte, também, MARMOR (2012, p. 6).

¹² Do tipo "Isto é direito".

"(2)" implica um conjunto de propriedades, não jurídicas e não valorativas, tal que não é possível que algo seja direito e não seja (P1...Pn), ou seja, não há um contexto possível no qual a proposição expressada por "x é direito" é verdadeira e "x é (P1...Pn)" é falsa, o que é o mesmo que dizer que, para todo e qualquer contexto, a distribuição de propriedades jurídicas é idêntica à distribuição de (P1...Pn).

5 (P1...Pn): natureza do direito ou do conceito de direito?

Imagine agora que, de fato, exista um conjunto de propriedades (P1...Pn) que acompanhe a distribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto, isto é, em todo e qualquer contexto, c, todo fato que é direito é (P1...Pn) e vice-versa. Se este é o caso, então a propriedade-direito e (P1...Pn) são equivalentes, isto é, são a mesma propriedade.

Contudo, extraímos da prática adjudicatória que um sujeito pode atribuir uma sem atribuir a outra. Como isto é possível se são propriedades equivalentes?

A primeira coisa para qual devo chamar a atenção é que este não é um problema exclusivo da propriedade-direito.

Tome as propriedades triângulo equilátero e triângulo equiângulo. Elas possuem a mesma distribuição em todo e qualquer contexto possível, isto é, em todo e qualquer contexto, se algo é um triângulo equilátero é um triângulo equiângulo e vice-versa. Não obstante isto, parece ser possível que um sujeito atribua uma sem atribuir a outra.

O mesmo acontece com a água e H₂O. Se Kripke (1981, p. 116 e ss.) e Putnam (1979, p. 229 e ss.) estão certos, então a propriedade-água e a propriedade-H₂O possuem a mesma distribuição em todo e qualquer contexto, contudo, parece perfeitamente possível que um sujeito atribua uma sem atribuir a outra. Mas como isto é possível se são propriedades equivalentes, é dizer, se são a mesma propriedade?

Uma forma de enfrentar os problemas colocados por este tipo de questionamento é perceber que, dito de forma grosseira, existem diferentes maneiras pelas quais duas propriedades podem gozar da mesma distribuição em todo e qualquer contexto, correspondentes às diferentes formas pelas quais podemos apreciar os mais diferentes

¹³ Do tipo "Isto é (P1...Pn)".

contextos possíveis. Uma maneira bastante intuitiva de perceber isto é notar que um contexto qualquer, c , pode ser tomado como o contexto no qual estamos de fato inseridos, ou, por outro lado, como uma forma pela qual o contexto no qual estamos inseridos poderia ter sido, mas não é.

Imagine, por exemplo, um contexto no qual a substância insípida, inodora e incolor que cai do céu na forma de chuva, preenche rios, mares e lagos etc. é XYZ. Referido contexto pode ser tomado como o contexto no qual estamos de fato inseridos, ou, ao contrário, o contexto no qual poderíamos estar inseridos, mas não estamos, *i.e.*, ele pode ser tomado como atual ou contrafactual. Representemos estas diferentes formas de apreensão deste contexto, chamemo-lo de Cxyz, respectivamente como linha e coluna de uma matriz.

Tome agora um segundo contexto, Ch₂o, exatamente igual ao primeiro, exceto pelo fato de que a substância insípida, inodora e incolor que cai do céu na forma de chuva, preenche rios, lagos e mares etc. seja H₂O. Da mesma maneira, tome-o, respectivamente, como o contexto em que estamos de fato inseridos e como uma forma pela qual o contexto em que estamos inseridos poderia ter sido, mas não é. Represente estas diferentes formas de apreensão de Ch₂o como sendo, respectivamente, linha e coluna de uma matriz.

Teríamos, assim, a seguinte matriz:

AGUA Cxyz Ch₂o

Cxyz XYZ XYZ

Ch₂o H₂O H₂O

Chamemos as linhas desta matriz de distribuições da propriedade-água(*in re*) e a diagonal da matriz de distribuição da propriedade-água(conceito). Se levarmos esta matriz em consideração, então perceberemos que a questão sobre a igualdade de distribuição entre duas propriedades em todo e qualquer contexto c ganhará uma complexidade que não tinha antes.

Tome, por exemplo, o seguinte questionamento: a propriedade-água e a propriedade-H₂O possuem a mesma distribuição em todo e qualquer contexto? A resposta aqui é: sim e não. A propriedade-água(*in re*) e a propriedade-H₂O possuem a mesma distribuição em todo contexto feito contrafactual, logo, são a mesma propriedade(*in re*), contudo, possuem diferentes distribuições em contextos feitos atuais, logo, conceitualmente são propriedades diferentes.

