

COLEÇÃO  
HERMENÊUTICA, TEORIA DO  
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

# ENTRE POSITIVISMO E INTERPRETATIVISMO A TERCEIRA VIA DE WALDRON

Gilberto Morbach

**2ª edição**  
Revista e atualizada

2021

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## POSITIVISMO E DIREITO COMO INTEGRIDADE

---

*“Em sua grande e elegante obra, Ronnie [Ronald Dworkin] nos deu uma teoria viva, que creditou à prática do direito a razão e a reflexão, e não apenas uma aplicação mecânica de regras. Uma teoria que nos ensinou a levar a sério a argumentação que — para a perplexidade dos positivistas, pragmáticos, e céticos em geral — leva os advogados e juízes a buscar profundamente, nos livros de direito, com tenacidade, de novo e de novo, as respostas jurídicas para casos difíceis, em vez de admitir derrota ao primeiro sinal de que não há texto ou precedente específico sobre o ponto em questão.”*<sup>297</sup>

(Jeremy Waldron)

John Austin, no século XIX, foi o grande marco teórico a partir do qual se desenvolveu aquela que seria a característica dominante do positivismo jurídico tal como o compreendemos nas versões de seus mais influentes representantes teóricos. Suas teses, é verdade, podem ter sido superadas — se é que se pode empregar o termo “superação” sem olhares anacrônicos, sem desconsiderar que somente uma teoria a-histórica não está sujeita aos implacáveis avanços dos tempos —, mas houve continuidade com

---

297. Tradução livre de passagem de Jeremy Waldron em memorial a Ronald Dworkin quando de seu falecimento. *“In this great and graceful body of work, Ronnie gave us a living jurisprudence, one which credited the practice of law with reason and thoughtfulness, not just the mechanical application of rules. It was a jurisprudence that taught us to take seriously forms of argument that—to the bewilderment of positivists, pragmatists, and all sorts of skeptics—have lawyers and judges delving doggedly again and again into the books of the law to search for legal answers to hard cases, rather than just admitting defeat at the first sign that there is not going to be any text or precedent directly on point!”* WALDRON, Jeremy. Ronald Dworkin: An Appreciation. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 13-39, jul. 2013.

relação ao seu *método* de abordagem. Bentham, como vimos — em referência expressa a Hume — adotou em sua teoria jurídica a distinção entre as instâncias do *is* e do *ought*. Essa distinção, entre questões descritivas e normativas, “agora tão profundamente arraigada a ponto de não precisar de elaboração”,<sup>298</sup> foi igualmente seguida por Austin. A diferença é que, enquanto Bentham entendia ser papel da *jurisprudence* discutir também aquilo que “deve” ou “deveria”, Austin preocupou-se muito mais em atribuir à teoria do direito o papel de *descrever* aquilo que era *factual* acerca daquilo a que chamamos “*direito*”. Como o mundo externo está para a física, também o fenômeno jurídico estaria para a *jurisprudence*: deve-se identificar as leis sob as quais o fenômeno opera e, disso, descrevê-lo, analiticamente.

Se for possível fazê-lo sem que isso pareça um certo reducionismo, pode-se dizer que esse era, basicamente, o propósito daquele que, sem maiores contestações, pode ser chamado de maior nome representativo do positivismo jurídico anglo-saxão: H. L. A. Hart (1907-1992). Sua proposta teórica para um *conceito de direito*<sup>299</sup> está presente, direta ou indiretamente, em toda discussão acadêmica na esfera da *jurisprudence* a partir dali. Seja com a proposta de refutá-lo, de endossá-lo (em maior ou menor grau, com mais ou menos variações), ou tão somente de discutí-lo, o conceito de direito de Hart é um marco referencial para um sem número de importantíssimos livros, ensaios, artigos a partir dali. Da *analytical jurisprudence* de Austin, passando pelo ensaio analítico-jurídico — pela *sociologia descritiva*<sup>300</sup> — de Hart, o foco do positivismo jurídico tem sido o de, de uma forma ou outra, “aprofundar a compreensão do *direito*, da *coerção* e da *moral*”

298. BERLIN, Isaiah. **Ideias Políticas na Era Romântica**: Ascensão e influência no pensamento moderno. Organização de Henry Hardy. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 82.

299. Sua *magnum opus* é, justamente, *The Concept of Law*, publicado originalmente em 1961.

300. “Não obstante sua preocupação com a análise, este livro [justamente, *The Concept of Law*] pode ser classificado como um ensaio em sociologia descritiva”. (“*Notwithstanding its concern with analysis the book may also be regarded as an essay in descriptive sociology.*”) HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. v.

*dade* como fenômenos sociais distintos embora relacionados”,<sup>301</sup> *descrevendo* o direito enquanto fenômeno autônomo tal como *é*.

