



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO**

RÔMULO RICHARD SALES MATOS

**AUTORIDADE E CONFLITO POLÍTICO: JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA
NORMATIVIDADE JURÍDICA SEGUNDO JEREMY WALDRON**

**FORTALEZA
2018**

RÔMULO RICHARD SALES MATOS

AUTORIDADE E CONFLITO POLÍTICO: JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA
NORMATIVIDADE SEGUNDO JEREMY WALDRON

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Juliana Cristine Diniz Campos.

Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Cristina Foroni Consani.

FORTALEZA

2018

Página reservada para ficha catalográfica.

Utilize a ferramenta *online* [Catalog!](#) para elaborar a ficha catalográfica de seu trabalho acadêmico, gerando-a em arquivo PDF, disponível para download e/ou impressão.

(<http://www.fichacatalografica.ufc.br/>)

RÔMULO RICHARD SALES MATOS

AUTORIDADE E CONFLITO POLÍTICO: JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA
NORMATIVIDADE JURÍDICA SEGUNDO JEREMY WALDRON

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: 12 / 3 / 2018.

BANCA EXAMINADORA

Juliana Cristine Diniz Campos.
Prof.^a Dr.^a Juliana Cristine Diniz Campos (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Cristina Foroni Consani
Prof.^a Dr.^a Cristina Foroni Consani (Coorientadora)
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

T. Bustamante
Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (Membro Externo)
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, especialmente, à professora *Juliana Cristine Diniz Campos*, que me acompanha desde a graduação e se interessou pela pesquisa em sua versão inicial e conduziu seu desenvolvimento, sugerindo perspectivas que contribuíram bastante para o seu aprimoramento. A atenção, disponibilidade, generosidade e entrega acadêmica foram determinantes para a confecção deste trabalho. Sou eternamente grato por ter acreditado no meu potencial.

Um agradecimento especial também à professora *Cristina Foroni Consani*, não só pela sua coorientação, mas também pela interlocução sempre produtiva e por possibilitar o acesso a um universo de autores e a um debate que, de outra maneira, provavelmente, não seria possível. Seus ensinamentos foram fundamentais para a versão final do trabalho. Sou grato pela seriedade, senso crítico e entusiasmo. Sinto-me privilegiado por ter sido seu orientando e jamais poderei agradecer-lhe por toda a sua ajuda nessa etapa fundamental.

Ao professor *Thomas da Rosa de Bustamante*, membro da banca examinadora deste trabalho, pelo aceite em participar da defesa e pela honra de ter avaliado este trabalho desde a qualificação. A leitura atenta que fez, os comentários e as pertinentes críticas foram todas consideradas e, sem dúvida, enriqueceram significativamente para a versão final desta dissertação.

Ao professor *Ronaldo Porto Macedo Júnior*, membro da banca de qualificação, pelos comentários, críticas e sugestões que fez ao ensaio. As considerações sinceras e objetivas com que examinou e aprovou o escrito contribuíram para uma melhoria considerável dos argumentos expressos. Sem as leituras atenciosas, certamente, esta investigação seria outra e estaria aquém do que conseguimos atingir aqui.

À professora *Tarin Cristina Frota Mont'Alverne*, registro meu sincero agradecimento ao seu competente trabalho na coordenação do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Agradeço imensamente à professora *Raquel Coelho de Freitas*, que depositou confiança e me proporcionou uma valiosa experiência durante o estágio de docência, ambiente que permitiu inúmeros aprendizados, além de debates e reflexões inspiradoras, que me desafiam a pensar em novas perspectivas.

Aos servidores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, especialmente *Marilene Arrais* e *Heloísa de Paula*, que trabalham muitas vezes com poucos

recursos e condições adversas, mas que fazem de tudo para que o ambiente seja o melhor possível.

Quanto ao corpo discente da pós-graduação, agradeço à *Silvana Paula Martins de Melo* e *José Evandro Alencar Correia*, amigos sinceros e criteriosos, com quem tive o prazer de compartilhar a experiência acadêmica. Sou grato pela amizade, companheirismo acadêmico, tempo dedicado a me ouvir, leitura atenciosa de alguns trechos do ensaio e por seus valiosos comentários que foram imprescindíveis para o desenvolvimento do tema.

À *Andrea Freire de Castro*, devo não só gratidão, mas desculpas. Privei-a de companhia, de carinho e de amor durante os momentos mais tensos do curso de mestrado acadêmico e da feitura desta dissertação. Apesar disso, ela nunca deixou de ser compreensiva, dedicada e carinhosa comigo.

Não posso deixar de agradecer a *Heleni Ferreira Sales* e a *Francisco de Matos Guedes*, verdadeiros responsáveis pelas minhas realizações e conquistas, por tudo que fazem e fizeram por mim, sempre compreendendo minhas ausências e me apoiando incondicionalmente em tudo o que faço. À *Victoria Sales*, pelo incentivo e pela torcida.

Cabe, ainda, agradecer à *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)* pelo financiamento concedido para a realização da pesquisa.

“Transmita o que aprendeu. Força, maestria.
Mas fraqueza, insensatez, fracasso também.
Sim, fracasso acima de tudo. O maior professor,
o fracasso é. Esse é o verdadeiro fardo de todos
os mestres”

(YODA)

RESUMO

Nesta dissertação tratará da autoridade do direito exercida pelo Estado, por intermédio de instituições e agentes públicos, sobre o povo no pensamento jurídico de Jeremy Waldron. Após uma introdução que justifica a importância do tema e traz a hipótese central deste estudo, é descrito no primeiro capítulo o contexto teórico em que se insere a obra do filósofo neozelandês. É mais exatamente um esclarecimento conceitual do positivismo jurídico e da proposta normativa do autor, pois, embora clara a filiação de Waldron ao positivismo jurídico a cisão da referida tradição filosófica e o embate de seus adeptos na contemporaneidade são evidentes, dado o desafio lançado por Dworkin. No capítulo seguinte, é apresentado o percurso argumentativo feito por Waldron para justificar democraticamente a normatividade na esfera pública, partindo de uma situação intitulada circunstâncias da política. Por fim, o último capítulo dedica-se mais diretamente ao estudo da autoridade exercida pelo Estado, onde será apresentada, em um primeiro momento, a noção de autoridade em Joseph Raz à qual Waldron se opõe. Num segundo momento, é apresentada sua crítica, assim como se denota sua proposta para compatibilização entre facticidade e democracia. Ao final, aponta-se uma contradição no argumento de Waldron à sua noção de autoridade entre agentes públicos, a partir de uma consideração que o autor propôs recentemente sobre a possibilidade de adoção de um controle judicial fraco de constitucionalidade das leis em regimes democráticos.

Palavras-chave: Autoridade. Democracia. Conflito. Esfera Pública.

ABSTRACT

In this thesis I will address the authority of law which is exercised by the State, through institutions and public agents, over the people according to Jeremy Waldron's legal theory. After an introduction that justifies the importance of such theme and points the central hypothesis of this study out, the theoretical context where the New Zealander philosopher's work is inserted is described in the first chapter. Precisely, it is a conceptual clarification of the author's legal positivism and normative proposal, once although Waldron's affiliation to legal positivism, the secession of such philosophical tradition as well as the clash of its adherents in contemporaneity is evident, given the challenge released by Dworkin. In the following chapter, Waldron's argumentative route comes up with a democratic justification of the normativity in the public sphere, starting from a situation called political circumstances. Finally, the last chapter directly discuss the study of authority exercised by the State, where the notion of authority by Joseph Raz was exhibited at first, to which Waldron opposes. In a second moment, his criticism is presented, as well as his proposal for compatibility between facticity and democracy. In the end, I point out a contradiction in Waldron's argument to his notion of authority among public agents, based on a consideration that the author recently proposed on the possibility of adopting weak judicial control of the constitutionality of laws in democratic regimes.

Keywords: Authority. Democracy. Conflict. Public Sphere.

RESUMÉ

Dans cette mémoire, je traiterai de l'autorité de la loi, qui est exercée par l'État, à l'aide des institutions et des agents publics, sur le peuple dans le pensée juridique de Jeremy Waldron. Après une introduction, qui justifie l'importance du sujet et apporte l'hypothèse centrale de cette étude, le premier chapitre décrit le contexte théorique dans lequel il est inseré le travail de ce philosophe néo-zélandais. Ce travail consiste plus précisément à une clarification conceptuelle du positivisme juridique et de la proposition normative de l'auteur, puisque même avec l'adhésion Claire de Waldron au positivisme juridique, il est évident la scission de la tradition philosophique mentionnée et le rencontre de leurs partisans à l'époque contemporaine, étant donné le défi publié par Dworkin. Dans le chapitre suivant, le cours argumentatif de Waldron est présenté pour justifier démocratiquement la normativité dans la sphère publique, en partant d'une situation intitulée circonstances de la politique. Finalement, le dernier chapitre est consacré directement à l'étude de l'autorité exercée par l'État, où la notion d'autorité dans Joseph Raz à laquelle Waldron s'oppose sera présentée dans un premier temps. Dans un deuxième temps, sa critique est présentée, ainsi que sa proposition de compatibilité entre la facticité et la démocratie. À la fin, je souligne une contradiction dans l'argumentation de Waldron sa notion d'autorité parmi les fonctionnaires, en se basant sur une considération que l'auteur a récemment proposée selon la possibilité d'adoption d'un contrôle judiciaire faible de la constitutionnalité des lois dans les régimes démocratiques.

Mots clés: Autorité. Démocratie. Conflit. Sphère Publique.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O PENSAMENTO JUSPOSITIVISTA	15
2.1	Afinal, o que se entende por positivismo jurídico?	15
2.1.1	<i>O vocabulo “positivismo” e seus (múltiplos) significados</i>	15
2.1.2	<i>Considerações preliminares</i>	16
2.1.2.1	<i>O positivismo jurídico é formalista?</i>	17
2.1.2.2	<i>O positivismo jurídico é sinônimo de direito positivo?</i>	21
2.1.2.3	<i>O positivismo jurídico impõe um dever moral de obediência ao direito?</i>	22
2.1.3	<i>O positivismo jurídico no pensamento jusfilosófico ocidental</i>	24
2.1.3.1	<i>Tradição germânica</i>	24
2.1.3.2	<i>Tradição escandinava</i>	27
2.1.3.3	<i>Tradição anglo-saxônica</i>	29
2.2	Caracterização do positivismo jurídico	33
2.2.1	<i>Tese dos fatos sociais</i>	34
2.2.2	<i>Tese da separação conceitual entre direito e moral</i>	36
2.3	Correntes contemporâneas do positivismo jurídico	37
2.3.1	<i>Positivismo Includente</i>	41
2.3.2	<i>Positivismo Excludente</i>	43
2.3.3	<i>Positivismo Normativo</i>	45
2.4	O positivismo jurídico de Jeremy Waldron	46
3	DEMOCRACIA, DISSENTO E O PRINCÍPIO DA DECISÃO MAJORITÁRIA	51
3.1	As circunstâncias da política	53
3.2	À procura de uma resposta comum	58
3.3	A razoabilidade do desacordo e a dinâmica de interação social	61
3.4	O valor moral do princípio da decisão majoritária	65
4	AUTORIDADE DO DIREITO	70
4.1	A noção de autoridade em Raz	71
714.2	A crítica de Waldron à noção de autoridade de Raz	76
4.3	É possível articular controle judicial de constitucionalidade das leis?	80
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90

1 INTRODUÇÃO

Nesta dissertação de mestrado trataremos da autoridade do direito, que é exercida pelo Estado, por intermédio de instituições e agentes públicos, sobre o povo. Não é um tema novo, entretanto, a reflexão filosófica a respeito da autoridade vem se renovando na literatura anglo-saxônica, notadamente após a publicação de *The Authority of Law*, de Joseph Raz, como se observará no decurso desta investigação acadêmica.

Com respeito à complexidade e à extensão do tema, nesta pesquisa pretendemos tão-só analisar a resposta oferecida por Jeremy Waldron para a seguinte indagação: “como é possível justificar a normatividade jurídica em uma comunidade política estruturalmente marcada pela ausência de um *ethos* previamente fixado?”. À primeira vista, a heterogeneidade das visões de mundo e concepções de vida digna dificulta a legitimidade político-moral da tomada de decisão na esfera pública, considerando a falta de consenso sobre aspectos de moralidade política envolvendo direitos, abrangendo aquilo que Kuhn (1998, *passim*) entendeu como incomensurabilidade de paradigmas, isto é, doutrinas conflitantes e irreconciliáveis coexistindo em um mesmo contexto.

A título ilustrativo, mencionamos dois episódios ocorridos recentemente no Brasil. O primeiro envolveu manifestações públicas no dia 13 de novembro de 2017, nas cidades de Rio de Janeiro e São Paulo, contrárias à aprovação do texto substitutivo às Propostas de Emenda à Constituição nº. 181-A, de 2015 e de nº. 58-A, de 2011, que restringia o direito ao aborto. O segundo, por sua vez, sucedeu em 10 de setembro de 2017 e envolveu o cancelamento da exposição “Queermuseu: Cartografias da Diferença na Arte Brasileira”, no museu Santander Cultural, em Porto Alegre, após protestos contra a referida mostra em redes sociais, sob o argumento de que algumas das obras promoviam desrespeito a símbolos, crenças e pessoas. Esses dois episódios ensejaram reações de apoio e contrárias, demonstrando o dissenso popular em relação aos referidos temas políticos e que inexiste uma resposta pronta e acabada para questões sobre bem comum, direitos de moralidade política e justiça. A normatividade jurídica, portanto, enfrenta, hoje, a difícil tarefa de justificar as suas diretivas, em razão do pluralismo que fomenta o conflito moral dos cidadãos sobre o agir.

É nesse contexto, portanto, que exsurge a necessidade de articular uma teoria política normativa capaz de agregar cooperativamente os membros de determinada comunidade e reivindicar legitimamente a obrigação de obediência ao direito. Há, ao menos, duas tarefas para uma teoria política normativa, a saber: teorizar sobre justiça; e teorizar sobre instituições (WALDRON, 1999, p. 3). Não obstante a relevância da primeira, Waldron entende que é

oportuno deslocar o centro gravitacional da discussão política contemporânea para a autoridade do direito, haja vista os desacordos político-morais que permeiam a sociedade moderna, aspecto bastante negligenciado pelos filósofos hodiernamente.

Talvez o conceito de autoridade mais sofisticado já articulado fora o de Joseph Raz, que desenvolveu uma concepção de autoridade como serviço, estabelecendo justificações morais para a normatividade jurídica. Contudo, conforme será exposto neste trabalho, o argumento raziano é inverossímil, resvalando em erros, na medida em que não assegura procedimentos constitutivos que atestem legitimidade democrática à normatividade, notadamente saliência e publicidade, aspectos que não podem ser desconsiderados em uma democracia constitucional, haja vista a necessidade de fundamentação racional das decisões tomadas pelo Poder Público sobre os direitos de moralidade política dos cidadãos. Ademais, Waldron aponta que o argumento de Raz em favor da autoridade é omissivo quanto à autoridade existente entre os agentes públicos, ponto relevante para a compreensão do poder normativo que o Estado exerce sobre o povo. A temática é importante por trazer consequências diretas para a relação entre instituições oficiais, aspecto que diz respeito à separação de poderes.

