

Teoria do direito e avaliação moral: o *insight* de Julie Dickson

Theory of law and moral evaluation: the insight of Julie Dickson

Paulo Sérgio Ribeiro Sobrinho*
Katya Kozicki**

Resumo

No presente artigo nos preocupamos com a reflexão em torno da disputa teórica a respeito de ser possível a teorização do direito livre de avaliações morais, o que fazemos com dois objetivos centrais: (i) demonstrar que o modo corrente com que o tema é tratado oculta importantes considerações a respeito dessa disputa e (ii) tanto expor como justificar a tese das avaliações indiretas de Julie Dickson como um *flanco* de viabilidade de projetos teóricos dessa natureza. Exploramos na primeira parte do texto, de maneira breve, as contribuições de Hart em torno da questão metodológica da teoria do direito. Na segunda parte, introduzimos as contribuições de Julie Dickson e enfatizamos as distinções analíticas feitas por ela sobre o papel da avaliação na abordagem teórica do direito. Por fim, abordamos a sua contribuição original ao assunto, a nominada “tese das avaliações indiretas”, e defendemos, na conclusão, que existe *espaço* no território metodológico para teorias que partam de avaliações indiretas sobre o direito.

Palavras-chave: Teoria do direito. Julie Dickson. Positivismo jurídico. Avaliação.

Abstract

In the present article we are concerned with the reflection around the theoretical dispute as to whether the theorization of the free right of moral evaluations is possible, what we do with two central objectives: (i) demonstrate that the current way in which the subject is handled hides important considerations regarding this dispute and ii) both to expose and justify the thesis of indirect evaluations of Julie Dickson as a feasibility flank of theoretical projects of this nature. We explored in the first part of the text, briefly, the contributions of Hart on the methodological question of the theory of law. In the second part, we introduce the contributions of Julie Dickson and emphasize the analytical distinctions made by her on the role of evaluation in the theoretical approach to law. Finally, we address its original contribution to the subject, the so-called “indirect assessment thesis”, and we hold, in conclusion, that there is space in the methodological territory for theories based on indirect assessments of law.

Keywords: Theory of law. Julie Dickson. Legal positivism. Evaluation

1 Introdução

No presente artigo abordamos uma questão metodológica cara à Teoria do Direito: a possibilidade da descrição do seu objeto livre de avaliações morais. A importância teórica desse tipo de abordagem se justifica quando pensado o debate que comporta, de um lado, o Positivismo Jurídico (PJ) como teoria comprometida com tal possibilidade e, de outro, as críticas endereçadas por teorias rivais de que tal projeto não é possível (BOBBIO, 1995; BIX, 2000). Portanto, discutir a viabilidade da descrição do direito livre de avaliações morais é também discutir a viabilidade do próprio PJ na sua face metodológica.

Mas afinal, quando falamos de um estudo não valorativo do Direito, do que realmente estamos falando? É possível descrever o Direito sem que isso implique qualquer tipo de avaliação moral? Uma teoria moralmente desengajada consegue dar conta de adequadamente explicar o fenômeno jurídico?

* Mestrando na Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da mesma instituição. Santa Catarina - PR - Brasil. E-mail: pauloribeirosobrinho@hotmail.com

** Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professora Associada da Universidade Federal do Paraná, Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito. É pesquisadora (bolsista de produtividade em pesquisa) do CNPq, nível 2. Santa Catarina - PR - Brasil. E-mail: kkozicki@uol.com.br
Pesquisa financiada através de bolsa de produtividade em pesquisa - edital bolsas no país, produtividade em pesquisa, PQ 2014/CNPq.

São perguntas como essas que tomaremos como problema no presente texto e, lançando mão especialmente da contribuição de Julie Dickson em *Evaluation on Legal Theory* (2001), temos como objetivo principal demonstrar que se deve abandonar o tratamento simplificado e corrente que se tem dado a esse tema.

Conforme apontou Brian Bix (2003) em uma elogiosa resenha sobre o livro de Dickson, constitui um dos méritos da obra trazer à superfície assuntos que estavam escondidos sob uma discussão singela em termos de uma teoria ser descritiva ou normativa, sem dar a devida importância ao uso (e papel) da avaliação na teorização do direito.

Ainda, mesmo de modo secundário, o artigo pretende expor e justificar a razão pela qual a *'tese das avaliações indiretas'*, - notadamente a contribuição original de Dickson à discussão -, consiste em um bom argumento para vislumbrar a possibilidade de projetos teóricos que não impliquem na avaliação moral do direito.

Por meio do método analítico e do uso de investigação bibliográfica, o itinerário do texto se apresenta da seguinte forma. Na primeira parte, visitaremos a obra de H. L. A. Hart, *"O Conceito de Direito"* (1994). A Teoria do Direito conheceu na obra de Hart um livro que renovou, por completo, tradicionais questões disputadas pelos teóricos da área. Dentre tais questões, a pergunta pela natureza da teoria do direito foi extremamente revigorada pelas ideias hartianas.

Contudo, se de um lado é correto afirmar que Hart protagonizou uma *virada metodológica* no estudo dessa prática (LAMEGO, 1990; MACEDO JÚNIOR, 2013a e 2013b), de outro, mesmo diante das críticas de Ronald Dworkin em *Taking Rights Seriously* (1977) e em *Law's Empire* (1986), Hart continuou defendendo que sua teoria não tinha um caráter justificador ou avaliativo, e que não necessariamente uma teoria do direito que adequadamente buscasse compreender esse objeto teria de guardar esse aspecto (HART, 1994b).

Abordaremos as contribuições de Julie Dickson na segunda parte do texto. Tendo em consideração o papel da avaliação na teorização do direito, a professora de Oxford enxergou três tipos de proposições metodológicas que colocam o papel da avaliação no centro da disputa a respeito da possibilidade de uma descrição do direito livre da avaliação moral, a saber, a (i) tese da avaliação moral, a (ii) tese da justificação moral e a (iii) tese das consequências morais benéficas. No artigo, pretendendo responder às perguntas acima levantadas, focamos atenção na tese da avaliação moral, em que destacadamente Dickson detém maior preocupação em seu livro, realizando uma interlocução com os trabalhos de Joseph Raz (2009) e John Finnis (1983).

