



OS MITOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

THE MYTHS OF LEGAL POSITIVISM

 **Henrique Porto de Castro**

Faculdade de Direito, Universidade de Brasília
Doutorando em Direito, Estado e Constituição na Universidade de Brasília (UnB)
Brasília, DF - Brasil
hpc004@hotmail.com

 **João Costa-Neto**

Universidade de Brasília
Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB)
Brasília, DF - Brasil
joaocostaneto@outlook.com

Resumo: Positivismo jurídico, como conjunto de teses necessariamente defendidas ou assumidas por todos aqueles que ostentam suas cores, tem sido comumente criticado com base em erros e mitos, constituindo um “espantalho” do que realmente seria esta tradição filosófica. Neste artigo, nos propusemos a resgatar as teses centrais do positivismo, através de uma revisão bibliográfica, definindo-o pela presença da tese do artefato e da tese da separabilidade, com presença contingente da tese das fontes e/ou da tese da convencionalidade. Com isso assentado, partimos para demonstrar que a ideia de um positivismo “superado” e que não seria capaz de explicar a presença de princípios jurídicos é falsa, bem como é falsa a visão de que o positivismo implicaria alguma metodologia interpretativa, tal como o textualismo ou o originalíssimo. Com isso, esperamos clarear ou talvez até recuperar o debate sobre o positivismo, especialmente no Brasil, revivendo as teses realmente defendidas por essa centenária tradição filosófica e nos afastando do “espantalho” criado.

Palavras-chave: positivismo jurídico; mitos; princípios.

Abstract: Legal positivism, as a set of theses necessarily defended or assumed by all of those who flaunt its colors, has been commonly criticized based on errors or myths, building up a “straw man” of what this philosophical tradition actually is. In this paper, we propose to recuperate the central theses of legal positivism, through literature review, defining them by the artifact thesis and the separability thesis, with contingent presence of the source thesis and/or the conventionality thesis. With that settled, we go on to demonstrate that the idea of an “outdated” positivism, unable to account for legal principles, is false, as well as the picture of a legal positivism that implies some specific interpretative methodology, such as textualism or originalism. Through this article, we expect to clear or even recover the debate about legal positivism, specially in Brazil, reviving the theses that are really defended by this century-old philosophical tradition, distancing ourselves from the “straw man” created.

Keywords: legal positivism; myths; principles.

Para citar este artigo (ABNT NBR 6023:2018)

CASTRO, Henrique Porto de; COSTA NETO, João. Os mitos do positivismo jurídico. *Revista Theses Juris – RTJ*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 181-202, jan./jun. 2023. <http://doi.org/10.5585/rjt.v12i1.22522>

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As Herbert later recalled: ‘He [Lon Fuller] was rather testy. He couldn’t keep his cool in arguments. But I liked him and he liked me. But he thought I was a radically mistaken positivist. The word positivist had a tremendously evil ring. I remember hearing somebody say, “You know he’s a positivist, but he’s quite a nice man” ...’ (LACEY, 2004, p. 230)¹⁻²

O positivismo jurídico, enquanto tradição de pensamento, sofreu e sofre diversas críticas ao longo de sua existência. Mais recentemente, ao longo do século XX, alguns debates ficaram famosos dentro do mundo anglo-saxão, em especial aqueles tidos por Herbert Hart e o Ronald Dworkin e entre o primeiro e Lon Fuller. Esses debates já foram extensivamente analisados, tendo sido criada vasta bibliografia a seu respeito³. Não pretendemos rever ou discutir essa bibliografia, nossa pretensão é muito menos ambiciosa.

Ao longo de toda sua existência enquanto tradição filosófica, dentre todos os ataques e críticas que o positivismo sofreu, algumas (não tão poucas) se basearam em erros, incompreensões e falácias. O positivismo, em alguns lugares, chegou ao nível de pária, sendo dada alcunha negativa àqueles que ousassem defender suas posições. Criou-se um “espantalho” do que seria o real corpo de ideias e posições efetivamente defendidas pelo positivismo. John Gardner foi enfático ao reconhecer esse fato quando escreveu que:

Have the members of any tradition of thought ever had their actual philosophical commitments so comprehensively mauled, twisted, second-guessed, crudely psychoanalyzed, and absurdly reinvented by ill-informed gossip and hearsay, as the legal positivists? Has any other thesis in the history of philosophy been so widely and so contemptuously misstated, misinterpreted, misapplied, and misappropriated as (LP*)? Well, actually, I can think of a few. Something like this is apt to happen whenever a label is used in both philosophy and, relatedly, in the history of ideas. “Natural lawyers” will feel some sympathy, as they often suffer similar indignities. Nevertheless, there are special and interesting lessons to be learnt from the catalog of myths about legal positivism that have gradually built up to give it a whipping-boy status in so much legally-related literature. (GARDNER, 2001, p. 7)⁴

¹ Trecho do diário de Herbert Hart comentando sua visita a Harvard e sua percepção do ambiente acadêmico norte-americano em 1956-7.

² “Como Hebert depois rememorou: ‘Ele [Lon Fuller] era um tanto irritável. Ele não conseguia manter a calma em debates. Mas eu gostava dele e ele gostava de mim. Mas ela pensava que eu era um positivista radicalmente equivocado. A palavra positivista tinha um som tremendamente maligno. Eu me recordo alguém dizer ‘Você sabe que ele é um positivista, mas ele até é um homem gentil’ ... [tradução livre dos autores]”

³ Para mais, Cf. LEITER, 2005 e SHAPIRO, 2007.

⁴ Os membros de alguma outra tradição de pensamento tiveram seus reais comprometimentos teóricos tão compreensivamente feridos, contorcidos, mal adivinhados, cruelmente psicanalisados e absurdamente reinventados por mal informada fofoca e boatos, quanto os positivistas jurídicos? Alguma outra tese na história da filosofia foi tão generalizadamente e desdenhosamente mal caracterizada, mal interpretada, mal aplicada e mal apropriada como a (LP*)? Bem, na verdade, eu consigo pensar em algumas. Algo assim é apto a acontecer sempre que o rótulo é usado tanto na filosofia quanto, relacionadamente, na história das ideias. “Advogados naturalistas” sentirão alguma simpatia, uma vez que eles frequentemente sofrem indignências similares. Independentemente, existe lições importantes para serem tiradas

Nossa proposta, então, é pontual: resgatar uma definição comum do que seria o “positivismo jurídico” e, a partir dela, desconstruir alguns mitos comuns que ajudaram a formar essa imagem de “espantalho”. Não significa que nosso trabalho implicará uma “redenção” do positivismo – inclusive, pois, seria discutível se ele “precisaria” de uma “redenção” – ou seja, ao dissipar as nuvens formadas por esses mitos não implicamos que todas as críticas ao positivismo estão refutadas, mas ao menos aquelas baseadas em tais mitos perderão seu lastro.

Embora seja longa a lista de mitos que anuviam a visão sobre o positivismo jurídico, neste artigo apenas enfrentaremos dois deles, por entendermos que são mais comuns nos fóruns e academias brasileiras; são eles:

- a) *O mito do positivismo sem princípios*, segundo o qual a teoria positivista não seria capaz de explicar a existência de princípios jurídicos, tais como caracterizados por Dworkin em seu artigo *Model of Rules I*, publicado em 1967, e que teria falhado como projeto conceitual diante dessa crítica;
- b) *O mito do positivismo interpretativista*, segundo o qual o positivismo implicaria uma metodologia interpretativa específica, geralmente o textualismo e/ou o originalismo.

É preciso reconhecer, contudo, que existem críticas muitos bem construídas ao positivismo, diante das quais não se pôde declarar um claro vencedor – ou, no mínimo, é bastante controverso se se pôde ou não. Como já dito, não pretendemos apresentar o positivismo como a “teoria suprema” ou algo do tipo. Tudo que pretendemos é separar o joio do trigo, conceitualmente: deixar claro quais as teses centrais tidas por toda aquela teoria rotulada como “positivista”, bem como apresentar algumas das teses ou conclusões que *não* derivam do positivismo. Dito isso, podemos começar pelo primeiro problema: o que é o positivismo jurídico.