Ou seja, água e H₂O são propriedades equivalentes (têm a mesma distribuição em contextos contrafactuais¹⁴), contudo, nós, enquanto sujeitos cognoscentes, podemos representá-las de formas diferentes na linguagem ou no pensamento (*i.e.* como tendo diferentes distribuições em contextos feitos atuais¹⁵) e é por isso que, a despeito da água e de H₂O ser uma mesma propriedade e possuir a mesma distribuição em todo e qualquer contexto possível, parece ser admissível que elas sejam atribuídas de maneiras diferentes num contexto qualquer *c*, afinal, "água" e "h₂o" possuem significados diferentes e o conceito-água não é o mesmo que o conceito-h₂o.¹⁶

Aplicando isto ao direito, temos de perceber que existem pelo menos duas formas diferentes pelas quais a propriedade-direito e um conjunto de propriedades (P₁...P_n) podem possuir a mesma distribuição nos mais diferentes contextos possíveis. A propriedade-direito e (P₁...P_n) podem possuir a mesma distribuição em todo e qualquer contexto possível, feito atual, ou em todo e qualquer contexto possível, feito contrafactual. No segundo caso dizemos que a propriedade-direito e (P₁...P_n) são equivalentes *in re*, no primeiro, que são conceitualmente equivalentes.

Perceber isto é importante porque se, como ficou dito, um projeto teórico pela natureza do direito é um projeto por um conjunto de propriedades (P₁...P_n), não jurídicas e não valorativas, que acompanhe a distribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto, então, correlativamente àquelas duas diferentes formas pelas quais a propriedade-direito e um conjunto de propriedades (P₁...P_n) podem possuir a mesma distribuição em todo e qualquer contexto, existiriam dois projetos teóricos distintos: um pelo conjunto de propriedades, se é que elas existem, que acompanha a propriedade-direito em todo e qualquer contexto feito contrafactual; e outro pelo conjunto de propriedades, se é que elas existem, que acompanhe a propriedade-direito em todo e qualquer contexto feito atual.

Que estes são projetos teóricos diferentes pode ser visto pelo fato de que eles têm de utilizar métodos distintos, o primeiro *a posteriori*, o segundo *a priori*.

Olhe novamente para a matriz da "água". Eu disse que água e H₂O possuem a mesma distribuição em todo e qualquer contexto feito contrafactual. Ocorre que pode ser claramente percebido pela matriz em questão que eu só pude dizer isto porque descobrimos que o

¹⁴ Olhe para a linha da matriz e perceba que, em cada linha, temos a representação de uma função constante.

¹⁵ Olhe para a diagonal da matriz e perceba que ela não representa uma função constante.

¹⁶ É a lição que extraio de Jackson (2009, p. 101 e seguintes) e Chalmers (2006).

contexto no qual estamos de fato inseridos é o contexto H₂O (Ch₂O). Ou seja, para que eu pudesse afirmar que um determinado conjunto de propriedades possui a mesma distribuição da propriedade-água em todo contexto feito contrafactual eu tive que saber (mas não só isso) como o contexto no qual estou inserido de fato é e, por isto, trata-se de um empreendimento teórico *a posteriori*. O mesmo não acontece com o conjunto de propriedades que acompanha a propriedade em todo e qualquer contexto feito atual. Neste último caso eu não preciso saber qual é o contexto que estou de fato inserido e, por isso, trata-se de projeto teórico *a priori*.¹⁷

Feitas estas qualificações sobre a ideia de que um projeto teórico pela natureza do direito possa ser compreendido como um projeto por um conjunto de propriedades, puramente descritivas, que acompanhe a distribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto, não mais nos assombra o fato de que, a despeito da equivalência na distribuição, elas possam ser atribuídas de diferentes maneiras num contexto qualquer c.

Isto se explicaria pela existência de assimetrias entre molidade e razão, assim, apesar de uma pretendida equivalência metafísica entre a propriedade-direito e (P₁...P_n), elas podem ser conceitualmente diferentes.

6 O argumento histórico contra a existência de um (P₁...P_n) que acompanhe a propriedade-direito em todo e qualquer contexto

Olhando para a prática adjudicatória e para a história da teoria analítica, podemos constatar com frequência, para as eventuais hipóteses representativas de possíveis candidatos à natureza do direito, isto é, para possíveis (P₁...P_n) fornecidos por diferentes vertentes da Jurisprudência analítica, que a distribuição de (P₁...P_n) é diferente da distribuição da propriedade-direito em algum contexto, sendo que, se este é o caso, por definição, os conjuntos de propriedades em questão não podem nos fornecer a identidade do direito.