Aproximando-se da conclusão, na terceira parte, abordaremos a *tese dicksoniana* de que é possível teorizar sobre o direito sem que para isso tenhamos de fazer avaliações morais sobre essa prática. Essa tese não apenas conflita com as concepções de que a avaliação moral necessariamente deve ser contada como critério de sucesso de qualquer teoria do direito, mas, como pretendemos demonstrar, sugere que positivistas acolham outro sentido do significado de 'avaliação', a fim de vislumbrar viabilidade à teoria que defendem.

Além disso, essa mudança de sentido a respeito de que tipo de avaliação é necessária para adequadamente explicar o direito, conforme compreendemos, é a sugestão de um renovado *round* de controvérsias no palco dessa tão conhecida disputa entre positivistas e seus respectivos rivais teóricos.

2 A virada metodológica de Hart e a crítica de Dworkin

O exame dos *insights* da teoria construída por Hart em *"O Conceito de Direito"* (1994) se revela um importante passo para compreender os debates relacionados ao estatuto do Positivismo Jurídico (PJ) e ao estatuto da teoria do direito em geral.

Hart, com a finalidade de aprofundar a compreensão do direito, da coerção e da moral, além de introduzir distinções entre hábitos e regras sociais, ressaltando a dimensão interna que essas últimas

possuem, também introduziu conceitos como ‘ponto de vista interno’ e ‘ponto de vista externo’, que impactaram diretamente a teoria jurídica contemporânea (KRAMER et al., 2008; MACEDO JÚNIOR, 2013a).

Tomando como ponto de partida a mesma ideia de obrigação jurídica das teorias que teve por alvo, - “onde há direito aí a conduta humana torna-se, em certo sentido, não-facultativa ou obrigatória” (HART, 1994, p. 92), - Hart tomou rumos distintos na tentativa de clarificar o quadro do pensamento jurídico ao fixar atenção no uso linguístico que fazemos quando estamos diante de uma obrigação jurídica (KOZICKI, 2014).

Tendo em conta as expressões “alguém foi obrigado a fazer algo” e “alguém tinha a obrigação de fazer algo”, Hart realizou ataques à concepção do direito como ordens coercitivas, demonstrando que na prática social do direito dizer que *alguém tinha a obrigação de fazer algo* independe de duas considerações, a saber, (i) dos sentimentos dessa pessoa de se sentir obrigada e (ii) do fato de que essa pessoa cumpriu com a obrigação imposta.

A crítica à teoria das ordens coercitivas seguiu-se quanto à figura do soberano habitualmente obedecido, uma vez que, para Hart, uma teoria desse tipo parte do princípio de que há alguém que, além de não obedecer a ninguém, emite ordens e é habitualmente obedecido (HART, 1994, p. 59). A crítica de Hart toma como central esse último aspecto e busca demonstrar que há diferenças entre ‘hábitos’, compreendidos como comportamentos regularmente convergentes, e ‘regras’, compreendidas como um padrão aceito pelos participantes da prática que por eles próprios é exigido observância. Segundo Hart (1994, p. 65), a distinção reside a partir da observação do ‘aspecto interno’ das regras:

Consiste naquilo que, ao longo deste livro, chamaremos o aspecto interno das regras. Quando um hábito é geral num grupo social, esta generalidade constitui simplesmente um fato relativo ao comportamento observável da maior parte do grupo. [...] Pelo contrário, para que uma regra social exista, alguns membros, pelo menos, devem ver no comportamento em questão um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo.

Para ilustrar o aspecto interno das regras, Hart se utilizou do exemplo do jogo de xadrez, dizendo que os jogadores de uma partida de xadrez não possuem apenas meros *hábitos semelhantes* em movimentar a *rainha* da forma que um observador externo, ignorante quanto às regras de movimentação das peças, pode observar. Hart (1994, p. 66) ressaltou que os jogadores de xadrez têm uma atitude *crítico-reflexiva* sobre esse comportamento e que essa atitude se manifesta em expressões como “eu não devia ter movido a rainha dessa forma”, “isso está bem” ou “isso está mal”.

Portanto, para Hart (1994, p. 94), quando dizemos que *alguém tinha a obrigação de fazer algo*, estamos fazendo uso de determinado padrão (regras) para ofertar crítica a determinada conduta e, nesses termos, “quando existem regras, os desvios delas não são simples fundamentos para previsão de que se seguirão reações hostis ou de que os tribunais aplicarão as sanções aos que as violem, mas são também razões ou justificção para tal reação e para aplicação de sanções”.

Contudo, é a introdução feita por Hart dos conceitos de *ponto de vista externo* e *ponto de vista interno* que guarda relação direta com o que seria a *virada metodológica* gerada por esse autor. A respeito dessa distinção, Hart observou que alguém, preocupado com as regras de uma sociedade, pode procurar observar os comportamentos dos indivíduos e se contentar em anotar a regularidade desses comportamentos e/ ou reações hostis. Esse observador, segundo Hart (1994, p. 98-99), estará apto a predizer com alguma medida de acerto quando um comportamento será enfrentado com uma reação hostil.

Porém, para o professor de Oxford, esse ponto de vista não capta de maneira adequada o uso que os indivíduos fazem das regras e o porquê de serem praticadas reações hostis a determinados comportamentos. Para ilustrar essa afirmação, Hart sugere o exemplo de alguém que se propõe observar um semáforo em uma rua de grande movimento, sem se dar conta do modo como os próprios indivíduos

compreendem e tratam as regras de trânsito e modificam o seu comportamento a partir da mudança de luz do semáforo.