ISOLANDO O PROBLEMA

“Positivismo jurídico” tem sido um rótulo atribuído a diversas teorias ao longo de mais de 200 anos, cujo surgimento histórico, Bobbio relembra, foi ligado ao nascimento do Estado moderno, com a dissolução da sociedade medieval. (2006, p. 26) Essa sociedade era constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um com seu conjunto de normas jurídicas, muitas vezes em conflito com a de outros conjuntos; com a formação do Estado moderno, este

do catálogo de mitos sobre o positivismo jurídica que gradualmente levaram ao status de pária em tanta literatura jurídica.” [tradução livre dos autores]

assumiu para si o monopólio sobre a criação do direito, algo que Bobbio chamou de “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (2006, p. 27)

Esse momento histórico fez surgir uma preocupação: a de separação entre o que seria *direito*, cuja criação seria monopólio estatal, e as *outras coisas*, i.e., moral, etiqueta etc., cuja existência, ainda que não negada, não implicaria status de *direito*. Esse surgimento e elaboração teve diferentes formatos em diferentes nações europeias, cujo aprofundamento foge do nosso projeto.⁵

Contrariamente, contudo, alguns entendem que a fundação do “positivismo jurídico” se deu com o jurista inglês John Austin, especialmente na primeira metade do século XIX. Esse recorte se dá atribuindo aos autores anteriores, preocupados com a estruturação do Estado moderno, tais como Thomas Hobbes e Jeremy Bentham, um status distinto do de *positivista*, uma vez que já falavam em “direito positivo”⁶. Como colocou Wayne Morrison:

Portanto, Austin defendia o uso da indução como método pelo que a *ratio* – ou o verdadeiro princípio ou regra de direito – pudesse ser criada mesmo a partir de um único caso citado a um juiz. Seu modelo para o positivismo, como para toda a sua filosofia jurídica, era o progresso alcançado nas ciências físicas ou naturais. O positivismo jurídico de Austin foi expresso com confiança crescente na força progressista do conhecimento que se desenvolvia nos primórdios do século XIX. Ainda que o termo “direito positivo” tenha sido usado por Hobbes, por exemplo, para quem denotava o direito criado pelo homem, em oposição ao direito divino ou natural, o século XIX testemunhou o desenvolvimento de um corpo mais abrangente de pensamento que foi chamado de “positivismo”. Esse positivismo realmente provém da Auguste Comte (1798-1857), pensador social do século XIX (e criador do termo “sociólogo”) que justapôs a investigação dos fatos positivos, a observação de fenômenos e o desenvolvimento indutivo do direito à especulação metafísica e ao dogma teológico; acredita-se que a metodologia positivista teria consequências sociais de extrema importância, tornando possível uma nova ordem social. O positivismo veio a ser associado aos métodos empíricos de investigação e, em particular, a uma abordagem unificada de pesquisa que reivindica a universalidade dos métodos das ciências naturais. (2011, p. 269-270)

Esse recorte conceitual, designando os autores pré-Austin como não sendo propriamente “positivistas”, adota uma perspectiva histórica para analisar a evolução do conceito, demarcando contextualmente a designação de um ou outro autor como “positivista”. Ainda que seja um projeto de valor historiográfico e sua breve ambientação, tal como exposta acima, nos sirva para situar aquilo que queremos conceituar, essas distinções da evolução dos conceitos não tem muita relevância para nosso projeto.

Tal como colocou John Gardner, não há nada de filosófico a dizer sobre os “positivistas jurídicos” como um grupo se não pudermos apresentar alguma ou algumas proposições ou

⁵ Para aprofundamento neste tema, remetemos à parte I do livro de Norberto Bobbio *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, referenciado acima, bem como o livro de Wayne Morrison *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*.

⁶ É importante pontuar que existem diversas nuances nessa análise, próprias da historiografia, nas quais não entraremos por fugir ao escopo deste projeto.

conjunto de proposições que são defendidas ou assumidas por *todos eles*. Isso porque a investigação filosófica à qual nos propomos aqui está preocupada com a verdade das proposições, sendo elas colocadas em questão, não seu desdobramento particular em uma ou outra teoria, ainda que ela possa receber o rótulo de “positivismo jurídico” diante de uma análise historiográfica. (2001, p. 2) Gardner colocou isso de forma precisa: “*In philosophical argument, to put it another way, “legal positivists” stand of fall together only if they are united by thesis rather than merely by theme*”. (2001, p. 2)⁷

Desse modo, nossa preocupação é com o *projeto do positivismo*, posto em termos conceituais, tal como tese ou teses tidas por todos aqueles que, conceitualmente, poderiam ser considerados positivistas, bem como a delimitação metodológica do positivismo. Esse problema, de fixação da “tese ou teses central(is)” do positivismo é mais controverso do que pode parecer, haja vista que existem diversos autores que foram historicamente intitulados como sendo positivistas e uma proposição conceitual dessa envergadura, para que seja epistemologicamente relevante, precisa possuir capacidade explicativa para tais diversos fenômenos.

John Gardner talvez tenha sido um dos que apresentou uma tese definidora das mais modestas, fixando como sendo a única tese central do positivismo a seguinte:

(LP*) In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits (where its merits, in the relevant sense, include the merits of its sources) (2001, p. 5)⁸

Essa definição apresentada conflui algumas teses, que serão analisadas a seguir, estipulando, como se viu, que o status de *direito* somente pode ser atribuído a uma norma (i.e., status de validade, pelo conceito apresentado) caso ela emane de alguma fonte reconhecida socialmente. Essa definição é, confessadamente, uma aproximação que Garner entendeu suficiente para sua investigação, possuindo inclusive algumas ambiguidades, mais notadamente a respeito das tradições de positivismo inclusivo e exclusivo.⁹ Como aproximação e proposição mais geral, Gardner se propôs a uma conceituação mais abrangente, porém entendemos que ela incorre em uma imprecisão importante. Para entender, precisamos dar um passo atrás.

O projeto do positivismo, como já mencionado, é tipicamente empírico, não metafísico; não significa que ele não possa possuir proposições metafísicas, mas que seu projeto está

⁷ “Em argumentação filosófica, para colocar em outras palavras, ‘positivistas jurídicos’ se sustentam ou não juntos somente se forem unidos por um conjunto de teses, não meramente por um tema comum” [tradução livre dos autores]

⁸ “(LP*) Em qualquer sistema jurídico, se determinada norma é legalmente válida, e portanto se ela compõe parte do direito daquele sistema, depende de suas fontes, não seus méritos (sendo que seus méritos, no sentido relevante, inclui os méritos de suas fontes)” [tradução livre dos autores]

⁹ Trataremos com mais detalhe essas duas tradições mais adiante.

essencialmente preocupado com questões empíricas. Contudo, esse empirismo costuma a ter um papel moderadamente fraco no desenvolvimento das teorias positivistas, haja vista que estas estão preocupadas com análises conceituais modestas (*modest conceptual analysis*¹⁰⁻¹¹), dentro da proposta metodológica da jurisprudência analítica (*analytical jurisprudence*).

