

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

ENTRE POSITIVISMO E INTERPRETATIVISMO A TERCEIRA VIA DE WALDRON

Gilberto Morbach

3ª edição

Revista e atualizada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

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, em nada perde nesse sentido.”*⁵³²

(Jeremy Waldron)

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

(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 *hobbesiana* 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.⁵³⁴ 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).⁵³⁵ No Brasil, em outro exemplo, Georges Abboud inclui Waldron no rol de positivistas *inclusivistas*.⁵³⁶

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. ABBODD, 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”.⁵³⁷ 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.⁵³⁸ 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:⁵³⁹ 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”.⁵⁴⁰ 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 exemplo⁵⁴¹ —, que uma versão (que se pretende) normativa do positivismo jurídico *depende necessariamente* do positivismo enquanto tese conceitual.⁵⁴² 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*.⁵⁴³ 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).⁵⁴⁴⁻⁵⁴⁵

Também seria possível (contra-)argumentar — e Waldron toma Coleman novamente como exemplo da (possível) posição⁵⁴⁶ — 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]”.⁵⁴⁷ 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”⁵⁴⁸ da adoção de um positivismo normativo. “Se a dicotomia entre positivismo e direito natural for janelas afora, que seja”.⁵⁴⁹

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”.⁵⁵⁰

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.

(grande) afinidade com a posição, Waldron não se define expressamente como um positivista normativo: diz “*somente*”⁵⁵¹ que o positivismo normativo é “de longe, a mais interessante forma de positivismo jurídico”.⁵⁵² Mas não é só isso: em meio a esse ponto, Waldron traz ainda um outro aspecto de sua posição que começa a iluminar outros importantes pontos de sua teoria — pontos de convergência não mais com o positivismo, mas *com Ronald Dworkin*.

Waldron diz que considera “difícil” que uma definição positivista acerca do conceito de direito possa ser sustentada *sem que se recorra eventualmente a uma tese normativa*.⁵⁵³ (Waldron é coerente com as próprias alegações: para ele, o positivismo exclusivo acaba sendo, com muita frequência e ainda que não pretenda, uma tese normativa. Tanto assim o é que a leitura de Waldron da obra de Joseph Raz, o mais proeminente exclusivista, é a de que o israelense é, em verdade, um positivista normativo.)⁵⁵⁴ Nesse sentido, Waldron parece subscrever a ideia *dworkiniana* que trata o direito como um conceito interpretativo, na medida em que o positivismo acaba sendo (também ele) uma abordagem interpretativa acerca do direito, prescrevendo uma abordagem teórico-*normativa* da prática jurídica. E o que sustento é exatamente isso: não se trata de uma aparente concessão ao argumento de Dworkin, mas apenas (mais) um reflexo da profunda influência *dworkiniana* sobre a obra de Waldron — influência que me permite começar a esboçar os argumentos com base nos quais sustento a possibilidade de dizer que Waldron transcende o positivismo jurídico, apresentando uma proposta mais original e complexa com relação ao direito.

551. Aspas não de citação, mas aspas minhas, conferindo certa ironia ao uso da palavra “samente”.

552. “It is by far the most interesting form of legal positivism”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 167.

553. “[I]ndeed it is hard to imagine how a positivist definition of the concept of law could be sustained, without eventually having to resort to some such Normative thesis”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 167.

554. 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. 412, 414.

9.1 *Law e rule of law: o conceito e o império do direito*

A meu juízo, a posição *teórica* de Waldron acerca do direito foi por ele melhor articulada e claramente exposta em *The Concept and the Rule of Law*,⁵⁵⁵ *paper* de 2008. Waldron, em meio ao texto, diz expressamente que sua posição é fortemente influenciada por Dworkin e sua insistência de que um conceito de direito deve ser capaz de (i) levar em conta nossos *desacordos* com relação aos fundamentos jurídicos sobre determinada questão e, não só isso, (ii) de tratar esses desacordos não como uma exceção, uma patologia teórica, mas como “um aspecto constitutivo da prática jurídica”.⁵⁵⁶ Ou seja: Waldron, seguindo a Dworkin, *adota* o argumento dos desacordos teóricos;⁵⁵⁷ argumento que o influencia “profundamente”.⁵⁵⁸⁻⁵⁵⁹ Penso que, uma vez que subscreve expressamente o argumento do agulhão semântico, Waldron já, de pronto, não mais pode ser classificado com um positivista *puro*, *par excellence*. Seja como for, muito mais importante do que o rótulo é explanar sua teoria tal como se apresenta.

