

A RESPOSTA DE WIL WALUCHOW
AO DESAFIO METODOLÓGICO
INTERPRETATIVISTA

*THE WIL WALUCHOW'S RESPONSE
TO THE INTERPRETATIVE
METHODOLOGICAL CHALLENGE*

A RESPOSTA DE WIL WALUCHOW AO DESAFIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVISTA¹

*THE WIL WALUCHOW'S RESPONSE TO THE INTERPRETATIVE
METHODOLOGICAL CHALLENGE*

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior²

RESUMO

A crítica de Dworkin ao positivismo em *Law's Empire* se define por defender a impossibilidade da realização de juízos neutros e descritivos da prática jurídica utilizando como referência a perspectiva do participante. Este artigo tem como objetivo esclarecer a resposta de Waluchow a este desafio a partir da obra *Inclusive Legal Positivism*. Através de pesquisa bibliográfica, chega-se à conclusão de que a pesquisa jurídica, de acordo com Waluchow, pode ser realizada através de valores metateóricos como a clareza e simplicidade. A partir desses valores, então, seria possível realizar valorações dentro da perspectiva interna sem necessariamente serem políticas ou justificatórias.

Palavras-chave: Positivismo jurídico; Interpretativismo; Waluchow.

1 INTRODUÇÃO

O debate metodológico entre positivistas e interpretativistas é de destacada relevância para a compreensão do debate em filosofia analítica do direito – especificamente a respeito da melhor forma de realizar um projeto teórico - que alcança até os dias atuais. Este artigo toma como ponto de partida e principal objeto a obra *Inclusive Legal Positivism* de Wil Waluchow publicada em 1994, tendo em vista que oferece o suporte metodológico necessário para a compreensão de seu sentido adequadamente, além de dar um suporte ao debate contemporâneo.

¹ Data e Recebimento: 24/01/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

² Professor de Teoria do Direito e Teoria da Constituição do Centro Universitário Unichristus. Doutorando em Ordem Jurídica Constitucional na Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em direito pela UFC. Graduado em Direito pela UFC com período de mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Coimbra. Professor de Teoria da Constituição da Escola Superior do MPCE (ESMP-CE). Professor substituto no Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFC (2019-20). ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0988-890X>. E-mail: tarcisiorg@gmail.com

É de se notar também que Wil Waluchow realizou o seu doutorado em teoria do direito em Oxford sob orientação de Herbert Hart, que ainda poderia realizar orientações mesmo já estando aposentado. E por conta dessa aposentadoria, Waluchow também foi aluno de Ronald Dworkin, que estava exercendo a cátedra de teoria do direito em Oxford nos anos 80. Esse dado biográfico é necessário porque demonstra que, além da qualidade dos argumentos apresentados, Waluchow também pode debatê-los diretamente com os autores os quais os seus estudos tratavam³.

É possível destacar que a questão que este artigo almeja responder é: Como Wil Waluchow responde ao desafio interpretativista de Dworkin realizado contra o positivismo jurídico? Importante destacar que este não é um debate que está encerrado, mas a contribuição de Waluchow foi determinante para o atual estágio em que ele se encontra. O objeto deste artigo é demonstrar a fundamentação teórica da metodologia utilizada em *Inclusive Legal Positivism* e, assim, basear a devida compreensão do debate de maneira mais ampla. A parte substancial, ou seja, o debate com autores do positivismo exclusivo, não será objeto de extenso aprofundamento neste texto.

Então, este artigo está dividido em 4 (quatro) momentos: (i) a diferença entre âmbito metodológico e substantivo na teoria do direito; (ii) a definição do desafio metodológico interpretativista de Dworkin; (iii) a resposta de Waluchow a esse desafio e, por fim, (iv) o diálogo dessa resposta com outros desafios interpretativistas importantes e interessantes.

1.1 Duas dimensões da teoria do direito: substancial e metodológica

Para compreender os argumentos apresentados aqui no âmbito da filosofia analítica do direito algumas ferramentas teóricas são importantes. Uma delas é conhecer a diferença entre os âmbitos substancial e o metodológico de uma teoria. Stephen Perry (1994, p. 312) esclarece esses conceitos como prévia a uma crítica ao positivismo de Hart na obra *The Concept of Law*.

Essa diferenciação é muito importante para o desenvolvimento deste argumento. O autor explica que o positivismo substantivo se baseia na posição em que não existe conexão necessária entre moral e direito, uma questão bem tradicional nos estudos em teoria do direito e atualmente marcada pelo debate entre positivistas inclusivos e exclusivos.