A hipótese central deste trabalho é a de que o argumento oferecido por Waldron é mais adequado para a justificação democrática da normatividade em uma sociedade marcada por desacordos político-morais sobre direitos, na medida em que a autoridade do direito exige um ambiente de certeza e segurança, que deve ser promovido, notadamente, pelos poderes republicanos (Legislativo, Executivo e Judiciário), sob pena de comprometimento das diretivas oficiais pelos cidadãos.

Feita essa breve apresentação, apontamos a metodologia e a estrutura da pesquisa. O estudo empreendido é uma análise qualitativa, de cunho exploratório, baseado numa pesquisa bibliográfica (GIL, 2008, *passim*). Além dessa introdução, esta dissertação divide-se em três capítulos. No primeiro identificaremos as premissas jurídicas estruturantes com as quais Waldron formula suas articulações teóricas, quer dizer, as teses centrais do positivismo jurídico. Por constituir uma discussão quase não abordada pela doutrina pátria, realizamos um esclarecimento conceitual do que significa ser positivista no âmbito da Filosofia do Direito, apontando as categorias básicas, os momentos constitutivos e as correntes dessa tradição de pensamento. Essa digressão é especialmente importante para evitarmos uma má compreensão da corrente e definirmos com clareza os objetivos do quadro conceitual teórico proposto por Waldron, os quais constam sintetizados em *Can There Be a Democratic Jurisprudence?*, a saber: articular uma teoria democrática do direito que reivindique autoridade legítima.

No capítulo seguinte nos dedicaremos a exibir o percurso argumentativo de Waldron, especificamente nas obras *Law and Disagreement* e *The Dignity of Legislation*, em favor da deferência das decisões tomadas pelo legislativo em questões conflitantes sobre direitos de moralidade política. Para tanto, ele argumenta que o ponto de partida para a justificação da normatividade jurídica é o conflito moral inerente à sociedade moderna, dada a complexidade em razão da heterogeneidade de valores substantivos sobre bem comum e justiça. Waldron parte da noção de circunstâncias de justiça, de John Rawls, para demonstrar a necessidade de coordenação estratégica das ações humanas e, consequentemente, justificar o majoritarismo democrático, que assegure instrumentalmente igual consideração e respeito político aos cidadãos na esfera pública.

O terceiro segmento será centrado na autoridade do direito. Primeiramente, analisaremos o conceito de autoridade formulado em Raz, intitulada “autoridade como serviço”, que institui três teses específicas para justificar a normatividade jurídica em uma comunidade política. Em seguida, expressaremos a crítica de Waldron à Raz, em *Authotiy for Officials*, demonstrando que o argumento raziano resvala em erros, haja vista que não justifica democraticamente a normatividade e desconsidera a reivindicação de autoridade exigida pelas diretivas oficiais entre os próprios agentes públicos. Por último, vamos analisar como Waldron se opõe ao mecanismo do controle judicial de constitucionalidade das leis, em *The core of the case agaisnt judicial review*. A objeção de Waldron à revisão judicial das leis é um ponto importante a ser considerado neste trabalho, uma vez que o argumento em favor da autoridade entre agentes públicos, tal qual o autor defendeu, repercute consideravelmente no entendimento da relação entre Legislativo e Judiciário no que se refere à interpretação da Constituição.

Concluído este trabalho, realizaremos breves considerações acerca dos itens precedentes – no capítulo cinco – e colocaremos em relevo: a possível contradição nas obras *Authority for Officials* e *The core of the case against judicial review*. Caso a contradição seja confirmada, o argumento de Waldron em favor do controle judicial fraco de constitucionalidade das leis exposto neste artigo é equivocado ante os argumentos expostos em *Authority for Officials*. Isso porque Waldron, filiado ao positivismo normativo, prescreve que, ao interpretar o texto normativo, o magistrado deve primar pelo propósito do texto (textualismo), o que é incompatível em ralação ao controle fraco de constitucionalidade das leis, que exige, ao menos, uma leitura moral da Constituição, haja vista a declaração de incompatibilidade da legislação relativamente aos direitos de moralidade política previstos na Constituição.

2 O PENSAMENTO JUSPOSITIVISTA

O positivismo jurídico representa, hoje, uma das correntes mais importantes e mais influentes do pensamento jusfilosófico ocidental, que já vem, pelo menos, desde Hobbes e que fora profundamente sofisticada na contemporaneidade, com Hart. Faz-se hoje um debate decisivo e relevante sobre as possibilidades ofertadas pelo pensamento positivista na filosofia do direito, notadamente acerca da legitimação e justificação política das instituições sociais. O positivismo jurídico reaparece, portanto, como modalidade fundamental de reflexão filosófica da estrutura jurídica da sociedade. É no contexto desse ambiente teórico que Waldron articulou o seu quadro conceitual a respeito da legitimidade da autoridade das normas jurídicas. Encontrar, todavia, o lugar de Waldron nessa tradição não é tão fácil quanto possa parecer. Isto porque, se clara a filiação de Waldron ao positivismo, são evidentes a cisão do juspositivismo e o embate de seus adeptos na contemporaneidade, dado o desafio lançado por Dworkin (WALUCHOW, 2001, *online*). Logo, parece adequado, antes de conceituar a articulação teórico-filosófica de Waldron, dedicar algumas palavras às questões teóricas e filosóficas que orientam o positivismo jurídico, buscando sinalizar onde a obra do filósofo neozelandês se insere nessa discussão.

2.1 Afinal, o que se entende por positivismo jurídico?

2.1.1 *O vocabulo “positivismo” e seus (múltiplos) significados*

É importante destacar, logo no início, que o sentido da expressão “positivismo” não é unívoco e é alvo de uma instabilidade semântica, prestando-se, por conseguinte, a usos muito distintos¹. Estamos certamente diante de um dos termos mais ambíguos das Ciências Sociais

¹ Nesse sentido, Halfpenny (1982, p. 114-115) constatou que a expressão “positivismo” comporta, ao menos, doze doutrinas filosóficas: “o Positivismo 1 é uma teoria da história em que os desenvolvimentos do conhecimento são tanto o motor da história quanto a fonte da estabilidade social (Comte 1). O Positivismo 2 é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual o único tipo de conhecimento disponível para a humanidade é o da ciência baseada na observação (Comte 2). O Positivismo 3 é uma tese da unidade da ciência segundo a qual todas as ciências podem ser integradas em um único sistema natural (Comte 3). O Positivismo 4 é uma religião secular da Humanidade devotada à veneração da sociedade (Comte 4). O Positivismo 5 é uma teoria da história em que o motor do progresso que garante o surgimento de formas superiores de sociedade é a competição entre indivíduos crescentemente diferenciados (Spencer). O Positivismo 6 é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual a ciência natural da Sociologia consiste na coleção e na análise estatística de dados quantitativos sobre a sociedade (Durkheim). O Positivismo 7 é uma teoria do significado, combinando métodos fenomenológicos e lógicos e obtida pelo princípio da verificabilidade, de acordo com o qual o significado de uma proposição consiste em seu método de verificação (Positivismo Lógico 1). O Positivismo 8 é um programa para a unificação das ciências, tanto sintática quanto semanticamente (Positivismo Lógico 2). O Positivismo 9 é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual a ciência consiste em um corpus de leis universais inter-relacionadas, verdadeiras, simples, precisas e de amplo alcance que são centrais para a explicação e para a previsão, à maneira descrita pelo esquema DN [dedutivo-nomológico] (Hempel). O Positivismo 10 é uma teoria do conhecimento de acordo com a qual a ciência consiste em um corpus de leis causais, a partir dos quais os fenômenos são explicados e previstos. O

Aplicadas, cujo emprego, ainda, que restrito ao contexto da Teoria e Filosofia do Direito, exige necessariamente uma delimitação semântica, na medida em que o termo positivismo é utilizado “para se referir a posições inconsistentes, a posições que muitas vezes foram explicitamente rechaçadas por aqueles que são considerados os principais expoentes do positivismo, e a posições que muitas vezes foram defendidas pelos positivistas, mas não como teses essenciais” (STRUCHINER, 2005, p. 403). Talvez, pelo abrangente campo de significação, o apropriado seria falar em positivismos². Assim sendo, é imprescindível definir o sentido do vocabulário. Antes, contudo, de precisar o significado do registro linguístico, impõe-se clarificar previamente alguns conceitos importantes.

2.1.2 Considerações preliminares

É muito comum ouvir-se falar sobre o positivismo jurídico, seja a favor ou contra suas teses, no entanto, parcela considerável de juristas brasileiros posiciona-se sem jamais

Positivismo 11 é uma teoria do método científico de acordo com a qual a ciência progride por meio de leis indutivas a partir de provas observacionais e experimentais (Bacon). O Positivismo 12 é uma teoria do método científico de acordo com a qual a ciência progride conjecturando hipóteses e tentando refutá-las, de modo que as conjecturas falsas são eliminadas e as corroboradas são retidas (Popper). No original: “*Positivism 1 is a theory of history in which improvements in knowledge are both the motor of progress and the source of social stability (Comte 1). Positivism 2 is a theory of knowledge according to which the only kind of sound knowledge available to humankind is that of science grounded in observation (Comte 2). Positivism 3 is a unity of science thesis according to which all sciences can be integrated into a single natural system (Comte 3). Positivism 4 is a secular religion of humanity devoted to the worship of society (Comte 4). Positivism 5 is a theory of history in which the motor of progress that guarantees the emergence of superior forms of society is competition between increasingly differentiated individuals (Spencer). Positivism 6 is a theory of knowledge according to which the natural science of sociology consists of the collection and statistical analysis of quantitative data about society (Durkheim). Positivism 7 is a theory of meaning, combining phenomenism and logicistic method, and captured by the principle of verifiability, according to which the meaning of a proposition consists in its method of verification (logical positivism 1). Positivism 8 is a programme for the unification of the sciences both syntactically and semantically (logical positivism 2). Positivism 9 is a theory of knowledge according to which science consists of a corpus of interrelated, true, simple, precise and wide-ranging universal laws that are central to explanation and prediction in the manner described in the D-N schema (Hempel). Positivism 10 is a theory of knowledge according, to which science consists of a corpus of causal laws on the basis of which phenomena are explained and predicted. Positivism 11 is a theory of scientific method according to which science progress by inducing laws from observational and experimental evidence (Bacon). Positivism 12 is a theory of scientific method according to which science progress by conjecturing hypotheses and attempting to refute them, so that false conjectures are eliminated and corroborated ones retained (Popper)*”.

² Para o vocabulário “positivismo jurídico”, Hart identificou cinco sentidos, a saber: “(1) a afirmação de que leis são comandos de seres humanos; (2) A afirmação de que não há conexão necessária entre direito e moral ou entre o direito como ele é e como deve ser; (3) A afirmação de que a análise (ou estudo do significado) dos conceitos jurídicos (a) vale a pena perseguir e (b) deve ser distinguida da investigação histórica sobre as causas e origens das leis, das investigações sociológicas sobre a relação do direito com outros fenômenos sociais, e da crítica ou apreciação do direito seja em termos morais, de objetivos sociais, ‘funções’, ou de outro tipo; (4) A afirmação de que um sistema jurídico é um ‘sistema lógico fechado’ em que decisões jurídicas corretas podem ser deduzidas por meios lógicos a partir de regras jurídicas pré-determinadas sem referência a fins sociais, políticas públicas (*policies*), padrões morais; e (5) A afirmação de que o julgamento moral não pode ser estabelecido ou definido, como declarações de fato podem, por argumento racional, evidência ou prova (‘não cognitivismo’)” (2010, p. 62).

delimitar as premissas teóricas fundamentais dessa corrente, antes possuindo um conhecimento superficial e por demais pejorativo dessa importante tradição jusfilosófica (DIMOULIS, 2006, p. 53). Não por acaso, fala-se frequentemente em “queda do positivismo” (BONAVIDES, 2004, p. 584), “fracasso político do positivismo” (BARROSO; BARCELOS, 2007, p. 278), “degeneração da proposta juspositivista” (GICO JR., 2010, p. 12), “superação das diversas formas de positivismo” (STRECK, 2014, p. 289) ou que o “positivismo jurídico não oferece mais respostas a indagações mais complexas que envolvem a ordem jurídica” (CAMARGO, 2003). Com efeito, a crítica dirigida ao positivismo jurídico, com notórias exceções, encontra-se em profundo descompasso em relação ao debate jurídico-filosófico contemporâneo sobre o tema. A principal preocupação deste tópico é, portanto, desmistificar o imaginário do senso comum a respeito do juspositivismo, esclarecendo categorias importantes para a compreensão do assunto.

2.1.2.1 O positivismo jurídico é formalista?

Costuma-se atribuir o adjetivo “formalista” ao positivismo jurídico, no entanto, é preciso levar em consideração o fato de que a dicção “formalismo jurídico” tem mais de um significado convencional – aspecto que, isoladamente, já desnatura uma necessária correspondência entre o positivismo jurídico e o formalismo jurídico, uma vez que uma associação só poderia ser considerada plausível dependendo do uso em que a expressão é utilizada –, o que impede uma caracterização precisa e exclusiva do formalismo jurídico. Para Rodriguez (2010, p. 157), a construção terminológica “formalismo jurídico” tanto é empregada para designar

- a) A visão do Direito que coloca em seu centro a aplicação mecânica do direito positivo. Entenda-se “mecânica” como a aplicação por meio de raciocínios lógico-formais, ou seja, por meio da subsunção do caso concreto à norma abstrata. Desta forma, um formalista é aquele que vê o Direito como caracterizado pela aplicação das regras por subsunção. Para identificar melhor esta posição, irei chama-la de *legalismo*.
- b) Chamarei também de formalista a visão do Direito que pensa suas categorias como dotadas de verdade transcendente ao direito positivo, seja em função de seu enraizamento e origem histórica, seja em razão de seu valor lógico ou racional. Este modo de ser formalista implica na naturalização das categorias dogmáticas e será chamado de *absolutismo conceitual*.

Portanto, ao que se observa, o formalismo pode significar tanto (1) uma estratégia interpretativa de contenção judicial, que propõe um acentuado comprometimento dos agentes decisórios com a literalidade dos enunciados normativos, sob pena de a aplicação do direito

deixar de ser um ato de descoberta e passar a ser um ato de criação do direito; quanto (2) uma racionalidade interpretativa, que considera as categorias jurídicas como certas, indiscutíveis e imutáveis à realidade social, em prol de uma perfeição lógica do sistema jurídico.

Afirmar que o positivismo jurídico advoga um método de interpretação e raciocínio jurídico, segundo o qual o intérprete deve ser estritamente mecânico (lógico-dedutivo) ao aplicar o direito, aderindo às prescrições normativas e enfatizando o enunciado normativo em detrimento de aspectos extrajurídicos, é um equívoco por dois motivos. O primeiro é que os dois principais expoentes do positivismo jurídico, Kelsen e Hart, destacam justamente, em suas respectivas investigações, o problema da indeterminação do ato de aplicação do direito. Senão, vejamos.

Antes de prosseguir, um esclarecimento. A Ciência Jurídica, à luz da “Teoria Pura do Direito”, de Kelsen, tem uma função descriptiva, conceitual do direito positivo. Assim, ao cientista do direito não interessa a questão moral, sociológica, política ou ideológica, mas apenas o direito enquanto tal, isto é um conjunto de normas jurídicas válidas.

Determinando o direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e da ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informando pela lei da causalidade, de processos reais (KELSEN, 1998, p. 84).