Segundo Hart (1994, p. 99), esse observador “trata a luz apenas como um sinal natural de que as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um sinal de que virá a chuva”. Desse modo, não compreenderá que os cidadãos encaram aquelas luzes como razão para modificar suas respectivas ações (mover-se ou parar), isto é, fazem uso de um padrão de comportamento que impõe uma obrigação e que, caso não seja respeitada, será a justificativa para a prática de determinadas reações hostis. No caso do semáforo, caso avancem quando estiver a luz vermelha, por exemplo, indivíduos receberão multas ou sanções.

Ainda que a explicação de Hart (2013a e 2013b) sobre o conceito de ponto de vista interno e externo não tenha sido profunda, tem-se que ela representou verdadeiro avanço na Teoria do Direito ao significar que uma adequada teorização sobre o direito necessariamente tem de partir de um ponto de vista que seja o daqueles que estão sujeitos a essa prática.

Enfatizando o impacto da ideia hartiana sobre a teoria do direito, e mais em particular sobre o Positivismo Jurídico, Julie Dickson (2001, p. 24) observa que

Um dos grandes avanços na disciplina foi a insistência de Hart na importância de compreender as regras em busca de caracterizar o fenômeno jurídico a partir do ponto de vista daqueles que se sujeitam a elas, usando-as e aplicando-as. Esta mudança de ênfase iluminou toda uma gama de dados que foi inadequadamente tratada por versões anteriores do positivismo jurídico, que, mesmo em suas manifestações mais sofisticadas, oferecia caracterizações ‘externas’ do fenômeno jurídico. (Tradução livre).

Diante do avanço protagonizado por Hart, seria o caso então de nos perguntarmos se ele alcançou êxito no projeto que anunciou logo nas primeiras páginas de *O Conceito de Direito*, o de produzir uma teoria geral do direito que pretendia a clarificação do quadro do pensamento jurídico e não a crítica ao direito (HART, 1994. p. 01).

Hart acreditava que sim, e defendeu essa compreensão do seguinte modo: Adotar o ponto de vista interno não seria o mesmo que adotar o ponto de vista interno como participante da prática do direito. No pensamento do professor de Oxford seria possível adotar o ponto de vista interno a partir de uma *postura distanciada*, em que não se pretende fazer, por exemplo, juízos sobre a justiça dos padrões de comportamento aceitos, mas tão somente descrever quando tais padrões são aceitos pelos que participam dessa prática.

Hart possuiu um nobre e “obtusos” interlocutor. Ronald Dworkin, um crítico que escolheu a versão hartiana do Positivismo Jurídico (PJ) para demonstrar as fragilidades dessa teoria. Uma das razões para essa escolha, conforme o próprio Dworkin (1977, p. 19) manifesta, é a análise geral e mais elaborada do que são regras por parte de Hart com relação a teorias positivistas como as de Austin.

O conhecido “debate Hart-Dworkin”, dentre outras importantes questões como a da discricionariedade na adjudicação (SHAPIRO, 2007), põe em relevo a questão metodológica sobre quais aspectos uma teoria do direito possui (ou deve possuir) para lidar adequadamente com o seu objeto. Uma das críticas de Dworkin em *Law's Empire* (1986) consistiu em desafiar a viabilidade do que era defendido por Hart quanto à possibilidade de descrição neutra do direito. Conforme acentua Macedo Júnior (2013a, p. 180), para Dworkin, “os argumentos jurídicos que constituem a teoria do direito são inevitavelmente engajados e normativos.”

Após a morte de Hart, a sua resposta a Dworkin, editada por Bulloch e Raz, foi publicada.¹ Em sua primeira parte, Hart dedicou-se a responder o argumento de Dworkin, destacando que o seu objetivo com

¹ Nos aspectos biográficos da construção da resposta de Hart, é interessante observar a sua biografia: *A Life of Hart*, de Nicola Lacey (2004). Essa obra retrata acontecimentos que demonstram a intenção e preocupação de Hart em responder aos escritos anteriores de Dworkin já em 1980, e que, no ano de 1983, a resposta a Dworkin parecia, de certa maneira, ‘cristalizada’. Contudo, conforme conta Lacey (2004, p. 330), a publicação de *Law's Empire* de Dworkin, em 1986, mudou radicalmente a direção da resposta que Hart mirava.

a produção do livro *O Conceito de Direito* era oferecer uma teoria geral e *descritiva* do que é o direito, sendo o seu propósito meramente descritivo, e na medida em que moralmente neutro, não tinha qualquer intenção de justificação (HART, 1994, p. 300-301).

Diferentemente do projeto teórico de Dworkin, Hart entendeu que sua teoria nada tinha a ver com um projeto avaliativo sobre o direito de uma cultura particular e que não intentava disputar a elaboração de um empreendimento teórico com essa natureza. Contudo, Hart (1994, p. 305) tomou atenção na crítica dworkiniana de que a sua teoria era a representação de uma teoria também *interpretativa*.

Nesse ponto, o ataque de Dworkin centrou-se na questão de que para se teorizar sobre o direito se deve levar em conta a *perspectiva hermenêutica* de um modo diferente pelo qual concebeu Hart. (LAMEGO, 1990). Para Dworkin (1986), não há como se ter um relato adequado do direito a partir de um ponto de vista interno que não implique avaliação moral. Defendendo a viabilidade de uma teoria *geral e descritiva*, Hart (1994, p. 304) rejeitou por completo essa compreensão, sustentando que

Claro que um teorizador jurídico descritivo não partilha, ele próprio enquanto tal, a aceitação do direito desse modo por parte dos participantes, mas pode e deve descrever tal aceitação, como, de fato, tentei fazer neste trabalho. É verdade que, para esse objetivo, o teorizador jurídico descritivo deve compreender o que é adotar o ponto de vista interno e, nesse sentido limitado, deve estar apto a pôr-se, ele próprio, no lugar de uma pessoa de dentro do sistema, mas isso não é aceitar o direito, ou partilhar, ou sustentar o ponto de vista interno da pessoa de dentro, ou, de qualquer outro modo, renunciar à sua postura descritiva.