Imagine, por exemplo, que uma hipótese sobre a identidade da propriedade-direito, isto é, sobre o conjunto de propriedades que explicaria a distribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto, seja a seguinte: a distribuição da propriedade-direito num

¹⁷ Existe uma discussão interminável sobre se o método próprio da Jurisprudência analítica, enquanto projeto teórico pela natureza do direito, é *a priori* (análise conceitual) ou *a posteriori*. Consulte, por exemplo, MARMOR (2012). Não entrarei nesta discussão no presente artigo. Apenas quero chamar a sua atenção para o fato de que, dependendo daquilo que se esteja buscando, o método a ser empregado pode, ou talvez deva, variar.

contexto qualquer é explicada pela sua adequação a um texto para o qual um determinado número de pessoas qualificadas disseram "sim". Num contexto determinado, algo não é direito a despeito de estar adequado a um texto para o qual um determinado número de pessoas qualificadas disseram "sim". Logo, a adequação de um fato a um texto para o qual um determinado número de pessoas qualificadas disseram "sim" não nos fornece a natureza da propriedade-direito. Repita o procedimento para outras hipóteses sobre um conjunto de propriedades que se pretenda fornecer como sendo a identidade do fenômeno jurídico e você verá que o mesmo acontecerá, isto é, num contexto qualquer a propriedade-direito e o conjunto de propriedades em questão possuirão diferentes distribuições, ou seja, algo será direito sem ser aquele conjunto de propriedades ou vice-versa, portanto, tal conjunto de propriedades não poderá ser tido como a natureza da propriedade-direito.

O argumento explicitado acima funciona da seguinte maneira: tome um século de teorias jurídicas que pretendam nos fornecer a natureza do direito ou tome séculos e séculos de prática adjudicatória, olhando para um e/ou para outro não conseguimos extrair um conjunto de propriedades sequer que possa explicar a distribuição da propriedade direito em todo e qualquer contexto, noutros termos, não conseguimos extrair um conjunto de propriedades sequer tal que a sua distribuição acompanhe a distribuição da propriedade-direito, *i.e.*, para todas as propriedades (P1...Pn) que se pretendeu qualificar de natureza do direito, há algum fato que é direito e não é (P1...Pn).¹⁸

É importante observar, contudo, que a despeito de que este tipo de argumento possa ser tomado como um indício de que não exista um conjunto de propriedades, puramente descritivas, que acompanhe (explique) a distribuição das propriedades jurídicas em todo e qualquer contexto, noutros termos, um indício de que não existe uma natureza do direito no sentido mencionando até aqui, ele não pode, obviamente, ser tomado como um argumento definitivo neste sentido. O problema aqui não é outro senão que as propriedades levadas em conta podem, simplesmente, serem as propriedades erradas.

¹⁸ Os famosos casos citados por Dworkin, nos primeiros capítulos de *Law's Empire*, podem ser tomados como instâncias de argumentos neste sentido. Tome, a título de exemplo, o "The Snail Darter Case" (DWORKIN, 1986, p. 20 e seguintes).

7 O argumento da possibilidade de ocorrência de divergências jurídicas efetivas contra a existência de (P1...Pn)

Tomando por base o que ficou dito no item anterior, se os anti-positivistas quiserem um argumento efetivo contra a empreitada teórica de busca pela natureza do direito, concebida como a busca por um conjunto de propriedades (P1...Pn) que acompanhe a distribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto possível, então eles precisam mostrar, não que dado uma, ou mil, (P1...Pn) algo pode ser direito sem ser (P1...Pn) num contexto *c*, mas sim que, para todo e qualquer (P1...Pn) algo pode ser direito sem ser (P1...Pn) em algum contexto *c*.

Um dos argumentos mais famosos neste sentido é o de que, com frequência, dois sujeitos empregam o mesmo conceito de direito e divergem sobre o critério de atribuição da propriedade-direito. Aliás, seria justamente esta possibilidade que nos permitiria fazer sentido da existência de divergências jurídicas efetivas, *i.e.*, nos permitiria admitir que quando sujeitos competentes divergem sobre a atribuição da propriedade-direito num dado contexto *c*, eles não estão simplesmente "jogando conversa fora".

O argumento comporta interpretações diversas, geralmente destinadas a comprovar a tese de que o conceito de direito, enquanto conceito interpretativo, não pode ser dado por um conjunto de propriedades, puramente descritivas, que explique a sua atribuição em todo e qualquer contexto, ou seja, como diz Dworkin¹⁹, não existe um "teste definitivo" para o direito.

