

**O POSITIVISMO JURÍDICO ESTÁ VIVO? UMA INTRODUÇÃO AO
POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO DE WILFRID WALUCHOW** | *IS LEGAL
POSITIVISM ALIVE? AN INTRODUCTION TO WILFRID WALUCHOW'S
INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM*

JOSÉ VICTOR PALLIS DA SILVA

RESUMO | O artigo analisa a visão renovada do positivismo jurídico apresentada por Wilfrid Waluchow na obra *Positivismo Jurídico Inclusivo* (1994). Para tanto, oferece uma introdução ao contexto geral da teoria do direito no qual se insere a concepção defendida pelo referido autor, traçando um panorama sobre as consequências do “debate Hart-Dworkin” para a teoria do direito, apresentando os aspectos fundamentais do positivismo jurídico inclusivo e esclarecendo, então, as repostas oferecidas por Waluchow a seu principal adversário teórico no campo positivista: o positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz.

PALAVRAS-CHAVE | Positivismo Jurídico Inclusivo. Wilfrid Waluchow.

ABSTRACT | *The article examines the renewed vision of legal positivism presented by Wilfrid Waluchow in his work “Inclusive Legal Positivism” (1994). To do so, it provides an introduction to the general context of legal theory in which the conception advocated by the author is situated, outlining an overview of the consequences of the “Hart-Dworkin debate” for legal theory, presenting the fundamental aspects of inclusive legal positivism, and then clarifying Waluchow’s response to his main theoretical adversary in the positivist field: Joseph Raz’s exclusive legal positivism.*

KEYWORDS | *Inclusive Legal Positivism. Wilfrid Waluchow.*

1. INTRODUÇÃO

Depois de Ronald Dworkin formular um ataque generalizado ao positivismo jurídico, a teoria analítica do direito nunca mais foi a mesma. Forçada a responder a diversas críticas metodológicas e substantivas formuladas por Dworkin, essa tradição filosófica se viu obrigada a aprofundar uma série de investigações e, sobretudo, reformular até mesmo o “núcleo essencial” de suas teses.

Diante das críticas de Dworkin (no caso da tradição anglo-saxônica) e em razão do aprofundamento e da popularização das teorias da argumentação jurídica e do “neoconstitucionalismo” (no caso dos países de tradição de civil law), parece ter se consolidado um certo “senso comum teórico” entre os juristas,¹ sobretudo no Brasil, segundo o qual o positivismo jurídico teria sido “sepultado” e já não mais teria capacidade de explicar o fenômeno jurídico, cabendo, agora, apenas às teorias que negam as “limitações” do positivismo e que dançam a alegre “farra dos princípios” (MACEDO JR., 2011, p. 316) dedicar-se ao estudo sobre o que é e o que deve ser o direito.

Nesse sentido, fazendo referência às palavras de Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli aponta que, hoje,

“vemos muitos juízes e filósofos ‘deixar cair o positivismo, sem remorsos, entre as antigalhas em que, ainda alguns anos antes, jazia em completo abandono o direito natural’ e o encontramos sob os rótulos incertos de ‘não positivismo’ ou ‘pós-positivismo’” (FERRAJOLI, 2016, p. 13).

¹ Conforme nos lembra Streck, “a expressão ‘senso comum teórico’ vem de Luís Alberto Warat, eminente professor argentino que desvelou as máscaras do ‘óbvio’, mostrando/denunciando, no âmbito da Teoria do Direito, que as ‘obviedades, certezas e verdades’ transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico- ideológicas. Não que todo discurso dogmático-jurídico seja ideológico; mas parcela considerável o é, na medida em que se constitui em um espaço simbólico de ‘retaliações discursivas’, ‘justificações ad hoc’ e ‘neosofismizações’, dado que o jurista (entendido como aquele que lida com o Direito), quando convém, ignora qualquer possibilidade de as palavras terem DNA. Um dos objetos de sua crítica era a produção de ementários, com pretensões de universalização” (STRECK, 2021).

A verdade, porém, é que o positivismo jurídico não só “está vivo e goza de plena saúde”, como também “se encontra em plena forma para responder a seus principais adversários” (WALUCHOW, 1994, p. 2, tradução nossa), podendo ser reputado, ainda hoje, como a teoria imperante no debate acadêmico de teoria do direito nos países de tradição analítica.