Veja-se, contudo, que, entre a herança imaterial deixada por Hart, mencionei obras (*lato sensu*) que se propunham a rejeitar sua proposta. Seus discípulos são maioria, é verdade; mesmo assim, há um nome (talvez tão paradigmático quanto o de Hart) que se sobressai entre os poucos que se manifestaram em oposição a Hart. Ronald Dworkin (1931-2013), ex-aluno de Hart, assim o fez, com veemência, desafiando a obra de seu outrora professor em termos metodológicos e substantivos. Muito já foi escrito e discutido sobre o agora célebre debate Hart-Dworkin, de modo que nenhuma pesquisa inserida no contexto anglo-saxão poderia deixar de abordá-lo — em especial, um estudo que investiga, ao final, a obra de Jeremy Waldron; a meu ver, um herdeiro direto não apenas de Hart, não apenas de Dworkin,<sup>302</sup> mas *do próprio debate*.

Há, naturalmente, um caminho a ser percorrido. Começamos, pois, por Hart, em uma modesta tentativa de fazer justiça à importância de sua obra.

## 5. O DIREITO EM H. L. A. HART

A questão temporal, ainda que não seja o foco principal do tema exposto, não deve ter passado despercebido aos olhos do leitor mais atento aos detalhes: Austin, homem do XIX, escreveu na década de 1830; Hart, por sua vez, teve sua obra magna publicada em 1961. Não é pouco provável que a pergunta mais óbvia emerja da análise que liga um elemento ao outro: não seria esse um salto grande demais do ponto de vista temporal? Estamos falando, afinal, de mais de um século de diferença entre uma obra e outra.

---

301. Tradução livre para a passagem que abre *The Concept of Law*, em que Hart expõe o propósito subjacente ao livro: “*My aim in this book has been to further the understanding of law, coercion, and morality as different but related social phenomena.*”) HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. v.

302. E, ao final, pretendo deixar muito claro por que isso *não é* um paradoxo, ainda que o pareça *prima facie*.

Se o leitor atento percebeu esse detalhe cronológico, o leitor iniciado em discussões sobre teoria do direito bem sabe que muito pouco — para que não se diga *nada*, ou *quase nada* — até hoje foi escrito sobre o estado das discussões teórico-acadêmicas do mundo jurídico anglo-saxão entre Austin e Hart. “Qualquer um que pesquise manuais de *jurisprudence* visando a compreender o desenvolvimento do assunto na Inglaterra”, diz Neil Duxbury, “vai concluir razoavelmente que nada de maior significado aconteceu do meio do século XIX ao meio do século XX”. O autor segue dizendo que “[e]ntre 1832, quando Austin deixou o posto de professor de Teoria do Direito na University College London, e 1952, quando Hart foi indicado à cátedra de *jurisprudence* em Oxford”, o único desenvolvimento digno de nota deu-se a partir da obra de Sir Henry Maine. E ainda assim, mesmo isso “recebe nada mais do que uma dedicação limitadíssima até nos mais detalhados livros didáticos sobre teoria jurídica”.<sup>303</sup> Postema faz coro à afirmação de Duxbury, dizendo que a teoria jurídica europeia era “um vilarejo sonolento, satisfeito, complacente, dominado pela teoria jurídica *austiniana*”.<sup>304</sup>

Não é por menos, portanto; não é “por acidente”<sup>305</sup> que, após uma brevíssima introdução, o primeiro passo de Hart em sua proposta de um conceito para aquilo a que chamamos “*direito*” é opor-se à definição dada anteriormente por... John Austin. Mas lembre-se: Hart não rejeitava a *metodologia* analítica de Austin: ele

303. Trecho livremente traduzidos a partir da seguinte passagem: “ANYONE who looks to textbooks on jurisprudence to understand the development of this subject in England might fairly conclude that nothing of great significance happened from the middle of the nineteenth century to the middle of the twentieth. Between 1832, when John Austin resigned as the professor of jurisprudence at University College London (‘UCL’), and 1952, when H.L.A. Hart was appointed to the jurisprudence chair at Oxford, the only English development of note seems to have been the work of Sir Henry Maine—though even this receives but scant treatment in the most detailed of English jurisprudence textbooks”. DUXBURY, Neil. English Jurisprudence between Austin and Hart. *Virginia Law Review*, vol. 91, n. 01, mar. 2005, pp. 02-91.

304. “[A] sleepy, contented, complacent village, dominated by Austinian jurisprudence”. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011, p. 03.

305. “This was no accident”. POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**, vol. 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Nova York: Springer, 2011, p. 03.

próprio, como vimos, define seu livro como um ensaio analítico-jurídico; ao fazê-lo, em seu prefácio, utiliza justamente o termo, tipicamente *austiniano*, *analytical jurisprudence*. Este é o ponto: Hart não rejeita a *proposta descritiva* de Austin, mas a *descrição* por ele apresentada. Como seu antecessor, pretende ocupar-se da “clarificação das estruturas gerais do pensamento jurídico”, e não “da crítica sobre o direito ou política judiciária”.<sup>306</sup> Isso passa por questões que dizem respeito às virtudes que Kramer chama de “teórico-explanatórias” em uma teoria analítica;<sup>307</sup> e Hart, fruto de seu meio, pretende fazê-lo a partir de questões muito caras à filosofia analítica de Oxford.<sup>308</sup> a partir de questões que se podem classificar como relativas aos *significados das palavras*. É nesse sentido que se pode brincar que a obra de Hart nasce de sua leitura dos *dois John Austin: John Austin o jurista*, de que tanto falamos aqui, e *John Austin o filósofo da linguagem ordinária*, John Langshaw, J. L. Austin.