Para entendermos esta crítica devemos primeiramente lembrar que o positivismo jurídico subscreve, além da tese da separação, a tese do direito como fato. Segundo esta tese, a existência jurídica (validade) poderia ser reconduzida a um fato, a saber, um consenso entre os operadores do direito sobre uma regra que, em última instância, justificaria as atribuições jurídicas.

Muito bem, segundo a ideia que defendi até aqui, falar em natureza do direito é buscar um conjunto de propriedades que acompanhe a atribuição da propriedade jurídica em todo e qualquer contexto. Associando isto à ideia do direito como fato, temos que a existência

¹⁹ Consulte DWORKIN (2011, pp. 158-170).

jurídica de (P1...Pn), enquanto regra de justificação de atribuições jurídicas, advêm de um consenso dos operadores do direito acerca de (P1...Pn).

Ocorre que, não raro, dois sujeitos conceitualmente competentes no conceito de direito, dois juízes de um Tribunal, por exemplo, empregam o mesmo conceito de direito e, ao mesmo tempo, diferem se um fato/ato qualquer é direito num determinado contexto *c*.

Tal constatação, que é um fato facilmente observável pelo operador do direito, parece conflitar com a ideia de que a identidade do conceito de direito possa ser dada por um conjunto de propriedades (P1...Pn), não jurídicas e não valorativas, que acompanhe a atribuição da propriedade-direito nos mais diferentes contextos. Isto é assim porque, se admitimos a existência de tal conjunto e subscrevemos a tese do direito como fato, então, dois sujeitos que compartilhassem o mesmo conceito de direito num determinado contexto *c* teriam de partilhar a mesma regra de atribuição da propriedade-direito em *c*.

Na sua forma mais simples, este argumento não tem qualquer relevância séria. Não há nada de especial no fato de que dois sujeitos estejam empregando um mesmo conceito *e*, ao mesmo tempo, divergindo sobre a atribuição de uma determinada propriedade *P* num dado contexto *c*. Mais do que isto, tal fato passa longe de ser uma nota característica dos conceitos valorativos.

Tome um tipo natural como água e imagine dois sujeitos, *s1* e *s2*. Suponha que *s1* e *s2* concordem, independentemente de qual seja o contexto em que estejam inseridos, ou seja, independentemente de qual é o contexto atual ou de como o mundo de fato é, que algo é água neste contexto *c* tão somente quando é a substância insípida, inodora e incolor que cai do céu na forma de chuva, preenche rios, lagos e mares etc. Noutros termos, *s1* e *s2* possuem o mesmo conceito de água.

Voltemos agora a 1750, é dizer, antes do desenvolvimento da química, *s1* e *s2* podem muito bem continuar empregando o mesmo conceito de água e divergirem sobre se um ente qualquer neste contexto é água, ou seja, divergirem sobre a atribuição da propriedade-água neste contexto. Para tanto, basta que *s1* e *s2* divirjam sobre como é o mundo que eles habitam, isto é, basta que *s1* acredite que, no mundo que ele e *s2* habitam, a substância que preenche rios, lagos e mares, cai do céu na forma de chuva etc. é H₂O, enquanto *s2* acredite que, no mundo que ele e *s1* habitam, a substância que preenche rios, lagos e mares etc. é XYZ.

É errôneo, portanto, imaginar que a possibilidade de que dois sujeitos empreguem o mesmo conceito e apliquem diferentes critérios de atribuição de uma propriedade seja uma característica do direito, enquanto conceito interpretativo.

Da mesma forma, também parece errôneo imaginar que a Jurisprudência analítica, enquanto projeto teórico pela natureza do direito, não possa explicar a ocorrência de divergências jurídicas em situações de convergência conceitual. Afinal, dois sujeitos, s1 e s2, podem muito bem empregar o mesmo conceito de direito e divergirem sobre a atribuição da propriedade-direito num contexto qualquer c, para tanto, basta que eles possuam diferentes crenças sobre como de fato é o contexto em que estão inseridos.

Por exemplo, dois sujeitos podem concordar que algo é direito somente quando contribui para a diminuição da criminalidade na sociedade e, neste sentido, s1 e s2 possuem o mesmo conceito de direito. Não obstante isto, s1 e s2 poderiam muito bem discordar, num dado contexto c, sobre se a pena de morte é direito, para tanto, bastaria que s1 e s2 possuíssem crenças diferentes sobre como de fato é o contexto no qual estão inseridos, isto é, basta que um deles, e não o outro, acreditasse que c é tal que a pena de morte possua a propriedade de contribuir para a diminuição da criminalidade. Neste caso, s1 e s2 divergem sobre como o mundo de fato é e isto explicaria a divergência jurídica existente entre eles.