³ Importante destacar que este artigo é fruto de reflexões realizadas a partir de conferências realizadas por Wil Waluchow em Belém e em Fortaleza entre janeiro e fevereiro de 2019. Em Belém, suas conferências aconteceram no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (ICJ-UFPA) com apoio da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJU-PA). Em Fortaleza, as conferências aconteceram no Centro Universitário Unichristus. Entre as instituições que apoiaram o evento em Fortaleza estava o Ministério Público do Ceará (MPCE) através de sua Escola Superior (ESMP-CE).

Por outro lado, o positivismo metodológico se baseia na visão de que a teoria do direito pode e deve oferecer uma descrição moralmente neutra da prática normativa chamada direito. De forma mais clara, o positivismo metodológico afirma que o método adequado para alcançar a natureza do direito é uma descrição politicamente neutra.

Ambos os anseios são independentes. Por exemplo, Jeremy Waldron (1994, p. 411) é um filósofo que nega a perspectiva metodológica do positivismo – que o direito pode oferecer uma teoria moralmente neutra e descritiva –, mas compreende ser adequada a perspectiva substancial – que não há relação necessária entre direito e moralidade.

Em outras palavras, podemos dizer que Waldron, pelo menos no texto referido, discorda com o positivismo sobre a forma de fazer filosofia, no método de fazer filosofia do direito, ou seja, considera que não é possível fazer uma filosofia moralmente neutra e descritiva. Por isso, podemos dizer que Waldron compreende que fazer filosofia do direito é um projeto moralmente engajado, em que necessariamente alcançamos justificativas baseadas em ideais de moralidade política e de justiça.

O interessante é que, mesmo em uma perspectiva metodológica diferente, Waldron alcança a mesma conclusão que o positivismo na perspectiva substancial. Isso significa dizer que, enquanto o positivismo metodológico afirma que a natureza do direito é independente da moral porque é assim que o direito é nas suas características essenciais, Waldron defende que direito e moral são independentes entre si – posição substancial positivista também conhecida como tese da separação (*separation thesis*).

A diferença é que essa conclusão é alcançada não por conta do método positivista de alcance de características essenciais do direito, mas por conta de uma avaliação moral e politicamente engajada da prática jurídica. Assim ele chega à conclusão de que a separação entre direito e moral é algo relevante politicamente – tese do positivismo substancial.

Tendo deixada essa diferenciação mais ou menos clara, podemos dizer que Hart (1994, p. iii), na primeira edição de *The Concept of Law*, estabeleceu a sua tese no positivismo substantivo: que não há uma relação essencial entre direito e moral. Como desenvolvimento de sua teoria, ele também defendeu que a chave para a compreensão do direito é a diferenciação entre regras primárias, que tratam sobre a conduta de cidadãos, e regras secundárias, que servem como critério para identificação e criação de regras primárias. No âmbito metodológico, no entanto, a sua posição não ficou muito clara.

No prefácio do seu principal livro, Hart (1994, p. iii) até deixou claro que o seu trabalho seria visto por juristas como um ensaio em teoria do direito analítica, como esclarecimento de conceitos do pensamento jurídico. Em seguida, também considerou que poderia ser considerado como um ensaio de sociologia descritiva, destacando a importância de tratar tipos distintos de situações sociais por meio da análise de critérios de uso de palavras em um contexto social de uso.

Além disso, outra grande contribuição teórica de Hart (1994, p. 85) foi diferenciar dois pontos de vista diferentes, para realizar-se uma reflexão sobre teoria do direito, o interno e o externo. O autor explica que o ponto de vista interno é o do participante da prática em estudo e de suas razões em relação a essa prática. Por outro lado, o ponto de vista externo é aquele no qual um observador não analisa as razões dos participantes, mas apenas descreve o seu comportamento externamente à prática.

Hart (1994, p. 90) considera que a perspectiva adequada para o seu objetivo metodológico no livro é considerar, e analisar as razões do ponto de vista do participante, mas descrevê-las do ponto de vista externo, ou seja, sem se posicionar a respeito dessas razões. Mesmo com esses esclarecimentos em relação às perspectivas possíveis, e com as pistas deixadas pelo prefácio para aprofundamento, era necessário um desenvolvimento maior de sua proposta dentro de uma perspectiva metodológica.