306. “The lawyer will regard the book as an essay in analytical jurisprudence, for it is concerned with the clarification of the general framework of legal thought, rather than with the criticism of law or legal policy”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. v.

307. “Theoretical-explanatory virtues”. Cf. KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. Medford: Polity, 2018, p. 13.

308. A filosofia da linguagem ordinária era proeminente em Oxford, local onde, sob a influência de Ludwig Wittgenstein, personificou-se sobretudo em autores como J. L. Austin (citado diretamente por Hart), P. F. Strawson (a quem Austin agradece expressamente no prefácio de *The Concept of Law*), e Gilbert Ryle. Além de ser impossível (i) abordar a com o rigor que merece neste espaço, também é impossível (ii) classificar esses autores de maneira uniforme, taxativa. “[A]inda que cada um desses pensadores, de um modo ou outro, tivesse o uso da linguagem ordinária como objeto de análise, está longe de ser claro em que exatamente além disso o rótulo ‘filósofo da linguagem ordinária’ acarreta, sendo igualmente pouco claro que os vários pensadores assim chamados merecem ser reunidos sob a mesma classificação”. Seja como for, para meus propósitos aqui, basta que se entenda que aquilo a que se convencionou chamar de *filosofia da linguagem ordinária*, com ou sem imprecisões, era bastante popular em Oxford à época em que Hart lá ocupava a cátedra de *jurisprudence*. Sua herança para com J. L. Austin será exposta, aqui, a partir dos *insights* do próprio Hart. (Para além do trecho livremente traduzido e citado nesta nota, mais informações sobre J. L. Austin no belíssimo artigo de Guy Longworth para a *Stanford*. “[A]lthough each of these thinkers was sometimes concerned, in one or another way, with our use of ordinary language, it is far from clear what in addition to that the label is supposed to entail. And it is equally unclear that the various thinkers so-labelled deserve to be grouped together”. Cf. LONGWORTH, Guy. John Langshaw Austin. In: ZALTA, Edward N. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Spring 2017 Edition. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/austin-jl/>>.)

É com aportes no (i) John Austin filósofo da linguagem que Hart parte para rebater a definição analítica de direito do (ii) John Austin filósofo do direito. São as deficiências do “modelo simples de sistema jurídico” que são produto da concepção imperativista do (ii) John Austin filósofo do direito que Hart pretende superar a partir de uma análise linguística, por ele exposta através da máxima de (i) J. L. Austin, para quem uma consciência afiada das palavras possibilitam que se afie nossa percepção acerca dos fenômenos.<sup>309</sup> Hart compreende, pois, que somente uma atenção à linguagem jurídica permite uma melhor compreensão acerca do fenômeno social a que se refere essa linguagem — evidentemente, o direito.

É por essa razão, em obediência a essas premissas próprias, que Hart estabelece desde o início aquela que seria uma distinção fundamental em sua análise: a distinção entre os pontos de vista *externo* e *interno*, que são ambos possíveis quando se trata de quaisquer que sejam as *regras sociais* observadas.<sup>310</sup> Não se pode compreender uma prática social que consista em seguir regras, como é o caso do direito, sem que se compreenda como é essa prática a partir de seu ponto de vista *interno*; *i.e.* o ponto de vista de alguém que *aceita* essa prática como guia de conduta. Mais sobre isso será dito na medida em que se avance sobre as premissas e conclusões fundamentais de Hart; o fundamental, de início, é que se tenha em mente qual é o propósito por trás de sua obra: o desenvolvimento de uma teoria *descritiva* do direito, a partir de uma atenção dedicada à linguagem jurídica e, a partir disso, à atitude *interna* com relação à prática que aquilo a que chamamos *direito* implica.

309. Trecho construído a partir de tradução livre e contextualizada da seguinte passagem: “In this field of study it is particularly true that we may use, as Professor J. L. Austin said, ‘a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena’. I am heavily and obviously indebted to other writers; indeed much of the book is concerned with the deficiencies of a simple model of a legal system, constructed along the lines of Austin’s imperative theory”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. v-vi.

310. Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. v.