Ocorre que o argumento da divergência em situações de compartilhamento conceitual pode assumir uma versão para a qual a resposta acima não é adequada. Falo do argumento da persistência da possibilidade de divergência²⁰ jurídica.

O argumento da persistência da possibilidade de divergências jurídicas nos diz o seguinte: o direito é um conceito interpretativo e, enquanto tal, não pode ser identificado com um conjunto de propriedades, não jurídicas e não valorativas, que explique a sua distribuição em todo e qualquer contexto. Prova disto é que dois sujeitos podem concordar sobre tudo o que há para saber, em termos fáticos, sobre um dado contexto c e, ainda assim, divergirem significativamente sobre a distribuição da propriedade-direito em c, ou seja, empregar o mesmo conceito e divergir sobre a distribuição da propriedade-direito em c.

No argumento da persistência da possibilidade de divergência acrescenta-se o pressuposto de que os sujeitos em questão sabem e concordam sobre tudo o que há para saber sobre a conformação fático-descritiva de c. Sendo assim, a ocorrência de divergências jurídicas, isto é, as diferentes atribuições da propriedade-direito em c não podem ser

²⁰ Sobre o argumento da persistência da divergência em seara moral consulte ENOCH (2009).

explicadas pelo fato de que s1 e s2 possuem diferentes crenças sobre como é, descritivamente falando, o contexto no qual estão inseridos.

Por exemplo, acrescente ao exemplo anterior que s1 e s2 concordam sobre tudo aquilo que há para saber sobre a conformação fática do contexto no qual estão inseridos. Ou seja, eles empregam o mesmo conceito de direito e, ainda assim, divergem sobre a conformação jurídica de c, isto é, discordam relativamente a pelo menos uma atribuição da propriedade-direito em c. Se este é o caso, então a divergência jurídica entre eles não pode ser explicada por uma divergência fática, isto é, tem de haver algo mais na atribuição da propriedade-direito, ou no conceito de direito, para além de uma informação de que um contexto qualquer c tem uma dada conformação fática. Só esta conclusão nos permitiria fazer sentido da ocorrência de divergências jurídicas em situações de concordância fática.

O argumento possui, contudo, um problema. Não é verdade que uma visão descritiva do conceito de direito, é dizer, a ideia de que o conceito de direito possa ser dado por um conjunto de propriedades, puramente descritivas, que acompanhe a atribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto, não possa explicar a ocorrência de divergências jurídicas em situações de convergência fática. Aliás, a explicação, além de simples, parece intuitivamente correta.

A explicação é a seguinte: dois sujeitos, s1 e s2, conceitualmente competentes e plenamente informados faticamente, podem muito bem divergir sobre a atribuição da propriedade-direito num contexto, c, relativamente ao qual concordem sobre a sua distribuição fática. Basta, para tanto, que se perceba que, não raro, a atribuição da propriedade-direito por s1 e/ou s2 a um fato qualquer x está sujeita a fatores/influências as mais diversas. Por exemplo, s1 ou s2 (ou ambos) pode deixar de levar algum fato relevante para a atribuição da propriedade-direito no contexto em questão, s1 ou s2 (ou ambos) pode cometer alguma inconsistência de raciocínio, s1 ou s2 (ou ambos) pode levar algum interesse (da classe ou grupo ao qual pertença) em conta e simplesmente desprezar que outros grupos também têm interesses relevantes para a atribuição da propriedade-direito no caso em questão. Resumindo: s1 ou s2 (ou ambos), a despeito de completamente informados em termos fáticos, podem divergir sobre a atribuição da propriedade-direito em c, para tanto, basta que cometam algum vício de raciocínio.

Que esta é uma boa explicação pode ser percebido pelo fato de que os profissionais do direito deparam-se diuturnamente com eventos neste sentido.