Reconhecendo a importância dessa vertente filosófica assim como a dos debates travados entre os teóricos que a ela se relacionam, mas considerando, também, a relevância das críticas formuladas por Ronald Dworkin, o presente artigo busca traçar um panorama da discussão filosófica suscitada pelo “debate Hart-Dworkin”. Além disso, pretende-se trazer algumas considerações introdutórias acerca da obra de Wilfrid Waluchow, um dos principais expoentes da tradição juspositivista, comparando algumas de suas teses a outro importante autor dentro dessa tradição, Joseph Raz.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO E O DEBATE HART-DWORKIN

Na tradição analítica da teoria do direito (jurisprudence)² — ramo da filosofia que tem por objeto de estudo a natureza do fenômeno jurídico, cujas origens remontam à tradição filosófica iniciada por Thomas Hobbes (1588-1679), posteriormente desenvolvida por Jeremy Bentham (1748-1832)³ —, o termo “positivismo jurídico” procura descrever a abordagem filosófica da natureza do direito cuja principal preocupação consiste em estudar “o direito posto por uma autoridade” (DIMOULIS, 2017) e que, historicamente, contrapõe-se à visão jusnaturalista com base na máxima hobbesiana de que “auctoritas, non veritas facit legem” (é a autoridade, não a verdade, o que faz a lei) (AMATO, 2022, p. 10).

Dessa forma, em um sentido amplo, o positivismo jurídico se define, “de forma negativa, a partir da categórica e absoluta exclusão do direito natural

2 Para melhor compreensão do uso do termo “jurisprudência” (jurisprudence) para designar o estudo filosófico da natureza do direito, veja-se SCHAUER, 2022, p. XV-XIX.

3 Um panorama amplo e minucioso da chamada “teoria analítica do direito” pode ser encontrado em: CHIASSONI, 2017.

da definição do direito vigente”, negando, portanto, a perspectiva jusnaturalista segundo a qual, ao lado (ou acima) do direito criado por condutas humanas (fatos sociais), haveria alguma espécie de direito natural (DIMOULIS, 2017). Em um sentido estrito, o positivismo jurídico se define como a teoria do direito que, em contraposição ao “moralismo jurídico” (DIMOULIS, 2017) e ao “pós-positivismo” (ABBOUD, 2021, p. 433-456) – que procuram aproximar o conceito de direito da moral –, compreende o direito como algo conceitualmente separado da moral.

De acordo com Stephen Perry (PERRY, 1996), pode-se distinguir duas versões do positivismo jurídico: o “positivismo metodológico” e o “positivismo substantivo”. Enquanto o positivismo metodológico se localiza no debate de nível metateórico acerca da relação entre valores morais e a teoria do direito (legal theory), sustentando que a teoria do direito é um empreendimento puramente descritivo, “não normativo”, o positivismo substantivo se propõe a analisar a relação entre os valores morais e o direito (law), argumentando, em síntese, que não há uma conexão necessária entre o direito e a moral (tese da separabilidade) (PERRY, 1996, p. 361).

Em outras palavras, as duas “versões” do positivismo se localizam em dois níveis diferentes de análise: enquanto o positivismo substantivo tem por objeto de estudo o “direito” ou o “sistema jurídico”, o positivismo metodológico se localiza em um nível mais alto de abstração e tem por objeto de estudo a própria teoria do direito, sustentando uma concepção avaliativa e moralmente neutra da teoria jurídica⁴.

Por se tratar de duas teses logicamente distintas, que operam em diferentes níveis, Perry defende que nada há de “inconsistente ou incoerente” no fato de determinados positivistas metodológicos adotarem a visão jusnaturalista de que haveria uma conexão necessária entre direito e moralidade, a exemplo de Michael Moore (PERRY, 1996, p. 361), assim como, também, nada há de incoerente ou inconsistente no fato de determinados

4 Trata-se, em outros termos, da distinção trazida por Bobbio entre a “jurisprudência” (enquanto “ciência do direito” ou “ciência jurídica”) e a “metajurisprudência”, que pode ser entendida como “a reflexão crítica sobre a jurisprudência” (BOBBIO, 2008, p. 61-67).

positivistas substantivos arguam que não há conexões necessárias entre direito e moral, com base em uma leitura normativa de que é impossível formular uma teoria moralmente neutra do direito, a exemplo de Jeremy Bentham e, em um exemplo mais controverso dado por Perry, Joseph Raz (PERRY, 1996, p. 362).