Assim sendo, no que concerne à interpretação, em uma análise valorativamente neutra e metodologicamente pura do fenômeno jurídico normativo – ou seja, sem estar interessado em prescrever como as normas jurídicas devem ser interpretadas, ou acerca de como os juízes deveriam fazer ao interpretar, ou, ainda, em articular critérios hermenêuticos para auxiliar a atividade dos intérpretes –, Kelsen reconhece, na segunda edição da “Teoria Pura do Direito”, especificamente no capítulo VIII, duas espécies diversas de interpretação: aquela que deve ser feita pelo órgão encarregado burocraticamente da aplicação do direito (interpretação autêntica), por um lado, e, por outro, a realizada por quem não é um órgão responsável pela aplicação do direito (interpretação não autêntica).

Considerando a relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, isto é, a impossibilidade de uma norma jurídica superior determinar todos os aspectos do ato para o qual será aplicada (KELSEN, 1998, p. 388), a função do cientista do direito é fornecer uma moldura interpretativa, fixando as diversas possibilidades semânticas da norma jurídica (figuração

lógica), não prescrevendo qualquer sentido em particular³. Por isso, “quando um advogado aconselha seu cliente ele atua no campo da política jurídica, mas quando age como ‘jurista’, ele pratica a ciência jurídica, isto é, não se compromete com qualquer sentido em potencial” (SGARBI, 2007, p. 447).

A aplicação do direito é simultaneamente, criação do Direito, na medida em que a norma jurídica do caso concreto resulta sempre de um processo de eleição, pelo julgador, de um entre vários sentidos possíveis, tendo em vista que “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” (KELSEN, 1998, p. 391).

Hart, por sua vez, dedica o capítulo VII do livro “O Conceito de Direito” para se contrapor radicalmente ao formalismo e ao ceticismo interpretativo. É muito importante perceber que Hart teve influência da Filosofia da Linguagem⁴, notadamente da Filosofia ordinária da linguagem, também conhecida como Escola de Oxford⁵, aspecto que repercutiu significativamente em sua abordagem a respeito do fenômeno jurídico (MACCORMICK, 2010, p. 25-33). Em sua investigação filosófica, Hart conclui que a textura aberta da linguagem⁶

³ Nesse ponto, cabe anotar a noção de que Kelsen recebe profunda influência do primeiro Wittgenstein, que concebe a tarefa da filosofia como elucidação realizada por intermédio da linguagem, tese tradicional da semântica. A respeito do primeiro Wittgenstein, Oliveira (2015, P. 96) aponta que a sua tese fundamental é que “a linguagem *figura o mundo* sobre o qual ela fala e a respeito do qual nos informa. Mas o que é o Mundo? A resposta a respeito da estrutura do mundo está no início do *Tractatus*. Uma tese fundamental é: ‘O mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas’. A categoria usada para a compreensão do mundo é a dos fatos em *contraposição* à da coisa. Pode-se também pensar o mundo como a totalidade das coisas; porém, e nisso consiste a afirmação de Wittgenstein, tal afirmação é categorialmente inadequada, ou seja, é uma expressão inadequada da estrutura do mundo. Quando pensamos o mundo como a totalidade das coisas, então o pensamos, em primeiro lugar, como uma totalidade de objetos”.

⁴ A Filosofia da Linguagem é um novo paradigma para a Filosofia enquanto tal, “o que significa dizer que a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a ‘esfera de fundamentos’ de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser ‘a filosofia primeira’ à altura do nível de consciência crítica de nossos dias. Isso significa dizer que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo” (OLIVEIRA, 2015, p. 12-13).

⁵ Segundo Oliveira (2015, p. 149-150), “a segunda fase da filosofia de Wittgenstein significou um passo fundamental na superação da semântica tradicional, ou seja, do realismo linguístico. Critério decisivo para determinação do sentido das expressões é, de agora em diante, o próprio uso das palavras, seu aparecimento nos diferentes jogos de linguagem, que são a expressão de diferentes formas da vida. No entanto, Wittgenstein deixou muitas questões abertas: seu mérito foi abrir uma perspectiva nova de trabalho. Uma vez descontinado o novo horizonte, havia muito o que fazer, mesmo na determinação dos pontos centrais de sua nova imagem da linguagem. Aqui, por exemplo, se trata do novo ‘critério de sentido’: o uso. Que significa dizer ser o uso que determina o sentido das palavras? A Escola de Oxford se empenhou em esclarecer essa questão, tendo conseguido dar alguns passos importantes no esclarecimento do fenômeno linguístico. Iniciador dessa pesquisa em Oxford foi J. L. Austin (1911-1960), cuja influência na articulação do que se convencionou chamar a Filosofia da Linguagem Normal”.

⁶ A noção de textura aberta relacionada à filosofia da linguagem de Waismann. Struchiner (2001, p. 11) elucida: “por ‘textura aberta’ da linguagem, Waismann pretende dizer que os nossos conceitos empíricos (mas não só os conceitos empíricos) não estão delimitados, de forma *a priori*, em todas as direções possíveis. Os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre o seu significado”.

repercute inevitavelmente no ato de aplicação de regras a casos concretos, o que implica dizer que, em alguns casos⁷, a disposição normativa não oferece um significado objetivo, em razão da indeterminação linguística. Nos casos em que as convenções linguísticas não são conclusivas, Hart afirma que “os cânones de interpretação não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerias que exigem eles próprios interpretação” (2009, p. 164). Nos casos de penumbra, o juiz agirá discricionariamente, valendo-se de elementos extrajurídicos para eliminar a indeterminação da regra e, consequentemente, decidir o caso concreto.

O segundo motivo é que o positivismo jurídico e o formalismo se distinguem por suas pretensões teóricas. Enquanto o juspositivismo é um empreendimento teórico que se ocupa da descrição e natureza do direito⁸, o formalismo é um estudo direcionado ato de adjudicação (BRINK, 1985). São, portanto, abordagens teóricas absolutamente opostas, que concluem proposições divergentes a respeito do fenômeno jurídico. Isso revela que o formalismo e o juspositivismo não compartilham necessariamente das mesmas teses, de modo que uma proposição a respeito da natureza do direito não repercute obrigatoriamente sobre o ato de aplicação do direito.

É importante anotar, contudo, que não há nenhuma inconsistência lógica em um positivista defender uma abordagem interpretativa de cunho formalista, ou vice-versa. A título ilustrativo, mencionamos Schauer, que assume as teses centrais do positivismo jurídico e defende o chamado “formalismo presumido”⁹, que consiste, em apertada síntese, em um raciocínio jurídico comprometido com os valores institucionais de segurança, previsibilidade e

⁷ Nossas convenções linguísticas não são tão radicalmente indeterminadas ou subdeterminadas quanto possa parecer. Podemos afirmar que, na maioria dos casos, a linguagem possui um significado determinado. Apenas nos casos de penumbra a linguagem é indeterminada. Afirmar que a linguagem é radicalmente indeterminada “revele uma má interpretação daquilo que Wittgenstein pretendia. Os usos refletem hábitos que posteriormente se transformam em convenções dentro de uma comunidade linguística. Se o significado só existisse dentro de um contexto particular de uso por um falante individual, então o aspecto da composicionalidade da linguagem – o fato de que entendemos proferimentos linguísticos que nunca ouvimos antes – não poderia ser explicado” (STRUCHINER, 2011, p. 136).

⁸ É oportuno destacar que natureza do direito “nada mais é do que a porção da realidade do direito, revelada pelos fatos, que subjaz à nossa linguagem compartilhada e nos elucida os casos centrais da nossa concepção acerca do direito (...) a análise propiciada pelo positivismo contemporâneo é capaz de estabelecer uma diferença de grau entre fenômenos que podem ser considerados, diante de nossa compreensão histórica, como casos típicos ou centrais (*central cases*) de um ordenamento jurídico, ou de casos que, segundas nossa visão, aparecem em uma área teórica nebulosa ou periférica (*bordeline cases*)” (TORRANO, 2015, p. 46-47).

⁹ “De acordo com a teoria do formalismo presumido, haveria uma presunção a favor do resultado gerado pela interpretação literal da regra mais localmente aplicável. No entanto, aquele resultado seria apenas presumido, sujeito à derrota quando normas menos localmente aplicáveis, incluindo-se o propósito subjacente à norma particular e também normas tanto dentro quanto fora do domínio decisório em questão, oferecerem razões especialmente exigentes para que se evite o resultado gerado pela norma presumivelmente aplicável” (SCHAUER, 2011, p. 110)

estabilidade, que realça a justificação subjacente¹⁰ e o predicado fático¹¹ das regras, ainda que, em casos de subinclusão ou sobreinclusão¹², seja alcançado um resultado insatisfatório ou subótimo. Com suporte nisso, conclui-se que se há, no pensamento juspositivista, uma ênfase ao formalismo jurídico, ela só se manifesta de maneira accidental.

2.1.2.2 O positivismo jurídico é sinônimo de direito positivo?

Não há que se confundir, igualmente, positivismo jurídico com direito positivo. O direito positivo contrapõe-se ao direito natural, que pode ser entendido: (1) como inerente ao homem enquanto tal válido por si mesmo, em todos os tempos, independentemente da vontade racional dos homens; ou (2) como mediado pela subjetividade e identificado com amparo na razão.

Por direito positivo são designadas as normas que têm origem em construções humanas. Cumpre observar, nesse ponto, que o que torna positiva uma norma não é o fato de ela ser proveniente de um ato de criação legislativa, mas o fato de ela ser reconhecida por uma convenção aceita por todos os membros de uma comunidade. Isso significa que cada membro de uma comunidade se compromete reciprocamente a usar obrigatoriamente a norma indicada. Portanto, “o que diferencia o direito positivo e um direito possível, mas não positivado é precisamente a circunstância de o direito posto ser determinado a partir de realidades sensíveis que lhe servem de suporte, pois a elas se atribuiu, de modo intersubjetivo, determinado sentido” (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 111). Ou seja, “o direito posto foi convencionado, é realidade institucional e, por isso, pode ser mais facilmente identificado de forma epistemicamente objetiva ou a rigor intersubjetiva. O pressuposto não” (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 111).

¹⁰ Justificação (ou valor) subjacente é o propósito para o qual uma regra prescritiva é elaborada. É um elemento fundamental para a definição do predicado fático sobre o qual incide a regra. Para tanto, Schauer (2002, p. 25-27) recorre a um caso hipotético em que um cachorro de estimação chamado “Angus” causa diversos infortúnios em determinado restaurante. Daí, o gerente do restaurante institui uma regra prescritiva que proíbe a entrada de cães. No referido caso, a justificação subjacente da referida regra é evitar futuros distúrbios no estabelecimento comercial.

¹¹ Uma regra prescritiva, entendida como a generalização de sua justificação subjacente, é estruturada desta forma: “se X, então Y”. Schauer chama de predicado fático o antecedente da equação, o “X”, que corresponde a hipótese de incidência da regra, confeccionada a partir de uma descrição genérica de um fato ou evento. O consequente da fórmula, o “Y”, é o comando deôntico, que permite, obriga ou proíbe determinada conduta.

¹² Diz-se que uma regra é subinclusiva quando o predicado fático deixa de abranger situações tipicamente pretendidas pela sua justificação subjacente. Por sua vez, uma regra é dita sobreinclusiva quando o predicado fático incide sobre casos que não promovem o objetivo pretendido.

Com a expressão “positivismo jurídico”, tem-se denominado a corrente não unitária que tradicionalmente “afirma que o direito humano é essencialmente uma instituição social cuja existência e conteúdo são fundamentalmente, uma questão de vontade e poder humanos, mas não de lei divina”¹³ (WALUCHOW, 2001, *online*). Daí por que afirma Bobbio (1995, p. 26) que “o positivismo jurídico é uma concepção que nasce quando o ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio”. Com efeito, o realce da distinção entre “positivismo jurídico” e “direito positivo” denota que a natureza deste é o que constitui o objeto de estudo daquele. Qualquer tentativa de reduzir o juspositivismo ao direito positivo será, certamente, insatisfatória.

2.1.2.3 O positivismo jurídico impõe um dever moral de obediência ao direito positivo?

Entre as diversas acusações que o positivismo jurídico recebe, a mais difundida na literatura jurídica, certamente, é a de que o juspositivismo confere suporte e legitimidade político-normativa a regimes iníquos, patrocinando indiretamente arbitrariedades, opressões e violações aos direitos humanos. Em conhecida obra, Radbruch (1997, p. 415) afirma categoricamente: “esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos positivismo foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”.

Aponta-se que a referida crítica se destacou com a estratégia de defesa adotada pelos acusados de Nuremberg, após a II Guerra Mundial, que invocaram o cumprimento à lei e a obediência à autoridade estatal (BARROSO; BARCELOS, 2007, p. 278). Talvez o relato mais famoso a respeito da obediência à autoridade seja o de Arendt sobre o julgamento de Karl Adolf Eichmann, chefe da Seção de Assuntos Judaicos durante o *III Reich*, responsável pelo extermínio de milhares de judeus em campos de concentração. Arendt (1999, p. 136) comenta que um dos maiores criminosos da guerra não era um vilão clássico da literatura ocidental, mas apenas um burocrata ordinário que

(..) cumpria o seu *dever*, como repetiu insistenteamente à polícia e à corte; ele não só obedecia *ordens*, ele também obedecia à lei (...) Eichmann, com seus dotes mentais bastante modestos, era certamente o último homem na sala de quem se podia esperar que viesse a desafiar essas ideias e agir por conta própria. Como além de cumprir aquilo que ele concebia como deveres de um cidadão respeitador das leis, ele também agia sob ordens – sempre o cuidado de estar “coberto” –, ele acabou completamente

¹³ No original: “In its traditional form, legal positivism asserts that human law is essentially a social institution the existence and content of which is, fundamentally, a matter not of God’s law but of human will and power”.

confuso e terminou frisando alternativamente as virtudes e os vícios da obediência cega, ou a “obediência cadavérica”, (*Kadavergehorsam*), como ele próprio chamou.

Embora o relato seja surpreendente quanto ao comportamento humano, não procede, contudo, a crítica ao juspositivismo. Antes se cuida de estratégia retórica análoga à falácia naturalista, chamando atenção para uma circunstância empírica isolada (“juízo fático”) do que o próprio substrato teórico articulado pelos autores positivistas (“juízo de valor”)^{14 15}.

De fato, dada a polissemia do termo, o positivismo pode ser entendido como uma “atitude valorativa em relação ao direito posto” (STRUCHINER, 2005, p. 406). Explica-se. Bobbio (1995, p. 234), após um repasse descritivo de algumas das principais concepções sobre o positivismo jurídico, chama a atenção para o fato de que não é equivocado afirmar que juspositivismo pode ser entendido, em uma de suas vertentes, como uma “ideologia do direito” que impõe um dever moral de obediência ao direito positivo.

¹⁴ Oportuno registrar que, ao responder a crítica de Radbruch à separação entre direito e moral proposta pelos positivistas, Hart (2010, p. 78-79) diz: “(...) é certamente menos um argumento intelectual contra a distinção utilitarista e mais um apelo apaixonado fundado não em argumentação minuciosa, mas em lembranças de uma experiência terrível. Pois ela (a crítica, não o argumento) consiste no testemunho daqueles que desceram aos infernos e, como Uliisses ou Dante, trouxeram de volta uma mensagem para os seres humanos (...) Este apelo vem daqueles pensadores alemães que vivenciaram o regime nazista e refletiram sobre suas manifestações perversas no sistema jurídico”.