Imagine que você alegue, em objeção de pré-executividade, a ocorrência da prescrição do título (cédula rural pignoratícia) sobre o qual o processo de execução está assentado. Assim o faz sob o fundamento de que, apesar de o exequente ter distribuído a ação dentro dos três anos após o seu vencimento (prazo de prescrição do título em questão), ele demorou mais de cinco meses simplesmente para distribuir a precatória de citação do executado e mais de um ano para fazer prova da mera distribuição, sendo que, ao proceder desta forma, violou, só por isso e por sua única desídia, todos os prazos para a promoção do ato citatório previstos no artigo 219 do Código de Processo Civil, devendo ser aplicada a consequência prevista no parágrafo quarto do mesmo artigo, qual seja, a prescrição é interrompida com a citação ela mesma e não com a distribuição da ação. O juiz de primeiro grau não reconhece a prescrição. Você interpõe agravo de instrumento e o Tribunal de Justiça do seu estado também não reconhece a prescrição na espécie, alegando que, como o exequente distribuiu a ação dentro dos três anos, contados do vencimento do título, a prescrição deve ser considerada interrompida neste momento, de forma que não se poderia reconhecer a prescrição na espécie haja vista que a demora na citação ocorreu por mecanismos inerentes ao poder judiciário. O Tribunal simplesmente não se manifesta sobre o fato alegado por você de que o Exequente, a despeito de ter distribuído a ação dentro dos três anos, demorou, por sua única desídia e independentemente de qualquer mecanismo da justiça, cinco meses para distribuir a precatória de citação e mais de um ano para fazer prova desta mera distribuição, bem como não se manifestou sobre qual a relevância que isto teria para a questão da retroação da interrupção da prescrição à data da propositura da ação e da ocorrência, ou não, da prescrição na espécie.

Você e o Tribunal de justiça estão falando da mesma coisa, da atribuição da propriedade-direito a um fato específico num contexto concreto, estão de acordo sobre os fatos da causa e, mesmo assim, estão divergindo sobre a atribuição da propriedade-direito e estão divergindo sobre o valor de verdade da proposição "É direito que a interrupção da prescrição retroaja à data da propositura da ação". Você pensa que a proposição é falsa, o Tribunal que ela é verdadeira. A divergência entre você e o Tribunal advém, não do fato de que vocês têm diferentes crenças sobre a conformação fática da situação, mas sim, do fato de que o Tribunal simplesmente se negou a atribuir relevância para um fato específico, julgando como se ele não existisse. Ou seja, o Tribunal de Justiça cometeu um vício de raciocínio, a saber, deixou de fora um fato relevante para o julgamento da causa. Situações assim são tão comuns no dia-a-dia do profissional do direito que possuímos expedientes processuais

previamente disponibilizados pelo legislador para enfrentar estes desvios no raciocínio jurídico, por exemplo, os embargos de declaração.

Resumindo: a ideia de que o conceito de direito seja dado por um conjunto de propriedades, não jurídicas e não valorativas, que acompanhe a atribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto pode lidar muito bem com a existência de divergências jurídicas entre sujeitos que compartilham o mesmo conceito de direito, seja porque tais sujeitos, apesar de compartilharem o conceito de direito, podem possuir diferentes crenças sobre a conformação fática do contexto no qual estão inseridos e, ainda que compartilhassem as crenças sobre a conformação fática de c, seria perfeitamente explicável que atribuíssem diferentes conformações jurídicas a referido contexto, para tanto, bastaria que cometessem algum desvio de raciocínio (incongruências; inconsistências; deixassem de considerar algum fato relevante para a atribuição; se deixassem levar por interesses espúrios etc.).

Poder-se-ia pensar, contudo, que ainda existe um problema a ser explicado por aqueles que pensam que o conceito de direito possa ser dado por um conjunto de propriedades, puramente descritivas, que acompanhe a atribuição da propriedade-direito em todo e qualquer contexto possível. O leitor mais atento, sobretudo o profissional do direito, sabe que temos por muito comum a ocorrência de divergências jurídicas não apenas entre sujeitos competentes no conceito de direito, nem apenas entre sujeitos competentes no conceito de direito, perfeitamente informados sobre a conformação fática de um contexto qualquer e cujas crenças relativas a tal conformação sejam convergentes, mas, também, entre sujeitos que, além disto tudo, não são ditos como cometendo algum desvio de raciocínio.

Tome novamente a situação mencionada acima. Temos por perfeitamente possível, e isto parece mesmo algo enraizado na alma do operador do direito, que o Tribunal de Justiça, ainda que corrigisse a sua omissão após a oposição dos embargos declaratórios, ou que fosse forçado a fazê-lo pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de Recurso Especial, poderia muito bem continuar divergindo de você sobre a atribuição da propriedade-direito, é dizer, ainda que corrigido o vício de raciocínio, você e o Tribunal poderiam continuar divergindo juridicamente.

Na verdade, são incontáveis as demandas levadas aos tribunais superiores nas quais toda matéria fática está (em tese) elucidada e todos estão (em tese) de acordo sobre a conformação fática da situação e, não obstante isto, os juízes divergem sobre a atribuição

jurídica sem que se diga que um ou alguns deles estejam sendo irracionais, no sentido de que estejam violando algum dos ditames impostos pela razão.

Por exemplo, se observamos um julgamento no STF sobre a possibilidade jurídica de interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo, a despeito da posição pela impossibilidade jurídica ter sido minoritária, dificilmente dizemos que os dois ministros que a adotaram tenham cometido algum desvio de raciocínio.