De todo modo, Perry aponta que, em geral, positivistas substantivos também costumam sustentar alguma forma de positivismo metodológico, sendo que Wilfrid Waluchow, a exemplo de H.L.A. Hart,⁵ também se enquadraria nessa categoria, sustentando tanto uma versão metodológica do positivismo, ao indicar que pretende oferecer uma teoria “descritiva” e “explicativa” do direito - quanto uma versão substantiva do positivismo, ao defender sua concepção do “positivismo jurídico inclusivo” (PERRY, 1996, p. 362).

Como o presente artigo se propõe a analisar as discussões acerca do “positivismo jurídico inclusivo” de Waluchow e suas respostas às críticas feitas pelo positivismo exclusivo de Joseph Raz, não haverá maior aprofundamento na discussão metodológica (ou metateórica) acerca da relação entre a teoria do direito e as valorações morais. Por consequência, o termo “positivismo jurídico” ou simplesmente “positivismo” será utilizado, preponderantemente, no segundo sentido, isto é, para designar o chamado “positivismo substantivo”.

Com esse esclarecimento conceitual em mente, cumpre explicitar, agora, quais são as teses centrais do chamado positivismo jurídico – e, notadamente, as teses centrais consagradas por seu principal expoente teórico, H.L.A. Hart, para que, em seguida, possamos tecer breves considerações acerca das críticas que foram dirigidas a essa vertente teórica

5 Aqui, é válido notar que as discussões em torno do chamado “positivismo normativo” (que pode ser entendido justamente como uma versão do “positivismo substantivo”, que nega a pretensão à neutralidade teórica preconizada pelo “positivismo metodológico”) tem ganhado cada vez mais relevância no debate jurídico contemporâneo, havendo quem aponte, por exemplo, que mesmo H.L.A. Hart, a despeito de afirmar que ofereceria uma tese “puramente descritiva” na sua defesa do “positivismo substantivo”, teria, na verdade, sustentado alguma espécie de “positivismo normativo” ao escolher o “caso central” de sua teoria (PICCOLO, 2022). Em sentido semelhante, Thomas Bustamante defende que a “tese do planejamento” (Planning Theory), sustentada por Scott Shapiro, também poderia ser vista como uma versão do positivismo normativo (BUSTAMANTE, 2012).

ao longo do “debate Hart-Dworkin”. Ulteriormente, buscaremos as respostas que o positivismo jurídico ofereceu a tais críticas nas últimas décadas.

Embora haja longa controvérsia filosófica acerca de quais seriam as “teses centrais” do positivismo jurídico, pode-se dizer, com base na formulação teórica de Kenneth Himma (HIMMA, 2001), que essa vertente da teoria jurídica se funda, basicamente, em duas teses centrais acerca do conceito do direito: (i) a tese das fontes sociais (tese do pedigree) e (ii) a tese da separabilidade – havendo, ainda, quem aponte uma terceira tese, que decorreria das duas anteriores e que consistiria na “tese da discricionariedade”. Esta, porém, de acordo com Himma, não pertence ao núcleo essencial do positivismo jurídico.

A primeira tese pode ser sintetizada na afirmação de que a validade das normas jurídicas decorre de determinados fatos sociais – ou seja, em contraposição à visão jusnaturalista, segundo a qual a validade das normas jurídicas decorreria de características conteudísticas (justiça ou injustiça), o positivismo jurídico sustenta que determinada regra é válida porque produzida por fontes socialmente autorizadas, independentemente de seu conteúdo.

Com base no arcabouço conceitual desenvolvido por Hart, podemos afirmar que o direito consiste, pois, na união entre regras primárias e secundárias, sendo as primeiras voltadas à regulação direta das condutas humanas (regras de primeira ordem) e as segundas, voltadas à regulação da própria produção das regras de primeira ordem (regras de segunda ordem ou “metarregras”) (HIMMA, 2001).

A tese das fontes sociais, assim, torna-se mais complexa a partir da obra de Hart, uma vez que a validade das normas jurídicas passa a estar condicionada ao obediência dos critérios estabelecidos pela chamada “regra de reconhecimento”, definida pelo filósofo britânico como a regra que estabelece “critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação” (HART, 2001, p. 111). Segundo Hart, em geral, tal regra “só muito raramente é formulada de forma expressa”, mas sua existência “manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos

tribunais ou outros funcionários como pelos particulares ou seus consultores” (HART, 2001, p. 113).

Nas palavras de Himma, essa regra de reconhecimento pode ser entendida, portanto, como um tipo específico de regra secundária que estabelece os critérios para “criação, alteração e adjudicação do direito” (HIMMA, 2001, tradução nossa).