Então, é possível dizer que, no âmbito substancial, surgem questões sobre qual é a natureza do direito, enquanto, no âmbito metodológico, surgem questões sobre como investigar e explicar a natureza do direito.

1.2 O debate entre positivismo inclusivo, exclusivo e direito como integridade como de natureza substancial

No âmbito substancial está o debate entre positivismo inclusivo e positivismo exclusivo. Aqui há uma concordância a respeito da metodologia adequada para a realização da pesquisa por um teórico do direito – a análise conceitual. Por outro lado, em relação ao aspecto substancial, às conclusões alcançadas pelo teórico do direito a respeito da natureza do direito são diferentes.

Liderado por Joseph Raz (1985, p. 295), o positivismo exclusivo entende que a natureza do direito está diretamente relacionada com a concepção de autoridade. E, conseqüentemente, essa concepção leva à chamada tese das fontes (*sources thesis*) – que se define por entender que a identificação do direito não possui nenhuma relação direta com a moral em nenhum sentido.

De outra forma, o positivismo inclusivo – defendido por Hart e Waluchow, entre outros – defende a tese da incorporação (*incorporation thesis*). Esta tese entende que a natureza do direito não possui nenhuma relação com a moral. Além disso, ela entende que as fontes sociais do direito podem determinar a incorporação de critérios morais para a sua identificação em situações específicas – algo que os exclusivistas discordam.

Um exemplo para demonstrar a diferença entre essas correntes teóricas é o da proibição de punições injustas ou cruéis, como a presente no art. 5º, XVII, e) da Constituição Federal brasileira. Para o positivismo inclusivo, a referência feita ao critério moral da

proibição da crueldade pela constituição – fonte autorizada de identificação do direito – faz com que a crueldade se torne critério para a identificação do direito em situações dentro do escopo da norma. Naturalmente, essa posição pressupõe a crença na objetividade e na racionalidade da moral – a ponto de servir de critério seguro para a identificação do direito.

De outro modo, para o positivismo exclusivo, a referência a critérios morais não faz com que eles se tornem elementos de identificação do direito. Aqui – para a manutenção da tese das fontes e a rejeição da tese da incorporação – qualquer referência legislativa ou constitucional a critérios morais deve ser compreendida como uma identificação, uma autorização para a utilização da discricionariedade.

A discricionariedade aqui tem a função de determinar o limite de aplicação de critérios jurídicos. Assim, um juízo discricionário é realizado além dos critérios jurídicos identificáveis. Como a identificação do direito não é mais possível por meio da referência a fontes sociais, a discricionariedade surge como parte do processo de criação do direito no caso concreto – assim a tese das fontes é mantida intacta.

Em contraposição às duas teses positivistas – tese da incorporação e tese das fontes – o interpretativismo também possui uma tese substantiva a ser proposta. Assim, além da divergência em relação ao método também há uma divergência em relação à substância. A tese substancial proposta por Dworkin (1986, p. 232) é o direito como integridade (*law as integrity*).

Chamada por Raz (1985, p. 305) de tese da coerência, em resumo, o direito como integridade entende que o direito deve ser visto como essencialmente relacionado à justificativa da atividade coativa do estado de maneira legítima por intermédio da interpretação coerente e íntegra dos direitos e responsabilidades estabelecidos no passado. Nesse sentido, o direito como integridade pressupõe a identificação do direito apor via de juízos de moralidade dentro de uma responsabilidade política – o que está totalmente em desacordo tanto com a tese das fontes quanto com a tese da incorporação.

Esse ponto foi desenvolvido para que fique clara a diferença entre debate substantivo e metodológico na filosofia analítica do direito, mas não será trazido aqui um desenvolvimento maior a respeito deste tema⁴.

1.3 O debate entre positivistas e interpretativistas como de natureza metodológica

Estando cientes de que há uma organização do debate substancial entre positivistas inclusivistas, positivistas exclusivistas e defensores do direito como integridade, é ne-

⁴ Defendendo que, no âmbito substancial, não há tanta diferença na capacidade de explicação entre interpretativistas e positivistas inclusivos em questões relacionadas a precedentes está o prof. Thomas Bustamante. Cf. (BUSTAMANTE, 2019).

cessário destacar que a organização é diferente quando se trata do debate metodológico, ou seja, o debate a respeito de como se faz filosofia do direito. Neste âmbito, tanto inclusivistas quanto exclusivistas estão de acordo com método utilizado pelo teórico do direito – a análise conceitual neutra e distanciada – e discordam do método não-positivista no qual o interpretativismo se baseia.