Tanto parece que não temos posições minoritárias (vencidas) como sendo irracionais que não é raro a seguinte situação: uma mesma conformação fática c , um mesmo tribunal com a mesma composição, e c recebe uma dada conformação jurídica num momento t , de acordo com a posição majoritária do referido tribunal em t , e, noutro momento t_1 , c recebe uma conformação jurídica que está de acordo com a posição que era minoritária em t .

Sendo que, quando situações assim ocorrem, nós, operadores do direito, dificilmente as qualificamos como situações em que o tribunal em questão estava errando em t e passou a não errar em t_1 , ou vice-versa, mas sim, como uma situação na qual a instituição em questão passou a ter uma diferente atitude (passou a valorar de maneira diferente do que fazia em t) relativamente à conformação fática em questão. Logo, a distribuição da propriedade-direito num contexto qualquer c parece não envolver tão somente a distribuição das propriedades descritivas em c .

Este emaranhado de argumentos parece, de fato, possuir algum apelo intuitivo, contudo, por outro lado, há algo de equivocado no mesmo. Penso que a ideia de que haja a possibilidade de que sujeitos competentes no conceito de direito: a) empreguem o mesmo conceito; b) saibam tudo o que há para saber sobre a conformação fática de um contexto qualquer c ; c) tenham crenças fáticas convergentes sobre c ; d) não se deixem levar por algum desvio no raciocínio; e e) atribuam diferentes conformações jurídicas a c ; é uma ideia equivocada.

A ocorrência de situações nas quais "a", "b", "c", "d" e "e" sejam verdade, implica a possibilidade de que o STF atribua a propriedade-direito a um fato qualquer x em t_1 e, logo em seguida, deixe de atribuí-la a um fato y , onde x é semelhante a y em todos os aspectos relevantes. Esta é, contudo, uma posição altamente contraintuitiva. Não admitimos que o STF possa fazer isto.

Noutros termos, a posição segundo a qual situações nas quais "a", "b", "c", "d" e "e" podem ocorrer consegue, de fato, explicar como culturas diferentes, ou a mesma cultura em

diferentes momentos no tempo, podem divergir sobre a distribuição da propriedade-direito sem divergir faticamente e sem cometer algum desvio de raciocínio, contudo, ela faz isto acarretando uma consequência inaceitável, a saber, a não vedação de tratamento jurídico diferente à situações faticamente idênticas, o que parece ser o mesmo que negar aquilo que está na base de sustentação de toda a racionalidade jurídica.

Assim, se fôssemos realmente levar a sério a possibilidade de situações em que "a", "b", "c", "d" e "e" seja o caso, então teríamos de abandonar a própria ideia de que as atribuições jurídicas são racionalizáveis, o que seria contrário à outra forte intuição, qual seja, de que existem respostas certas para os problemas jurídicos.

É por estas razões que, ao invés de imaginar que o conceito de direito possua algo de especial, para além e irreduzível à dimensão puramente descritiva do mundo, o que parece implicar a consequência mencionada acima, penso que seria melhor perceber que atribuições jurídicas diferentes em situações fáticas iguais são possíveis, para tanto basta que existam crenças divergentes sobre como o mundo é, ou que algum desvio de raciocínio seja cometido. Se nenhum destes é o caso, então estamos falando de diferentes conceitos de direito.

8 Conclusão

A Jurisprudência analítica pode ser concebida como uma empreitada teórica pela natureza do direito. Falar em natureza do direito é falar num conjunto de propriedades, não jurídicas e não valorativas, que tudo aquilo que é direito tem de ter se é para ser direito. Deve-se perceber, contudo, que este projeto teórico pode significar duas empreitadas distintas, dependendo de se se pretende explicitar o conjunto de propriedades que fornece a natureza do conceito de direito (projeto teórico *a priori*) ou o conjunto de propriedades que fornece a essência do fenômeno jurídico (projeto teórico *a posteriori*).

O argumento da ocorrência de divergências jurídicas em situações de convergência conceitual pretende lançar dúvidas sobre a ideia de que o conceito de direito possa ser dado por um conjunto de propriedades puramente descritivas que acompanhe a sua atribuição em todo e qualquer contexto. Alega-se que tal ideia, associada à tese do direito como fato, é incompatível com a ocorrência de referidas divergências.

O argumento parece ser inválido, afinal, dois sujeitos empregando o mesmo conceito, isto é, o mesmo conjunto de propriedades, (P1...Pn), puramente descritivas e que regule a atribuição da propriedade-direito nos mais diferentes contextos, podem muito bem divergir juridicamente num contexto c, para tanto, basta que possuam diferentes crenças sobre como é a conformação fática do contexto em questão.