¹⁵ A referida crítica, inclusive, resvala em graves erros históricos. Na Alemanha, durante o regime nazista, ocorreu uma completa subversão dos preceitos formais e estruturantes da ordem jurídica. Sobre o tema, eis o que comenta Arendt (1989, p. 513-514): “em vez de dizer que o governo totalitário não tem precedentes, poderíamos dizer que ele destruiu a própria alternativa sobra a qual se baseiam, na filosofia política, todas as definições da essência dos governos, isto é, a alternativa entre o governo legal e o ilegal, entre o poder arbitrário e o poder legítimo. Nunca se pôs em dúvida que o governo legal e o poder legítimo, de um lado, e a ilegalidade e o poder arbitrário, de outro, são aparentados e inseparáveis. No entanto, o totalitarismo nos coloca em diante de uma espécie totalmente diferente do governo. É verdade que desafia todas as leis positivas, mesmo ao ponto de desafiar aquelas que ele próprio estabeleceu (como no caso da Constituição Soviética de 1936, para citar apenas o exemplo mais notório) ou que não se deu o trabalho de abolir (como no caso da Constituição de Weimar, que o governo nazista nunca revogou). Mas não opera sem a orientação de uma lei, nem é arbitrário, pois afirma obedecer rigorosa e inequivocamente àquelas leis da Natureza ou da História que sempre acreditamos serem a origem de todas as leis. A afirmação monstruosa e, no entanto, aparentemente irrespondível do governo totalitário é que, longe de ser ‘ilegal’, recorre à fonte de autoridade da qual as leis positivas recebem a sua legitimidade final; que, longe de ser arbitrário, é mais obediente a essas forças sobre-humanas que qualquer governo jamais o foi; e que, longe de exercer o seu poder no interesse de um só homem, está perfeitamente disposto a sacrificar os interesses vitais e imediatos de todos à execução do que supõe ser a lei da História ou a lei da Natureza. O seu desafio às leis positivas pretende ser uma forma superior de legitimidade que, por inspirar-se nas próprias fontes, pode dispensar legalidades menores. A legalidade totalitária pretende haver encontrado um meio de estabelecer a lei da justiça na terra – algo que a legalidade da lei positiva certamente nunca pôde conseguir”. Daí, por que Maus afirma que o regime nazista é marcado mais por um viés jusnaturalista do que juspositivista: “o antipositivismo e o antiformalismo primários da doutrina nazista correspondem à lógica de tais descrições funcionais. A aplicação correta do recém-criado direito nazista – supondo que este contivesse ainda ‘diretiva’ aplicáveis à Justiça – teria representado somente um obstáculo menor ao desenvolvimento do terror judicial do sistema nazista (...) aparece nas ‘Cartas aos Juízes’ nacional-socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juízes como uma importante garantia para a ‘correta’ jurisprudência, cujas tarefas ‘só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e satisfação na execução desta’; a magistratura deveria representar a ‘elite nacional’” (2000, p. 197).

Conforme o próprio Bobbio (1995, p. 235-236) ressalta, contudo, duas, ao menos, são as versões do chamado “positivismo ideológico”: uma que estabelece um dever de obediência ao direito, independentemente de seu conteúdo prescrito; e outra que “afirma que o direito serve, por sua mera existência, à realização de determinados valores que consagra (ordem, paz social, segurança, justiça legal etc.), independentemente da justiça substancial de suas normas” (SGARBI, 2007, p. 715).

Como veremos adiante com detalhes, essa ideologia não integra o pensamento juspositivista majoritário, pois os autores positivistas estão preocupados primordialmente em descrever o direito que é compartilhado por uma comunidade, e não articular uma teoria prescritiva. Ademais, convém notar que os expoentes do positivismo jurídico se manifestam expressamente em sentido contrário à referida ideologia. Raz, por exemplo, entende que não existe uma obrigação *prima facie* de obedecer ao direito, embora este reivindique autoridade e, ainda, que existam razões morais para obedecer.

2.1.3 O positivismo jurídico no pensamento jusfilosófico ocidental

É possível identificar e caracterizar uma tradição positivista tricotômica no pensamento jusfilosófico ocidental. A primeira é a tradição germânica, representada por Kelsen; a segunda, por seu turno, é a tradição escandinava, cujos expoentes foram Hägestrom, Ludsetdt, Olivecrona e Ross; e, por fim, a terceira é a tradição anglo-saxônica, configurada em Hart. Trata-se de três versões como que opostas, mas semelhantes quanto às teses centrais do positivismo descritivo, que serão exploradas no item 2.2 deste trabalho. O ponto divergente entre as referidas correntes filosóficas reside numa reflexão a respeito do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos, “fruto de uma diferença na concepção das possibilidades e dos limites de qualquer descrição do mundo” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 33). Há, portanto, diferença epistemológica entre as tradições juspositivistas, conforme será demonstrado a seguir.

2.1.3.1 Tradição germânica

Antes de prosseguir, um esclarecimento. A situação metodológica da Ciência do Direito na Alemanha na passagem do século XIX para o século XX revelava-se por demais difusa, heterogênea e sincrética. Por um lado, as teorias jusnaturalistas conectavam o direito à ética; de outra parte, as teorias sociológicas exacerbavam o elemento de facticidade na ciência do direito. Com efeito, o objetivo de Kelsen “é provar reiteradamente que os argumentos da(s)

teoria(s) dominante(s) são metodologicamente inaceitáveis à apreensão do direito. Elas não teriam condições de descrever coerentemente o fenômeno do direito do ponto de vista jurídico” (DIAS, 2010, p. 134).

Na primeira fase de sua produção em tema de Teoria do Direito, Kelsen, fortemente influenciado pela filosofia kantiana¹⁶, pelo primeiro Wittgenstein¹⁷ e por uma concepção absoluta de mundo^{18 19}, publicou a “Teoria Pura do Direito” (1934), obra que pretende buscar a científicidade/ autonomia do direito positivo, descrevendo o fenômeno jurídico, sem jamais formular juízos de valor. Trata-se de um quadro teórico que se delimita ao campo normativo da ordem jurídica, excluindo analiticamente qualquer valoração de ordem moral, política ou sociológica. O ponto de partida e princípio metodológico fundamental do projeto juspositivista de Kelsen é, portanto, a pureza metodológica²⁰. Nesse contexto metodológico, o conhecimento jurídico dirige-se essencialmente ao estudo da norma jurídica.

Kelsen (1998, p. 4-5) assinala um conceito semântico de norma jurídica, agindo como “esquema de interpretação” da facticidade, na medida que comprehende a norma jurídica como a atribuição de um sentido objetivo a um ato de vontade humana, exprimindo um comando deôntrico no sentido de ordenar, proibir ou permitir determinada conduta. Há, contudo,

¹⁶ A influência da filosofia kantiana no pensamento de Kelsen é manifesta. Uma primeira identificação reside em que ambos partem de pressupostos epistemológicos semelhantes: Kant preocupou-se em definir os limites do conhecimento, afirmando que este só seria possível em relação a objetos suscetíveis de experiência, afastada a metafísica. Kelsen, no mesmo sentido, pretende pureza para a ciência do Direito, expurgando-a de quaisquer reflexões extrajurídicas que reserva a outras áreas do saber. Em Kant, ainda, Kelsen vai buscar a distinção fundamental para a Teoria Pura do Direito, entre os planos do *ser* e do *dever-ser*. Outro ponto relevante, do contato entre a Kant e Kelsen é o que se refere aos imperativos de conduta. Para uma conexão entre esses dois filósofos, ver CONSANI, 2016.

¹⁷ Na primeira fase de seu pensamento filosófico, Wittgensten estuda a linguagem em seu caráter secundário, designativo, semântico: “a teoria do *Tractatus* significa, assim, uma reformulação da teoria tradicional da semelhança entre linguagem e mundo. Já que a linguagem não passa de um reflexo, de uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar. A essência da linguagem depende, assim, em última análise, da estrutura ontológica do real. Existe um mundo em si que nos é dado independentemente da linguagem, mas que a linguagem tem a função de exprimir. Foi por ter radicalizado no *Tractatus* tal posição que Wittgenstein se deixou guiar pelo ideal de uma linguagem perfeita, capaz de reproduzir com exatidão a estrutura ontológica do mundo” (OLIVEIRA, 2015, p. 121).

¹⁸ Por concepção absoluta de mundo, entende-se um conjunto de “asserções aptas a descrevê-lo, das quais podemos preditar verdade (ou falsidade), são necessariamente independentes de nossa perspectiva. O mundo ‘objetivamente considerado’ é o mundo como realmente é, sem interferência das imprecisões que frequentemente estão presentes em tentativas subjetivas de descrever algo (como miragens, alucinações, defeitos na aparelhagem sensorial, juízos de valor etc.)” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 34).

¹⁹ O jurista que postula uma concepção absoluta do mundo em sua investigação filosófica e, consequentemente, pretende oferecer uma explicação empirista do fenômeno jurídico terá duas opções metodológicas, a saber: “ou bem oferecer uma interpretação dos termos e enunciados jurídicos em termos cuja referência são fatos brutos, ou bem considerar que a maneira pela qual tradicionalmente damos conta dos fenômenos jurídicos é repleta de equívocos. Em suma, o cientista do Direito moderno que tenta explicar o Direito em termos empíricos se encontra diante das seguintes possibilidades quanto aos termos e enunciados jurídicos: interpretá-los como fatos brutos ou extirpá-los da linguagem científica” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 57).

²⁰ Essa orientação metodológica no pensamento de Kelsen significa o que Bustamante (2015, p. 313) chamou de “radicalização do positivismo descritivo”.

um problema nesse ponto de vista. Atribuir um sentido objetivo a um ato fático não o transforma automaticamente em ato jurídico, considerando-se que

A específica juridicidade de algo não é (...) uma qualidade no mundo espaço-temporal. Desta maneira todas as tentativas de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos serão sempre malsucedidas, pois não será possível aprender a juridicidade de algo por sua posição no espaço e tempo, seu movimento etc. Enunciados jurídicos não descrevem fatos brutos, fatos do mundo exterior. (...) O mundo para o cientista do direito é um mundo de fatos brutos, fatos em cuja caracterização a Ciência se despiu de toda a subjetividade. Só descrições elaboradas em termos de fatos naturais podem garantir que não houve interferência da subjetividade na descrição de um estado de coisas (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 98-99).

Para escapar dessa contradição, Kelsen, partindo da distinção entre ser e dever ser, afastando os planos da validade e da eficácia, demonstrará que “a objetividade jurídica, isto é, aquilo que permite que afirmemos a realidade objetiva da norma, não depende da existência desta no mundo exterior” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 81). Kelsen (1998, p. 215) destaca que “do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo *é*. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma”. Logo, a validade de uma norma jurídica só depende de ser ela reconciliável com as normas jurídicas que lhe são hierarquicamente superiores em um sistema escalonado, o que significa dizer que o fundamento de validade de qualquer norma jurídica é intrajurídico; não está portanto, fora da ordem jurídica.

O problema, todavia, não se resolve, haja vista que se poderá perquirir infinitamente o fundamento de validade de toda a ordem normativa. Ter-se-á, pois, um regresso ao infinito. Para responder à problemática, Kelsen anuncia a norma fundamental (*Grundnorm*), pressuposta (hipotética ou fictícia), desprovida de conteúdo específico e consistindo no fundamento lógico-transcendental da validade de toda a cadeia normativa. É importante registrar que, para Kelsen (1998, p. 227), “esta norma é pressuposta como norma fundamental (...) na fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas, e bem assim na interpretação de uma ordem coercitiva globalmente eficaz como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas”. O apartamento ser e dever ser, contudo, articulado por Kelsen, não resolve o problema, pois, conforme aponta Michelon Júnior (2004, p. 111)

Quando limita o conteúdo da norma fundamental, Kelsen deixa claro que a eficácia é condição para que o conjunto de normas seja válido. Kelsen nega que a eficácia das normas inferiores à norma fundamental possa ser determinada por fatos, mas reconhece que o conteúdo da norma fundamental não pode ser escolhido arbitrariamente, pois está limitado pela eficácia do sistema como um todo. Nesta situação a pureza da teoria pura do direito fica comprometida. O direito é determinado por fatos brutos e, portanto, faz parte do mundo exterior. Mais ainda: se os fatos brutos determinam o conteúdo da norma fundamental, a relação entre a eficácia do sistema

e a validade da norma fundamentação é uma relação de causalidade ou de imputação (ou de um terceiro gênero que Kelsen jamais introduziu?).

Efetivamente, pois, “podemos conhecer sensorialmente os fatos do mundo, mas a própria objetividade do direito depende, em alguma medida da subjetividade do sujeito cognoscente” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 83).

2.1.3.1 Tradição escandinava

Por tradição escandinava ou “Escola do Realismo Escandinavo” se intitula o particular pensamento juspositivista formado pelos juristas da escola de Uppsala que, inclinados pelo ceticismo metafísico, têm como premissa metodológica fundamental a “ilegitimidade do uso descritivo da linguagem jurídica”, tese ligada à ideia de que os termos especificamente jurídicos, tais como “direito subjetivo”, “dever jurídico”, “propriedade”, etc., são palavras desprovidas de qualquer referência semântica, ou seja, não designam qualquer aspecto ou circunstância da realidade fática (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 63). Hägestrom é apontado como o principal precursor dessa representação, todavia atribui-se a Ross a formulação mais sofisticada dessa corrente (HART, 2010, p. 181), sendo necessário, portanto, expor brevemente suas principais ideias.

Um ponto de partida para o positivismo jurídico de Ross é, sem dúvida, o empirismo lógico. No prefácio à edição inglesa de “Direito e Justiça”, Ross (2000, p. 19-20) afirma categoricamente que o direito deve ser estudado do mesmo modo que a realidade bruta, razão pela qual “emerge a exigência metodológica do estudo do direito seguir padrões tradicionais de observação e verificação que animam toda a moderna ciência empirista”. Para Ross, portanto, o direito é uma ciência empírica e qualquer proposição jurídica refere-se a uma realidade social fisicamente verificável.

Com amparo nesse pressuposto, passa Ross a apartar os conceitos de “direito” e de “direito vigente”, sendo o primeiro tão somente um conjunto de normas compreendidas como diretivas, enquanto o segundo designa aquelas que são aplicadas pelos juízes quando decidem controvérsias (SGARBI, 2007, p. 322). Destarte, o ordenamento vigente comprehende o “conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias” (ROSS, 2000, p. 41).

Sendo assim, há necessariamente uma correspondência necessária entre vigência e eficácia, na medida em que vigoram somente aquelas normas jurídicas “efetivamente acatadas” e “sentidas como socialmente obrigatórias”. Por conseguinte, o fator determinante que condiciona a vigência das normas jurídicas é a aplicação do direito pelas autoridades públicas competentes, sendo este o fenômeno fático que reporta ao cientista a aceitação do direito. Ross procura explicar esse aspecto, recorrendo a um caso concreto:

Se, por exemplo, proíbe-se o aborto criminoso, o verdadeiro teor do direito consistirá numa diretiva ao juiz segundo a qual ele deverá, sob certas condições, impor uma pena por aborto criminoso. O fator decisivo que determina que a proibição é direito vigente é tão somente o fato de ser efetivamente aplicada pelos tribunais nos casos em que transgressões à lei são descobertas e julgadas. Não faz diferença se as pessoas acatam a proibição ou com frequência a ignoram. Esta indiferença se traduz no aparente paradoxo segundo o qual quanto mais é uma regra acatada na vida jurídica extrajudicial, mais difícil é verificar se essa regra detém vigência, já que os tribunais têm uma oportunidade muito menor de manifestação sua reação (2000, p. 60).