Por fim, importante destacar que não há uma conexão necessária entre os pressupostos metodológicos e conclusões substanciais sejam positivistas ou não-positivistas. Como no exemplo citado de Jeremy Waldron (1994, p. 411), que utiliza o método interpretativista, mas não alcança a integridade no direito como conclusão substancial – ele se aproxima mais do positivismo na defesa da separação entre direito e moral.

2 O INTERPRETATIVISMO E O DESAFIO INTERPRETATIVISTA

Este tópico está dividido em dois. O primeiro, almeja explicar, sinteticamente, as principais características do interpretativismo a partir da visão de Stavropoulos – talvez o principal sucesso de Dworkin no que tange ao debate metodológico em filosofia analítica. Em seguida, será desenvolvida o desafio produzido por Dworkin em *Law's Empire* contra o positivismo jurídico.

2.1 Entendendo o interpretativismo

Nicos Stavropoulos (2021) explica, de maneira muito clara, as principais características do interpretativismo em quatro pontos. O primeiro, destaca que o interpretativismo é uma corrente em filosofia do direito, que entende que a devida explicação da prática jurídica – entendida como envolvendo direitos e obrigações – só pode ser realizada por meio da compreensão da prática institucional, e de princípios morais conjuntamente em um processo interpretativo.

A interpretação é compreendida aqui como o estudo de objetos normativamente relevantes ou das ações que produzem esses objetos. A literatura é um exemplo familiar pelo que se explica a prática interpretativista. Isso porque, na arte, a interpretação colabora na construção do significado do objeto em estudo. Essa realidade é compreendida como necessária e não opcional.

O segundo ponto, é que o interpretativismo identifica princípios de moralidade política que justificam a prática estudada em situações concretas. No âmbito jurídico, é possível dizer que alguns princípios morais justificam a aplicação do direito em determinadas maneiras em situações específicas.

O terceiro, é que o papel de justificação de princípios é fundamental. Para relações

de direitos e deveres jurídicos, alguns princípios de moralidade política explicam ultimamente como a prática institucional, e outros critérios, são importantes para determinar como se definirá a relação entre direitos e obrigações. Nesse processo, inclusive, os princípios de moralidade política vêm primeiro.

O quarto ponto, é que o papel de direitos e obrigações em questões jurídicas específicas é definido por sua força na moralidade política. Em outras concepções de direito – como o positivismo jurídico – o papel de direitos e obrigações é definido apenas pela prática institucional e a avaliação moral vem em seguida. Com um olhar positivista, o método interpretativo vem apenas após a identificação de direitos e obrigações e, talvez, possa complementá-lo - em situações excepcionais.

2.2 O desafio interpretativista

Tendo isso em mente, é possível seguir e compreender qual é o desafio interpretativista feito em *Law's Empire*. Nesta obra, Dworkin (1986, p. 13) explica que o direito tem natureza argumentativa, e que seus atores compreendem o que ele requer ou proíbe a partir da verdade de certas proposições, que possuem sentido apenas dentro de sua prática. E essa prática se define em debater a respeito dessas proposições. Dessa forma, para compreender essas proposições, é essencial entender os seus fundamentos.

Em seguida, é explicado os pontos de vista possíveis de análise tal como Hart o fez. O ponto de vista externo, também chamado de observador, e o ponto de vista interno, que é o do participante. Aqui, Dworkin enfatiza o fato de que as pessoas que estão envolvidas nessas práticas não querem ou precisam de descrições de características essenciais de um teórico do direito, mas de teorias que tratem, especificamente, sobre e auxiliem a compreender o que o direito requer na prática. Dessa maneira, ele expõe que a sua perspectiva em *Law's Empire* é a perspectiva do participante, que tenta compreender as características argumentativas da prática jurídica como um participante dessa prática⁵.

Dando seguimento ao seu argumento, Dworkin (1986, p. 102) descarta a utilidade de teorias descritivas - chamadas semânticas - e propõe que as teorias do direito sejam interpretativas. Com isso, ele propõe que elas sejam voltadas para uma prática específica, e não uma teoria abstrata e distanciada em busca de características essenciais e universais.