A tese da separação ou da separabilidade, por sua vez, consiste na afirmação de que direito e moral são conceitualmente diferentes entre si. Ainda, conforme descreve Hart, “não é uma verdade necessária que o direito reproduz ou satisfaz certas exigências da moralidade, mesmo se frequentemente isso ocorre de fato” (HART, 2001, p. 202).

De acordo com Carla Henriete Bevilacqua Piccolo, o “conteúdo mínimo” da tese da separabilidade consistiria na afirmação de que “a determinação do que o direito é não depende necessariamente, ou conceitualmente, de considerações morais ou avaliativas acerca do que o direito deveria ser” (PICCOLO, 2022, p. 36).

Para que se possa compreender mais profundamente esse sentido amplo da tese da separabilidade, deve também ficar claro que ela não, necessariamente, nega que haja conexões possíveis entre o direito e a moral – o que implica dizer, portanto, que a tese da separabilidade não nega, por si, afirmações como: “princípios morais podem fazer parte do direito”, “o direito costuma ser, e talvez de fato seja, valorativo”, “a melhor explicação para o conteúdo do direito de determinada sociedade inclui referências a ideias morais correntes nessa sociedade” ou “sistemas jurídicos não podem sobreviver a não ser que sejam justos” (GREEN; ADAMS, 2019, tradução nossa).

Todas essas teses são compatíveis com a tese da separabilidade, desde que compreendamos essas conexões entre direito e moral como fatos contingentes, não necessários. Significa dizer que essas teses não são verdadeiras para todos os sistemas jurídicos possíveis, ainda que possam sê-lo para todos os sistemas jurídicos que já existiram historicamente (GREEN; ADAMS, 2019).

Na definição mais singela de Luigi Ferrajoli, a tese da separação ou da separabilidade consiste simplesmente em afirmar que “a validade das normas jurídicas não implica a sua justiça, nem é por esta implicada, dependendo unicamente da sua conformidade e da sua coerência com outras normas, formais e substanciais, sobre a sua produção”. Contrapondo-se às críticas superficiais de que o positivismo jurídico necessariamente implicaria certo conformismo com o direito posto, continua Ferrajoli, é justamente essa tese que serve para “fundar a autonomia e, em última análise, a primazia do ponto de vista moral como ponto de vista externo e crítico em relação ao direito positivo”, prestando-se, assim, a “impedir formas de legitimação apriorística do direito positivo como direito justo apenas porque vigente” (FERRAJOLI, 2016, p. 15-16).⁶

Com base nessas duas teses, o positivismo jurídico afirma que “em todo e qualquer sistema jurídico, as proposições do direito são válidas em virtude de terem sido produzidas de acordo com determinadas convenções sociais”, ou seja, “não há restrições morais sobre o conteúdo do direito que estejam presentes em todos os sistemas jurídicos possíveis” (HIMMA, 2001, tradução nossa).

Não obstante o positivismo jurídico tenha se consolidado como a principal vertente filosófica na teoria do direito ao longo do século XIX e tenha alcançado o “estado da arte” na obra de H.L.A Hart, constata-se que, na tradição anglo-saxônica, essa corrente filosófica sofreu seu mais forte abalo após a formulação do “ataque generalizado” (general attack)⁷ direcionado contra ela por Ronald Dworkin, a partir do artigo “Modelo de Regras I”

⁶ Em sentido semelhante, Waluchow aponta que Bentham formulou uma espécie de argumento “causal/moral” em defesa do positivismo jurídico, segundo o qual a ausência de uma distinção clara entre direito e moral (i.e., a ausência de uma distinção entre “o que é o direito” e “o que deve ser o direito”) poderia levar a duas formas “perigosas” de pensamento: (i) de um lado, a um certo “anarquismo”, que, calcado na “crítica total” ao direito posto a partir de uma perspectiva moral, poderia levar à “soberania total da liberdade de consciência”, a partir da máxima “isso não deve ser direito, logo não é”; e (ii) de outro, ao “reacionarismo”, postura “acrítica” segundo a qual “se o direito é assim, logo, deve ser assim”, com a consequente “supressão da autonomia moral” (WALUCHOW, 2007, p. 101-102).

⁷ Embora haja numerosos autores que tratem de maneira minuciosa do embate promovido por Dworkin contra o positivismo jurídico, uma excelente síntese de suas teses pode ser encontrada em: MACEDO JR., 2013.

(DWORKIN, 1967) e, notadamente, na obra *O Império do Direito* (DWORKIN, 1986).