Por esta razão, Ross (2000, p. 49) acentua que um sistema de normas será vigente quando, “de tal maneira, se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações [decisões administrativas e judiciais] como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizê-las”, tal como um jogo de xadrez. Disso resulta a atribuição dos adjetivos “introspectiva” “comportamental” ou “psicológica” à essa investigação²¹.

Com esteio nessas considerações, mostra-se fundamental para Ross propor alternativa à noção tradicional de validade jurídica²², haja vista que o conceito validade, tal como proposto por Kelsen, é indiferente ao campo da facticidade. O conceito de validade deve, portanto, explicar de maneira global o fenômeno jurídico, razão pela qual deve corresponder ao somatório de dois fatores: “1. uma conduta externa do indivíduo que está de acordo com o padrão de comportamento estabelecido em uma norma; 2. um fato psicológico que Ross

²¹ Ross (2000, p. 100) esclarece que sua investigação “é comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos”

²² Cumpre anotar que “o termo ‘validade’ em Ross não é o mesmo termo ‘validade’ utilizado por Kelsen ou pelos jusnaturalistas. Ross tem consciência do fato de que não está oferecendo uma interpretação do uso comum do termo ‘validade’ em termos de fatos empíricos. O conceito de validade normalmente empregado por juristas e cidadãos comuns, quando falam de normas, não tem, em sua análise, qualquer referência ‘real’; se existe uma entidade à qual corresponde este conceito, esta é uma entidade metafísica (o que quer que signifique ‘existir’ para um ente metafísico). Quando Ross fala de ‘validade’ está falando de algo completamente diferente da ‘validade’ no sentido tradicional do termo e, por este motivo, não é possível falar em uma interpretação do conceito (...) Ross rechaça a noção comum de validade como metafísica e oferece outro conceito que nos permitirá descrever o Direito ‘como ele realmente é’. Assim, não há interpretação em Ross, mas alteração. Por isso, ainda que utilize o mesmo termo, Ross não está engajado no projeto moderno de ‘interpretação’ dos termos jurídicos em termos de fatos brutos” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 82).

expressa repetidas vezes que as normas ‘são vividas (sentidas) como socialmente obrigatórias’” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 81). Nessa toada, Ross comprehende o fenômeno jurídico com suporte na análise comportamental e psicológica.

Ao que se observa, para a tradição escandinava, o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos deve ser compreendido estritamente a partir de um conjunto de fatos brutos, haja vista a inexistência de um referente real dos termos especificamente jurídicos. O realismo jurídico escandinavo, no entanto, resvala em uma concepção fisicalista da realidade, porquanto entende que “as afirmações sobre entidades e qualidades não-físicas não dizem nada sobre o mundo em que nós vivemos e, por esta razão, os termos e enunciados jurídicos dizem nada sobre o mundo (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 85).

A eliminação da metafísica e, consequentemente, o apelo à facticidade feito pelos positivistas escandinavos mostram-se insatisfatórios para a compreensão do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos, pois, entendendo a realidade esteada numa concepção fisicalista, tem-se inevitavelmente uma perda de significado ao interpretar termos jurídicos como se houvesse referência a fatos brutos.

2.1.3.3 Tradição anglo-saxônica

Hart foi, sem dúvida, o principal teórico e filósofo do direito na tradição juspositivista anglo-saxônica. Em sua obra mais conhecida, “O Conceito de Direito”, publicada em 1961, Hart, persuadido pela Filosofia Analítica²³, pretende romper com a chamada teoria do imperativismo²⁴ e propor, com clareza, uma sociologia descritiva do direito²⁵. O interesse de

²³ Há, ao menos, duas vertentes para Filosofia Analítica: “em um sentido mais amplo, significa uma maneira de se fazer uma filosofia recorrendo-se ao método analítico para o tratamento das questões filosóficas. Em um sentido mais específico e historicamente determinado, a filosofia analítica é uma corrente filosófica que adota o método analítico e surge ao final do século XIX, desenvolvendo-se ao longo do século XX até os tempos atuais, caracterizando-se assim como uma das mais principais correntes do pensamento contemporâneo. Mas, mesmo nesse sentido mais específico, a filosofia analítica inclui também diferentes tendências, desde as suas origens no contexto da crítica ao idealismo então dominante até as várias linhas do pensamento contemporâneo. O método analítico pode se desdobrar, por sua vez, em diferentes modos de se interpretar o que vem a ser ‘análise’ em um sentido filosófico” (MARCONDES, 2004, p. 7).

²⁴ Por imperativismo, designa-se a teoria segundo a qual o direito é concebido como comandos do soberano político. Austin foi o principal expoente dessa corrente jurídica.

²⁵ Segundo Struchiner (2005, p. 60), “a sociologia descritiva de Hart se aproxima da metodologia típica das investigações dos filósofos da linguagem ordinária: para entender determinados conceitos, faz-se uma análise cuidadosa de como as pessoas inseridas em uma determinada prática, onde o conceito é tipicamente encontrado, utilizam o termo que deve ser esclarecido. As perguntas que guiam tal investigação são perguntas como: Quando e em quais contextos o termo em jogo é utilizado de maneira apropriada? Por que optar pela palavra utilizada naquele contexto e não outra palavra similar? O que se pretende é fazer ‘distinções finais’ entre as palavras e as situações de uso, para esclarecer conceitos”.

Hart é, portanto, a descrição geral e neutra do direito²⁶. Três são as questões recorrentes sobre o fenômeno jurídico: “em que o direito difere das ordens apoiadas por ameaças e como se relaciona com estas? Em que a obrigação jurídica difere do dever moral e como se relaciona com este? O que são as normas e até que ponto elas são elementos essências do direito?” (HART, 2009, p. 17).

A teoria mais próxima de oferecer uma resposta a esses questionamentos fora proposta por Austin, que associa a natureza do direito aos comandos, ordens baseadas em ameaças, dados por um soberano, que é aquele a quem a maior parte dos súditos obedece em um hábito geral de obediência, mas que não se subordina a mais ninguém. A concepção de Austin se mostra singela e incompleta para Hart, pois não distingue entre “ser obrigado a” e “ter uma obrigação de”.

Objetivando explicar a mencionada diferença, Hart (2009, p. 107) ilustra a situação de um assaltante armado, ao exigir que a vítima lhe entregue sua carteira, sob pena de tirar-lhe a vida. É equivocado afirmar que nessa situação a vítima “tinha a obrigação de” entregar a sua carteira ao assaltante, no entanto, o uso dessa expressão é adequado quando, por exemplo, um agente fiscal exige o pagamento de um determinado tributo. A diferença entre “ser obrigado a” e “ter a obrigação de” não é a sanção – pois, em ambas as situações, a pessoa pode vir a sofrer uma punição, mas a aceitação psicológica do padrão de conduta, aspecto que compõe o aspecto interno de uma regra.

Austin peca, igualmente, por não traçar qualquer distinção entre “hábitos” e “regras sociais”. Atento a isso, Hart recorre ao comportamento de tirar o chapéu ao entrar na igreja. De fato, Hart reconhece semelhanças²⁷, no entanto, existem três diferenças significativas: (1) na hipótese de inobservância, os hábitos são censurados socialmente, enquanto as regras instituem sanções ao infrator; (2) a censura social à violação de uma regra é justificada, legítima; e (3) as regras sociais possuem um aspecto que os hábitos não têm: o aspecto interno. Com efeito, o aspecto interno das regras nada mais é do que uma atitude crítica e reflexiva a respeito de um

²⁶ Mais tarde, no pós-escrito a “O Conceito de Direito”, Hart (2009, p. 309-310) esclarece: “é *geral* no sentido de que não se vincula a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específicos, mas busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse contexto, ‘normativo’). Apesar das muitas variações em culturas diferentes e em tempos diversos, essa instituição assumiu sempre a mesma forma geral e teve a mesma estrutura, embora muitos mal-entendidos e mitos obscurecedores, que exigem elucidação, tenham se aglomerado à sua volta (...) Minha exposição é *descritiva* no sentido de que é moralmente neutra e não tem fins de justificativa: não busca justificar, com base em fundamentos morais ou outros, ou recomendar as formas e estruturas que aparecem em minha descrição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, a meu ver, uma condição preliminar importante para qualquer crítica moral frutífera do direito”.

²⁷ O aspecto externo diz respeito à convergência social em direção a um comportamento-padrão.

padrão comportamental. Hart (2009 p. 75-76) procura explicar o aspecto interno das regras, recorrendo à análise de um jogo de xadrez e de suas regras:

Os jogadores de xadrez têm o hábito de mover a rainha da mesma maneira, hábito que um observador externo poderia registrar, sem nada saber sobre a atitude deles diante dos movimentos que fazem. Mas, além disso, esses jogadores têm uma atitude crítica e reflexiva diante desse padrão de comportamento: encaram-no como um padrão para todos os jogadores de xadrez. Cada um deles não apenas move ele próprio a rainha de certa maneira como tem também “um ponto de vista” sobre o quanto é correto e adequado que todos movimentem a rainha daquela maneira. Esses pontos de vista se manifestam em críticas e exigências de submissão da regra quando ocorre um desvio ou ameaça de desvio e no reconhecimento da legitimidade dessas críticas e exigências por parte dos outros. Utiliza-se, na expressão dessas críticas e exigências e desse reconhecimento, uma linguagem “normativa” abrangente. “Eu (ou você) não poderia ter movimentado a rainha dessa forma”, “Eu devo (ou você deve) fazer isso”, “Isso é correto”, “Aquilo é errado” etc.

Esta não configura, registre-se, um aspecto sentimental. Muito pelo contrário, “aceitar um padrão de conduta significa utilizar esse padrão para estabelecer críticas e justificar críticas a um determinado comportamento que não esteja adequado ao padrão” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 149). Hart nos fez perceber que o fenômeno jurídico é compreendido com exatidão, com precedência em regras sociais, não por hábitos. É, pois, uma prática social mais complexa²⁸.

Uma ordem social complexa, no entanto, não pode ser constituída apenas por meio de regras primárias, aquelas que regulam diretamente o comportamento. Hart (2009, p. 119) diz que “as normas que orientam a vida do grupo não formam um sistema, mas consistem simplesmente num conjunto de padrões isolados, sem nenhuma característica comum, exceto é, claro pelo fato de constituírem as normas aceitas por um grupo específico de seres humanos”.

Hart defende o ponto de vista consoante o qual uma sociedade complexa como a nossa exige meta-regras, regras que interagem com outras regras. Para tanto, Hart cria uma fábula (GARDNER, 2013, p. 3). Consiste numa situação hipotética em que uma estrutura social primitiva, composta apenas de regras primárias, revela-se defeituosa por três problemas: (1) incerteza, uma vez que faltam critérios objetivos para aferir quais são as regras sociais pertencentes ao sistema; (2) carência de dinamismo, haja vista a impossibilidade de modificar

²⁸ Percebe-se nesse ponto a influência do segundo Wittgenstein no pensamento jurídico de Hart, pois, conforme se extrai da Investigações Filosóficas, “o seguir uma regra é, portanto, um ato social que ocorre numa comunidade de vida por meios de hábitos e costumes (IF 199), ou seja, é adquirir determinada práxis de determinada comunidade humana – algo de muito exigente, pois implica numerosas aptidões e habilidade; em última análise, implica assumir a forma de vida dessa comunidade em tela, a qual pode ser bem diversa da pessoa em questão. Precisamente porque a coisa é assim, não é possível formular abstratamente as regras de uso das palavras, mas somente por meio de uma análise das atuações pragmáticas” (OLIVEIRA, 2015, p. 146).

essas regras; e (3) ineficiência da pressão social, ante a ausência de uma estrutura oficial encarregada de aplicar tais regras.

Para sanar cada um desses defeitos, Hart elenca três regras secundárias: (1) a regra de reconhecimento, que estabelece os critérios de validade jurídica, identificando as regras primárias; (2) a regra de alteração ou modificação, que institui órgãos encarregados de criar, modificar e eliminar as regras sociais; e (3) a regra de adjudicação ou julgamento, que estabelece as autoridades incumbidas de promover a aplicação das regras. Certamente, o ponto-chave do pensamento de Hart é a regra de reconhecimento, que muito se assemelha à norma fundamental (*Grundnorm*) articulada por Kelsen, no entanto, é um sério equívoco identificá-las igualmente. Para se ter uma ideia das inúmeras diferenças, transcrevemos um quadro esquemático:

Diferenças entre a regra de reconhecimento e a norma fundamental

Regra de reconhecimento	Norma fundamental
Não depende de coerção para sua validade	É baseada na coerção
É uma questão de fato	Ficcionalmente pressuposta
Sua função é fornecer um critério de reconhecimento para a identificação de regras	Sua função é validar todas as normas de um sistema
Pode incluir vários critérios de validade	Só existe uma norma fundamental
Fornece validade às regras dentro de um sistema jurídico permitindo que oficiais reconheçam regras primárias e secundárias	Fornece validade a todo ordenamento jurídico e também é fonte de todas as demais normas
Fornece unidade ao ordenamento jurídico	Permite que o aplicador do direito interprete a validade das normas em um campo de significação não-contraditório
Sua validade não pode ser demonstrada; ela simplesmente existe	É pressuposta em termos de eficácia; dessa forma, precisa ser válida
Não há conexão necessária entre a validade e eficácia de uma regra	É pressuposta em termos de eficácia. Dessa forma, precisa ser válida

Fonte: WACKS, 2012, p. 96.

Como se pode perceber, não são poucas as diferenças entre a regra de reconhecimento e a norma fundamental²⁹. A principal dela, contudo, reside no fato de que a norma fundamental é pressuposta, consistindo no fundamento lógico-transcendental da validade de todas as demais normas. Em contrapartida, a regra de reconhecimento é, antes de tudo, uma questão de fato, não hipotética (HART, 2009, p. 142). A regra de reconhecimento é uma prática social convergente de seus usuários, permitindo que um padrão comportamental seja uma regra social. Assim, tem-se que a existência da regra de reconhecimento decorre de um ponto de vista interno dos membros do sistema jurídico, ao adotarem uma atitude crítica reflexiva. Por isso, Hart (2009, p. 151) afirma que,

Se o ponto de vista interno não estiver amplamente disseminado naquela estrutura social, não poderá, logicamente, haver norma alguma. Mas, onde exista a união das normas primárias e secundárias – que é, como sustentamos, a maneira mais frutífera de conceber um sistema jurídico –, a aceitação das normas como padrões comuns para o grupo pode ser separada da questão relativamente passiva do consentimento individual às normas por meio da obediência em caráter exclusivamente pessoal.

Daí por que se assevera que “a abordagem hartiana do direito pode ser caracterizada como hermenêutica porque descreve a prática jurídica levando em consideração a forma esta é percebida e intencionalmente guiada pelos agentes” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 126). Com efeito, ao distinguir metaforicamente os pontos de vista interno e externo, Hart rompe com uma “concepção absoluta de mundo”, inaugurando outra concepção de objetividade (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 133) e “nos fez perceber que o Direito não consiste apenas em um objeto estático que pode ser compreendido unicamente a partir de fora – por um observador histórico ou sociológico –, mas é construído pelos seus próprios observadores” (BUSTAMANTE, 2012, p. 130).