No mesmo sentido e tomando como referência a perspectiva interna de um juiz, Dworkin (1986, p. 93) defende que a teoria do direito é prólogo de uma decisão judicial, e que o direito de uma comunidade seja visto como o esquema de direitos e responsa-

⁵ Essa perspectiva é mantida até em toda sua obra. Para tal, conferir *Justice for Hedgehogs*, especialmente a parte I (DWORKIN, 2012).

bilidades, que justificam a coerção do estado a partir de decisões passadas consideradas adequadas. Para tanto, inevitável é a utilização de princípios de moralidade política, considerados os mais adequados fundamentos do direito.

Após essa breve exposição desse ponto específico de *Law's Empire* – mesmo que de maneira parcial e fatalmente incompleta -, é possível esclarecer que – na perspectiva interpretativista defendida nele - o ponto de vista do participante tem, como consequência direta, a admissão da ideia de teoria do direito como prólogo de uma decisão judicial e, conseqüentemente, sua relação com a justificação de uma prática a partir de princípios de moralidade política de uma comunidade. Por isso, teorias descritivas e neutras moralmente são tão inadequadas quanto impossíveis metodologicamente.

Em resumo, é possível dizer que este é o desafio interpretativista: desenvolver uma teoria que trate de uma prática normativa como o direito, e que descreva as convicções internas dos participantes é, metodologicamente, possível dentro de uma perspectiva externa e moralmente neutra? Para o interpretativismo, a resposta é não.

Após essa provocação, Hart (1994, p. 240) desenvolve um pouco mais sobre a sua perspectiva metodológica no *Postscript* publicado, postumamente, como apêndice à 2ª edição da obra *The Concept of Law*. Ao tratar sobre a natureza da teoria do direito, Hart explica que o seu anseio no livro é construir uma teoria que seja geral e descritiva. Ela é geral, no sentido de que não é voltada para nenhum sistema jurídico específico e que almeja clarificar uma instituição social de natureza normativa. E ela, também, é descritiva no sentido de ser uma teoria moralmente neutra e sem nenhum objetivo de justificação moral da prática estudada.

Importante destacar, também, que, segundo Hart (1994, p. 242), o argumento metodológico central de Dworkin contra sua teoria é que “a teoria do direito deve tomar a perspectiva interna no direito (...) e nenhuma análise da perspectiva interna pode ser realizada por uma teoria descritiva cujo ponto de vista não é do participante, mas do observador externo” (tradução livre).

Com essas palavras, podemos dizer que, segundo Hart, o desafio interpretativista tem sua melhor formulação na questão da possibilidade de uma descrição moralmente neutra de razões internas a partir de uma perspectiva externa⁶.

6 Dentro do positivismo contemporâneo essa interpretação do desafio interpretativista não é unânime. Há quem a interprete de maneira diferente – e fora do que normalmente se chama de argumento do aguilhão semântico. Um exemplo é Scott Shapiro, que defende que o principal desafio interpretativista é o argumento de que o positivismo jurídico é incapaz de descrever desacordos teóricos sobre questões jurídicas. Para aprofundar a questão (Cf. SHAPIRO, 2011, p. 283).

3 A RESPOSTA DE WALUCHOW AO DESAFIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVISTA

Não é por acaso, então, que Waluchow enfrenta essa questão metodológica – por meio de argumentos já desenvolvidos por Raz(1985, p. 321) - logo no primeiro capítulo de seu livro *Inclusive Legal Positivism*. A crítica que Waluchow (1994, p. 19) faz em relação ao desafio interpretativista é que essa perspectiva é tão radical, que não permite que exista um meio termo entre a ideia de uma descrição totalmente neutra da prática jurídica como almejou Hans Kelsen, e uma perspectiva totalmente engajada moralmente na justificativa de uma prática jurídica como a de Dworkin.

Um meio-termo metodológico, segundo Waluchow, seria uma perspectiva em que se reconheceria o papel do valor, inclusive do valor moral dentro de uma teoria do direito, sem, necessariamente, almejar desenvolver uma teoria que transforme a prática jurídica a melhor possível.

O exemplo de uma proposta moderada, segundo Waluchow(1994, p. 20), é a avaliação de teorias rivais a partir de valores que, normalmente, não são considerados morais como a simplicidade. Nesse exemplo, uma teoria seria considerada melhor que sua rival, se conseguisse explicar o mesmo fenômeno com um grau menor de complexidade.