Alguns consideraram a resposta de Hart, de certo modo, limitada. E não apenas em razão de seu falecimento, que o impediu que a redigisse por completo, mas também pelo fato de que ela não enfrentou efetivamente a questão de que a crítica de Dworkin não se dava em termos de que se tratava de projetos teóricos distintos, - um de caráter descritivo e outro de caráter avaliativo -, mas que efetivamente não era possível um projeto teórico a respeito do direito que se dissesse moralmente desengajado (LACEY, 2004; MACEDO JÚNIOR, 2013a).

Notavelmente, a partir dessa interlocução entre Hart e Dworkin, se formou um verdadeiro *batalhão de teóricos* que tentaram formular defesas mais robustas do Positivismo Jurídico em seu aspecto metodológico e fornecer respostas que garantissem a exequibilidade de um projeto teórico que, ao se debruçar sobre o direito não necessitasse ceder à avaliação moral.

3 O terreno da Teoria do Direito

Julie Dickson (2001, p.1) é um dos nomes que pretendeu dar nova roupagem a esse debate. Em *Evaluation Legal Theory* (2001), a professora de Oxford se preocupou com a questão da natureza da teorização sobre o direito e, logo na página inicial de seu livro, as suas palavras foram as de que estamos diante de “um estudo metateórico ou metodológico sobre a teoria do direito.” (Tradução livre).

Ainda na parte inicial do livro, a autora procura situar o leitor em que *terreno teórico* o livro se encontra. Perguntando-se a respeito de qual é o ponto da Teoria do Direito (*What's the point of Jurisprudence?*), Dickson afirma que é característica da área a preocupação relacionada à natureza do direito, referindo esse termo às *propriedades essenciais* que um fenômeno social deve apresentar para ser considerado direito. Dickson não se detém muito nesse ponto, mas enfatiza um tipo de desafio que pode ser lançado a um empreendimento teórico que busque identificar essas ‘propriedades essenciais’.

Tal desafio consiste no argumento de que há certo *essencialismo* nesse tipo de reflexão em assumir que o direito possui(ria) ‘propriedades essenciais’. Porém, para Dickson, apenas se estipula que, se existem tais propriedades, então uma exitosa teoria do direito deve encontrá-las e explicá-las. Nas palavras de Dickson (2001, p.19), em defesa desse tipo de investigação analítica,

[...] uma vez que consideramos algo como sendo especial sobre certas formas de organização social que representamos como jurídicas, e dado que reconhecemos que, ao longo da história,

algumas formas de organização social ascenderam a sistemas jurídicos e algumas não, a única maneira em que podemos começar a investigar o que esta forma particular de organização social é e como ele difere de outros tipos de organização social é isolando e explicando as características que são constitutivas da mesma e que fazem ser o que é. (Tradução livre).

Diante dessas considerações, a autora questiona-se quais critérios, então, demarcam o sucesso de uma teoria do direito desse tipo. A resposta que Dickson dá a essa pergunta baseia-se nas concepções de Joseph Raz (2009), considerando uma exitosa teoria analítica do direito como contendo (i) proposições sobre o direito que são necessariamente verdadeiras e que também (ii) adequadamente expliquem a natureza do direito (DICKSON, 2001, p. 23). Um bom exemplo que Dickson nos fornece e que apresenta essas duas características é o 'ponto de vista interno' elaborado por Hart e já brevemente abordado nesse texto.

Tomando o exemplo de Hart quanto a um observador dos comportamentos de indivíduos diante de um semáforo, podemos, juntamente com Dickson, pensar que esse observador elabora uma proposição verdadeira ao dizer que os carros param quando a luz do semáforo fica vermelha. A proposição é notadamente verdadeira, contudo não abarca completamente a explicação da natureza do fenômeno, uma vez que não elucida a razão dos motoristas pararem seus respectivos carros quando o semáforo acende a luz vermelha. Assim, para explicar o fenômeno adequadamente é necessário dar atenção aos que os motoristas pensam a respeito dessa prática, à razão pela qual param o carro quando a luz vermelha acende.

Já o papel da avaliação da teorização do direito, de acordo com Dickson, ganha relevo quando os teóricos, a exemplo de Hart e Dworkin, a utilizam para o aferimento do sucesso de suas teorias. Nesse sentido, segundo suas palavras, a questão principal que norteia o seu trabalho é averiguar "[...] em que extensão, e em qual sentido, deve o teórico do direito fazer julgamentos avaliativos sobre o fenômeno que busca caracterizar em ordem a construir uma teoria do direito de sucesso" (DICKSON, 2001, p. 03, tradução livre).

A professora de Oxford enxerga que a discussão metodológica tem sido levada de modo muito simplificado quando se coloca que, de um lado, aqueles que defendem a possibilidade de uma teorização do direito que o descreva tal como ele é (*the is*), e, de outro, aqueles que possuem objetivo justificatório ou avaliativo, e então expõem o direito que deve ser (*ought to be*). Nesse ponto, a autora refere os trabalhos de Jeremy Bentham, Austin e também o trabalho de Hart como obras que acolheram a formulação da questão nesses termos. São autores que acolheram o que Dickson (2001, p. 08) denomina como a "*the is/ought distinction*".

Segundo Diácono (2001, p. 31), esse tratamento simplificado da questão é problemática por duas razões. Primeiro, divide a metodologia do estudo do direito em dois campos (descritivo e normativo), criando confusão e ofuscando importantes distinções teóricas que se situam em termos mais complexos. Segundo, para diferenciar teorias do direito dessa maneira, parte-se da ideia de que há dois tipos de empreendimentos teóricos possíveis: aqueles que são livres de toda e qualquer avaliação (*value-free*) e aqueles que são comprometidos com valores (*value-laden*).