2.2 Caracterização do positivismo jurídico

²⁹ Em uma nota de rodapé do pós-escrito a “O Conceito de Direito”, Hart (2012, p 376) diz que “a norma fundamental de Kelsen tem, num certo sentido, sempre o mesmo conteúdo; pois ela é, em todos os sistemas jurídicos, simplesmente a norma que estipula que a constituição ou aqueles que ‘formularam a primeira constituição’ têm de ser obedecidos. Essa aparência de uniformidade e simplicidade pode ser enganosa. Se uma constituição que especifica as várias fontes do direito é uma realidade viva, no sentido de que os tribunais e autoridades do sistema realmente identificam o direito de acordo com os critérios que ela oferece, então a constituição é aceita e realmente existe. Parece desnecessário afirmar que há uma norma ulterior que diz que a constituição ou aqueles que ‘a formularam’ devem ser obedecidos. Isso fica particularmente claro naqueles naqueles sistemas, como o do Reino Unido, onde não há constituição escrita: aqui parece não haver lugar para uma norma que estipule que ‘a constituição deve ser obedecida’, mas somente para a norma que diz que certos critérios de validade (p. ex., uma lei elaborada pelo Parlamento por delegação da Coroa) devem ser usados para identificar o direito. Essa é a norma aceita; é confuso acrescentar que existe outra norma segundo a qual aquela norma deve ser obedecida”.

Antes de prosseguir, um esclarecimento. Certamente, não há como identificar, com absoluta precisão, a escola de pensamento juspositivista, dada a diversidade de autores e teses defendidas, conforme brevemente exposto no item 2.13. A carência de uma unidade homogênea evidencia a cautela ao caracterizar o positivismo jurídico, pois há a tendência – principalmente associada aos positivistas – de incorrer na chamada falácia do espantalho, “aquela segundo a qual se constrói uma versão caricata da ideia que se pretende objetar, para facilitar a crítica” (MACHADO SEGUNDO, 2015, p. 1106). Nesse sentido, Raz (1998, p. 1) alerta que, quando se discute uma teoria heterogênea, permite-se que “alguém construa o seu alvo selecionando características de uma variedade de autores de modo que a descrição combinada não é de fato a ideia de qualquer pessoa, e todos os citados como adeptos a ela discordariam dela”³⁰.

Cumpre destacar que não se trata de dificuldade ínsita ao positivismo jurídico³¹. Tampouco o problema é restrito ao âmbito das escolas de pensamento de realidades puramente institucionais, surgindo em qualquer aspecto da realidade, inclusive factuais³². Esses apontamentos podem dar a impressão de que é impossível determinar uma escola de pensamento. Porém, seria enganoso. O importante é sublinhar a ideia de que a descrição do positivismo jurídico feita nesta dissertação despreza certas parcelas da realidade, por questões metodológicas. Ou seja, a pretensão é a de fornecer mera amostragem do juspositivismo, não uma exposição minuciosa.

Feita essa importante ressalva, aqui vamos adotar a definição de “positivismo jurídico” como empreendimento teórico conceitual que articula a tese de que o direito é estabelecido por certas fontes sociais e que a validade jurídica é totalmente dissociada da validade moral. Essa definição permite clara demonstração do substrato comum a todas às vertentes do juspositivismo, a saber: (1) a tese dos fatos sociais; e (2) a tese da separação conceitual entre direito e moral. Tais teses serão, neste momento, expostas separadamente, para que cada uma se torne claramente compreensível.

2.2.1 Tese dos fatos sociais

³⁰ No original: “This allows one to construct one’s target by selecting features from a variety of authors so that the combined Picture is in fact no one’s view, and all those cited as adhering to it would disagree with it”.

³¹ Igualmente, pode-se colocar a questão: o que identifica o “jusnaturalismo”, enquanto tal?

³² A esse respeito, ver DEEMTER, 2010.

A tese dos fatos sociais informa, basicamente, que a existência do direito é uma questão de fato social. Disso decorre que o direito não apela para um fundamento metafísico-idealista, fazendo com que dependa tão-somente de uma determinada criação humana (ações, atitudes, comportamentos, convenções etc.). A tese dos fatos sociais pouco esclarece o juspositivismo. Afinal, afirmar que o direito é uma questão de fato social não designa com muita clareza o que essa corrente teórica defende, mas apenas o que não postula. Registre-se, ademais, que a referida tese não é defendida exclusivamente pelos adeptos do positivismo jurídico³³.

Há, ao menos, duas interpretações diferentes para a tese dos fatos sociais dentro da tradição positivista: (1) versão forte ou excludente: o direito é exclusivamente baseado em fatos sociais. Ou seja, não apenas a regra de reconhecimento é um fato social, mas também os seus critérios de validade e, consequentemente, as regras primárias; (2) versão fraca ou includente: fatos sociais são determinantes para identificar o direito, contudo não definem o conteúdo dos padrões normativos. Aclara-se. Para a versão fraca, o direito é identificado por uma regra de reconhecimento, que constitui um fato social, no entanto, o conteúdo das regras primárias e os critérios de validade da regra de reconhecimento não são vinculados apenas a fatos sociais. Isso significa que os critérios de identificação do direito válido e, consequentemente, o seu conteúdo, podem incluir (contingencialmente) padrões de moralidade, desde que isso seja aceito pelas autoridades institucionais competentes.

Com efeito, praticamente todos os juspositivistas compartilham o entendimento que meta-regras (ou regras secundárias na teoria hartiana) são determinadas por fatos sociais. O ponto divergente em torno da tese dos fatos sociais, portanto, diz respeito às regras primárias. Logo, “a diferença entre as teses sociais fraca e forte é que a forte insiste, enquanto a fraca não o faz, que a existência e conteúdo de todo o direito é completamente determinada por fontes sociais”³⁴ (RAZ, 1979, p. 46).

É imprescindível que se faça um esclarecimento sobre o tema. A tese dos fatos sociais não se confunde com a chamada tese do *pedigree*, que fora objeto de crítica de Dworkin³⁵. De acordo com a tese do *pedigree*, uma regra de um sistema jurídico é tão-só identificada com amparo num critério específico chamado “regra de reconhecimento”, que não

³³ A título ilustrativo, menciona-se o movimento denominado “realismo jurídico estadunidense”, cujo denominador comum é a compreensão de que o direito é concebido como fenômeno dinâmico e como criação judicial. A esse respeito ver: LLEWELLYN, 1931.

³⁴ No original: “The difference between the weak and the strong social theses is that the strong one insists, where as the weak one does not, that the existence and content of every law is fully determined by social sources”.

³⁵ Conforme será mencionado no item 2.3, Dworkin levantou importantes objeções ao positivismo jurídico, especialmente ao positivismo hartiano. Tais objeções, inicialmente, versavam sobre padrões normativos que não foram contemplados pelos autores positivistas, não obstante esses padrões estivessem no sistema jurídico.

leva em consideração o conteúdo moral do padrão normativo, mas, sua origem (DWORKIN, 2002, p. 27-28). Trata-se de uma interpretação demasiadamente estrita da tese dos fatos sociais, haja vista que exclui a possibilidade de advir um padrão (*standard*) na práxis, que não possui *pedigree*, mas fora instituído por uma autoridade institucional competente (fonte social autorizada). A título exemplificativo, mencionamos a analogia, que é um padrão normativo válido empregado por juízes e tribunais na prática forense, mas não se sujeita aos testes exigidos pela regra de reconhecimento.

2.2.2 Tese da separação conceitual entre moral e direito

A tese da separação preceitua que não há conexão necessária entre moral e direito. Parece ser uma negação contraintuitiva, quiçá errônea. Afinal, existem muitas conexões entre o direito e a moral, seja em função do conteúdo de padrões normativos (leis, decisões judiciais, precedentes, etc.), seja em virtude da linguagem adotada pelo legislador que emprega expressões valorativas, tipicamente do campo da moral, tais como dignidade, justiça, bem-estar etc. O positivismo não nega a existência dessas conexões. Muito pelo contrário. Os principais expoentes do juspositivismo reconhecem conexões desse tipo e, frequentemente, recorrem a argumentos morais em suas propostas. A título ilustrativo, menciona-se Raz, aficionado da tese forte dos fatos sociais, ao argumentar que toda ordem jurídica reivindica moralmente autoridade legítima. Segundo Raz (2008, p. 41), “trata-se de uma alegação moral porque seu conteúdo contém a asserção de um direito a admitir direitos e impor deveres em questões relacionadas a aspectos básicos da vida das pessoas e suas interações com os outros”.

Não se deve compreender a tese da separação como uma asserção, no sentido de que: (1) não existem conexões empíricas entre moral e direito; ou (2) que se deve excluir a moralidade do campo jurídico. A tese da separação diz tão-somente que valores morais ou considerações a respeito do que o direito deveria ser não são conceitualmente necessárias para identificar a validade de uma determinada norma jurídica; ou seja, a determinação do que é juridicamente válido não depende necessariamente de uma avaliação moral substantiva. São, ontologicamente, fenômenos distintos. É o que Austin, com muita clareza, afirmou: “a existência do direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra. Se ela existe ou não, é uma investigação; se ele é conforme um padrão ou não, é outra investigação. Uma lei que realmente existe é uma lei, ainda que possamos não gostar dela”³⁶ (1998, p. 184). Outrossim, Hart (2009,

³⁶ No original: “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually

p. 240) afirma: “não necessariamente é verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou as satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência”. Disso resultam, ao menos, duas possibilidades: (1) uma norma jurídica não se torna necessariamente inválida apenas porque viola padrões morais; (2) uma norma não se faz juridicamente válida somente por ser moralmente desejável.

2.3 Correntes contemporâneas do positivismo jurídico

A discussão contemporânea em Filosofia do Direito decorre, sobretudo, do empreendimento teórico articulado por Dworkin, que assume posição liberal em Filosofia Política e Filosofia Moral em contraposição radical ao positivismo jurídico e ao utilitarismo.

O pensamento de Dworkin pode ser compreendido, ao menos, em três fases. Na primeira fase, cujo marco inicial é a publicação do ensaio “*Model of Rules*” (1966), que posteriormente fora incluído na coletânea “*Taking Rights Seriously*” (1977), e o marco final é a publicação do livro “*A Matter of Principle*” (1985), Dworkin elabora e desenvolve, à luz da noção de princípios, algumas de suas principais críticas aos fundamentos teóricos do positivismo descritivo, mormente, o positivismo jurídico articulado por Hart, em “*The Concept of the Law*”, bem como a ética utilitarista. Podemos afirmar que a pretensão de Dworkin é defender uma teoria liberal do direito.

Segundo Dworkin (2002, p. 27-28), o juspositivismo é baseado em três premissas teóricas básicas, são elas: (1) a tese do *pedigree*, segundo a qual o direito é um conjunto de regras que são identificadas como tal não pelo seu conteúdo, mas pela sua origem; (2) a tese da discricionariedade, ao assinalar que, se uma questão não estiver claramente determinada por meio de regras, deve o juiz ou a autoridade pública agir discricionariamente, não se encontrando vinculado a nenhum padrão; e, por fim, (3) a tese da obrigação, segundo a qual se tem uma obrigação jurídica quando uma regra exige que se faça ou se abstenha de fazer alguma coisa.

Feita essa caracterização, Dworkin apresenta uma insuficiência que compromete o alicerce do juspositivismo. Após analisar decisões proferidas pelo Judiciário estadunidense (*Riggs v. Palmer* e *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*), Dworkin percebeu a existência de padrões normativos que não funcionam como as regras e que não são tão discricionários como pretendem os positivistas; ou seja, o direito oferece padrões de decisão não escritos, que não

exists, is a law, though we happen to dislike it".

podem ser reconduzidos a um critério formal que os valide, mas obrigatórios e que operam de maneira logicamente diferente das regras. Esses padrões foram denominados de princípios.

Com amparo nesta verificação indutiva, Dworkin realiza, posteriormente, uma distinção entre três padrões normativos: regras, princípios e diretrizes políticas. As regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada, o que significa dizer que dados os fatos que uma regra estipulada, então ou a regra é válida – e nesse caso o comando deôntico que ela fornece deve ser aceito – ou não é válida – e nesse caso em nada contribui para a decisão. Os princípios, em contrapartida, possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando princípios se cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em consideração a força de cada um.

Enquanto as diretrizes políticas estabelecem um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria econômica, política ou social da comunidade, os princípios devem ser observados não porque promoverão uma melhoria econômica, social ou política, mas porque são exigências de justiça ou equidade ou outra dimensão da moralidade.

Pode-se afirmar que, na sua primeira fase de pensamento, Dworkin descreve um modelo de racionalidade jurisdicional dual, na medida em que dissocia os casos fáceis dos difíceis. Enquanto aqueles “podem ser resolvidos através da prática silogística de uma premissa maior (correspondente à norma-regra jurídica) e uma premissa menor (correspondente aos fatos apresentados pelo caso concreto)” (SGARBI, 2007, p. 241), estes, em contrapartida, “(...) não podem ser solucionados subsumido o caso concreto às normas-regra, pois para se decidir a questão esta exige um balanceamento dos princípios relevantes” (SGARBI, 2007, p. 241).

Tudo isso, contudo, leva a uma releitura de categorias centrais do direito, o que leva a mudanças epistemológicas fundamentais a respeito da compreensão do fenômeno jurídico, já que Dworkin constatou que, na prática jurídica, existe uma relação/argumentação fundamental entre o direito, a moral e a política, que não pode ser desprezada pela teoria e filosofia do direito.

Na segunda fase do seu pensamento jurídico, Dworkin publica a sua obra de maturidade, “*Law's Empire*” (1986), em que se dedica com afinco a desenvolver uma teoria autônoma, inteiramente alternativa ao positivismo descritivo, intitulada interpretativismo como integridade, ocasião que muda sua estratégia metodológica e argumentativa em relação ao positivismo jurídico. A questão central dessa obra não é a necessidade de desenvolver novas categorias capazes de compreender o fenômeno jurídico, mas a própria possibilidade de explicar como o direito funciona ante os desacordos teóricos que o permeiam.

Dworkin chama atenção para o fato de que, em casos tipicamente controversos, os intérpretes não divergem sobre os fatos brutos ou acerca da realidade que existe

independentemente de alguém que a observe, mas sobre o próprio significado do que o direito é. Exemplo que evidencia um desacordo teórico, entre muitos, é o caso *Tennessee Valley Authority v. Hill*³⁷, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1978. Nessa contenda, os juízes Warren Burger e Lewis Powell não divergiram sobre nenhuma questão empírica, entretanto, divergiram sobre as proposições que faziam referência ao conceito de obrigação jurídica. Com suporte nesse e outros casos, Dworkin (1999, p. 3-38) conclui que não é incomum exsurgirem, na prática jurídica, conflitos argumentativos que provocam uma reflexão crítica sobre os próprios fundamentos do direito.

Isso revela a necessidade de articular uma teoria jurídica rigorosa que considere e compreenda satisfatoriamente os desacordos teóricos. Esse aspecto, segundo Dworkin (1999, p. 159-183), é decisivo para o fracasso não só do positivismo jurídico, mas também de toda e qualquer teoria denominada “convencionalista”³⁸, porque incapaz de conferir uma explicação e justificação adequada ao conceito de direito, uma vez que fundada em uma abordagem semântica³⁹, que busca encontrar uma definição do direito com base nos critérios linguísticos compartilhados por determinada comunidade.