Na síntese de Scott Shapiro, o “debate Hart-Dworkin”, que envolveu não apenas os dois autores que dão nome à celeuma, mas também diversos de seus sucessores, organizou-se, fundamentalmente, na questão da relação entre a “legalidade” (ou “juridicidade”) e “moralidade” (SHAPIRO, 2007).

De acordo com Shapiro, a estratégia básica de Dworkin consistiu em afirmar que, de uma forma ou de outra, a juridicidade é determinada, em última instância, não apenas por fatos sociais isoladamente, “mas também por fatos morais” (SHAPIRO, 2007, p. 5, tradução nossa).

Assim, “a existência e o conteúdo do direito positivo” dependem, em última análise, “da existência e do conteúdo do direito moral (moral law)” (SHAPIRO, 2007, p. 5, tradução nossa), o que, por si só, desafia e ameaça solapar a visão positivista da natureza do direito segundo a qual “a legalidade nunca é determinada pela moralidade, mas, sim, pelas práticas sociais” (SHAPIRO, 2007, p. 5, tradução nossa).

A resposta de Hart e seus sucessores, continua Shapiro, consistiu em argumentar que essa dependência entre legalidade e moralidade “é meramente aparente” ou, ao menos, “não mina os fundamentos sociais do direito e dos sistemas jurídicos” (SHAPIRO, 2007, p. 5, tradução nossa).

Na síntese de André Coelho (COELHO, 2015), Dworkin irá definir o positivismo jurídico com base em três ideias básicas: (i) o direito consistiria exclusivamente em um conjunto de regras; (ii) essas regras poderiam ser conhecidas mediante um teste de pedigree baseado na regra de reconhecimento e (iii) quando essas regras não fornecessem uma solução determinada para um caso, o juiz poderia escolher livremente entre várias decisões possíveis.

Com base nessa caracterização geral do positivismo, Dworkin irá argumentar, em síntese, que a tese das regras seria incapaz de explicar o fenômeno dos “princípios jurídicos”, por ele caracterizados como padrões ou standards decisórios que, diferentemente das regras – que “são aplicáveis à

maneira ‘tudo ou nada’” (DWORKIN, 2010, p. 39) –, “possuem uma dimensão de peso ou importância” que resultam de “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 42).

Com relação à tese do “teste de pedigree”, Dworkin continua a desenvolver sua crítica para dizer que, justamente por não estarem escritos em nenhuma base formal, os princípios jurídicos não poderiam ser identificados por meio da referência à regra de reconhecimento: “mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples ou direta com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados por alguma regra suprema de reconhecimento” (DWORKIN, 2010, p. 36).

O terceiro grande ponto da crítica de Dworkin, por sua vez, concentra-se na ideia de que, se os princípios incidem sobre um caso concreto com uma dimensão de peso, o juiz ou aplicador do direito, diferentemente do que defendem os positivistas, não pode ter discricionariedade em sentido forte, uma vez que isso conflitaria com a tese dos direitos como trunfos, o que poderia levar a interpretações arbitrárias e retroativas. Dessa forma, ao levar em consideração os princípios jurídicos como standards decisórios, Dworkin sustenta a tese da “única resposta correta”, segundo a qual cabe ao aplicador do Direito seguir o modelo do “juiz Hércules”, que procura afastar suas próprias convicções pessoais para oferecer “a melhor interpretação do direito em relação ao aspecto da justificação e coerência” (DWORKIN, 2010, p. 66).

Desafiado pelas incisivas contraposições de Ronald Dworkin, o positivismo jurídico se viu obrigado a responder aos desafios trazidos pelo seu mais aguçado crítico, seja intensificando algumas de suas teses originais, seja reformulando-as quase inteiramente. A partir dos anos 1990, portanto, o debate sobre essa corrente filosófica não só se intensificou, como também se renovou inteiramente, “mediante as controvérsias internas entre os positivistas (cronologicamente ‘pós-hartianos’) que rejeitam qualquer influência normativa da moral no estudo do direito e aqueles que adotam uma posição mais moderada sobre a questão” (VERBICARO; FREITAS, 2016, p. 176).

As principais respostas ao desafio dworkiano vieram, portanto, não só do próprio Hart – que dedicou parte significativa do “pós-escrito” de O Conceito do Direito para responder às objeções de Dworkin –, como também de diversos de seus discípulos.

De modo geral, conforme esclarece Shapiro (SHAPIRO, 2007), os sucessores de Hart ofereceram dois tipos de resposta ao desafio de Dworkin. De um lado, parte desses sucessores “aceitaram a caracterização geral de Dworkin do positivismo jurídico, mas rejeitaram sua explicação de por que os princípios jurídicos são parte do direito”, sendo que, para essa parte dos sucessores, “normas jurídicas nunca são válidas em razão de seu conteúdo moral” (SHAPIRO, 2007, p. 19, tradução nossa).