A questão metodológica, expressa na pergunta "pode uma teoria ser livre de valores?", no entender de Dickson (2001, p. 08) pode ser mais bem compreendida demarcando-se as posições dos teóricos que a assumem ou a rejeitam. Diante disso, a professora de Oxford lança três tipos de proposições metodológicas que a sua análise percorre:

- (1) em ordem a entender o direito adequadamente, o teórico do direito deve avaliá-lo moralmente;
- (2) em ordem a entender o direito adequadamente, o teórico do direito deve compreender o direito como um fenômeno moralmente justificado;
- (3) julgamentos valorativos relacionados a consequências morais benéficas de expor determinada teoria do direito podem legitimamente fazer parte do critério para indicar o sucesso de teorias do direito.

A posição (1) é indicada pela autora como a “tese da avaliação moral”; a posição (2) é denominada de “tese da justificação moral” e a posição (3) é chamada de “tese das consequências morais benéficas” (DICKSON, 2001, p. 29). No capítulo 2 de seu livro, Dickson aborda a mencionada *tese da avaliação moral* a partir da interlocução com os trabalhos de John Finnis (1983) e Joseph Raz (2009).

Essa tese aduz que, em busca de entender o direito adequadamente, o teórico do direito deve avaliá-lo moralmente, e é tese que consideramos no presente artigo como a que coloca em tensão a principal controvérsia a respeito da viabilidade de teorias que reivindicam o estatuto de neutralidade ao descrever o fenômeno jurídico. É a partir também de tal tese que Dickson lança a sua contribuição original ao assunto.

3.1 O lugar da avaliação e o argumento de Finnis

O primeiro passo que Dickson (2001) dá ao analisar (e rejeitar) a *tese da avaliação moral* é compreender o sentido mais ‘*banal*’ em relação ao entendimento de que uma teoria do direito não pode ser livre de valores. Por esse sentido banal, a professora compreende que qualquer teoria busca endereçar seus argumentos com coerência e eficiência e, a partir daí, podem ser identificadas diversas virtudes, como simplicidade, elegância e compreensibilidade, nominadas pela autora como “valores metateóricos puros” (*purely meta-theoretical value-judgements*) (DICKSON, 2001, p. 32).

Tais valores, como explica a autora, estão presentes em qualquer teoria, e quando teóricos, a exemplo de Hart, classificam seus projetos como descritivos, estão dizendo que não há outra espécie de avaliação a não ser a relativa aos julgamentos valorativos nesse *aspecto banal*. Diante disso, não há muita razão em disputar a questão da neutralidade nesse sentido (*banal*), vez que todo e qualquer empreendimento teórico quer apresentar as virtudes acima mencionadas, fazendo seus autores disporem de julgamentos avaliativos dessa natureza.

Segundo Dickson (2001), há outro tipo de avaliação que mesmo aqueles que divergem sobre a necessidade de avaliações morais para adequadamente explicar o direito não parecem divergir. A autora demonstra isso ao expressar que tanto Finnis como Raz, teóricos que têm posições diferentes sobre o engajamento moral na teorização do direito, estão de acordo quanto ao fato de que para explicá-lo adequadamente o teórico deve fazer avaliações, observando o que é importante sobre essa prática social e o que deve ser explicado, além de levar em conta o que aqueles que vivem sob essa prática compreendem.

De acordo com a professora de Oxford, esse consenso se revela porque há um fato que guarda importante impacto na teorização sobre o direito: os “dados” que os teóricos do direito estudam já dizem algo sobre si mesmos, vez que esses dados consistem em crenças e atitudes à luz do direito por parte daqueles que estão sujeitos a ele. Nas palavras da autora,

A grande maioria das pessoas que vivem em uma sociedade governada pelo direito é consciente dessa instituição social e tem pontos de vista sobre como é e o que é importante a respeito dela mesma. Sabem, por exemplo, que uma das coisas importantes do direito é que pode empregar um poder coercitivo sobre alguém; que se alguém desobedece, pode ser recluso fisicamente ou perder por força algumas de suas propriedades (DICKSON, 2001, p. 40-41).

Tais crenças e atitudes modificam radicalmente o papel do filósofo do direito, que passa a ser não introduzir conceitos para explicar o comportamento das pessoas que não estão familiarizadas com esse conceito, mas explicar um conceito que as pessoas utilizam para caracterizar a própria sociedade em que vivem. Nesse aspecto, com apoio em Joseph Raz (2009), a autora cita que o direito é um conceito do qual as pessoas se utilizam para se entenderem (DICKSON, 2001, p. 41).

Diante disso, as avaliações que os teóricos do direito fazem sobre o seu objeto de estudo são, de certo modo, limitadas ou peculiares: (i) devem buscar explicar as características salientes do direito com proposições verdadeiras e adequadas, (ii) guardando relação com as crenças daqueles que vivem sob o seu domínio e (iii) sem deixar de observar o que esses últimos consideram importante nessa prática.

Dickson dá um passo seguinte para expor a sua compreensão do debate metodológico de Finnis e Raz em torno da natureza de uma teoria do direito ao abordar a questão da autoridade legítima² que o direito pretende ter. O elemento de autoridade é revelador da imposição de obrigações que mesmo aqueles que não assentem têm de cumprir, sob pena da estipulação de uma sanção. Para Dickson (2001, p. 44), ambos estão de acordo que o direito possui tal característica, no sentido de reivindicar legitimidade de suas imposições e demandar obediência daqueles que lhes estão sujeitos. Se essa característica se encontra invariavelmente presente no direito, é tarefa então da teoria do direito explicá-la.

Contudo, o ponto de divergência aparece quando analisada a compreensão de Finnis,³ ao buscar avaliar quais as características importantes do direito e explicá-las, de que o teórico do direito deve avaliá-lo moralmente. Interpretando o argumento de Finnis, Dickson (2001, p. 46) escreve que

[...] como uma das características importantes do direito é sua pretensão de ser uma autoridade moral legítima e a aceitação desta pretensão por partes dos muitos sujeitos ao mesmo, Finnis sustenta que como teóricos somente podemos finalmente chegar a uma explicação adequada se nos manifestarmos em torno do modo correto dessas atitudes e pretensões ao buscar entender se e abaixo quais condições esta pretensão e aceitação da mesma resultam justificadas.