Aqui, a simplicidade realiza o mesmo papel de controlar o objeto e como nós o vemos tal qual o valor moral faz na perspectiva interpretativista. A principal diferença é que a simplicidade - ou a clareza - não são valores morais. A questão aqui não é justificar, mas é um esforço intelectual para descobrir como o objeto realmente é. O argumento é que estaremos melhores amparados para isso com uma teoria mais simples.

Uma teoria descritivo-explanatória como essa é governada ultimamente por valores metateóricos como simplicidade, coerência e compreensão. Assim, um teórico tem valores não para justificar o direito, mas para entendê-lo melhor.

Nesse contexto, segundo Waluchow (1994, p. 21), é possível destacar uma grande diferença entre dois projetos com valores relevantes: um teórico descritivo-explanatório e, outro guiado, valorativamente por conceitos interpretativos. Em uma teoria descritiva-explanatória, seria possível destacar práticas moralmente relevantes sem se comprometer com os participantes da prática.

Um teórico do direito, por exemplo, poderia identificar que o uso da coerção é, valorativamente, relevante sem saber se ou quando a coerção foi justificada. Assim, um teórico poderia identificar relevância moral sem realizar um ato moralmente comprometido.

Nesse argumento de Waluchow, um esclarecimento é importante. Uma coisa é buscar fazer a sua teoria a melhor que ela pode ser dentro de valores metateóricos, almejar

as melhores interpretações do seu objeto de estudos. Outra coisa é dizer que os teóricos transformam o seu objeto de estudos o melhor que ele pode ser.

Uma teoria descritivo-explanatória não almeja transformar o seu objeto de estudos o melhor que ele pode ser. Ela almeja trazer elementos valorativos para a melhor descrição das reais características desse objeto. Nesse sentido, Herbert Hart e Waluchow realizam projetos valorativos para melhor descrever o seu objeto de estudos, o direito, dentro de uma perspectiva descritiva-explanatória.

Outro ponto importante destacado por Waluchow (1994, p. 27) é que ele considera inadequada a ideia de confundir o participante da prática e o teórico que a estuda. Por exemplo, alguém poderia fazer uma teoria sobre o amor sem estar apaixonado? Uma teoria sobre o amor não é em si mesmas declarações de amor. Alguém poderia oferecer uma teoria sobre a sexualidade sem realizar atos sexuais? Teóricos ficam excitados com suas teorias, mas isso não é um comportamento sexual em si.

Nesse contexto, por fim, é possível afirmar, com Waluchow, a importância de realizar algumas distinções:

- A) Valores metateóricos e considerações avaliativas morais;
- B) Encontrar valor moral e realizar uma justificação moral;
- C) Fazer a melhor teoria possível e fazer o melhor objeto possível;

Com essas observações, é possível alcançar aqui – em resumo - a resposta de Waluchow ao desafio metodológico interpretativista. Ele considera que, de fato, em uma perspectiva interna, o teórico é, fatalmente, influenciado por valores e isso interfere, inafastavelmente, no estudo teórico que realiza. Mas essa intervenção, ou influência não acontece como o interpretativismo propõe.

O interpretativismo propõe que, inevitavelmente, o teórico irá tratar de valores de moralidade política em sua teoria. Por outro lado, em uma teoria descritivo-explanatória do direito como a dele e a de Herbert Hart, os valores que influenciarão são metateóricos e não políticos. Essa é a resposta de Waluchow ao desafio metodológico interpretativista.

Seguindo o mesmo raciocínio, podemos ir além, e alcançar o que podemos chamar de conceito metodológico-chave para a devida compreensão da obra *Inclusive Legal Positivism*. Da mesma forma que Dworkin avaliou as teorias rivais à sua a partir de valores de moralidade política em *Law's Empire*, Waluchow, durante todo o livro *Inclusive Legal Positivism*, irá avaliar as teorias rivais da sua, no caso o Positivismo Exclusivo e a ideia de direito como integridade, a partir de valores metateóricos descritivo-explanatórios. Com essa proposta, Waluchow justifica todas as avaliações que serão feitas em

seu livro, além de responder ao desafio metodológico⁷.

4 OUTROS DESAFIOS INTERPRETATIVISTAS – RESPONDENDO A OUTROS CRÍTICOS

Esta última parte do artigo tem como objetivo debater a resposta desenvolvida nas últimas seções – a resposta de Waluchow ao argumento interpretativista. Para tal, será de muita valia debater os argumentos trazidos por Stavropoulos (2001), Waldron (2001) e Perry (1997). Eles almejam demonstrar contradições no método positivista de Hart – descrição neutra e descompromissada – em *The Concept of Law*. Basicamente, os autores almejam demonstrar momentos da obra em que Hart realiza juízos avaliativos, o que está em desacordo com a sociologia descritiva almejada.