Kenneth Einar Himma explica que:

The project of conceptual jurisprudence is concerned with explicating the content of those concepts that figure most prominently in practices pretheoretically regarded as legal in character; these concepts include the concepts of law, validity, authority, and a legal system. As traditionally described, the point of a conceptual theory of law is to explicate the content of each of these concepts, locating them among a general conceptual framework determined by the linguistic and legal practices that define the application-conditions for using the corresponding concept-terms. (2019, p. 61)¹²

Esse projeto, como é possível perceber, não está preocupado com a avaliação dos conteúdos dos conceitos comuns nas práticas pré-teoricamente definidas como jurídicas, nem com a avaliação de determinadas práticas em particular; diversamente, o projeto positivista é especificamente *descritivo e conceitual*, ainda que engaje em avaliação epistemológica.¹³

Consequentemente, uma análise conceitual do direito pretende explicar a natureza do direito através da identificação e análise de todas as propriedades essenciais que fazem como que algo seja *direito* ao invés de qualquer outra coisa, não somente se preocupando com essa identificação, mas também com a explicação do porquê algo que conta como *direito* possuir esse status. (HIMMA, 2019, p. 64)

Com essa compreensão, podemos chegar à primeira tese pressuposta pelo positivismo, que Himma chamou de “tese da diferenciação” (TD), tendo a estruturado da seguinte forma:

¹⁰ “The modest approach (MCA) [to conceptual analysis] seeks to understand the nature of a thing as it is defined by the conceptual framework we impose in the world through shared linguistic practices. (...) Insofar as MCA seeks to reconcile conceptual theories with ordinary talk, it requires that we consider ordinary talk as a touchstone for evaluating theories about the nature of the relevant thing, and ordinary talk reflects ordinary intuitions conditioned by the shared social conventions for using the corresponding term. Accordingly, MCA begins from an understanding of the lexical meanings of words; these meanings form the starting point for an investigation into what deeper philosophical commitments these ordinary practices imply. (...) MCA takes these intuitions as providing the ultimate standard for evaluating a conceptual theory because MCA assumes that the object of conceptual analysis is to uncover the nature of the world *as we define it* through the conceptual frameworks that *our* linguistic practices impose on it.” (HIMMA, 2019, p. 33-34)

¹¹ “A Abordagem modesta (MCA) [para análise conceitual] busca entender a natureza da coisa tal como é definida pela moldura conceitual que nós impomos ao mundo pelas nossas práticas linguísticas compartilhadas. (...) Conquanto MCA busca reconciliar teorias conceituais com a fala ordinária, ela requer que nós consideremos a fala ordinária como a base para avaliar teorias sobre a natureza da coisa relevante, e fala ordinária reflete intuições ordinárias condicionadas pelas convenções sociais compartilhadas para o uso de termos correspondentes. Consequentemente, MCA parte de uma compreensão dos significados lexicais das palavras; esses significados forma o ponto de partida para uma investigação sobre comprometimentos filosóficos mais profundos que essas práticas ordinárias implicam. (...) MCA toma essas intuições como fornecendo o último parâmetro para avaliação de uma teoria conceitual, pois MCA presume que o objeto de análise conceitual é revelar a natureza do mundo *como nós o definimos* através da moldura conceitual que *nossas* práticas linguísticas impõem a ele.” (HIMMA, 2019, p. 33-34) [tradução livre dos autores]

¹² “O projeto de jurisprudência conceitual é preocupado com a explicação do conteúdo daqueles conceitos que figuram mais proeminentemente em práticas pre-teoricamente consideradas jurídicas e caráter; esses conceitos incluem o de direito, validade, autoridade e sistema legal. Tal como tradicionalmente descrito, o ponto de uma teoria conceitual de direito é explicar o conteúdo de cada um desses conceitos, localizando-os dentro de um quadro conceitual geral determinado pelas práticas linguísticas e jurídicas que definem as condições de aplicação para o uso dos conceitos-termos correspondentes.” [tradução livre dos autores]

¹³ Quanto a essa avaliação epistemológica, Brian Leiter já demonstrou não constituir uma objeção real à pretensão “neutra” ou “pura”, como quis Kelsen, do objeto de estudo do positivismo, qual seja as práticas sociais e sua distinção entre *direito* e *outras coisas*. (Cf. LEITER, 2005). Sobre o mesmo tema, também escreveu Kelsen (KELSEN, 1941, p. 44-70).

The Differentiation Thesis: In every conceptually possible legal system S , there is a set of criteria of *legality* (as opposed to legal validity) such that, for every norm n , n is a law in S at time t if and only if n satisfies the criteria of legality at t . (HIMMA, 2019, p. 65)¹⁴

Tal como posta, (TD) constitui uma tese metafísica, não epistemológica, haja vista que não pressupõe ou implica nada a respeito da possibilidade de identificação do critério de *legalidade* e um dado sistema. O fato de (TD) estabelecer que existem certas coisas que diferenciam uma norma n como sendo satisfativa no critério de *legalidade* não diz nada a respeito de nossa capacidade de determinar quais são esses critérios ou quais coisas implicam essas propriedades em dada norma n . (HIMMA, 2019, p. 65)

(TD) também não é uma tese exclusiva do positivismo, ainda que seja uma tese necessária para análise conceitual modesta; toda teoria conceitual do direito assumiu (TD) como ponto de partida. Essa tese simplesmente expressa um truísmo, qual seja, de que em todas as comunidades conceitualmente possíveis e que tenham um sistema jurídico (existentes ou não), existem certas propriedades que distinguem, conceitualmente, normas jurídicas de outras normas. (HIMMA, 2019, p. 65)

Uma vez que (TD) tenha sido compreendida, como condição necessária, mas não exclusiva ou suficiente, para caracterizar o positivismo, podemos partir para as demais teses que são definidoras do positivismo.

De forma sintética, essas teses são duas:

- a) *Tese do artefato* (TA); e a
- b) *Tese da separabilidade* (TS).

Existem outras duas teses que são contingentemente presentes em diversos autores positivistas, como a “tese da convencionalidade” (TC), adotada, v.g., por Herbert Hart, e a “tese das fontes” (TF), adotada, v.g., por Joseph Raz e aparentemente assumida por Gardner como sendo um traço definidor do positivismo – algo que não se sustenta, como demonstraremos mais adiante. Iremos focar nossa análise nas duas teses centrais, apenas tecendo alguns comentários sobre as outras duas para que fiquem razoavelmente claras.

¹⁴ “**A Tese da Diferenciação:** Em cada conceitualmente possível sistema jurídico S , existe um conjunto de critérios de *legalidade* (diferente de *validade legal*) tais que, para cada norma n , n é direito em S em um dado tempo t se, e somente se, n satisfizer os critérios de legalidade em t .” [tradução livre dos autores]

Primeiramente, quanto à “tese do artefato” (TA)¹⁵. Toda teoria positivista pressupõe que que o direito é, em essência, uma criação social (ou seja, um artefato). Isso é diferente de pressupor que o direito é algo que emana de determinadas fontes sociais – tal como postularia a “tese das fontes” (TF). Pressupor que o direito é um artefato nada mais é do que o que distingue o *direito* de *outras coisas* é a ocorrência de um ou mais fatos sociais, totalmente contingentes, que são reconhecidos por aquela comunidade como constituintes de uma norma ou sistema como sendo *direito*.

A (TA) não pressupõe algum elemento intrínseco à norma para a dar esse status de *direito*, seja a presença de sanções, seja algum fim justificatório ou qualquer conteúdo. Nesse aspecto, (TA) é neutra em respeito à forma e ao conteúdo da norma, conquanto, por óbvio, se trate de uma “norma”.

Desse modo, ainda que todos os positivistas estejam conceitualmente comprometidos com (TA), existe grande divergência a respeito de quais fatos sociais estariam aptos, conceitualmente, a criar o critério para determinar quais outros fatos estariam aptos a constituir o *direito*. Notoriamente, existe uma divergência entre Austin (1832) e Kelsen (2012), de um lado, e Hart (2012) de outro, os primeiros vendo o elemento coercitivo do Estado ou Soberano como características essenciais para identificação do que seriam normas jurídicas, sendo que Hart, diversamente, não vê necessidade conceitual de estar presente a coerção para tal caracterização (2012). Contudo, como posto, todos pressupõem (TA) ao engajar nesses debates, internos ao positivismo.