Na compreensão de Dickson (2001), o teórico do direito, à medida que adota o *ponto de vista prático* dos sujeitos que estão submetidos ao direito, compreende que terá de avaliar moralmente as crenças e atitudes que esses sujeitos têm sobre o direito para dizer sob quais condições esse último possui autoridade legítima. E isto fará tendo em vista que apenas assim atingirá o “significado nuclear ou principal do direito”. Nas palavras de Finnis (*apud* DICKSON, 2001, p. 46):

as avaliações do próprio teórico constituem um componente indispensável e decisivo na seleção ou formação de qualquer conceito a utilizar-se na descrição desses aspectos dos assuntos humanos [...] o teórico não pode identificar o significado principal deste ponto de vista prático que utiliza para identificar o núcleo medular da matéria, a menos que decida quais são realmente os requerimentos de racionalidade prática.

A autora enxerga que, a partir do argumento de John Finnis, há um desafio (*puzzle*) que se coloca diretamente diante das compreensões de Joseph Raz: como é possível então a teoria do direito ser avaliativa no sentido de explicar a característica de reivindicação moral do direito (reivindicação de autoridade legítima) sem adentrar no campo da avaliação moral? A autora busca trazer a resposta a esse desafio no capítulo 3 de *Evaluation Legal Theory* (2001), e tal resposta consideramos a sua contribuição original ao assunto: a tese das avaliações indiretas.

4 A tese das avaliações indiretas de Dickson

Antes de adentrar na abordagem de Dickson (2001) a respeito da tese das avaliações indiretas, é bom retomarmos algumas considerações. Ela compreende que a teorização do direito está cercada de (1) valores *metateóricos puros*, como toda e qualquer teorização, e (2) que são necessárias avaliações em torno do que é importante na prática social do direito, levando-se em consideração o ponto de vista daqueles que estão sujeitos a essa prática. Diante disso, a questão que fica para ser solucionada é:

Como é possível a teoria do direito fazer julgamentos valorativos sobre o assunto que pesquisa (direito) para que o explique adequadamente e ainda assim compreender uma postura de não engajamento em juízos morais das características do direito? (DICKSON, 2001, p. 51, tradução livre).

² São dois os conceitos a respeito da ideia de autoridade que Joseph Raz (1979, p. 09-31) desenvolve sobre o direito. O conceito de autoridade legítima e o de autoridade *de facto*. O primeiro diz respeito às condições em que é justificável (legítimo) que a autoridade exija a prática de determinada conduta e que a seja prestada obediência. O segundo diz respeito somente às condições necessárias e suficientes para se ter autoridade efetiva.

³ A professora de Oxford denomina o argumento de Finnis de “*no place stop*” (DICKSON, 2001, p. 48), sendo tal argumento o alvo principal de sua ideia de desnecessidade de engajamento moral daquele que teoriza o direito.

Os passos que a autora dá em busca de solucionar essa questão envolve a distinção em espécie de avaliações que podemos fazer a respeito do direito. Nas palavras da professora de Oxford, “[essa] distinção pretende refletir a forma que pensamos os tipos de juízos avaliativos que fazemos, [...] e explicar diferenças importantes na metodologia da filosofia do direito.” (DICKSON, 2001, p. 51, tradução livre).

Dickson (2001, p. 52) propõe pensarmos em uma categoria de valor como algo sendo ‘bom’ ou ‘ruim’: ‘X’ é bom ou ‘X’ é ruim. A autora nomina esse tipo de avaliação como “*avaliação direta*”. Proposições como ‘a obediência do direito é boa’, ‘a autoridade do direito está moralmente justificada’ são, desse modo, espécies de avaliações diretas.

De outro lado, tendo em conta a necessidade de que o teórico do direito não está *livre* para eleger as características do direito que devem ser explicadas,⁴ a autora considera outro tipo distinto de avaliação. Ela observa que podemos fazer avaliações não em termos de ‘bom’ ou ‘ruim’, ‘certo’ ou ‘errado’, mas em termos de *importância*. As pessoas correntemente acreditam que o direito deve ser obedecido e, nessa razão, tal característica se revela *importante* característica do direito que deve ser explicada. Tal avaliação, para Dickson (2001, p. 53, tradução livre), se mostra diferente dos termos de uma avaliação direta. Nas palavras da autora: “Se eu concebo que a reivindicação de que o direito deve ser obedecido é uma importante característica do direito, eu não tenho que realizar qualquer julgamento do efeito de que essa reivindicação é boa ou ruim, certa ou errada, e nem tal julgamento é implicado por minha afirmação nessa avaliação”.

Diante disso, segundo o entendimento de Dickson (2001), dizer que “X” é uma importante característica do direito não é o mesmo que apontar se “X” é “bom” ou “ruim”, mas que deve “X” ser explicado pelo fato de que é *importante*. Logo, não temos a necessidade de avaliar a substância ou conteúdo quando da teorização de um “dado” que se revela importante. A professora de Oxford assim apresenta a questão: “As proposições avaliativas indiretas tais como ‘X é importante’ assinalam que determinado X *tem propriedades avaliativas*, porém que ditas propriedades avaliativas não chegam a sustentar que esse X é bom” (DICKSON, 2001, p. 53).

Para tornar claro o seu argumento, Dickson (2001, p. 53) propõe considerarmos o exemplo de avaliarmos determinado evento como a melhor coisa que poderia ter acontecido na vida de determinada pessoa. Essa proposição *diretamente avaliativa* é distinta de uma avaliação de uma espécie que apenas afirme que tal evento foi importante na vida dessa pessoa. Isto é, considerar um evento como importante não implica que o consideremos como a melhor (ou pior) coisa que aconteceu na vida de alguém. Dizer que o fato de João ter deixado de viver em sua terra natal foi o fato mais importante da sua vida não impõe que eu considere esse fato como “bom” ou “ruim”.