## 5.1 O que é o direito?

O que é o direito? “Poucas questões relativas à sociedade humana têm sido levantadas com tanta persistência e respondidas por pensadores sérios de formas tão diversas, estranhas e até paradoxais”.<sup>311</sup> É dentro desse cenário que Hart coloca três questões fundamentais, frequentes e persistentes; três perguntas que traduzem em partes menores a pergunta maior *i.e.* “*O que é o direito?*”: (i) O que diferencia o direito de mera coerção (*i.e.* ordens sustentadas por ameaças)? (ii) Quais são as relações, semelhanças, diferenças, entre obrigações *morais* e *jurídicas*? E, finalmente, (iii) o que são as regras sociais e em que medida o direito é por elas constituído?<sup>312</sup>

Em linhas gerais, é isso que Hart enfrenta em seu *Conceito*. Para iniciar suas reflexões, exatamente a partir dessas perguntas, o autor explora a ideia daquilo a que chama de “*definição*”.<sup>313</sup> Há definições *simples* que nos são muito úteis, ao expressarem determinados objetos a partir de ideias menos complexas que nos permitem substituí-las exatamente por essas definições simples. O exemplo de Hart é um triângulo, cuja definição, *simples*, é algo como “uma figura retilínea de três lados”; essa definição é o que permite que substituamos “figura retilínea de três lados”<sup>314</sup> por, justamente, “triângulo”. O ponto, entretanto, é que, por mais úteis que sejam, as definições simples não são sempre aplicáveis; não o são com relação ao direito, e não o são em razão daquilo que as três perguntas destacadas por Hart, todas elas subjacentes à grande pergunta “*O que é o direito?*”, iluminam: a de que nada

311. Tradução livre da passagem que abre o primeiro capítulo de *The Concept of Law*: “*FEW questions concerning human society have been asked with such persistence and answered by serious thinkers in so many diverse, strange, and even paradoxical ways.*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 01.

312. Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 13.

313. “*Definition*”.

314. “[A] *three-sided rectilinear figure*”.

suficientemente conciso a ponto de ser classificado como uma definição poderia servir de resposta satisfatória.<sup>315</sup>

Ainda assim, Hart considera ser possível estabelecer, caracterizar e descrever elementos centrais que constituem uma “parte comum”<sup>316</sup> àquilo que responde às três perguntas centrais na busca por um conceito de direito. E, para melhor desenvolver esses elementos, Hart considera necessário, antes, considerar detalhadamente as “deficiências”<sup>317</sup> da teoria analítico-jurídica até então dominante: a de Austin, segundo a qual, na leitura do próprio Hart, “a chave para se compreender o direito poderia ser encontrada na *simples* noção de uma ordem sustentada por ameaças, a que o próprio Austin denominava um ‘comando’”<sup>318</sup>.

### 5.1.1 As críticas de Hart à concepção imperativista

Hart rejeita, portanto, qualquer possibilidade de uma definição simples para o conceito de direito; por decorrência lógica, então, deve também rejeitar qualquer teoria que entenda como uma tentativa do tipo. Assim, antes de apresentar sua proposta conceitual *per se*, Hart propõe-se a confrontar a noção imperativista de direito — de matriz eminentemente *austiniana* e dominante até então — de uma definição conceitual para o direito como este, segundo a qual este seria constituído e identificável a partir de uma *ordem*, de um soberano, sustentada por uma *ameaça* (em Austin, como vimos, temos “comando” e “sanção”).

315. Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 13-17.

316. “[I]t is possible to isolate and characterize a central set of elements which form a common part of the answer to all three [questions]”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 16.

317. “[D]eficiencies”.

318. Grifo meu, e tradução livre da seguinte passagem: “What these elements are and why they deserve the important place assigned to them in this book will best emerge, if we first consider, in detail, the deficiencies of the theory which has dominated so much English jurisprudence since Austin expounded it. This is the claim that the key to the understanding of law is to be found in the simple notion of an order backed by threats, which Austin himself termed a ‘command’”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 16.

Para enfrentá-la, propõe-se primeiro a reconstruir os passos que poderiam levar à sua adoção.

Hart — e sua preocupação com a questão linguística fica clara desde muito cedo — começa por distinguir entre alguns tipos de imperativos, e inicia suas reflexões ilustrando a partir do exemplo de um homem armado. Um assaltante que diz, ao funcionário de um banco, “*Entregue-me o dinheiro ou eu atiro!*”<sup>319</sup> está *ordenando*, e não meramente *pedindo* ou, menos ainda, *suplicando*. Ele *ameaça*; se tiver sucesso, pode-se dizer que *coagiu* o funcionário. Sobre esse cenário, Hart diferencia o verbo “*to order*” (“ordenar”) de “*give an order*” (“dar uma ordem”), sustentando que o segundo caso sugere uma espécie de direito, uma espécie de *autoridade* ou *competência* para emitir ordens — algo que não está presente no caso do assaltante.<sup>320</sup> Esse exemplo, diz Hart, *não é* o que se tem em mente quando se fala em “*comandos*” — essa, sim, uma noção à qual subjaz o elemento de *autoridade* de que carece a ordem comum do assaltante. Assim, embora a teoria de Austin tenha elementos suficientes a ponto de satisfatoriamente diferenciar o direito das meras ordens de um assaltante,<sup>321</sup> Hart entende que a compreensão *austiniana* acerca da palavra *comando* não transcende de forma clara a definição simples de ordem + ameaça; uma vez que aquele a quem compete emitir comandos detém autoridade sobre os comandados, nem sempre é o caso de que, quando um comando é emitido, “haja uma ameaça latente de dano [no sentido de *punição*] na hipótese de desobediência”.<sup>322</sup>

Seja como for, o direito pode começar a ser distinguido — *ainda que em sua definição simples* — da situação do homem

319. “*Hand over the money or I will shoot.*”

320. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 19.