Em nenhum momento, é pretendido aqui explorar de maneira completa o argumento desses autores em toda a sua obra – isso iria bem além do escopo deste artigo. É pretendido apenas demonstrar a utilidade do argumento de Waluchow desenvolvido no diálogo com argumentos teóricos utilizados em debates relevantes.

Dessa forma, serão trazidos três momentos nos quais Hart realiza avaliações e entre em contradição com o seu anseio descritivo. Os momentos são: (i) quando ele desenvolve o seu conceito de obrigação jurídica; (ii) quando ele defende a perspectiva adequada para uma análise do direito; (iii) quando ele defende as regras primárias e secundárias como ferramentas de avaliação do direito.

4.1 A natureza da obrigação jurídica

Em *The Concept of Law*, Hart (1994, p. 82) defende que a existência de uma obrigação jurídica não é fruto apenas de uma prática social consistente. Se o fosse, o simples hábito de ir ao cinema nas sextas-feiras resultaria no surgimento de uma obrigação jurídica. Uma obrigação jurídica surge quando há uma prática social consolidada, e esta prática é acompanhada por uma atitude reflexiva crítica.

Essa atitude reflete a consideração compartilhada de convicções de membros da comunidade que consideram a prática como obrigatória. Isso acontece quando aqueles que divergem dessa atitude sofrem algum tipo de sanção social. Um exemplo dessa prática pode ser o respeito à propriedade ou à vida de membros da comunidade. Caso essa prática jurídica seja desrespeitada, haverá uma punição social.

Dentro dessa breve conceituação, já há uma avaliação inserida. Implicitamente,

⁷ Um raciocínio muito semelhante é utilizado em obras mais recentes como em (DICKSON, 2001).

quando Hart defende que esta é a conceituação adequada de uma obrigação jurídica, já há uma avaliação a respeito da melhor forma de conceituar uma obrigação jurídica – e isso está em desacordo com a sociologia descritiva exigida por Hart.

4.2 O ponto de vista do teórico do direito

Em *The Concept of Law*, Hart (p. v, 1994) defende que um estudioso do direito deve desenvolver sua teoria a partir da perspectiva externa, ou seja, do observador da prática jurídica, mas considerando a perspectiva interna ou dos participantes. Todavia essa perspectiva não significa que o estudioso deve partilhar dessas convicções ou, mesmo, posicionar-se a respeito delas. A perspectiva adequada é externa e considerar a perspectiva externa dos participantes, mas não deve haver nenhuma consideração, posicionamento ou justificação da prática estudada. Tudo isso, para respeitar o pressuposto metodológico positivista.

Neste ponto, Hart realiza um juízo valorativo, quando defende que esta é a perspectiva adequada para a realização de um estudo sobre a natureza do direito. Implicitamente, ele está dizendo que um estudo realizado do ponto de vista externo e sem considerar a perspectiva dos participantes não é adequado para uma devida compreensão sobre o direito – e isso está em desacordo com a sociologia descritiva proposta.

4.3 A chave da compreensão da teoria do direito

Como já foi dito neste artigo, Hart (p. 81, 1994) defende que a união de regras primárias e secundárias é a verdadeira chave de compreensão da teoria do direito. Além disso, o autor também destaca como essa estrutura de normas é importante na resolução de problemas em um sistema jurídico primitivo – que é definido por não ter regras secundárias.

Neste momento, Hart estaria realizando um juízo valorativo, já que está desenvolvendo os melhores conceitos teóricos para se compreender a prática jurídica moderna. Assim, ele está dizendo que esses juízos são melhores que o imperativismo de Austin, por exemplo – e isso está em desacordo com a sociologia descritiva proposta.

4.4 Respondendo às críticas

De fato, todos os elementos trazidos podem ser compreendidos como demonstrando avaliações a respeito da melhor concepção de obrigação jurídica, da melhor perspectiva de um teórico do direito, e da melhor conceituação para se estudar o direito. Todavia – a

partir da perspectiva de Waluchow demonstrada em tópicos anteriores – é possível afirmar que nenhuma dessas avaliações foi feita com base em valores morais.