Outros sucessores de Hart, por sua vez, aceitaram a explicação para a validade jurídica dos princípios como “conceitualmente possível, e até mesmo empiricamente plausível”, no entanto, “rejeitaram sua caracterização como positivismo jurídico”, entendendo que “princípios jurídicos podem ser válidos em razão de seu conteúdo moral sem que rejeitem os compromissos centrais do positivismo jurídico” (SHAPIRO, 2007, p. 19, tradução nossa).

Formaram-se, assim, a partir da crítica de Dworkin, basicamente duas grandes correntes no seio do positivismo: (i) o chamado “positivismo jurídico exclusivo”, “exclusivista”, “anti-incorporacionismo” ou “hard positivism” e (ii) o chamado “positivismo jurídico inclusivo”, “includente” ou “soft positivism”.

Para os positivistas exclusivos, identificados como os primeiros sucessores de Hart, dos quais fala Shapiro e que têm em Joseph Raz seu principal expoente teórico, o direito somente pode ser identificado a partir de fontes sociais, sendo conceitualmente impossível identificá-lo por meio de critérios morais. Para eles, portanto, o direito nunca pode ser identificado com base na referência a critérios morais.

Os positivistas inclusivos, por outro lado, que têm em Hart do “Pós-escrito” e em Wilfrid Waluchow seus principais defensores, entendem que, a despeito de os valores morais nem sempre serem decisivos para a definição do direito, é possível que, em certas sociedades, uma determinada convenção

social imponha o dever de as autoridades levarem em consideração a moral para determinar a validade das normas jurídicas (DIMOULIS, 2017). Ou seja, de modo geral, sustentam que o direito pode, contingentemente, ser identificado por critérios morais incorporados pela regra de reconhecimento.

Na síntese de Carla Bevilacqua Piccolo, a distinção entre positivistas “inclusivistas” e “exclusivistas” consistiria no fato de que, para os primeiros, “concepções morais ou avaliativas podem determinar, em certas circunstâncias, o que o direito é”, enquanto, para os segundos, “a determinação do que o direito é jamais poderá ser conceitualmente dependente de considerações acerca do que o direito deveria ser” (PICCOLO, 2022, p. 36-37).

2.1. O positivismo jurídico inclusivo de Waluchow e suas respostas ao positivismo exclusivo de Joseph Raz

É justamente nesse contexto do debate teórico que se insere a obra de Wilfrid Waluchow, cujo objetivo central consiste em demonstrar que, a despeito das críticas formuladas por seu principal crítico contemporâneo (Ronald Dworkin), o positivismo jurídico não só “está vivo e goza de plena saúde”, como também “se encontra em plena forma para responder a seus principais adversários”, ainda que, para tanto, seja necessário modificar ou, ao menos, ampliar e esclarecer o “modelo de regras” de Hart, sem abandonar o impulso essencial de sua teoria (WALUCHOW, 1994, p. 2, tradução nossa).

Com tal objetivo em mente, Waluchow apresenta, então, a sua versão do positivismo: o chamado “positivismo jurídico inclusivo” (inclusive legal positivism), que tem por característica distintiva sustentar que as pautas de moralidade política – isto é, “a moral utilizamos para avaliar, justificar e criticar as instituições sociais e suas atividades e produtos” – podem exercer um papel no empreendimento de determinar “a existência, o conteúdo e o significado das leis válidas”, ainda que o façam de maneira contingente, não necessária (WALUCHOW, 1994, p. 2-3, tradução nossa).

De acordo com o próprio Waluchow, sua teoria se coloca em uma espécie de “meio-termo” entre o positivismo exclusivo de Joseph Raz, “que exclui a moral dos fundamentos lógica e conceitualmente possíveis para a determinação da existência e do conteúdo do direito válido” (WALUCHOW, 1994, p. 3, tradução nossa) e a tese do direito como integridade de Dworkin, segundo a qual o direito sempre teria um componente moral.

Dessa forma, a compreensão dos conceitos fundamentais da tese “dworkiana” pode se dar, sobretudo, a partir da contraposição entre a tese formulada por Waluchow e as críticas a ela direcionadas pelo positivismo exclusivo de Raz.