Waldron diz que é sua leitura da visão de Dworkin — visão com a qual ele *concorda* — que os desacordos teóricos em direito têm natureza *dúplice*: o desacordo é tanto (i) com relação aos

555. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

556. “Here the account that I want to give draws heavily on the recent work of Ronald Dworkin. Professor Dworkin has insisted that our concept of law must be able to make sense of the disagreements we often have about how to determine what the law on a particular topic is. Moreover, it must be able to explain this disagreement not just as a jurisprudential puzzle or pathology but as a distinctive aspect of legal practice”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 54. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

557. Ver a segunda parte desta obra.

558. Palavras do próprio Waldron, em Artigo de 2012 (e saliento a data para demonstrar a diferença temporal entre esse ponto e a posição desenvolvida ainda em 1999 em *Law and Disagreement*): “I am strongly influenced by Dworkin’s work on theoretical disagreement in law”. Cf. n. 35 em WALDRON, Jeremy. Stare Decis and the Rule of Law: A Layered Approach. **Michigan Law Review**, v. 111, n. 01, out. 2012, pp. 01-31.

559. Cf. WALDRON, Jeremy. Who Needs Rules of Recognition? **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 09-21, abr. 2009. Disponível em <<https://www.ssrn.com/abstract=1358477>>.

fundamentos do direito em casos particulares quanto (ii) com relação *ao que o rule of law, a legalidade, exige*. Desacordos teóricos, portanto, *existem*, são *parte constitutiva de nossa prática*, e, além de envolverem o direito *qua* conceito, envolvem também o ideal de *rule of law*, entendido enquanto as exigências da legalidade. Isso é importante porque, sendo assim, Waldron dirá que “*desacordos sobre o rule of law estão diretamente conectados com o próprio conceito de direito como tal*”.⁵⁶⁰

Isso significa que Waldron trabalha com a ideia de um *conceito de direito* a partir de três premissas fundamentais (premissas eminentemente *dworkinianas*): (i) A compreensão acerca do ideal de *rule of law* (legalidade) e a compreensão acerca do conceito de direito devem ser muito mais proximamente conectadas do que são na teoria do direito moderna; (ii) Nossa compreensão acerca do *rule of law* deve enfatizar não apenas a presença de regras estabelecidas e determinadas e o valor de previsibilidade que elas garantam; deve enfatizar também a importância fundamental dos aspectos *procedimentais* e *argumentativos* que constituem a prática jurídica; (iii) Essas duas proposições anteriores estão *intimamente conectadas*;⁵⁶¹ isto é: “o aspecto procedimental da legalidade ajuda a materializar nosso pensamento conceitual acerca do direito”. Além disso, compreender os sistemas jurídicos também a partir da argumentação nas cortes, e não somente na ideia de *existência* e *reconhecimento* de regras é o que garante as bases de uma

560. Grifos meus, tradução livre. “[D]isagreements about the Rule of Law are bound up with the very concept of law itself”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 59. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

561. “[O]ur understanding of the Rule of Law and our understanding of the concept of law ought to be much more closely connected than they are in modern jurisprudence; [...] our understanding of the Rule of Law should emphasize not just the value of settled, determinate rules and the predictability that they make possible, but also the importance of the procedural and argumentative aspects of legal practice. [...] [T]hese two propositions are connected”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 04. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

compreensão “muito mais rica” dos valores que o ideal de *rule of law* pressupõe.⁵⁶²

(Breve interlúdio: quando equiparo “*rule of law*” e “legalidade”, assim o faço porque o próprio Waldron equipara as ideias; de todo modo, é importante expor, aqui, também a partir de Waldron, o que quero dizer, ainda que de forma ampla. Com *rule of law*, falo do ideal de moralidade política segundo o qual “indivíduos em posições de autoridade devem exercer seu poder nos limites de uma *estrutura de normas públicas*, e não a partir de suas próprias preferências, ideologias ou sentidos de certo e errado”. Trata-se, portanto, exatamente de um ideal de legalidade, no sentido de fidelidade ao direito. Agrade-me, nesse sentido, a tração “*império da lei*”).⁵⁶³