Essas avaliações devem ser vistas como baseadas em valores metateóricos, ou seja, valores que não tem nenhum anseio de justificação da prática estudada e, dessa forma, não almeja ser justa ou injusta. Pretende-se, apenas, a construção de conceitos claros e precisos para a melhor explicação possível do direito – sem realizar nenhum juízo sobre como esse objeto deveria ser.

A teoria de Hart possui natureza explanatória e descritiva, o que significa dizer que está baseada em valores que não possuem natureza política – como a simplicidade, a clareza e a objetividade. Assim, nenhuma das avaliações trazidas almejou desenvolver justificativas ou contradições com a sociologia descritiva proposta por Hart no início de sua obra.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo pode produzir as seguintes conclusões provisórias com base no debate descrito até aqui:

Existem dois tipos de debate em filosofia analítica do direito, o metodológico e o substancial. O debate metodológico trata da melhor maneira ou da maneira mais adequada de fazer filosofia do direito. De outro modo, o debate substancial trata de quais são as características essenciais que definem a natureza do direito.

Considerando que a crítica interpretativista ao positivismo jurídico é de natureza metodológica, Dworkin afirma que não é possível realizar um projeto teórico sobre o direito dentro de uma perspectiva interna (ou do participante) e, mesmo assim, ela ser neutra politicamente e não ter caráter justificatório. Essa crítica não é a respeito das características essenciais do direito, mas sobre como se faz teoria do direito. É afirmado que não possível realizar uma pesquisa jurídica da perspectiva do participante e almejar que ela seja neutra. A natureza justificatória e engajada politicamente é irrenunciável. Este é o desafio que Waluchow almeja responder.

Waluchow afirma que a postura de Dworkin é muito radical e binária, ou seja, não permite que exista uma pesquisa teórica sobre o direito que esteja entre o total distanciamento – como a teoria proposta de Kelsen – e o total engajamento político – como a própria teoria de Dworkin. Construindo um caminho do meio, Waluchow afirma que existem avaliações dentro de uma teoria neutra e descritiva, mas essas avaliações não são políticas e justificatórias. As avaliações teóricas realizadas em *The Concept of Law*, por exemplo, são de natureza metateórica, ou seja, utilizam valores que não possuem natureza política. Entre esses valores, estão a simplicidade, a elegância e a clareza. Es-

ses valores – que estão no meio termo entre Kelsen e Dworkin – guiam uma avaliação entre as melhores teorias descritivas e não as mais justas.

Por fim, *contra* os argumentos de Stavropoulos, Perry e Waldron, é possível responder que todas as avaliações levantadas por esses autores em *The Concept of Law* são de natureza metateórica, ou seja, não possuem caráter justificatório ou político, mas almejam construir a melhor teoria descritiva e neutra possível. Assim, não há qualquer contradição entre a proposta descritiva e neutra de Hart e a execução de seu projeto.

THE WIL WALUCHOW'S RESPONSE TO THE INTERPRETATIVE METHODOLOGICAL CHALLENGE

ABSTRACT

Dworkin's critique of positivism in Law's Empire is defined by defending the impossibility of making neutral and descriptive judgments of legal practice using the participant's perspective as a reference. This article aims to briefly and precisely clarify Wil Waluchow's response to this challenge based on the work book Inclusive Legal Positivism. Through bibliographic research, it is concluded that legal research, according to Waluchow, can be carried out through meta-theoretical values such as clarity and simplicity. From these values, then, it would be possible to carry out valuations within the internal perspective without necessarily being political or justifying.

Keywords: Legal positivism; Interpretivism; Waluchow.

BIBLIOGRAFIA

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa, **Waluchow and Dworkin's Disagreement on Legal Theory, Precedent and Adjudication: A Family Affair** (January 11, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3331675> Acesso em: 19.01.2022.

COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to the *Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986.

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

HART, Herbert. **The Concept of Law**. 2^o Edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

PERRY, Stephen. Interpretation and Methodology in Legal Theory. In: MARMOR, Andrei. **Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy**. 1997.

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

STRAVROPOULOS. Nicos. Hart's Semantics. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to the *Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. Legal Interpretivism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring Edition 2021), Edward N. Zalta (ed.) URL: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=law-interpretivist> . Acesso em: 13.01.2022.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to the *Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WALUCHOW, W. J.. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality, **The Monist**, Volume 68, Issue 3, 1 July 1985, Pages 295–324, <https://doi.org/10.5840/monist198568335>.