321. “Austin estava ciente das diferenças entre os comandos de um soberano e os ditames de um homem armado”. (“*Austin was aware of the [...] dissimilarities between a sovereign’s commands and a gunman’s dictates*”) Cf. KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. Medford: Polity, 2018, p. 35

322. Em tradução livre de “*it need not be the case, where a command is given, that there should be a latent threat of harm in the event of disobedience*”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 20.

armado a partir de três características: (i) sua *generalidade*, no sentido de que as condutas prescritas são gerais e aplicam-se a uma classe geral de indivíduos dos quais se espera a observância dessas condutas;<sup>323</sup> (ii) seu *caráter persistente*, no sentido de que, diferentemente das ordens dadas pelo assaltante, as leis são promulgadas com a pretensão de que sua observância seja contínua<sup>324</sup> ao longo do tempo;<sup>325</sup> e, finalmente, (iii) seguindo a Austin, o *hábito de obediência* por parte daqueles que obedecem àquele a quem compete a criação legislativa, que é “internamente supremo e externamente independente”<sup>326</sup> — em outras palavras, *austinianas*, o soberano que é obedecido em seu território e não obedece a nenhum outro soberano (embora Hart diga que, por mais essencial que essa característica seja para diferenciar o direito do exemplo do assaltante, é uma noção “como muitos outros aspectos do direito, essencialmente vaga ou imprecisa”).<sup>327</sup>

“Então”, diz Hart, “seguindo a Austin”, se tomarmos isso como verdadeiro “e chamarmos à pessoa ou grupo, supremo e independente, de ‘soberano’, as leis de qualquer país serão as ordens gerais sustentadas por ameaças, proferidas pelo soberano ou seus subordinados”.<sup>328</sup> Isso, contudo, traz alguns problemas; nas

323. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 21-22.

324. É claro que há a possibilidade de, digamos, revogação legislativa. O ponto de Hart é que a ordem do assaltante perde sua *raison d'être* uma vez que obedecida (e, portanto, *satisfeita*) no ato — algo que não se observa num sistema legal.

325. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 23.

326. “[I]nternally supreme and externally independent”.

327. “We shall call this here, following Austin, ‘a general habit of obedience’ and note, with him, that like many other aspects of law it is an essentially vague or imprecise notion. [...] Yet in this fact of general obedience lies a crucial distinction between laws and the original simple case of the gunman’s order”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 23-24, 25.

328. “If, following Austin, we call such a supreme and independent person or body of persons the sovereign, the laws of any country will be the general orders backed by threats which are issued either by the sovereign or subordinates in obedience to the sovereign”. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 25.

palavras de Hart, “uma série de objeções”,<sup>329</sup> por ele sintetizadas uma vez mais a partir de três principais pontos.

*Primeiro*, esse modelo clássico, baseado em ordens (sustentadas por ameaças), está muito relacionado a uma ideia de que as leis impõem, inexoravelmente, *deveres* — como se todas as leis fossem da mesma espécie das que encontramos mais facilmente nas esferas específicas da responsabilidade civil<sup>330</sup> e do direito penal. O modelo de definição simples não parece ser capaz de abarcar em suas dimensões a existência de “regras que *conferem poderes*”<sup>331</sup> e *atribuições*; isto é, leis que regulam uma série de aspectos de nossas vidas e nossa prática jurídica que não impõem sanções em hipóteses de desobediência ao cumprimento de um dever legalmente exigido.<sup>332</sup> É o caso, por exemplo, de regras que definem competências legislativas e jurídicas, ou mesmo diretrizes que regulam atividades da vida privada (e.g. contratos, testamentos, etc.).

*Segundo*, o modelo simples, ao conceber o direito como alguém (ou um grupo) dando uma ordem a alguém (ou um grupo), ignora um importante aspecto característico ao direito: a de que as leis são *igualmente aplicáveis àqueles que legislam*. Não se pode, portanto, conceituar o direito adequadamente a partir de uma noção que implique a imposição de diretrizes de forma vertical, “de cima para baixo”.<sup>333</sup> Essa imagem, segundo Hart, embora seja “atrativa em sua simplicidade”, só poderia ser reconciliado com a realidade a partir de uma “distinção”, artificial, entre duas pessoas diferentes (de um ponto de vista metafórico): “o legislador como uma pessoa em sua *esfera oficial* e, em sua *esfera privada*, uma pessoa diferente. Agindo dentro de sua primeira esfera, o legislador cria uma lei que impõe obrigações a outras pessoas, *incluindo a sua*

---

329. “[A] crowd of objections”.