Apresentada a distinção entre os dois tipos de juízos avaliativos e que um não implica o outro, a autora passa a discorrer sobre as possíveis relações entre essas espécies de juízos. A relação entre esses juízos e também a preocupação com o suporte para juízos avaliativos indiretos é *central* para a argumentação teórica proposta por Dickson (2001), uma vez que, caso demonstrado que avaliações indiretas podem estar fundadas em *bases* distintas das avaliações diretas (em termos de ‘bom’ ou ‘mal’), a teoria do direito dessa natureza pode se mostrar viável.

A professora de Oxford sustenta as relações entre *avaliações diretas* e *avaliações indiretas*, demonstrando que proposições como “X é bom” podem dar suporte para proposições indiretamente avaliativas, no sentido de demonstrarem que “X é importante” e deve ser explicado. Contudo, segundo Dickson (2001, p. 54), esse não é o único caminho. Em seu entender, tal relação não ameaça a viabilidade das proposições avaliativas de tipo indireto, porque ainda que possa existir uma derivação que decorra de uma avaliação direta para uma avaliação indireta, isso não *necessariamente* ocorre de maneira inversa.

⁴ Relembrando, o teórico do direito deve explicar o direito a partir do ponto de vista dos que estejam sujeitos a essa prática, i. e., buscar explicar aquilo que é importante para aqueles que estão sujeitos ao domínio do direito.

Dickson compreende que Finnis poderia aceitar facilmente a distinção proposta entre os tipos de avaliação, mas, ainda assim, considerar que o único caminho que permite o teórico fazer avaliações indiretas sobre características importantes do direito é por meio de avaliações sobre essas características em termos de 'bom' ou 'ruim'. Pensando a autoridade legítima que o direito pretende possuir, Dickson (2001, p. 58) supõe o argumento de Finnis do seguinte modo:

Finnis poderia assumir que a razão pela qual a reivindicação de legitimidade moral é uma importante característica do direito para ser explicada é porque o direito é um fenômeno moralmente justificado que faz jus à reivindicação de legitimidade moral que ele faz na resolução de problemas de coordenação para uma vida boa da comunidade que está sujeito a ele.

A resposta de Dickson (2001), mais uma vez com apoio em Joseph Raz, é a de que a teoria do direito busca adequadamente compreender o direito como um fenômeno social distinto de outros fenômenos (como, p.e., a moral), e isso tendo em conta as características importantes do direito que devem ser explicadas, pois são elas que melhor revelam a distinção do fenômeno jurídico como método de organização social (DICKSON, 2001, p. 58). Nesse sentido, seria possível compreender que o direito apresenta invariavelmente a característica de intentar influir no comportamento dos indivíduos e que se pode, a partir dessa característica, sustentar proposições avaliativas indiretas sem implicar a necessidade de se realizar avaliações (diretas) em termos de 'bom' ou 'ruim'.

O suporte para juízos avaliativos indiretos, que destacam determinadas características do direito como importantes, pode residir sobre as bases características que invariavelmente o direito exibe e que apresentam o caráter distintivo em que opera. Assim, Dickson (2001) oferece uma base de juízos avaliativos indiretos sobre o direito que não se confundem com juízos avaliativos diretos, como 'a autoridade do direito é moralmente justificada.' Em suas palavras, "na teoria de Raz [...] uma razão pela qual a pretensão do direito de gozar de autoridade moral é importante, é simplesmente porque isto é algo que o direito faz invariavelmente e que, portanto, é algo característico do mesmo". (DICKSON, 2001, p. 58-59).

Existe ainda outro argumento teórico proposto por Dickson (2001) que nos ajuda a pensar o suporte para os juízos de tipo avaliativos indiretos. A autora aborda que o conceito de direito é de um tipo em que as pessoas utilizam para compreender a si mesmas e

[...] desta forma, em determinadas ocasiões um filósofo do direito pode julgar que uma determinada característica do direito é importante dada algumas crenças prevaletentes a respeito dessa característica por parte daqueles que estão sujeitos ao direito, onde terá que explicar os efeitos que possuem essas crenças (DICKSON, 2001, p. 59).

A autora retoma a ideia de autoridade moral que o direito pretende possuir e explica a aceitação dessa pretensão por parte de alguns que se encontram sujeitos ao direito (juízes e oficiais, por exemplo), fazendo com que seja importante que tais crenças sejam explicadas, independentemente de que estejam ou não fundamentadas. No seu pensamento,

[...] o direito pretende invariavelmente gozar de autoridade moral e, portanto, pretende expedir *standards* de condutas corretas. Porém, se a pretensão do direito neste sentido não se encontra justificada, tanto nos casos gerais como nos particulares, segue sendo o caso de que o direito tratará aqueles casos abaixo sua jurisdição como se a pretensão fosse justificada (DICKSON, 2001, p. 60).

A professora de Oxford ainda argumenta que explicações teóricas com juízos desse tipo podem preceder juízos avaliativos diretos, de modo que é preciso que o teórico primeiro compreenda as pretensões e características do direito, e depois as avalie em termos de 'bom' ou 'ruim' (DICKSON, 2001, p. 64-65).

É desse modo que Dickson (2001) afirma que uma exitosa teoria do direito não necessita estar apoiada em juízos avaliativos diretos, porque as avaliações indiretas, baseadas em características que invariavelmente o direito apresenta, conseguem oferecer um poder explicativo de como se dão as características que fazem o direito ser o que ele é sem tornar necessário avaliá-las como boas ou ruins.

5 Conclusão

No início do texto fizemos perguntas como (i) “[...] quando falamos de um estudo não valorativo do direito, do que realmente estamos falando?”, (ii) “é possível descrever o direito sem que isso implique qualquer tipo de avaliação moral?”, (iii) “uma teoria moralmente desengajada consegue dar conta de adequadamente explicar o direito?”. Foram perguntas ousadas que, evidentemente, não foram respondidas em sua totalidade no curto trabalho de Julie Dickson, mas que, sem dúvida, ofereceram novas ferramentas teóricas para a reflexão.