Por outro lado, (TA) também não é idêntica – e nem pressupõe – (TF), como pontuado acima. (TF) estabelece que é uma verdade conceitual que a *existência* e o *conteúdo* de uma norma *jurídica* são *totalmente* determinados por fontes sociais. Essa é a tese adotada pelo *positivismo exclusivo*, o qual tem como um de seus expositores Joseph Raz. Como ele mesmo conceituou: “*A law is source-based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative judgment*”. (1994, p. 2011)¹⁶

A diferença entre ambas as teses, como explicou Himma (2019, p. 68-69), pode ser vista em sua relação lógica. (TF) implica, logicamente, (TA), haja vista que se o direito pode ser identificado e ter seu conteúdo determinado exclusivamente em referência a fontes sociais, então o direito é um artefato social, ou seja, é uma criação social. Por outro lado, (TA) não

¹⁵ A nomenclatura “tese do artefato” (*The Artifact Thesis*) foi dada por Kenneth Einar Himma em seu livro *Morality and The Nature of Law*, ainda que não seja sua primeira menção na literatura. Igualmente, a explicação dada a seguir no que diz respeito às teses do positivismo foi, em sua essência, extraída da mesma obra.

¹⁶ “O direito é baseado em fontes se sua existência e conteúdo podem ser identificados pela referência apenas a fatos sociais, sem recurso a qualquer juízo avaliativo.” [tradução livre dos autores]

implica (TF). Isso porque é conceitualmente possível que exista uma regra de reconhecimento de um sistema jurídico¹⁷, ou seja, a regra que fixa o critério para identificação de outras normas jurídicas do sistema, que tenha seu conteúdo não determinado por fontes sociais, v.g. moralidade e julgamento avaliativo.

Em outras palavras, (TA) não estabelece que o *conteúdo* da regra de reconhecimento de um sistema deva ser determinado por uma prática social necessariamente, sendo conceitualmente possível que seu conteúdo seja determinado por outra coisa que não uma prática social, justamente a posição adotada pelo *positivismo inclusivo*. Uma clássica definição dessa posição foi dada por Will Waluchow:

The version of positivism developed and defended in this book will be called 'inclusive legal positivism'. A distinguishing feature of inclusive legal positivism is its claim that standards of political morality, that is, morality we use to evaluate, justify, and criticize social institutions and their activities and products, e.g. laws, and do in various ways figure in attempts to determine the existence, content, and meaning of valid laws. (1994, p.2)¹⁸

Existe grande controvérsia sobre esse ponto, constituído o mais recente debate entre o positivismo inclusivo e o exclusivo¹⁹, rendendo, inclusive, ataques aos positivistas inclusivos de que não seriam, propriamente, positivistas. A distinção entre ambas as vertentes do positivismo não é de especial relevância para os fins desse artigo, especialmente, pois, os mitos que serão desbancados por (TA) também seriam desbancados por (TF), haja vista que, como dito, (TF) pressupõe (TA). Como consequência, nosso argumento aqui se sustenta mesmo que se negue ao positivismo inclusivo o status de “positivismo”.

A segunda tese central do positivismo é a “tese da separabilidade” (TS), segundo a qual não é uma verdade conceitual que o critério de validade de um sistema jurídico incorpora limitações morais para o conteúdo do direito. A tese é posta em forma negativa em relação à premissa – comumente associada à teoria clássica de direito natural – que estabelece a existência dessa *necessidade conceitual*. (TS) não nega a possibilidade contingente de haver limitações morais em um dado critério de validade *c*, em um sistema *s*, em uma comunidade *k*

¹⁷ Hart divide as regras existentes em um sistema em primárias e secundárias. As primárias são aquelas que prescrevem comportamentos específicos para os indivíduos; as secundárias (ou metaregras) são “regras sobre regras”, se dividindo em três tipos: regras de adjudicação, regras de modificação e regras de reconhecimento. Esse último tipo de regras secundárias são aquelas usadas pelas autoridades de um sistema para identificar quais normas, naquela comunidade, contam como “jurídicas”, sendo que Hart indica que existiria uma “última regra de reconhecimento”, contendo em si o critério máximo para determinar o status de *legalidade* de uma norma naquela comunidade. (HART, 2012). Essa designação é mantida por grande parte dos positivistas pós Hart, tal como Kenneth Einar Himma, como já visto.

¹⁸ “A versão do positivismo desenvolvida nesse livro será chamada de “positivismo jurídico inclusivo”. Uma característica distintiva do positivismo jurídico inclusivo é sua tese de que parâmetros de moralidade política, isto é, moralidade que utilizamos para avaliar, justificar e criticar instituições sociais e suas atividades e produtos, e.g. leis, podem e de várias formas figuram em tentativas de determinar a existência, conteúdo e sentido de leis válidas.” [tradução livre dos autores]

¹⁹ Existe grande bibliografia a respeito desse debate, cujo aprofundamento nos furtaremos por fugir do propósito deste artigo. Para maiores detalhes, Cf. MARMOR, 2011; HIMMA, 2019; ALEXANDER; SCHAUER, 2007; WALUCHOW, 2009; e WALUCHOW, 2008.

e em um tempo t . Caso negasse essa possibilidade contingente, seria incompatível com o positivismo inclusivo, como já visto acima.

Ocorre que (TS) também é compatível com (TF), haja vista que (TS) é uma tese negativa, apenas negando que existe, conceitualmente, uma limitação moral para o critério do direito. Com isso podemos ver que a tese do positivismo inclusivo é logicamente compatível com (TS), porém não é compatível com (TF).

Por fim, temos a “tese da convencionalidade” (TC), tendo Herbert Hart como um de seus principais endossadores. (2012) Segundo (TC), não existe nenhum outro elemento determinante para o *conteúdo* do critério de validade de um sistema que não aquilo que as autoridades daquele sistema acreditam, dizem e fazem no que diz respeito ao que conta como direito. (TC) também pressupõe (TA) e (TS) e não é logicamente incompatível com (TF), ainda que também seja compatível com o positivismo inclusivo.

(TC) pode ser caracterizada de duas formas: como identidade, ou seja, a regra de reconhecimento é idêntica às práticas das autoridades ou como determinação, de modo que a regra de reconhecimento seria determinada pelas práticas, mas não idênticas a elas. De todo modo, ainda que alguém que aceite (TC) possa ser caracterizada, necessariamente, como positivista, haja vista que (TC) implica (TA) e (TS), o contrário não é verdade, haja vista que existem autores positivistas que aceitam (TA) e (TS) ou até mesmo (TF) e são considerados positivistas, ainda que rejeitem (TC).²⁰⁻²¹

Com isso estabelecido, não só fica mais claro o que significa dizer que certa teoria é “positivista”, mas também podemos ver uma imprecisão na definição (LP*) de Gardner. Vamos recordar que (LP*) foi definido como: *In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits (where its merits, in the relevant sense, include the merits of its sources).*²² O problema aqui é que Gardner está assumido (TF) como sendo uma tese central do positivismo, ao invés

²⁰ O exemplo dado por Himma é de Scott Shapiro, segundo o qual a regra de reconhecimento não se trata de uma regra convencional (negando (TC), portanto), mas sim de um *plano* que funcionam para estruturar a atividade legal de forma coordenada para o atingimento de valores e bens impossíveis sem tal cooperação. Como o próprio Shapiro colocou: “*As I hope will become clear in what follows, my purpose here is not to draw an analogy between laws and plans but to flesh out an implication. The existence conditions for law are the same as those for plans because the fundamental rules of legal systems are plans. Their function is to structure legal activity so that participants can work together and thereby achieve goods and realize values that would otherwise be unattainable. For that reason, the existence of legal authority can only be determined sociologically: the question of whether a body has legal power is never one of its moral legitimacy; it is a question of whether the relevant officials of that system accept a plan that authorizes and requires deference to that body.*” (SHAPIRO, 2011, p. 119)

²¹ “Espero que ficará claro no que se segue, meu propósito aqui não é desenhar uma analogia entre o direito e planos, mas enfatizar uma implicação. A existência de condições para o direito são as mesmas para os planos, pois as regras fundamentais do sistema jurídico são planos. Sua função é estruturar a atividade legal de tal modo que os participantes possam atuar conjuntamente e, conseqüentemente, atingir bens e realizar valores que não seriam possíveis de outro modo. Por essa razão, a existência da autoridade legal somente pode ser determinada sociologicamente: a questão se um corpo tem poder legal nunca é uma de legitimidade moral; é uma questão se as autoridades relevantes daquele sistema aceitam um plano que autoriza e requer deferência àquele corpo. (SHAPIRO, 2011, p. 119) [tradução livre dos autores].