330. *Tort*.

331. “Power-conferring rules”.

332. Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. Ed. Com pós-escrito, organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 27-42.

333. “Top-to-bottom”.

## JEREMY WALDRON E A DEMOCRATIC JURISPRUDENCE

---

---

*“Eu estou interessado em algumas características específicas do direito em uma democracia. [...] A abordagem puramente descritiva está equivocada. [...] Uma teoria do direito democrática será inevitavelmente uma teoria que pressupõe determinados valores, e, em minha visão, nada perde nesse sentido.”<sup>532</sup>*

(Jeremy Waldron)

*“Jeremy Waldron tem figurado já há muito tempo entre os mais astutos filósofos do direito.”<sup>533</sup>*

(Ronald Dworkin)

Jeremy Waldron é, indubitavelmente, um dos mais influentes pensadores na teoria jurídica contemporânea. Com escritos substanciais, cujas áreas abordadas vão desde a teoria do direito *per se* — passando pelo constitucionalismo, o direito internacional, e o *rule of law* — a questões mais amplas em moralidade e filosofia política, como o liberalismo e o conceito de dignidade humana, sua obra tem, a meu juízo, elementos suficientes a ponto de (i)

---

532. “I am interested in some distinctive features of law in a democracy. [...] [T]he purely descriptive approach is mistaken. [...] [A] democratic jurisprudence is bound to be a value-laden jurisprudence, and in my view none the worse for that.” WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **Emory Law Journal**, vol. 58, n. 3, 2009, pp. 675-712.

533. “Jeremy Waldron has long been among the most astute legal philosophers”. WALDRON, Jeremy. Did Dworkin Ever Answer the Critics? In: HERSHOVITZ, Scott (ed.). **Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 298.

permitir que sua proposta teórica acerca do direito seja organizada de modo sistemático e, sobretudo, (ii) classificá-lo como uma autêntica *terceira via*, entre positivismo(s) e *law as integrity*.

Não estará completamente enganado aquele que, ao menos à primeira vista, tender a associar Waldron e sua obra ao positivismo jurídico; a associação não é por acaso. A influência *hobbessiana* sobre a obra de Waldron não é apenas inegável: é expressa. Não só isso, foi ele quem articulou e definiu, talvez da forma mais clara já publicada, aquilo que pode ser chamado de *positivismo normativo* (vertente sobre a qual falo no item subsequente, exatamente a partir do texto de Waldron), demonstrando e afirmando uma forte afinidade com a posição expressada através da locução.<sup>534</sup> Como o próprio nome já indica, trata-se de uma variação de cunho *normativo* do positivismo jurídico, que, em vez de (tentar) *descrever* o fenômeno jurídico a partir das teses tipicamente positivistas, pretende *prescrever*, em maior ou menor grau, que o direito seja estruturado a partir de uma ideia baseada na tese das fontes e na tese da separabilidade conceitual entre direito e moral. Não é sem razão, portanto, que autores importantes — sobretudo no contexto latino-americano — classifiquem Waldron como um positivista. Roberto Gargarella e José Luis Martí, por exemplo, em sua introdução a *Derecho y desacuerdos* — tradução para o espanhol de *Law and Disagreement, magnum opus* de Waldron —, afirmam expressamente que a teoria de Waldron encaixa-se em um rótulo positivista (ainda que normativo).<sup>535</sup> No Brasil, em outro exemplo, Georges Abboud inclui Waldron no rol de positivistas *inclusivistas*.<sup>536</sup>

---

534. Cf. 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, 2005, pp. 410-434.

535. Cf. GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. Estudio Preliminar. La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre Desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí e Águeda Quiroga, com estudo preliminar de Roberto Gargarella e José Luis Martí. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. xli-xliii.

536. Cf. ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 107-108.

Como dito, não é sem razão: de fato, Waldron escreveu sobre aquilo a que ele próprio chamou de positivismo normativo e, quase que até diretamente, assumiu a própria filiação teórica à corrente. O que pretendo sustentar ao longo desta parte do livro — e antecipo desde já, baseado em escritos posteriores *do próprio Jeremy Waldron* — é que o desenvolvimento teórico da obra *waldroniana* ao longo dos anos é suficiente para classificá-lo como um autor que foi além do positivismo, seja ele conceitual ou normativo. De todo modo, comecemos a análise pelo positivismo normativo (ou ético), conforme apresentado pelo próprio autor.