Nessa conclusão seguiremos abaixo as breves respostas que podem ser dadas às perguntas realizadas, considerando o que pode ser chamado de *insights dicksonianos*.

Conforme vimos, as perguntas descritas acima têm inquietado sobremaneira os teóricos do direito, sendo alvos de disputas entre nomes como Herbert Hart, Ronald Dworkin, Joseph Raz, John Finnis, entre outros. Fizemos uso das contribuições de Julie Dickson, pois acreditamos que autora vai muito além de argumentos comumente lançados sobre essas disputas.

A primeira (e talvez a mais importante) conclusão que se pode chegar diante do trabalho da professora de Oxford é que devemos rejeitar por completo o tratamento da questão como uma batalha entre dois campos distintos, o descritivo e o normativo, considerando o primeiro como ‘livre de toda e qualquer avaliação’ e o segundo como prenhe de avaliações de como o direito deve ser.

Tanto positivistas como não-positivistas metodológicos buscam oferecer teorias sobre um mesmo fenômeno (o direito) e articulam ferramentas teóricas que viabilizem seus respectivos projetos. O modo mais proveitoso de tratar tais disputas é efetivamente colocá-las em um território comum de disputa, a saber, explicar adequadamente o direito.

Quanto à primeira pergunta lançada, a resposta pode dar-se na forma de duas proposições. Quando se fala em estudos ‘avalorativos’ do direito, não que se esteja falando que tais estudos estejam livres de toda e qualquer valoração, e isto seja porque (i) tal como apresentamos, toda e qualquer teoria apresenta valores como coerência e clareza, (ii) seja porque o dado que o teórico do direito estuda se constitui de avaliações por parte daqueles estão abaixo do seu domínio.

Já a segunda pergunta lançada se constitui uma questão que Dickson percorreu quando abordou a proposição de que uma exitosa teoria do direito pode ser constituída de juízos avaliativos indiretos. Os distintos papéis que a avaliação de determinado objeto demonstra que a resposta a essa pergunta pode ser dada de maneira afirmativa.

Não é verdade que quando avaliamos determinado objeto apenas podemos avaliá-lo em termos de ‘bom’ ou ‘ruim’. Podemos, sim, avaliá-lo em termos de importância. Pensemos no trabalho de Hart em “*O Conceito de Direito*”. Quando o professor de Oxford introduziu o conceito de “ponto de vista interno”, por exemplo, não disse que tal conceito é ‘bom’ ou ‘ruim’. Apenas referiu que tal conceito é importante para que se explique adequadamente o direito como um fenômeno social distinto. Esse seria, inclusive, um bom caminho para pensarmos como defesa daqueles que acusam Hart de ter sido metodologicamente “*inocente*” (POSTEMA, 1998) quanto à intenção de apenas “descrever” o direito.

A terceira e última pergunta se relaciona diretamente à segunda, mas com uma distinção: introduz um questionamento a respeito do sucesso de uma teoria do direito moralmente desengajada. Dickson acredita que a resposta é também afirmativa, e sugere, inclusive, um exemplo que didaticamente dá conta do que foi abordado durante o texto: pensa em um ateu que fosse a uma missa pretendendo teorizar sobre a mesma.

O ateu não precisa se tornar um religioso para que descreva esse fenômeno adequadamente mediante proposições necessariamente verdadeiras e que também o expliquem adequadamente. Pode, por exemplo, fazer julgamentos de valor sobre o que é importante explicar, levando em consideração o ponto de vista dos fiéis da missa. E isto sem se envolver em avaliações morais sobre o evento religioso.

Essa possibilidade, tal como a possibilidade de um anarquista explicar o direito, derrubaria a tese de que é necessário engajamento moral por parte daquele que busca teorizar com sucesso o fenômeno jurídico.

Por fim, mesmo não oferecendo respostas terminativas às questões metodológicas, podemos dizer que, segundo os *insights dicksonianos*, existe espaço no território comum de disputa da *teoria do direito* para teorias que partam de avaliações indiretas. Tal espaço não apenas indica que o debate (na sua face metodológica) entre positivistas e não-positivistas não se encerrou, como também pode servir como um flanco de viabilidade teórica para a resposta do que Bix (2000) nominou como *desafio substancial* ao positivismo jurídico, a saber, o desafio à viabilidade teórica de teorias do direito moralmente desengajadas.

Referências

- BIX, Brian H. On the dividing line between natural law theory and legal positivism. **Notre Dame Law Review**, South Bend, Indiana, v. 75, n. 5, p. 1613-1624, 2000.
- BIX, Brian H. Book Reviews - reviewing Julie Dickson, Evaluation and legal theory. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 231, n. 28, p. 231-251, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- DICKSON, Julie. **Evaluation on legal theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- DICKSON, Julie. **State-of-the-art in legal philosophy**. México: UNAM Press, 2016.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Belknap Press, 1986.
- HART, Herbert Lionel A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1975.
- HART, Herbert Lionel A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- HART, Herbert Lionel A. Postscript. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994b. p. 301-310.
- KOZICKI, Katya. **Herbert Hart e o positivismo jurídico**. Textura aberta e discricionariedade judicial. Curitiba: Juruá, 2014.
- KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- KRAMER, Matt et al. **The Legacy of Hart. Legal, political and moral philosophy**. Oxford University Press, 2008.
- LACEY, Nicola. **A life of H. L. A. Hart: the nightmare and the Noble Dream**. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013a.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico**. Tese de Professor Titular. Universidade de São Paulo. 2013b.
- POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence as practical philosophy. **Legal theory** - Postscript to H.L.A. Hart's the concept of law, Part I, Cambridge, v. 4, n. 3, p. 329-357, 1998.
- RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RAZ, Joseph. **The authority of law**. Essays on law and morality. New York: OUP, 1979.

SHAPIRO, Scott. The Hart Dworkin debate: a short guide for the perplexed. University of Michigan Public Law, **Working Paper**, n. 77, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 12 set. 2016.

Recebido em: 08/02/2017

Aprovado em: 06/10/2017