²² Vide tradução livre na nota n. 8.

de (TA); isso porque, ainda que (TA) derive de (LP*), o contrário não se sustenta, levando à situação de rejeição do positivismo inclusivo por (LP*).

Embora esse seja um caminho adotado por alguns, não parece ser o caso de Gardner, haja vista que ele afirma que:

In what follows, I will for the most part bracket the internecine debate between “hard” and “soft” legal positivists and leave (LP*) ambiguous in respect of it. Where necessary, I will default to the “hard” version, since that is the version I support myself. I will leave it to the reader to make the modifications needed to accommodate the soft version, where relevant. These modifications should not alter much what I have to say. (2001, p. 5)²³

Ainda que Gardner faça consideração de que (LP*) é ambígua, tal não nos parece se sustentar quando confrontamos (LP*) com (TA), salvo se fizermos duas concessões, quase descaracterizadoras da definição:

- a) A expressão “*depends*” (depende) deveria ser tomada como ambígua no sentido de permitir tanto “*need not depend*” (não precisa depender) quanto “*can only depend*” (somente pode depender);²⁴
- b) Seria preciso alterar a expressão “*depends on its sources*” (depende de suas fontes) para “*depends on it being a social creation*” (depende de ser uma criação social).

Claramente, essas “modificações” implicariam a total descaracterização da definição de Gardner, convertendo (TF) em (TA), de modo que a “ambiguidade” por ele referida e as “possíveis modificações” não se sustentam para preservar a definição, devendo ser rejeitada em favor da definição de Himma, segundo a qual é positivista aquela teoria que adote, necessariamente e conjuntamente, (TA) e (TS).

Com nosso conceito claramente delimitado, podemos passar a desbancar os mitos aos quais nos referimos anteriormente. Ainda que existam diversos, alguns inclusive endêmicos ao Brasil, selecionamos dois mitos especialmente comuns; são eles: A. *O mito do positivismo sem princípios*; e B. *O mito do positivismo interpretativista*.

²³ “No que se segue, eu vou, em grande parte, evitar o interminável debate entre “duro” e “leve” positivismo jurídico e deixar (LP*) ambígua em respeito a tal debate. Onde for necessário, eu vou recorrer como padrão a versão “dura”, já que essa é a versão que eu mesmo defendo. Vou deixar ao leitor para fazer os ajustes necessários para acomodar a versão leve, onde for relevante. Essas modificações não devem alterar muito o que eu tenho a dizer.” [tradução livre dos autores]

²⁴ Uma interpretação similar a esta pode ser vista em um artigo publicado por José Juan Moreso (2012).

OS MITOS

A O mito do positivismo sem princípios

É relativamente comum escutar nos corredores universitários a afirmação de que o positivismo jurídico não teria conseguido explicar a existência de “princípios”, nos moldes da crítica apresentada por Dworkin em seu artigo *Model of Rules I*, posteriormente publicado no livro *Taking Rights Seriously*. Esse mito em particular parece ser endêmico ao Brasil, não tendo sido possível localizar referência a este equívoco no mundo anglófono.

Dworkin, nesse artigo, faz uma distinção entre “regras” e “princípios”, fixando conceitualmente que “regras” seriam parâmetros de “tudo ou nada” para o comportamento e que “princípios” seriam parâmetros que dão suporte justificatório para vários cursos de ação, sem ser necessariamente conclusivo e sem se aplicar em medidas absolutas, contendo um “peso” ou “atração gravitacional” como depois definiu. (2014)

Além disso, Dworkin atribui ao positivismo, especialmente o defendido por Hart, três teses que entendeu serem centrais:

- a) A tese do *pedigree*, que é essencialmente (TF);
- b) A tese da discricionariedade, derivada de uma versão de (TS), apontando que o conjunto de normas tidas como *legais* seriam exaustivas ao que se entende naquela comunidade como *o direito* e que, caso o direito “acabasse”, a autoridade deveria decidir com discricionariedade; e
- c) A tese da obrigação, segundo a qual dizer que alguém *possui uma obrigação legal* implica dizer que ao caso se aplica uma norma legal que o obriga a fazer ou deixar de fazer algo.

Diante disso, Dworkin argumenta que o positivismo, em particular aquele proposto por Herbert Hart, não seria capaz de explicar a existência de princípios, porquanto seria um “*model of and for a system of rules*”. (1977, p. 34) Assim, continua Dworkin, o positivismo jurídico ignoraria a existência de princípios precisamente, pois, defenderia, via a tese da discricionariedade²⁵, que casos difíceis não seriam decididos com base em critérios jurídicos, ainda que as autoridades ao tomarem tais decisões se comportem como se estivessem tomando

²⁵ Esta tese, atribuída ao positivismo por Dworkin, pode ser sintetizada do seguinte modo: Como o direito é composto por um conjunto finito de regras, caso algum caso particular não estiver coberto por estas regras – i.e. se tratar de um caso difícil – a autoridade competente para julgar o caso terá discricionariedade, i.e., poderá decidir com base em critérios não jurídicos, conforme seu entendimento, não existindo uma resposta certa, ou seja, qualquer uma das respostas dadas ao caso, conquanto dentro da discricionariedade, não poderá ser caracterizada como “juridicamente errada”.

decisões com base em critérios jurídicos (i.e., como se *possuíssem obrigações*, tal como postula a tese da obrigação). Em suma, uma vez que se reconheça a existência de princípios, tendo Dworkin apresentado evidências empíricas nesse sentido (v.g. o caso *Riggs v. Palmer 115 N.Y 506 (1889)* e o caso *Henningsen v Bloomfield Motors Inc. 32 N.J. 161 A.2d 69 (1960)*), ficaria aparente que os juízes estariam vinculados a padrões legais (princípios, no caso) mesmo em casos difíceis.

Não somente isso, mas Dworkin também defendeu que a constatação da existência de princípios colocaria em xeque a tese de *pedigree* (caracterização feita por Dworkin da (TF) que tratamos aqui), argumentando que a legalidade (*legality*) de princípios, ao menos em alguns casos, depende apenas de seu conteúdo.

Com base nessa crítica de Dworkin, no Brasil, foi construído o mito de que não houve resposta satisfatória do positivismo jurídico, por vezes até sendo assumido que o positivismo foi “superado” diante dessa objeção “fatal”. Ocorre que essa visão sobre o positivismo ignora mais de 40 anos de debate sobre o tema.

Como Shapiro coloca, essa crítica de Dworkin foi apenas o *opening blast* (“abertura”) do debate (2007, p. 6), tendo surgido diversas e importantes respostas por parte dos positivistas. Essa crítica foi precisamente o que levou à cisão do positivismo em inclusivo e exclusivo, a depender de como a caracterização de Dworkin do positivismo foi aceita.

Os exclusivistas, por um lado, aceitaram a caracterização da regra de reconhecimento como de *pedigree* (ou seja, aceitaram (TF)). Essa posição já foi explicada acima, restando claro que o exclusivista aceita a premissa segundo a qual o teste de *legalidade* deve se basear exclusivamente na fonte social das normas e restar necessariamente ausente de recursos à sua moralidade.