Qual é, então, a relação entre o ideal de *rule of law* e o trabalho especializado dos teóricos analíticos em sua elaboração de um conceito de direito? Mais: qual é relação entre o *rule of law* e o estabelecimento de uma precisa delinação acerca de juízos morais e juízos jurídicos, e a relação entre validade jurídica e verdade moral? Uma abordagem gramática parece pressupor que entender o conceito de direito vem *antes* de uma compreensão sobre o *rule of law*; afinal, “*rule of law*” é uma locução que tem a palavra “*law*” como um de seus componentes. Gramaticalmente falando, portanto, é óbvio que *law* vem antes de *rule of law*; a gramática indica que é preciso entender o que é o direito para que se possa entender o que é o império da lei. Certo?

Não para Waldron, que discorda do ponto ao qual a gramática parece indicar. Para ele, a lógica indicada pela perspectiva

562. “The procedural aspect of the Rule of Law helps bring our conceptual thinking about law to life; and an understanding of legal systems that emphasizes argument in the courtroom as much as the existence and recognition of rules provides the basis for a much richer understanding of the values that the Rule of Law comprises in modern political argument”.

563. “[P]eople in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of public norms rather than on the basis of their own preferences, their own ideology, or their own individual sense of right and wrong”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 05. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

gramatical é enganosa (“*misleading*”), e que “nós não podemos realmente compreender o conceito de direito sem também compreender os valores que integram o *rule of law*”.⁵⁶⁴ Isso não significa uma inversão: não se trata de compreender o que é o império da lei, a legalidade, e *depois* buscar entender o que é o direito; o que Waldron quer indicar é que ambos os termos, ambas as ideias devem ser compreendidas *concomitantemente*, tratadas de modo que não lhes coloque como componentes separados um do outro. Autores como Raz, por exemplo, dirão que compreender o que é o direito *deve vir antes* porque a ideia de *rule of law* é exatamente uma virtude negativa que corrige os problemas que emergem *do direito*. Em outras palavras, Raz quer dizer que precisamos compreender os perigos que o direito pode engendrar, e que esses perigos podem ser corrigidos pelo ideal de *rule of law* pode corrigir; nesse sentido, entender o conceito de direito *deve necessariamente* vir antes.⁵⁶⁵ Waldron novamente discorda, na medida em que o *rule of law*, em sua concepção, é um ideal concebido para corrigir os perigos de abuso do exercício *do poder político em geral, em sentido amplo*, e não do direito em particular. O império da lei exige “um modo particular de exercício *do poder político* — notadamente, governança através do direito”.⁵⁶⁶ O direito, portanto, *enquanto direito*, é o *próprio*

564. “I think the surface grammar here is misleading and that we cannot really grasp the concept of law itself without also understanding the values comprised in the Rule of Law”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, pp. 09-10. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

565. Raz levanta o ponto ao rebater a ideia (de Lon Fuller) de que os princípios de legalidade fazem parte do direito, *essencialmente*, e o que o *rule of law* é, digamos, condição de possibilidade, do ponto de vista *ontológico*, para que o direito seja, enfim, direito. Para Raz, a ideia conceitual de direito é algo que sempre vem antes, de modo que não é verdade que todo sistema jurídico pressupõe ao menos algum grau de moralidade por (supostamente) relacionar-se (em tese) *necessariamente* com uma ideia de legalidade. Cf. RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 223-224.

566. Grifos meus. “Indeed the Rule of Law aims to correct abuses of power by insisting on a particular mode of the exercise of political power— namely, governance through law”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 11. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

remédio, e não o problema, ou potencial problema, que um ideal *separado*, à parte — *in casu*, o império da lei — pretende corrigir.