No capítulo de Positivismo Jurídico Inclusivo em que Waluchow se dedica a responder às críticas de Joseph Raz (WALUCHOW, 1994, p. 80-141), são basicamente seis as teses que ele procura refutar,¹ ressaltando-se duas como as principais: (i) o “argumento da função” e (ii) o “argumento da autoridade” (PERRY, 1996, p. 366).

Com relação ao primeiro argumento, Waluchow esclarece que, de acordo com Joseph Raz, se a função do direito consiste em prover “pautas publicamente descobríveis” de comportamento necessárias à realização da cooperação social, logo, os cidadãos devem ser capazes de identificar as regras válidas apenas com base em fontes sociais, sem a necessidade de fazer considerações morais – que, por sua própria natureza, são incertas e indeterminadas (WALUCHOW, 1994, p. 117-118).

Assim, continua Waluchow, a objeção de Raz ao positivismo inclusivo consistiria em afirmar que “se a existência e o conteúdo do direito dependessem de questões inerentemente controversas e discutíveis da moral política”, então “todo o sentido do direito estaria perdido” (WALUCHOW, 1994, p. 117-118, tradução nossa).

Em resposta a essa crítica, Waluchow argumentará, em primeiro lugar, que a certeza e a previsibilidade nem sempre são a função primordial do direito, nem condicionam sempre a legalidade. Dessa forma, como esclarece Georges Abboud, “para Waluchow, a função atribuída ao direito por Raz não dá

motivos para que rechacemos o positivismo inclusivo” (ABBOUD, 2021, p. 123).

Em segundo lugar, Waluchow aponta que Raz exagera no contraste entre “a certeza que pode ser obtida de regras cuja validade é unicamente uma função de pura linhagem ou fonte social” e a suposta “instabilidade” que se configuraria caso a validade do conteúdo jurídico estivesse às vezes baseada parcialmente em sua conformidade com pautas de moral política (WALUCHOW, 1994, p. 122, tradução nossa).

Dessa forma, ao desconsiderar que, por um lado, questões morais podem ser mais determinadas, assim como podem encontrar soluções fáceis, e que, por outro, “questões que giram em torno da existência e interpretação de fontes com linhagem possuem zonas de penumbra”, o argumento de Raz “não provê razão alguma para rechaçar o positivismo inclusivo” (WALUCHOW, 1994, p. 122-123, tradução nossa).

No que se refere ao “argumento da autoridade”, Waluchow irá argumentar que, para Raz, a natureza autoritativa do direito significaria que o direito reivindicaria autoridade e, para tanto, deveria oferecer razões excludentes (de segunda ordem) que substituíssem razões dependentes (de primeira ordem), entre as quais estariam as razões morais (WALUCHOW, 1994, p. 123-124). O positivismo exclusivo, assim, seria superior ao inclusivo porque seria capaz de identificar o direito apenas com base em fontes sociais, sem ter de recorrer a razões dependentes.

Para Waluchow, porém, a função única e essencial do direito não consiste apenas em proferir decisões autoritativas sobre disputas entre “razões dependentes”, uma vez que, sobretudo nas sociedades que seguem a tradição do constitucionalismo pós-guerra e que incorporam em suas constituições direitos de moralidade política, os quais servem como critérios de validade das leis (direitos fundamentais), esta validade das leis pode ser questionada com base em razões dependentes diversas das que certa lei pretende determinar (WALUCHOW, 1994, p. 139) e, portanto, “aceitam algum grau de

indeterminação em benefício da promoção de outros valores” (ABBOUD, 2021, p. 125).

Waluchow, então, conclui sua reposta ao positivismo exclusivo de Raz afirmando que o positivismo jurídico inclusivo tem uma capacidade explicativa para lidar com sistemas jurídicos que incorporam critérios morais em sua regra de reconhecimento, o que se torna ainda mais relevante para explicar o funcionamento de sistemas jurídicos que se inserem na tradição das democracias constitucionais do 2º pós-guerra.

3. CONCLUSÃO

Com base no panorama teórico aqui exposto, pode-se concluir que, se, por um lado, é verdade que as críticas de Dworkin abalaram as estruturas do pensamento juspositivista, por outro, não se pode negar que foram várias as respostas que essa vertente filosófica ofereceu aos desafios dworkianos.

Dessa forma, embora muitos proclamem que o positivismo jurídico está “morto”, verificou-se que, na verdade, ele nunca esteve tão vivo, uma vez que não só soube oferecer variadas formas de respostas às objeções apresentadas por Dworkin, como ainda complexificou suas explicações e ampliou seu arcabouço conceitual, oferecendo um amplo e aprofundado arsenal teórico para que os juristas pudessem compreender o fenômeno jurídico, sem, contudo, perder o impulso inicial explicativo preconizado por Hart e pelos filósofos de matriz analítica.