Essa reflexão leva Dworkin a articular uma teoria que comprehende o direito como prática social interpretativa. Isso significa dizer que o direito “é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele não é um sistema de regras *tout court*. Ele envolve uma complexa teia de articulações de prática de autoridade, legitimação e argumentação” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 210), de modo que “os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito” (DWORKIN, 1999, p. 488).

Para Dworkin (1982, p. 179), “a prática jurídica é um exercício interpretativo não somente quando os juristas interpretam documentos ou estatutos particulares, mas em geral”⁴⁰. O direito é um empreendimento interpretativo porque “as proposições jurídicas não são simplesmente descritivas da história jurídica de modo direto, nem são simplesmente valorativas

³⁷ Também conhecido como caso *Snail Darter*, no qual um peixe com poucos atrativos estéticos ameaçado de extinção, que, contudo, estava protegido pela Lei de Espécies Ameaçadas, interrompeu a finalização de uma represa no rio Tennessee, obra pública que custou milhões de dólares.

³⁸ O convencionalismo consiste na tese segundo a qual “o direito torna-se possível a partir de uma convergência independente de atitude e comportamento: o que nós podemos pensar como um ‘acordo’ entre indivíduos, expresso na forma de uma regra social ou convencional” (COLEMAN, 2001, p. 101).

³⁹ Por “abordagem semântica”, Dworkin (1999, p. 40) designa a teoria segundo a qual o direito é concebido com base em certos critérios linguísticos compartilhados socialmente.

⁴⁰ No original: “(...) legal practice is an exercise in interpretation not only when lawyers interpret particular documents or statutes, but generally”.

de algum modo divorciado da história jurídica. Elas são interpretativas da história jurídica”⁴¹ (DWORKIN, 1982, p. 180).

Em “*Law’s Empire*”, é proposta a moldura teórica intitulada “direito como integridade”, que estabelece um compromisso moral com a unidade da história político-institucional de uma comunidade de princípios. Essa história é constituída pelos participantes dessa prática. Dworkin argumenta que “o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (1999, p. 271-272). Na visão de Dworkin, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (1999, p. 272).

Na concepção de “direito como integridade”, o juiz, ao decidir uma lide, deve buscar a melhor resposta possível, considerando a legislação, as regras, os princípios, as políticas, o passado e o futuro para formular sua decisão no presente, de modo semelhante a um romance em cadeia, em que cada autor é ao mesmo tempo o participante da prática e o responsável por dar continuidade e coerência à história político-institucional da comunidade de princípios. Segundo Dworkin (1999, p. 274), esse modelo

não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “relativismo”. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.

Essa abordagem, portanto, exige que os juízes, em um nível ideal político, decidam “casos difíceis tentando encontrar, em algum confronto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 1999. p. 305).

⁴¹ No original: “propositions of law are not simply descriptive of legal history in a straightforward way, nor are they simply evaluative in some way divorced from legal history”.

Na terceira e última fase de seu pensamento, quando publicou sua penúltima obra, “*Justice for Hedgehogs*” (2011), Dworkin defende a tese de que, por intermédio da interpretação construtiva, é possível reconciliar ética, moral, política e direito.

Como se viu, o pensamento de Dworkin representou importante contraposição à tradição positivista, que defende uma separação conceitual entre direito e moral, conforme exposto no item 2.2.2Com espeque nessas críticas contundentes suscitadas por Dworkin, ao longo de sua carreira, surgiram três ramificações renovadas do juspositivismo: (1) positivismo includente; (2) positivismo excludente; e (3) positivismo normativo, que serão descritos a seguir.

2.3.1 Positivismo Includente

O positivismo jurídico includente ou incorporacionista (*inclusive legal positivism*), defendido por Coleman, Hart, Himma, Kramer, Lyons, Soper e Waluchow, assere, basicamente que “é conceitualmente possível, mas de forma alguma necessário, que a validade jurídica de uma norma seja de alguma maneira uma função de sua compatibilidade com princípios ou valores morais”⁴² (WALUCHOW, 2001, *online*).

Tecnicamente, podemos afirmar que o marco teórico inicial do positivismo jurídico includente⁴³ se associa à publicação do pós-escrito a “O Conceito de Direito”, em 1994, na segunda edição da obra, no qual Hart confronta seus principais críticos, especialmente Dworkin. No tópico intitulado “O positivismo brando” (*soft positivism*), Hart (2009, p. 323) esclarece que a regra de reconhecimento “pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos”. Afirma, ainda, que a regra de reconhecimento pode “constituir restrições substantivas ao conteúdo da legislação, como a Décima Sexta ou Décima Nona Emendas à Constituição norte-americana sobre o estabelecimento de religiões ou o direito de voto” (HART, 2009, p. 323-324). Em linhas gerais, o que Hart aceita é a chamada “tese da incorporação”, que, como vimos no parágrafo anterior, é fundamental para a caracterização do positivismo includente, a qual aceita a inserção de critérios morais para identificação do direito válido.

⁴² No original: “*It is conceptually possible, but in no way necessary, that the legal validity of a norm is in some way a function of its consistency with moral principles or values*”.

⁴³ É importante registrar que, em 1977, em resposta à crítica de Dworkin, Soper e Lyons articularam argumentos em favor do positivismo jurídico de Hart, no sentido de que a regra de reconhecimento pode estabelecer condição de moralidade como critério para a validade jurídica.

À primeira vista, poder-se-ia afirmar que a tese da incorporação rompe com os compromissos teóricos do positivismo jurídico, nomeadamente a tese da separação entre moral e direito. Aceitar, no entanto, a inserção de princípios de moralidade e justiça na regra de reconhecimento não descharacterizam o projeto juspositivista. Explica-se. A regra de reconhecimento é conceitualmente difusa, assumindo várias modalidades nos sistemas jurídicos e comportando diversos critérios de validade jurídica, sendo impossível indicar seus testes. Daí, afirmar-se que “sua existência não é explicitamente declarada, mas sua existência fica demonstrada pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos” (HART, 2009, p. 131). Sendo assim, é concebível que possa surgir um sistema jurídico que inclua valores morais nos testes exigidos pela regra de reconhecimento, uma vez que não há nada que proíba. Isso não significa dizer, entretanto, que a argumentação moral é absolutamente necessária para definir as normas de um sistema jurídico. Princípios morais, portanto, influem contingencialmente na validade jurídica.

Embora não haja nada na natureza do direito (tal como caracterizada pelas teses social e da separabilidade) exigindo o uso de argumentos morais para determinar legalidade, não há tampouco nada que proíba o seu uso – como o próprio Hart reconheceu. Hart deixa claro que a regra de reconhecimento pode ser tão austera quanto “Tudo que a rainha promulgue no Parlamento é lei”, uma regra que separa a legalidade “em vários sistemas jurídicos, como nos Estados Unidos, o critério supremo de validade jurídica incorpora explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos”. Tais critérios formam uma regra de reconhecimento em que propriedades separáveis da legalidade e da moralidade são unidas fazendo com que uma seja uma condição de outra (WALUCHOW, 2001, *online*)⁴⁴.

É importante registrar, contudo, o fato de que a inserção de valores de justiça não é automática, porquanto o direito só pode emanar fundamentalmente de um fato social. Ou seja, sendo o direito necessariamente uma questão de fato, não metafísica, só é possível a incorporação da moralidade ao direito por uma fonte social autorizada.

Valendo-se de uma metáfora, podemos assinalar que a moralidade, enquanto critério de teste de validade jurídica da regra de reconhecimento, é análoga a uma torneira que regula o fluxo de água em uma residência. Para que a água possa fluir, é preciso que alguém gire a torneira. Caso a torneira permaneça fechada, a água não corre.

⁴⁴ No original: “*Although there is nothing in the nature of law (as characterized by the social and separability theses) requiring the use of moral arguments to determine legality, there is nothing which prohibits their use either – as Hart himself recognized. Hart was clear that the rule of recognition can be as austere as ‘Whatever the Queen in Parliament enacts is law’, a rule which separates legality from any and all moral conditions. But he was equally clear that ‘[i]n some systems [of law], as in the United States, the ultimate criteria of legal validity explicitly incorporate principles of justice or substantive moral values’. Such criteria form a rule of recognition in which the separable properties of legality and morality are brought together; the one being a condition of the other’.*

Consideremos, a título ilustrativo, a ordem constitucional brasileira, que reconhece diversos direitos fundamentais de moralidade política no texto da Constituição Federal de 1988. O conteúdo moral desses direitos subjetivos é, evidentemente, um critério de identificação e validade das normas infraconstitucionais. Esse critério, no entanto, é apenas válido no direito brasileiro, pois fora uma fonte social autorizada – no presente caso, a Assembleia Nacional Constitucional de 1987/88 – que determinou.

2.3.2 Positivismo Excludente

Em contraposição radical ao positivismo includente, tem-se o positivismo excludente (*exclusive legal positivism*), defendido por Marmor, Shapiro e Raz⁴⁵, que corresponde ao formato mais rigoroso do juspositivismo conceitual. O positivismo excludente sustenta, em síntese, “que uma norma nunca é considerada válida em virtude de seu conteúdo moral. A validade jurídica, de acordo com esse ponto de vista, é totalmente dependente das fontes factuais do direito convencionalmente reconhecidas” (MARMOR, 2013, p. 13). Para a presente exposição, interessa-nos a proposta de Raz, que é talvez o expoente mais destacado do positivismo excludente, pois é a objeção mais poderosa e influente contra a tese da incorporação (WALUCHOW, 2001, *online*).

A tese das fontes (*sources thesis*), que reconhece a existência e o conteúdo do direito como uma questão de fato social, é a premissa teórica que se põe como fundamental para a determinação do positivismo excludente enquanto tal: “uma teoria do direito é aceitável apenas se os seus testes de identificação do conteúdo do direito e determinação de sua existência dependem exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de ser descritos em termos livres de valores e aplicados sem argumentos morais”⁴⁶ (RAZ, 1979, p. 39-40). Recorrendo à metáfora da torneira feita anteriormente, podemos afirmar que, sob a óptica do positivismo exclusivo, fecha o registro geral.

Nota-se que a tese das fontes (*sources thesis*) é uma versão forte da tese dos fatos sociais, que como se viu é sustentada por todos os adeptos do juspositivismo, na medida em que rejeita absolutamente a inclusão de valores de moralidade como critérios de identificação

⁴⁵ É oportuno registrar o inconformismo de Raz sobre a classificação de seu pensamento em uma corrente teórica específica: “Eu não me preocupo se meus pontos de vista são classificados com o positivismo jurídico, como eles usualmente são, ou não. Eu acredito que a classificação de teorias do direito como jurídico-positivistas ou não (...) é inútil e está propensa a enganar” (2008, p. 42).

⁴⁶ No original: “A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument”.

do direito válido em um determinado sistema jurídico. Deve-se reconhecer, contudo, que o vocábulo “fonte” é demasiadamente vago e não indica com clareza o seu sentido. No pensamento raziano, a expressão “fonte” deve ser entendida num sentido amplo, significando não apenas as “fontes formais” do direito, que estabelecem a validade do sistema jurídico, mas também “fontes interpretativas, nomeadamente todos os materiais interpretativos relevantes” (RAZ, 1979, p. 48).

Para Raz, apenas a tese das fontes é compatível com a natureza do direito, já que o direito reivindica autoridade para si. Diz-se que o direito reclama autoridade quando “a existência de uma regra requerendo determinada ação é uma razão protegida para que se pratique a determinada ação; uma lei tem autoridade se a sua existência é uma razão para se adequar aos comandos e excluir considerações conflituosas”⁴⁷ (RAZ, 1979, p. 29).

Em Raz, as normas jurídicas são consideradas razões excludentes de outras razões. Explica-se com um exemplo. O fato de ter consumido álcool é uma razão para que alguém não dirija veículo automotor e retornar para a sua residência de táxi. Nesse caso, a pessoa optou por excluir a sua ação – dirigir o seu veículo sob o efeito de bebida alcoólica –, preferindo agir diversamente. Quando alguém aceita a diretiva de outrem e deixa de agir diretamente, tem-se autoridade. O sistema jurídico é autoritativo, na medida em que oferece diretivas aos cidadãos. As normas jurídicas excluem razões para o agir (razões de primeira ordem) e substituem por outras razões para agir ou para não agir com base em outra razão (razões de segunda ordem), equilibrando os conflitos e fornecendo instruções aos cidadãos a agirem de determinada maneira. Para Raz (1996, p. 214), a autoridade é composta por três teses fundamentais

Tese da dependência: todas as diretivas carregadas de autoridade devem basear-se, entre outros fatores, nas razões que se aplicam aos sujeitos daquela diretiva e que dizem respeito às circunstâncias abrangidas por ela. Essas razões são denominadas razões dependentes.

Tese da justificação normal: o modo principal e primário de se estabelecer que se deve reconhecer uma pessoa como tendo autoridade sobre outra envolve a demonstração de que o súbito provavelmente agirá melhor de acordo com as razões que se aplicam a ele (razões outras que as alegadas diretivas carregadas de autoridade), se aceitar as diretivas da alegada autoridade como vinculantes e tentar segui-las, do que tentar seguir diretamente as razões que se aplicam a ele.

Tese da preempção: o fato de uma autoridade requerer a prática de uma ação é uma razão para agir, que não deve ser adicionada às demais razões relevantes quando se avaliar o que se deve fazer, mas, ao invés disso, deve excluir e substituí-las⁴⁸.

⁴⁷ No original: “*The law has authority if the existence of a law requiring a certain action is a protected reason for performing that action; i.e. a law is authoritative if its existence is a reason for conforming action and for excluding conflicting considerations*”.

⁴⁸ No original: “*The dependence thesis: All authoritative directives should be based, among other factors, on reasons which apply to the subjects of those directives and which bear on the circumstances covered by the directives. Such reasons I shall call dependent reasons. The normal justification thesis: The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged*

A junção dessas três teses é o que Raz (1996, p. 214) denomina de “concepção de autoridade como serviço”. Com isso, percebe-se que a tese da incorporação é contraditória em relação ao quadro teórico de Raz, pois “todo o sentido de ter uma resolução de autoridade é presumir que os sujeitos agem melhor sobre as razões que se aplicam a eles ao seguir a diretiva de autoridade do que quando tentam descobrir (ou agir sobre) essas razões por si mesmos”⁴⁹ (MARMOR, 2011, p. 96).

2.3.3 Positivismo Normativo

Além dessas duas correntes em apoio a uma releitura do positivismo jurídico após as críticas de Dworkin, existe a “terceira via” teórica, que não se concentra apenas na interpretação da tese da separação entre moral e direito. Essa corrente é formada por aqueles que assumem uma atitude positivista como argumento avaliativo da estrutura política. É, portanto, mostrar que o positivismo jurídico, como quadro teórico, não é apenas uma descrição da realidade, mas também uma “prescrição a respeito do que o direito deve ser em uma sociedade democrática” (CONSANI, 2015, p. 2429). Numa palavra, “é uma tese normativa sobre o próprio positivismo jurídico, não sobre a essência ou fundamento do positivismo jurídico”⁵⁰ (WALDRON, 2001, p. 414). Não é por outra razão que essa corrente se intitula positivismo ético, presumido ou normativo, que tem, hoje, como principais expoentes Campbell, Schauer e Waldron.