O argumento positivista em favor de um conceito (claro, analítico, e *prévio*) de direito, diz Waldron, poderia ainda ser sustentado a partir de algo similar à proposta *benthamiana* de uma divisão entre aspectos *teóricos* e *censórios* de uma teoria:⁵⁶⁷ Bentham, lembremos, baseado nos pressupostos filosóficos de David Hume, defendia a necessidade de uma linha muito clara entre os aspectos descritivos e normativos de uma teoria, sob pena de incorrer-se em uma *explicação* (no sentido descritivo) moralista e, porque moralista, inadequada à realidade. Nesta questão, então, seria benéfico — sustentaria o positivista — distinguir entre um conceito *descritivo* de direito e um *ideal*, *valorativo*, de império da lei. A resposta de Waldron é extremamente interessante e, para os fins a que me proponho aqui, bastante elucidativa com relação às suas diferenças para com o positivismo tradicional. Waldron questiona se, de fato, devemos (ou até *podemos*) considerar o conceito de direito como sendo *parte de uma questão puramente descritiva*; diz ainda que, a partir da visão por ele sustentada, “*descrever* o exercício de um poder como uma instância de criação ou aplicação de leis *já é dignificá-lo com um certo caráter*; já é, pois, *fazer um certo tipo de julgamento ou avaliação*”. Nesse sentido, “até mesmo na teoria positivista o direito não é uma categoria fundamentalmente descritiva”, na medida em que “a camada de investigação descritiva é que fornece os dados para nossas avaliações”. Assim, na concepção positivista, “uma categoria como ‘direito’ é simplesmente um modo de estabelecer esses dados preliminares antes de avaliá-los”; para Waldron, contudo, “[já] é um modo de começar o processo valorativo”.⁵⁶⁸

567. Cf. a primeira parte do livro.

568. Grifos meus. Trecho adaptado, e traduzido livremente, da seguinte passagem: “[I]t begs the question to say that the concept of law must be regarded as part of that descriptive or empirical apparatus [...]. On the view that I shall argue for, to describe an exercise of power as an instance of law-making or law-application is already to dignify it with a certain character; it is already to make a certain assessment or evaluation of what has happened. [...] Even in positivist jurisprudence, law is not a fundamental descriptive category. [...] So on all accounts, there is a layer of description beneath the level at which we use the term ‘law’, a layer of descriptive inquiry that everyone agrees needs to be conducted clear-headedly

Waldron, então, considera que (i) o conceito de direito está *diretamente ligado* ao ideal de *rule of law*, de modo que (ii) não há que se falar em *descrever um conceito*, de forma *neutra*, e, só então *depois*, avaliar esse conceito próprio descrito. O processo, na concepção de Waldron, é muito mais emaranhado do que uma figura positivista-descritiva faz parecer. Essa é, portanto, uma das razões que me fazem crer que as coisas não são assim tão simples quanto, simplesmente, classificar Jeremy Waldron como um *positivista normativo*, ponto. De fato, como já vimos, o próprio autor diz considerar essa vertente a “mais interessante” versão de positivismo; mas não é como se Waldron (simples e tão somente) adotasse pressupostos positivistas em uma teoria normativa do direito. As razões por ele adotadas para desenvolver uma proposta teórica normativa passam também por uma rejeição muito clara a importantes aspectos do positivismo; aspectos que, a meu juízo, são tão fortes, tão presentes na tradição positivista dominante que rejeitá-los significa rejeitar o positivismo *tout court*. Não por menos, Waldron, ele próprio, expõe os motivos pelos quais rejeita aquilo a que chama de *positivismo casual*.⁵⁶⁹

9.1.1 “Against Casual Positivism”

Waldron diz que há uma analogia possível (e interessante) entre os modos como usamos os termos “direito” (aqui, entendido enquanto “sistema jurídico”) e “democracia”. Expliquemos a partir do exemplo (do próprio autor, como faz o próprio autor): durante o período da Guerra Fria, não se podia levar a sério qualquer regime que atribuíu a si mesmo o título de “democrático” — e.g. DDR, “República Democrática Alemã” — sem de fato sê-lo. *Dizer ser uma democracia é diferente de ser uma democracia*, que pres-

before we can begin the process of evaluation. That descriptive inquiry gives us the data for our evaluations. On the positivist account, a category like ‘law’ is simply a way of sorting that preliminary data, before we begin to evaluate it; on the account that I favor, it is way of beginning the process of evaluation”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 12. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>. Acesso em 04 mar. 2019.