Já em relação à objeção de Dworkin segundo a qual a tese da discricionariedade seria falseada pelos casos em que princípios foram considerados para a tomada da decisão, uma das respostas concede que, em alguns casos, juízes são legalmente obrigados a aplicar princípios que carecem de qualquer *pedigree*, mas esse fato, o argumento segue, não objeta a (TF), haja vista que seria simplesmente um caso em que um juiz possuiria o dever legal de aplicar um padrão *extralegal*.

Essa é a posição adotada por Joseph Raz e sua concatenação foi bem explicada por Shapiro:

[...] Dworkin's critique assumes that the law of a system consists of all those standards that judges of that system are required to apply. From this it follows, of course, that if judges are required to apply moral principles that lack pedigrees, these principles must be *legal* principles. However, Raz argues, this assumption is mistaken. In choice of laws cases, for example, judges are often required to apply the law of a foreign jurisdiction. Yet the obligation to apply foreign rules does not transmute them into local rules. The distinction between normative systems is preserved even when one system borrows from another. Analogously, Raz claims, the judicial obligation to look to morality does not ipso facto incorporate morality into the law. (2007, p. 21)²⁶

Por outro lado, temos os positivistas inclusivos, os quais negaram a caracterização de Dworkin de tese de *pedigree*, i.e., negaram (TF), defendendo que o positivismo jurídico não é incompatível com critérios morais de legalidade. Essa versão da resposta remonta às duas teses que já expusemos acima como sendo as definidoras do positivismo, quais sejam (TA) e (TS), defendendo que a única exigência é de que os testes de legalidade de um sistema não *necessitem* ser baseados em moralidade, mas *podem ser* baseados em moralidade.

Por outro lado, também existem alguns autores que negam a caracterização de Dworkin dos “princípios jurídicos”, alguns inclusive bem após o encerramento “formal” do debate, com a publicação póstuma do *Postscript* do *The Concept of Law*. É o caso de Frederick Schauer, para quem os princípios – os quais ele renomeou como “parâmetros” (*standards*) – não são ontologicamente distintos das regras, mas estão em um mesmo *continuum* em relação a elas, porém apenas em pontas opostas em um grau de precisão e vagueza. (2009, p. 188-202)

Essas respostas também não encerram o debate, tendo Dworkin refinado sua crítica em publicações posteriores, culminando na obra *Law's Empire*, no qual apresentou sua crítica mais forte ao positivismo através dos *theoretical disagreements*²⁷ (desacordos teóricos), levando a uma nova rodada de respostas²⁸, às quais não abordaremos aqui por fugir do objeto de nossa investigação. O ponto, de toda sorte, deve estar claro a essa altura: o positivismo jurídico não foi “derrotado” pela primeira rodada de críticas de Dworkin, especificamente ao estipular que não era capaz de explicar os *princípios jurídicos*, mas apresentou diversas respostas, algumas

²⁶ “(...) a crítica de Dworkin presume que o direito de um sistema consiste em todos aqueles parâmetros que os juízes daquele sistema necessitam aplicar. A partir disso, decorre, obviamente, que se os juízes são exigidos a aplicar princípios morais que carecem de pedigrees, esses princípios precisam ser princípios *legais*. Contudo, argumenta Raz, essa pressuposição está equivocada. Em escolhas em casos legais, por exemplo, os juízes são frequentemente exigidos a aplicar o direito de jurisdições estrangeiras. Contudo, a obrigação de aplicar regras estrangeiras não as transmuta em regras locais. A distinção entre os sistemas normativos é preservada mesmo quando um sistema toma emprestadas normas de outro. Por analogia, argumenta Raz, a obrigação judicial de olhar para a moralidade não incorpora *ipso facto* a moralidade ao direito. [tradução livre dos autores]

²⁷ De forma sintética, Dworkin entende que a prática jurídica é argumentativa e que, em seu processo, podem existir dois tipos de divergência: divergência a respeito de “proposições de direito” (*propositions of law*) e a respeito de “fundamentos do direito” (*grounds of law*). As divergências sobre proposições de direito não apresentam um desafio ao positivismo, já que são meras divergências a respeito de uma proposição de direito de um sistema particular que pode ser verdadeira ou falsa. Já divergências sobre fundamentos do direito são mais problemáticas, já que uma proposição de direito é verdadeira ou falsa em virtude desses fundamentos do direito. Diante dessa distinção, dois tipos de desacordos são possíveis: desacordos empíricos ou desacordos teóricos. O segundo tipo, quando se refere aos fundamentos do direito, seria precisamente desacordos sobre quais são os fundamentos do direito, colocando em xeque a existência de uma conformidade de comportamentos das autoridades a respeito dos critérios para identificar as normas válidas do sistema e, conseqüentemente, atacando a tese (TC) à qual nos referimos – o que, ainda que seja uma objeção à Hart, não é ao positivismo como um todo, pois vimos que (TC) não é tese essencial do positivismo. (Cf. DWORKIN, 2014, p. 5-15.)

²⁸ Para mais detalhes, Cf. LEITER, 2005; SHAPIRO, 2007; e SOPER, 1977.

mais convincentes que outras, prosseguindo com um debate que se estendeu ao longo de 40 anos, com o positivismo, no entendimento de muitos, tendo saído vencedor.²⁹⁻³⁰

B O mito do positivismo interpretativista

Este próximo mito talvez seja o mais comum. É muito habitual nos fóruns e nas academias brasileiras a percepção de que o positivismo jurídico implica em algum método específico de interpretação, geralmente o textualismo ou o originalismo. A frase “você está vendo apenas a ‘letra fria’ da lei, isso é muito positivista” é bastante comum e captura essa percepção.

Como já exposto acima, o positivismo se propõe a explicar o direito tal como é, sendo uma teoria conceitual do direito e adotando uma análise conceitual modesta (MCA) dentro da tradição da jurisprudência analítica. Coerentemente, como explicado, o positivismo apenas assume como teses (TA) e (TS), também pressupondo (TD), porém não como elemento suficiente para sua definição; essencial, mas não exclusivo.

Desse modo, não compõe o projeto do positivismo a *prescrição* de qualquer espécie de prática, *prescrever* implicaria deixar de lado a investigação conceitual descritiva e engajar em práticas avaliativas. Isso significa que todas as práticas e teorias interpretativas são compatíveis com o positivismo? Sim, mas em níveis diferentes.

Enquanto prática interpretativa, ainda que a teoria adotada por determinada autoridade daquele sistema pressuponha, por exemplo, a inexistência de separação entre direito e moral, essa prática não refuta o positivismo, pois será vista do ponto de vista externo moderado (descritivo, portanto) como sendo uma prática adotada pela perspectiva interna do sistema.

Frederick Schauer e Larry Alexander trataram dessa questão quando estavam investigando a existência de controvérsias constitucionais e a regra de reconhecimento dos EUA. Em seu artigo, os autores indagam como lidar com o problema de diversas metodologias interpretativas distintas quando se pretende interpretar a Constituição Americana por um órgão de cúpula, no caso, a Suprema Corte:

²⁹ “Rather, it seems to me--and, I venture, many others by now--that on the particulars of the Hart/Dworkin debate, there has been a clear victor, so much so that even the heuristic value of the Dworkinian criticisms of Hart may now be in doubt (LEITER, 2005, p. 2.)