## 8. WALDRON E O POSITIVISMO NORMATIVO

Logo ao início de seu texto — publicado em coletânea que, editada por Jules Coleman, reúne ensaios que, de uma forma ou outra, gravitam em torno do pós-escrito de Hart a *The Concept of Law* —, Waldron faz menção ao fato (já por mim aqui mencionado) de que o positivismo é frequentemente tomado por uma tese puramente conceitual: isto é, o positivismo sustenta que, *conceitualmente*, não há uma relação necessária entre direito e moralidade, entre os fundamentos do juízo *jurídico* e do juízo *moral* (tese da separabilidade). O que Waldron diz a partir disso é que é possível articular o positivismo como uma tese *normativa* acerca do direito, de forma a sustentar que a separabilidade entre direito e moral — e, para o ponto de Waldron, ainda mais precisamente, a separabilidade entre *juízos jurídicos/legais* e *juízos morais* — é algo *bom, positivo*, “talvez até indispensável (de um ponto de vista moral, social ou político), e certamente algo a ser valorizado e encorajado”.<sup>537</sup> Essa é, portanto, a tese a que Waldron chama de positivismo normativo.

Waldron, é verdade, já em seu título, abre a possibilidade de que a tese seja chamada não de “positivismo normativo”, mas de

---

537. “[P]erhaps even indispensable (from a moral, social, or political point of view), and certainly something to be valued and encouraged”. 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, 2005, p. 410.

“*positivismo ético*”; é o nome que prefere e adota, por exemplo, Tom Campbell, autor expressamente filiado à corrente normativa, *ética*, do positivismo jurídico. Para Campbell, o termo “ético” seria superior de modo a evitar possíveis confusões com aquilo que parte da doutrina chama de “positivismo *normativista*”, *i.e.*, uma versão que, *conceitualmente* — isto é, sem um cunho que se pretende normativo —, identifica e relaciona o direito a uma ideia de *normas* (e.g. Hans Kelsen, principalmente, e o próprio Hart); Waldron diz preferir, ainda assim, o termo “normativo”, porque entende que “ético” remete a padrões normativos pessoais, individuais, em oposição a padrões normativos que dizem respeito à avaliação de *instituições* — que é precisamente a ideia por trás de sua posição positivista-normativa.<sup>538</sup> Assim como Waldron preocupou-se em fazer, portanto, faço igualmente questão de deixar claro:

Positivismo *normativista* = “O direito é um conjunto de normas.”

Positivismo *normativo/ético* ≠ “O direito é um conjunto de normas.”

Positivismo *normativo/ético* = “Juízos jurídicos *devem ser* diferenciados de juízos morais.”

Nesse sentido, portanto, o positivismo normativo é caracterizado como uma proposta que prescreve (algum tipo de) uma tese da separabilidade. Como o próprio Waldron levanta no ensaio — e como procurei mostrar ao longo dos capítulos antecedentes — é, em alguma medida, a proposta positivista original, clássica, de Hobbes e Bentham:<sup>539</sup> não uma análise puramente conceitual das esferas jurídica e moral, mas uma preocupação, *normativa*, com “as condições necessárias para coordenação, resolução de conflitos, e para a estabilidade geral das expectativas de convívio entre

538. Posição que, como já disse, sustentarei ter sido, senão abandonada, *transcendida* por Waldron ao longo de sua obra.

539. Esse é também o ponto de Gerald Postema — talvez ele próprio, em alguma medida, um positivista normativo no sentido de que fala Waldron. Cf. POSTEMA, Gerald J. **Bentham and The Common Law Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986, pp. 328-336.

as pessoas”.<sup>540</sup> Suas concepções positivistas, então, tinham como pressupostos e eram formadas por *interesses normativo-políticos*.

Poder-se-ia argumentar, é verdade — e é o que faz Jules Coleman, por exemplo<sup>541</sup> —, que uma versão (que se pretende) normativa do positivismo jurídico *depende necessariamente* do positivismo enquanto tese conceitual.<sup>542</sup> Nesse sentido, Waldron desenvolve seu ponto exatamente a partir do(s) positivismo(s) conceitual(is), dizendo que há um espaço lógico entre afirmar (i) que o direito *não necessariamente implica* moralidade e (ii) que o direito *necessariamente não implica* moralidade. Como já vimos, é a tese do positivismo inclusivo que determinados sistemas jurídicos *podem* incluir critérios morais em sua regra de reconhecimento; e, com base no próprio Coleman, Waldron diz que a versão do positivismo que não proíbe essa possibilidade, em termos conceituais, pode ser (igualmente) chamada de positivismo *negativo*.<sup>543</sup> Nesse espaço lógico entra(ria) o positivismo normativo: se o positivismo negativo deixa em aberto a possibilidade de inclusão de critérios morais entre os critérios jurídicos, as pretensões normativas do positivismo “ético” *condenam essa possibilidade inclusiva que o positivismo negativo autoriza*. Nos termos de Waldron, portanto, é possível dizer que o positivismo

---

540. “In their respective versions of the separation thesis, Hobbes and Bentham showed no particular interest in the analysis of pure conceptual differences between law and morality. Instead, they were interested in the conditions necessary for coordination, for conflict resolution, and for the general stability of expectations in people’s dealings with one another. Those were the normative interests that informed and shaped their positivist account of the nature and function of law”. 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, 2005, p. 411.