569. “Casual positivism”.

supõe a possibilidade de dissidências políticas, de eleições livres, de sufrágio universal, *etc.* Onde entra a analogia com o direito? Precisamente na ideia de que, para Waldron, nem todo sistema baseado na ideia de comando-e-controle que atribui a si mesmo o nome de sistema jurídico é, efetivamente, *um sistema jurídico* digno do nome. Para Waldron, teóricos modernos — “particularmente, positivistas modernos” — são “demasiadamente casuais com relação a como um sistema de governança deve ser para se qualificar como ‘direito.’”⁵⁷⁰ O ponto está diretamente relacionado à (acertadíssima) leitura de Waldron acerca da proposta teórico-metodológica do positivismo moderno:

Basicamente, qualquer sistema estruturado e centralizado, utilizando prescrições e proibições articuladas e identificáveis, conta como direito, desde que uma determinada elite participante desse sistema seja capaz de distinguir as prescrições e proibições que vêm do centro desse mesmo sistema de outras normas que possam circular na sociedade. *Esse é o positivismo de Hart e seus seguidores modernos. Nesse sentido, não se difere muito do positivismo de Austin.*⁵⁷¹

“Eu chamo a isso” — isto é, a proposta conceitual do positivismo (*lato sensu*), baseada em uma regra de reconhecimento em um sistema articulado e centralizado a partir dela — “de *positivismo casual*”. Para esse positivismo casual — que é nada mais, afinal, que

570. “I worry that modern students of jurisprudence—particularly modern legal positivists—are quite casual about what a system of governance has to be like in order to earn the appellation ‘law’”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 14. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

571. Grifos meus, tradução livre. “Basically, any well-organized system of centralized order using articulate and identifiable prescriptions and prohibitions counts as law, provided that elite participants in the system can distinguish prescriptions and prohibitions coming from the centre from other norms that may be circulating in the society. This is the positivism of H.L.A. Hart and his modern followers. In this regard, it really is not much different from the positivism of earlier generations of jurists stretching back through John Austin”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 14. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

o positivismo —, “os regimes de Kim Jong-Il na Coreia do Norte e de Saddam Hussein no Iraque pré-2003 são sistemas jurídicos”. E Waldron, que se opõe à essa casualidade, propõe que “a filosofia do direito deve ser menos casual e menos complacente do que isso”.⁵⁷² É bastante natural, e até provável, que, aqui, se relacione o nome de Waldron a uma proposta jusnaturalista. Não por acaso: um dos autores trazidos por ele é justamente Lon Fuller, autor vinculado à tradição do direito natural. Contudo, diferentemente de autores vinculados à tradição da lei natural, a abordagem de Fuller não passa pela imposição de limites morais *substantivos* ao conteúdo do direito; para Fuller, o fenômeno jurídico está sujeito a uma moralidade *procedimental*; uma moralidade que lhe é própria. Uma moralidade que é, portanto, *interna* ao direito como tal. O direito em Lon Fuller é um conceito *funcional*: o direito tem, como *função*, a busca da ordem social, atingível por meio de regras gerais que regulam o comportamento dos jurisdicionados. Como decorrência lógica, temos que o sistema jurídico que não é capaz de atingir o *fim próprio que lhe constitui enquanto atividade* é também incapaz de ser *qualificado como um sistema jurídico legítimo*. E, nesse sentido, o direito só é capaz de cumprir sua função se observados alguns *princípios* que lhe são *condição de possibilidade*. Princípios, justamente, de *legalidade* — daí a importância de um autor como Fuller para Waldron, que sustenta uma relação necessária entre as noções de “direito” e “império da lei”.⁵⁷³

572. “I call this ‘casual positivism’: On this account, the regimes of Kim Il Jung in North Korea and Saddam Hussein in pre-2003 Iraq were legal systems. I want to propose that a philosophy of law should be less casual and less accommodating than this”. WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. **New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper n. 08-50, set. 2008, p. 14. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1273005>>.

573. É com base nessa ideia que Lon Fuller articula uma série de princípios que, juntos, e porque morais, constituem “a moralidade que torna o direito possível” (“the morality that makes law possible”). Com Fuller, portanto, podemos falar em oito princípios que constituem a moralidade interna do direito; princípios formais de legalidade que, em si, representam as condições mínimas próprias de existência de um sistema jurídico *qua* sistema jurídico. De acordo com a estrutura principiológica, temos que as leis, para que sejam legítimas, devem ser (i) gerais, (ii) públicas, (iii) prospectivas, (iv) inteligíveis, (v) consistentes umas com as outras [i.e. não-contraditórias], (vi) praticáveis, (vii) estáveis e, finalmente, deve haver (viii) congruência entre a lei tal como anunciada e sua posterior administração por parte do Estado. É por serem condições mínimas para um exercício adequado de sua própria função que a inobservância de qualquer uma delas não resulta apenas em