³⁰ “Diferentemente, me parece – e, eu ousaria dizer, muitos outros a esse ponto – que nos particulares do debate entre Hart e Dworkin, houve um claro vencedor, tanto que o valor heurístico das críticas de Dworkin contra Hart podem estar, hoje, em dúvida. (LEITER, 2005, p. 2) [tradução livre dos autores]

If Article VII was the original rule of recognition—and if the entire Constitution, including Article VII, became the rule of recognition once adopted—then Article VII “recognized” (validated) “this Constitution.” But then what makes “this Constitution” *this* Constitution? Suppose that each of several officials employs a different methodology of constitutional interpretation. One is, let us say, an originalist of an intentionalist stripe. Another is an original-meaning textualist such as Justice Scalia. Still another is a current-meaning textualist somewhat closer in interpretive views to John Hart Ely than to Justice Scalia. A fourth looks to the values presupposed by the text and asks what interpretation best realizes those values. And so on. Not only will each of these officials assign different meanings to the Constitution; in a very real sense, each official is interpreting a different constitution. And this is because, in part, the interpretive methodology of each of these officials requires her to interpret different raw material. (2007, p. 175)³¹

Essa discussão, em parte, perpassa pela objeção de Dworkin baseada nos desacordos teóricos, já mencionada acima, e serve para demonstrar que o positivismo – no caso específico da teoria defendida por Schauer e Alexander, adotando (TA), (TS) bem como (TC) – não encontra dificuldade na constatação de que existe uma variedade de metodologias interpretativas adotadas pelas autoridades em um sistema jurídico. É justamente por essa razão que os autores, inclusive, veem que a regra de reconhecimento não é refutada por essa divergência, conquanto exista uma percepção geral da comunidade de que as autoridades, especialmente aquelas de cúpula, estejam engajando em “boa-fé” com as normas (i.e., tomando as regras do sistema como obrigatórias) e permaneça a aceitação geral da comunidade das regras do sistema (i.e., seja preservada a legitimidade do sistema). (2007, p. 190)

Estabelecido que a existência de diferentes metodologias interpretativas não apresenta uma objeção ao positivismo, surge a questão seguinte, que é o cerne do mito que estamos tentando desbancar: ainda assim, o positivismo *implicaria* ou *prescreveria* alguma metodologia interpretativa? A resposta segue negativa, como já pontuamos; porém algum aprofundamento talvez seja esclarecedor.

A percepção popular a respeito do positivismo parece eleger apenas duas possibilidades interpretativas para o positivismo, quais sejam o texto que contém a norma e a intenção do *ser* que a positivou no texto: textualismo e originalismo. Alguns positivistas adotaram parte dessa visão, como é o exemplo de Austin ao apresentar o direito como sendo um conjunto de normas emitidas *intencionalmente* pelo soberano e apoiadas por ameaças. (1832) Ocorre que já

³¹ “Se no artigo VII jazia a regra de reconhecimento original – e sei toda a Constituição, incluindo o artigo VII, se tornasse a regra de reconhecimento uma vez adotada – então o artigo VII “reconheceria” (validaria) “esta Constituição”. Mas, então, o que torna “essa constituição” *essa* Constituição? Suponha que cada uma de diversas autoridades apliquem uma diferente metodologia de interpretação constitucional. Uma é, vamos dizer, um originalista de tipo intencionalista. Um outro é um textualista de sentido original, como o juiz da Suprema Corte Scalia. Ainda um outro é um textualista de sentido atual, algo mais próximo em suas visões interpretativas a John Hart Ely do que do juiz Scalia. Um quarto, ainda, olha para os valores pressupostos pelo texto e se pergunta qual interpretação melhor realiza esses valores. E assim por diante. Não somente cada uma dessas autoridades atribui um sentido diferente à Constituição; em um sentido bastante real, cada autoridade está interpretando uma constituição diferente. E, por isso ser, em parte, uma metodologia interpretativa, cada uma dessas autoridades requer que ela interprete uma diferente matéria crua.” [tradução livre dos autores]

demonstramos que nossa investigação só é possível se nos atermos às teses *centrais* do positivismo, quais sejam (TA) e (TS) e, como já ressaltamos, pressupondo (TD).

Além disso, diversos autores positivistas defenderam posições prescritivas a respeito do direito, por vezes indicando métodos interpretativos que deveriam ser preferidos ou apresentando juízos avaliativos a respeito do direito posto. Dois exemplos dessas posturas são o livro *Law, Liberty, and Morality* de Hart, onde ele defende os princípios liberais de John Stuart Mill ao argumentar que somente existiria uma justificativa para a coerção estatal, que seria a proteção de indivíduos contra o mal (*harm*), e o livro *A Paz pelo Direito*, de Kelsen, onde ele prescreve um sistema de direito internacional.

Além disso, autores que seriam tidos como “pré-positivistas” também se preocupavam com a prescrição de métodos interpretativos, como é o caso, frequentemente citado, da Escola da Exegese, a qual foi marcada por um esforço prescritivo de purgar os diversos costumes medievais e os compilar em codificações positivadas, prescrevendo uma interpretação textualista e originalista. (HORTA, 2011, p. 88-96)

Essa digressão talvez ajude a compreender a origem desse mito, porém, e mais importante, ela deixa claro que é possível adotar posturas prescritivas e interpretativas em relação ao direito, porém isso segue sendo separado do que o positivismo jurídico propõe, qual seja, uma análise conceitualmente modesta (MCA) através de uma metodologia analítica dos elementos centrais da experiência jurídica, com neutralidades (ou ao menos pretensão de neutralidade) sobre as práticas adotadas pelos participantes, inclusive as práticas interpretativas, apenas assumindo (TA) e (TS) como exclusivos para si e pressupondo (TD) como não exclusivo mas necessário.

Essa posição pode ser claramente vista nos mesmos autores que citamos acima, Hart e Kelsen, os quais, ao adotarem a posição positivista para analisar o direito, se limitam a considerações conceituais sobre a interpretação. Hart, famosamente, caracterizou o direito como possuindo uma *textura aberta* (2012), como decorrência necessária da natureza da linguagem, seguindo a tradição da filosofia analítica e sua escola da linguagem ordinária de John Langshaw Austin e Ludwig Wittgenstein.³² Contudo, Hart não propõe qualquer metodologia interpretativa, se limitando a afirmar, conceitualmente, que:

³² Para mais, Cf. AUSTIN, 1990; GRAYLING, 2011; PARKER-RYAN, 2021; WITTGENSTEIN, 2017; HARRIS, 1976; e ALCOFORADO, 1986.

In all Fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide. [...] Canons of “interpretation” cannot eliminate, though they can diminish, these uncertainties; for these canons are themselves general rules for the use of language, and make use of general terms which themselves require interpretation. They cannot, any more than other rules, provide for their own interpretation. (2012, p. 126)³³

Kelsen, igualmente, analisa conceitualmente a interpretação, sem propor uma metodologia interpretativa própria:

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídico. [...] Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. (2012, p. 391-392)

Ambas essas posições são caracteristicamente “positivistas”, no sentido que temos empregado, pois pressupõem (TA) e (TS), sendo que a primeira delas também pressupõe (TC) como fato contingente, ambas partindo de uma análise conceitualmente modesta (MCA) e assumindo (TD). Igualmente, ambas não adotam qualquer metodologia interpretativa, mas afirmam, categoricamente, que o positivismo não implica em qualquer metodologia interpretativa específica e – além disso, que é impossível se fixar uma metodologia interpretativa a partir de uma análise conceitual (modesta, no caso).

Esperamos que esteja claro, a esta altura, que nem o textualismo nem o originalismo são metodologias interpretativas “próprias” do positivismo, sendo com ele compatíveis assim como qualquer outra metodologia interpretativa seria, já que operam a partir do ponto de vista interno, que é um nível distinto daquele onde a análise conceitual trabalha. Com isso, resta evidente que essa percepção interpretativista é mitológica.