541. COLEMAN, Jules L. **Markets, Morals, and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 11.

542. O próprio Waldron reconhece o ponto em alguma medida ao dizer que uma concepção positivista de direito é comum a ambos tipos de positivismo, descritivo e normativo. Repito: meu ponto não pretende afirmar uma *rejeição* (completa) da parte de Waldron ao positivismo enquanto concepção conceitual, mas uma *transcendência* (gradual) em relação a uma posição (meramente) positivista. Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 166.

543. COLEMAN, Jules L. **Markets, Morals, and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 07; 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, 2005, p. 414.

normativo *dá razão ao conceito* do positivismo inclusivo (concordando que não é impossível ou conceitualmente incoerente pressupor a existência de sistemas jurídicos que incluem critérios morais na regra de reconhecimento), mas *prescreve* algum tipo de versão mais próxima do positivismo exclusivo (no sentido de dar um caráter *normativo* a uma tese forte da separabilidade, de cunho obviamente mais exclusivista).<sup>544-545</sup>

Também seria possível (contra-)argumentar — e Waldron toma Coleman novamente como exemplo da (possível) posição<sup>546</sup> — que a adoção de um positivismo normativo (*i.e.* conferir um caráter normativo a uma concepção positivista de direito) seria atentatório à posição metodológica tradicionalmente positivista; seria, afinal, *misturar* a moralidade (no sentido de *dever ser*) com o conceito de direito (que, para o positivista, está na esfera daquilo que *é*). Nesse sentido, a incorporação de uma abordagem normativa à teoria jurídica ameaça(ria) — é o que diz a posição representada por Coleman — a possibilidade, inaugurada pelo positivismo (analítico), de falar conceitualmente sobre o direito — *i.e.*, a possibilidade de “dizer o que é o direito é sem emitir juízos morais [sobre o conceito]”.<sup>547</sup> Waldron, então, questiona: será que é negativo o fato de talvez, com isso, não mais podermos distinguir assim tão facilmente o positivismo normativo de posições que poderiam ser desenvolvidas por teorias modernas do direito natural? O próprio Waldron responde, e taxativamente

544. Trecho baseado na seguinte passagem: “Another way of putting this is that what I am calling *normative positivism* assumes what Coleman calls *negative positivism* [...] but prescribes something like *exclusive positivism*”. 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, 2005, p. 414.

545. Talvez seja essa a razão pela qual Georges Abboud classifica Waldron como um inclusivista — interpretação da qual, embora a respeito, discordo. (Discordo por razões que ficarão melhor expostas no item 3.2, quando abordo a relação de Waldron para com o argumento *dworkiniano* do agulhão semântico.)

546. COLEMAN, Jules L. **Markets, Morals, and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 11.

547. “[T]he *distinctively positivist position* that it must be possible to say what the law is without making moral judgments”. 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, 2005, p. 416.

te: “*Não*”. Para o autor, a dicotomia positivismo/jusnaturalismo é tão ultrapassada que a hipótese de seu desaparecimento é não uma perda, mas, no máximo, uma “interessante consequência”<sup>548</sup> da adoção de um positivismo normativo. “Se a dicotomia entre positivismo e direito natural for janelada afora, que seja”.<sup>549</sup>

## 9. WALDRON E DWORKIN: ACORDO A PARTIR DOS DESACORDOS

Waldron, portanto, *identifica-se com* uma abordagem *normativa* do positivismo jurídico. Em sua própria definição, articulada indiretamente (em *Law and Disagreement*) e diretamente (em seu ensaio presente no *Hart’s Postscript*), essa abordagem (i) *assume* uma concepção *conceitualmente* inclusivista, dando razão a quem diz que certos sistemas jurídicos podem incluir critérios morais entre seus critérios de juridicidade, mas, ao mesmo tempo, (ii) *prescreve* uma concepção *normativamente* exclusivista, dizendo que há boas razões (políticas, sociais, morais) em favor de uma separação entre juízos morais e juízos jurídicos/legais. É, à la Bentham e Hobbes, a posição segundo a qual “seria *bom* para o direito ser como o positivista descritivo pensa que ele é”. Nesse sentido, portanto, o positivismo normativo é, ele próprio, uma posição moral, porque “identifica a contaminação de uma decisão judicial por juízos morais como uma desvantagem moral; sustenta que perdemos algo de valor quando isso ocorre”.<sup>550</sup>

Aqui — isto é, onde desenvolve o conceito de positivismo normativo em *Law and Disagreement* —, embora demonstre

548. “*Interesting consequence*”.

549. “*If the dichotomy between positivism and natural law goes out the window, so be it*”. 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, 2005, p. 416.

550. “[I]t [normative positivism] is the thesis that it would be a good thing for the law to be as the descriptive positivist thinks it is. Normative positivism is itself a moral claim: indeed it is a moral claim about the making of moral claims in the particular area of social life we call law. It identifies the contamination of legal decision by moral judgement as a moral disadvantage; it says that we lose something of value thereby”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 167.