Existe, contudo, uma versão mais forte do argumento, o da persistência da possibilidade de divergência jurídica, que nos diz que ainda que os dois sujeitos competentes no conceito convergissem faticamente, eles poderiam continuar a divergir juridicamente. Isto também não representa qualquer problema, afinal, a ocorrência de tais divergências seria resultado de um desvio de raciocínio cometido pelos sujeitos em questão.

A única divergência efetiva, entre sujeitos competentes no conceito de direito, que um projeto teórico pela natureza do direito, como vem sendo concebido neste artigo, não consegue explicar é aquela existente entre sujeitos competentes, que convirjam faticamente e não estejam cometendo desvios de raciocínio. Neste caso os sujeitos teriam de estar empregando diferentes conceitos de direito.

Outra alternativa seria pensar que, neste último caso, os sujeitos em questão continuam empregando o mesmo conceito e que tal conceito possui algo de especial e irreduzível à dimensão meramente descritiva do mundo.

Há que se perceber, contudo, que esta alternativa colocaria em sério risco a própria racionalidade jurídica.

On the nature of law and the occurrence of legal disagreements

Abstract: There is an ongoing debate between legal positivists and non-positivists about the interpretative (evaluative) nature of the concept of law and its implications for the possibility and usefulness of analytical jurisprudence. One of the central topics of this debate is the reductionist character of legal positivism. In this article, I adopt the view that to conceive legal positivism as reductionist is to take it as a theoretical project that seeks to explicitate a set of properties, (P1...Pn), where "P1", "P2", "P3" ... "Pn" are purely descriptive properties and (P1...Pn) has the same distribution (attribution) of "the law-property" in any possible

context. Once I have done that, I deal with one of the biggest problems suggested by Dworkin, namely, the irreducibility of the concept of law, as an interpretative (evaluative) concept, to the purely descriptive dimension of the world. In order to do that, I challenge the well known Dworkin's argument that a descriptive theory of law would not be able to explain the occurrences of legal disagreements between conceptually competent subjects. I argue that the argument is false since legal positivism, as characterized in this article, can explain the occurrences of legal disagreements between conceptually competent subjects. When this is not the case, adopting the position that the concept of law is in some way special, i.e., that its nature is irreducible to the purely descriptive dimension of the world, would lead us to the terrible consequence of being forced to admit, within the same context, the possibility of different legal attributions to factually equal situations. However, being ready to admit the aforementioned consequence would be the same as being ready to give up one of the foundations of legal rationality itself.

Keywords: Analytical jurisprudence. Reductionism. Evaluative concepts. Legal disagreements.

REFERÊNCIAS

CHALMERS, David. The Foundations of Two-Dimensional Semantics. In: GRACIA-CARPINTERO, Manuel; MACIA, Josep. (Eds). **Two-Dimensional Semantics: Foundations and Applications**. New York: Oxford University Press, 2006. p. 55-140.

CHISHOLM, Roderick. Identity Criteria for Properties. **The Harvard Review of Philosophy**, Cambridge, v. 2, p. 14-16, spring 1992.

COLEMAN, Jules. Negative and Positive Positivism. In: **Markets, Morals and The Law**. New York: Oxford University Press, 2003. p. 3-27.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Massachusetts: The Belknap Press, 2011.

_____. **Law's Empire**. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

ENOCH, David. How is Moral Disagreement a Problem for Realism?. **The Journal of Ethics**, v. 13, n. 1, p. 15-50, mar. 2009. **crossref** <http://dx.doi.org/10.1007/s10892-008-9041-z>

JACKSON, Frank. A priori biconditionals and metaphysics. In: BRADDON-MITCHELL, David; NOLA, Robert (eds). **Conceptual Analysis and Philosophical Naturalism**. Massachusetts: The MIT Press, 2009. p. 99-112.

KRIPKE, Saul A. **Name and Necessity**. Oxford: Basil Blackwell, 1981.

MARMOR, Andrei. Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence). **USC Legal Studies**, Los Angeles, v. 12, n. 2, p. 1-26, jan. 2012.

PUTNAM, Hilary. The meaning of meaning. In: **Mind, Language and Reality (Philosophical Papers)**. New York: Cambridge University Press, 1979. v. 2. p. 215-271.

RAZ, Joseph. Pode Haver uma Teoria do Direito?. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Tradução Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 69-99.

SHAPIRO, Scott J. What is Law (and Why Should We Care)?. In: **Legality**, Massachusetts, Belknap Press, p. 1-34, 2013.

□ Recebido: março/2014. Aprovado: maio/2014.