CONCLUSÃO

Começamos nosso projeto preocupados em estabelecer uma definição conceitual para o positivismo jurídico, identificando seus pressupostos metodológicos e as teses centrais comuns a todas as teorias que poderiam, assim, ser rotuladas de “positivistas”. Esclarecemos, então, que o positivismo jurídico adota uma análise conceitual modesta (MCA), se preocupando em

³³ “Em todos os campos de experiência, não somente naquele de regras, existe um limite, inerente na natureza da linguagem, para a guia que a linguagem geral é capaz de providenciar. (...) Cânones de “interpretação” não conseguem eliminar, ainda que possam diminuir, essas incertezas; pois esses cânones são eles mesmo regras gerais para o uso de linguagem e fazem uso de termos gerais que, eles mesmos, requerem interpretação. Eles não conseguem, mais do que outras regras, providenciar para a própria interpretação.” [tradução livre dos autores]

entender o mundo a partir do quadro conceitual imposto a ele por nós mesmos, através de nossas práticas linguísticas compartilhadas. Foi com base nisso que pudemos fixar a primeira tese pressuposta pelo positivismo, ainda que não a ele exclusivo: (TD), a qual estabelece que para todo o sistema jurídico conceitualmente possível, existem um conjunto de critérios de legalidade tais que, para cada norma existente, somente será norma jurídica se satisfizer o critério de legalidade daquele sistema.

Com isso estabelecido, avançamos para rejeitar a conceituação de Gardner do positivismo como (LP*), argumentando que essa definição pressupõe (TF), tese das fontes, a qual não aceitamos como sendo tese central do positivismo por excluir o positivismo inclusivo, ainda que seja uma tese compatível com o positivismo e adotada pelos positivistas exclusivos. Pudemos, então, indicar as duas únicas teses centrais, essenciais, ao positivismo: (TA), tese do artefato, e (TS), tese da separabilidade.

(TA), tal como definimos, seguindo Himma, estabelece apenas que o direito é, em essência, uma criação social, implicando que tanto as normas legalmente validas quanto a regra de reconhecimento de um sistema possuem o status de direito por apresentarem um conjunto contingente de propriedades sociais. Já (TS) foi estruturada como uma postulação negativa, somente negando que é uma verdade conceitual que o critério de validade de todos os sistemas conceitualmente possíveis possui restrições morais para o conteúdo do direito.

Também apresentamos duas teses contingentes às teorias de diversos positivistas, as quais, ainda que não sejam essenciais ao positivismo, são relativamente comuns e com ele compatíveis. Apresentamos (TC), tese da convencionalidade, famosamente endossada por Hart, e apresentamos (TF), tese das fontes, famosamente endossada por Raz.

Com esses conceitos, passamos a discutir dois mitos usados, especialmente no Brasil, para criar uma caricatura, um “espantalho”, do positivismo, representando-o como se adotasse algumas teses que por ele não são adotadas. O primeiro mito que nos preocupamos em desbancar é o de que o positivismo, como teoria descritiva, não é capaz de explicar a existência de princípios jurídicos, calcado na percepção errônea de que as críticas de Dworkin no artigo *Model of Rules I* teria sido peremptório em refutar o positivismo.

Como vimos, o debate diante dessas críticas se estendeu por mais de 40 anos, inclusive levando à cisão do positivismo entre inclusivo e exclusivo a depender da aceitação da caracterização do positivismo por Dworkin, ambas as variantes apresentando razões para demonstrar que são capazes de explicar a existência dos ditos princípios jurídicos. Como já mencionado exaustivamente, não pretendemos declarar vencedores deste debate, ainda que no mundo anglófono seja usualmente considerado que os positivistas saíram vencedores; como

também já vimos, porém, pudemos ao menos estabelecer que o positivismo não foi “enterrado” pela crítica de Dworkin e que possui boas respostas às objeções lançadas.

Na sequência, nos preocupamos em desbancar talvez o maior mito sobre o positivismo, segundo o qual a teoria positivista implicaria alguma metodologia interpretativa, em particular o originalismo ou o textualismo. Indicamos uma possível origem para esse mito na presença de argumentos prescritivos e, em alguns casos, até endossadores de metodologias interpretativistas por autores positivistas, porém deixamos claro que esses escritos partiram de pressupostos metodológicos distintos dos do positivismo, de forma confessada por esses mesmos autores ou não tem a pretensão de derivar de (TA) ou (TS).

Assim, demonstramos que quando a postura positivista é assumida, ou seja, partindo apenas de (TA) e (TS), não é possível assumir qualquer metodologia interpretativa diante da postura descritiva e conceitual adotada pelo positivismo, sendo ele, inclusive, compatível com toda e qualquer metodologia interpretativa diante da diferença de níveis em que cada teoria opera (o positivismo a partir do ponto de vista externo moderado e a metodologia interpretativa a partir do ponto de vista interno).

Nossa intenção ao longo deste artigo foi modesta; não pretendemos, como já dito, “redimir” o positivismo, até porque não entendemos que o positivismo requer uma “redenção”. Diferentemente, nos preocupamos definir um conceito – i.e., positivo jurídico – e em afastar dois mitos e erros muito comuns a respeito do que de fato se defende e é implicado pela teoria positivista, ainda que talvez possam parecer equívocos triviais para um estudioso do assunto. Esperamos que este artigo sirva, ao menos, para que as discussões envolvendo os conceitos aqui envolvidos possam se afastar dessas valas conceituais e, com isso, talvez, resgatar um pouco o rigor teórico nos debates que envolverem o positivismo e, desse modo, “reviver” o “espantalho” criado.

REFERÊNCIAS

ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth Einar. **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ALCOFORADO, Paulo. A Teoria da Linguagem Ordinária. In: SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de (org.). **Significado, Verdade e Ação**. Niterói: EDUFF, 1986.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire**. Wm. & Mary Law Review. Vol. 45. I. 5 (Law and Morality Symposium), 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss5/4>. Acesso em: 2 nov. 2021.

AUSTIN, John Langshaw, **Quando dizer é fazer**. Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: John Murray Press, 1832.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript**: essays on the postscript to the concept of law. New York: Oxford University Press, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. (Justiça e direito).

GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **American Journal of Jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, vol. 46. 2001.

GRAYLING, Anthony Clifford. **Wittgenstein**: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2011.

HARRIS, James F. A New Look at Austin's Linguistic Phenomenology. *In: Philosophy and Phenomenological Research*. JSTOR. vol. 36. no. 3. 1976, Disponível em: www.jstor.org/stable/2106924. Acesso em: 2 nov. 2021.

HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. (Clarendon law series).

HART, Herbert L. A. **Law, liberty, and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1962.

HIMMA, Kenneth Einar. **Morality and the nature of law**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

HORTA, José Luiz Borges. **História do estado de direito**. São Paulo: Almeida, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. **Harvard Law Review**, Boston, Harvard Law Review Association. Vol. 55. n. 1. 1941.

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KRAMER, Matthew H.; GRANT, Claire; COLBURN, Ben; *et. al.* **The Legacy of H.L.A. Hart**: Legal, Political and Moral Philosophy. Oxford: Oxford University Press: 2008.

LACEY, Nicola. **A Life of H.L.A. Hart**: The Nightmare and the Noble Dream. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. *Public Law Research Paper*. Austin: University of Texas Law. no. 34. 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=312781>. Acesso em: 2 nov. 2021.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. 2. ed. Stanford: Stanford University Press. 2008. (Jurists: profiles in legal theory).

MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

MORESO, José Juan. Legal defeasibility and the connection between law and morality. *In*: BENTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista. **The Logic of Legal Requirements**. Essays on Defeasibility. Oxford: Oxford University Press, 2012

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PARKER-RYAN, Sally. Ordinary Language Philosophy. **Internet Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <https://www.iep.utm.edu/ord-lang/>. Acesso em: 2 nov. 2021.

RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain**: essays in the morality of law and politics. Oxford: Oxford University Press, 1994.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. London: Harvard University Press, 2009.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *In*: **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, Ann Arbor: University of Michigan Law School, n. 77, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 2 nov. 2021.

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

SOPER, Philip. **Legal theory and the obligation of a judge**: the hart/dworkin dispute. Michigan: Michigan Law Review, v. 75, i. 3, 1977.

WALUCHOW, Will J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

WALUCHOW, Will J. Legal positivism, inclusive versus exclusive. *In*: CRAIG, Edward (ed.). **Routledge Encyclopedia of Philosophy**. London: Routledge, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: João José R. L. de Almeida, Campinas: Editora Unicamp, 2017.