O positivismo jurídico inclusivo de Waluchow coloca-se, assim, como uma das principais respostas não só ao “ataque generalizado” promovido por Dworkin contra o positivismo jurídico em geral, mas também aos desafios teóricos suscitados pelo positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz contra as teses incorporacionistas defendidas pela vertente positivista à qual se filia o autor.

No contexto do constitucionalismo pós-guerra, em que cada vez mais constituições passam a incorporar critérios de moralidade política em seus textos, sobretudo por meio de extensas declarações de direitos fundamentais, o positivismo jurídico inclusivo de Waluchow parece oferecer relevante capacidade explicativa para esses sistemas, sem se deixar levar pela moralização total do direito, permitindo, assim, que o sistema jurídico mantenha, em parte, sua autonomia, até mesmo para que possa cumprir a função preconizada por Ferrajoli, no sentido de que a moralidade exerça um ponto de vista “externo e crítico ao direito posto”, prestando-se, assim, à desafiadora tarefa de “impedir formas de legitimação apriorística do direito positivo como direito justo apenas porque vigente” (FERRAJOLI, 2016, p. 16).

REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. A autoridade do direito: poder e interpretação. **Revista Direito Mackenzie**, v. 16, n. 13, p. 1-27, 2022. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/15597/11612>. Acesso em: 18/04/2024.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Editora Unesp/Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa, **Legality**, by Scott Shapiro (Book Review) (January 2, 2012). **Legal Studies - The Journal of the Society of Legal Scholars**, Vol. 32, pp. 499-507, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2195438>. Acesso em: 18/04/2024.

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen**. Trad.: Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

COELHO, André. **Dworkin e O Modelo de Regras I**, nov/2015. Disponível em: <https://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2015/11/dworkin-e-o-modelo-de-regras-i.html#:~:text=Para%20Dworkin%2C%20a%20regra%20de,nas%20fontes%20que%20as%20%20produziram>. Acesso em: 10/04/2024.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>. Acesso em: 18/04/2024.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules, **University of Chicago Law Review**: Vol. 35: Iss. 1, Article 3.

FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Editora Unesp/Instituto Norberto Bobbio, 2016.

GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas, Legal Positivism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>. Acesso em: 10/04/2024.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HIMMA, Kenneth. Legal Positivism. **Internet Encyclopedia of Philosophy** (2001). Disponível em: <https://iep.utm.edu/legalpos/>. Acesso em: 25/11/2023.

MACEDO JR, Ronaldo Porto et al. (Orgs.). **Direito e Interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

PERRY, Stephen (1996). The Varieties of Legal Positivism: Critical Notice: Inclusive Legal Positivism by W.J. Waluchow. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 9(2), 361-381, 1996, doi:10.1017/S0841820900003490.

PICCOLO, Claudia Henriete Bevilacqua. **Moral e conceito de direito em Herbert Hart**. São Paulo: Almedina, 2022

SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed. **SSRN Scholarly Paper**, no ID 968657. Rochester, NY: Social Science Research Network, 5 Mar 2007. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 10/04/2024.

SCHAUER, Frederick. **A força do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

STRECK, Lenio. Senso comum teórico dos juristas. **Estado da Arte**. 15/02/2021. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/senso-comum-teorico-lls/>>. Acesso em: 29/11/2022

VERBICARO, Loiane Prado; FREITAS, Pauliane da Silva. Reflexões sobre a Discricionarieidade Judicial a partir do Positivismo Jurídico Inclusivo, de Wilfrid Waluchow Contrapondo-se à Concepção Dworkiniana. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 16, n. 1, p. 165-192, 2016.

WALUCHOW, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. New York: Oxford University Press, 1994.

WALUCHOW, W. J. **Positivismo jurídico incluyente**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | *SOMETIDO* | 18/04/2024
APROVADO | *APPROVED* | *APROBADO* | 17/06/2024

REVISÃO DE LÍNGUA | *LANGUAGE REVIEW* | *REVISIÓN DE LENGUAJE*
Eliane Ramos de Moraes

SOBRE O AUTOR | *ABOUT THE AUTHOR* | *SOBRE EL AUTOR*

JOSÉ VICTOR PALLIS DA SILVA

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil.

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela PUC-SP. E-mail: jvpalliss@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-4800-6203>.