O pós-escrito a “O Conceito de Direito” é considerado, por Campbell (2011) e Waldron (2001), uma evidência convincente de que o positivismo de Hart é prescritivo, abalizado em uma nítida argumentação moral, levantando diversas razões a favor de um sistema jurídico composto pela união de regras primárias e secundárias, que invoca a noção de uma regra de reconhecimento como critério de identificação de validade.

Enquanto a maior parte dos positivistas contemporâneos limita-se a empreender um estudo ontológico a respeito do fenômeno jurídico, reduzindo a filosofia do direito à análise

subject is likely better to comply with apply to him (other than the alleged authority as authoritatively binding, and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly. The pre-emption thesis: The fact than an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them”.

⁴⁹ No original: “The whole point of having an authoritative resolution is that the subjects are presumed to better act on the reasons that apply to them by following the authority’s directive than by trying to figure out (or act on) those reasons by themselves”.

⁵⁰ No original: “(...) a normative thesis about legal positivism, rather than the essence or basis of legal positivism itself”.

conceptual dos elementos constitutivos do direito (meta-teoria do direito), os adeptos do positivismo normativo pretendem responder ao desafio de Dworkin, recuperando o discurso da racionalidade prático-política ao estudo jusfilosófico. Daí por que se diz que esse positivismo jurídico é “neobenthamista” (BUSTAMANTE, 2015, p. 323).

Campbell (2002), por exemplo, adota uma atitude positivista ao defender o ponto de vista que é possível diferenciar conceitualmente direito e moral (tese da separação) reconhece que empiricamente, alguns sistemas jurídicos, fontes sociais autorizadas empregam contingencialmente princípios de moralidade como critérios de validade jurídica (tese da incorporação), contudo, rejeita a ideia de que, na prática, as autoridades públicas identifiquem e interpretem o direito moralmente. Isso porque, ao permitir que juízes e tribunais recorram a valores substantivos de justiça, comprometem-se os próprios objetivos morais e políticos pretendidos pelo direito, que são imprescindíveis para a preservação de um ambiente democrático.

O positivismo normativo, contudo, não está adstrito a uma objeção à hipertrofia decisória do Poder Judiciário. Não menos importante é sua contribuição à Filosofia Política e Constitucional sobre temas relativos à separação de poderes, deliberação pública, participação política e autoridade normativa. Igualmente relevante é sua contribuição ao campo da hermenêutica e argumentação jurídica.

Nessa perspectiva, o designio do positivismo jurídico, em seu viés normativo, é “recomendar que os sistemas jurídicos sejam estruturados com o objetivo de maximizar os benefícios sociais e políticos e ter um conjunto de regras claramente identificáveis, precisas e objetivas, para que os intérpretes não recorram a valores morais e políticos controversos”⁵¹ (CAMPBELL, 2002, p. 306).

O próximo item analisará especificamente o positivismo jurídico defendido por Waldron, que, como expressamos anteriormente, é adepto da perspectiva normativa e pressuposto teórico deste trabalho, razão pela qual optamos por apartar a sua visão deste tópico.

2.4 O positivismo jurídico de Jeremy Waldron

⁵¹ No original: “El sentido del positivismo jurídico, así entendido, es recomendar que los sistemas jurídicos sean desarrollados de tal forma que se maximicen los beneficios sociales y políticos de tener un sistema de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan habitualmente entenderse y aplicarse sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos”.

A filosofia do direito para Waldron (2008) está hoje concentrada em proposições vagas e abstratas sobre a natureza e funcionamento do direito. O fator decisivo para essa situação foi para ele a radicalização da análise conceitual/descritiva dos elementos constitutivos do direito em detrimento da política e da democracia. Essa mudança de paradigma se radicalizou, sobretudo, no pensamento jurídico de Kelsen e Hart. Embora referida investigação seja oportuna para a compreensão do fenômeno jurídico, enquanto tal, percebe-se, cada vez mais, que “o interesse sobre essas questões encontra-se demasiadamente restrito aos estudiosos que articulam essas teorias (e aos infelizes estudantes que são atraídos por seus seminários)”⁵² (WALDRON, 2008, p. 4). Advogados, juízes, legisladores e cidadãos estão interessados em problemas jurídicos substanciais. Essa é uma posição, registre-se, que ele compartilha com Dworkin, que, ao fazer um balanço das investigações filosóficas, afirmou que o positivismo jurídico contemporâneo, diferentemente do projeto juspositivista de Bentham, rompeu com os valores democráticos. Nesse pano de fundo, a política, para o positivismo jurídico, se transformou em algo secundário.

Waldron considera que a tarefa mais importante da filosofia do direito em nossos dias é fazer uma investigação sobre as nossas práticas democráticas. O caso é reconectar o direito à esfera do político em um movimento “destranscendentalizante”. Isso porque, depois de Dworkin, não podemos mais filosofar o direito independentemente da política. Waldron, no entanto, acredita que as categorias idealizadas pelos juspositivistas, ainda que criticáveis, contribuem para uma filosofia prática.

Todos esses aspectos motivam Waldron (1999) a articular uma teoria do direito democrática (*democratic jurisprudence*), que proporcione um entrelaçamento da teoria e prática, a exemplo da concepção de direito como integridade. Vale anotar que não se trata de uma “teoria geral do direito eleitoral”, voltando-se à mecânica da democracia (eleições, financiamentos de campanha eleitoral, sistemas eleitorais, etc.), mas uma teoria do direito constituída em um ambiente democrático. Para Waldron (2008, p. 8-9), politicamente a democracia comprehende

A ideia de que os governantes são escolhidos pelas pessoas que eles governam, as pessoas determinam a base sob a qual eles são governados, e as pessoas escolhem os objetivos da política pública, os princípios associativos e o conteúdo amplo de suas leis. As pessoas fazem tudo isso agindo, votando e deliberando como iguais, através de eleições e através de suas relações com representantes. A referência à disciplina de igualdade – agir, votar e deliberar como iguais – é crucial. As pessoas estão em desacordo e eles precisam de procedimentos formais para tomar decisões da linha de base desses desacordos. E, quando falo de decisões tomadas entre as pessoas, quero

⁵² No original: “These abstractions are supposed to be helpful, though it has to be said that interest in them is increasingly confined to the small community of scholars who produce them (and the hapless students they are able to lure into their seminars)”;

referir-me a aspectos bastante formais dessas decisões – formais no sentido de procedimentos disciplinados em todos os momentos pelo princípio da igualdade política e pela consciência que se atrasa na informalidade costumam conotar a privilégio preguiçoso de algumas vozes sobre os outros⁵³.

A teoria democrática do direito de Waldron nada mais é do que um desdobramento específico, um subramo da abrangente filosofia do direito. Nessa perspectiva, as teses do positivismo jurídico conceitual são pertinentes para compreender a democracia. Podemos afirmar, portanto, que é uma consideração juspositivista sobre como a democracia deve funcionar em uma comunidade política complexa, pluralista e marcada pelo dissenso. É uma teoria do direito valorativa.

Waldron (2008) aponta cinco questões principais a serem trabalhadas por uma teoria democrática do direito. A primeira questão refere às fontes institucionais do direito, que não se prestam apenas a identificá-lo em determinada comunidade, mas também agem como critérios de legitimidade política das próprias normas jurídicas. A pergunta básica é: “quem editou e aprovou a regra que será aplicada ao caso concreto?”, ou seja, trata-se, antes de tudo, de investigar “quem” são os atores responsáveis e “como” as normas jurídicas foram elaboradas. Uma teoria democrática do direito, portanto, se preocupa com estrutura institucional, composição e processo decisório dos órgãos legiferantes.

A segunda questão é a regra de reconhecimento, que identifica as normas válidas em um sistema jurídico. A regra de reconhecimento é enraizada em uma prática social complexa “que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios” (HART, 2009, p. 142). Por estar intrinsecamente relacionada com o modo pelo qual as autoridades públicas identificam o direito em determinada comunidade política, uma teoria democrática do direito há que se comprometer com a aplicação do direito pelos órgãos primários, isto é, as instituições aplicadoras do direito, pois, conforme ressaltado pelo próprio Hart (2009, p. 151), “o ponto de vista interno, com seu uso characteristicamente normativo da linguagem jurídica (‘Esta é uma norma válida’), poderia ficar

⁵³ No original: “the idea that rulers are chosen by the people whom they rule, the people determine the basis under which they are governed, and the people choose the goals of public policy, the principles of their association, and the broad content of their laws. The people do all this by acting, voting, and deliberating as equals, through elections and through their relations with representatives. The reference to the discipline of equality – acting, voting and deliberating as equals – is crucial. People disagree and they need formal procedures to come to decisions from the baseline of those disagreements. And when I talk of decisions taken among the people, I mean to refer to pretty formal aspects of those decisions – formal in the sense of procedures disciplined at all times by the principle of political equality and by an awareness that lapses into informality often connote the lazy privileging of some voices over others”.

limitado ao mundo oficial”⁵⁴. Isso porque “a democracia não se resume a *accountability* política dos legisladores”⁵⁵ (WALDRON, 2008, p. 32-33).

A terceira questão a ser considerada por uma teoria democrática do direito é a separação entre moral e direito. Waldron aponta duas razões para que uma teoria democrática do direito adote a tese da separabilidade: (1) não se pode negar reconhecimento jurídico à uma lei editada e aprovada mediante deliberação e aprovação majoritária, por parlamentares eleitos pelo voto popular, tão-só pelo fato de discordarmos do seu conteúdo substancial. Ou seja, uma lei injusta não deixa de ser lei, pelo fato de que discordarmos de seu conteúdo moral; e (2) haja vista o dissenso dos cidadãos, não se deve propor uma concepção apriorística de justiça, ética ou moral. Muito pelo contrário. Uma teoria democrática do direito deve fornecer um desenho institucional apropriado para que tais sejam solvidas democraticamente.

Além das teses centrais do positivismo jurídico (tese das fontes, tese do *pedigree* e tese da separação entre moral e direito, Waldron aponta, ainda, duas questões que devem ser contempladas por uma teoria democrática do direito. A primeira delas é o caráter público do direito. A segunda delas, por sua vez, é a generalidade. O caráter público do direito encontra-se associado ao modelo liberal clássico de Estado de Direito. Por caráter público do direito, designam-se duas questões associadas à promoção do bem público: (1) os destinatários da norma, ou seja, aqueles a quem as normas são dirigidas; e (2) a intencionalidade das normas. Em um ambiente democrático, as normas devem ser dirigidas a todos, indistintamente, e, além disso, devem atender ao interesse público. Uma teoria democrática do direito deve, portanto, romper com a tendência à generalização das relações sociais de subinclusão e sobreinclusão⁵⁶ no direito, que estão em sociedades desiguais.

Por fim, uma teoria democrática do direito deve atentar-se para a noção de generalidade das normas jurídicas. Isso significa dizer: (1) que, em um ambiente democrático, as consequências de um ato normativo – ou seja, os comandos deônticos positivados em uma espécie normativa – devem ser dirigidas a todos os cidadãos, indistintamente, em função da

⁵⁴ “Num tal sistema complexo, só as autoridades aceitariam e utilizariam os critérios de validade jurídica do sistema. Uma sociedade assim poderia ser deploravelmente subserviente e acarneirada, e os carneiros poderiam acabar no matadouro; mas não há motivos para pensarmos que não poderia existir ou para negar-lhe a qualificação de sistema jurídico” (HART, 2009, p. 151).

⁵⁵ No original: “*Democracy is not just about the electoral accountability of those who make the law*”.

⁵⁶ A semântica dos vocábulos “subinclusão” e “sobreinclusão” não se assemelha ao sentido dos referidos termos em “*Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*”, de Schauer. Neste tópico, os termos são empregados no sentido sociojurídico. A sobreinclusão significa que um pequeno segmento da sociedade tem acesso aos benefícios do sistema jurídico sem subordinação aos deveres. Em contrapartida, a subinclusão significa que um segmento considerável da sociedade se encontra submetido às exigências do sistema social, mas não desfrutam dos benefícios do sistema jurídico. A esse respeito, ver: NEVES, 1994.

igualdade política; (2) que se deve ressaltar os valores de coordenação e previsibilidade das regras, para que os cidadãos possam se adequar às intenções legislativas; e (3) a promulgação de uma espécie normativa resulta de uma atividade empreendida por corpo legislativo que, embora seja composto por distintos parlamentares, representa a comunidade política.

Fica evidente que a proposta de Waldron é uma consideração estritamente normativa: sua pretensão é alcançar os valores democráticos com suporte num quadro teórico juspositivista. Feito esse esclarecimento, passa-se, no próximo capítulo, ao estudo das circunstâncias da política, ponto de partida para a justificação da autoridade do direito em Waldron.

3 DEMOCRACIA, DISSENTO E O PRINCÍPIO DA DECISÃO MAJORITÁRIA

Um dos problemas fundamentais enfrentados pela Filosofia Prática (Ética, Política e Direito) na sociedade contemporânea decorre da ausência de um *éthos* compartilhado por todos os membros da comunidade. Enquanto, nas sociedades tradicionais, há um certo consenso em todas as esferas da vida social, a sociedade moderna é marcada pelo dissenso, pelo confronto radical de opiniões políticas e morais divergentes, inconciliáveis, ou quiçá, insolúveis, que retira a possibilidade de uma unidade moral e política (OLIVEIRA, 1995, p. 155-181). Encontram-se em um mesmo espaço político diversas visões de valores morais. Vale dizer, o espaço político é conflituoso, heterogêneo e plural. Daí por que, diz Waldron (1999, p. 1), “somos muitos, e discordamos sobre a justiça (...) discordamos sobre o que devemos uns aos outros no que diz respeito à tolerância, à indulgência, ao respeito, à cooperação e à ajuda mútua”⁵⁷.

Os juristas, no entanto, estão demasiadamente concentrados em: (1) articular uma teoria da justiça própria, argumentando uma visão particular sobre quais são os princípios que funcionam como critérios de justiça e, consequentemente, orientam determinada comunidade política (WALDON, 1999, p. 1), aspecto que fomenta consideravelmente o dissenso em relação à justiça e aos direitos⁵⁸; ou (2) desenhar um arranjo institucional que atribui ao Judiciário o poder decisório em questões e dilemas moralmente sensíveis, desprestigiando a política e a legislação. Não por acaso se constitui “um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislador” (WALDRON, 2003, p. 2), donde, se anote, surgiu um discurso em favor da legitimidade político-democrática da intervenção judicial em questões moralmente controvertidas, a pretexto de resguardar os direitos fundamentais previstos na Constituição⁵⁹, e, consequentemente, um discurso de supremacia judicial no tocante ao sentido

⁵⁷ No original: “There are many of us, and we disagree about justice (...) We disagree about what we owe each other in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual aid”.

⁵⁸ Os desacordos sobre direitos, afirma Waldron (1999, p.11-12), costumam girar em torno de três aspectos: (1) semântico (o que significa um direito?); (2) abrangência (quais direitos nós temos?); e (3) aplicação (como aplicar esses direitos a um caso concreto?).

⁵⁹ Há uma pressuposição generalizada de que o Judiciário, por ocupar um espaço de destaque no sistema jurídico, onde o “acesso à justiça” não pode ser restringido injustificadamente e o *non liquet* é proibido, pode julgar questões que ultrapassam a ordem jurídica, alcançando outras esferas sociais (política, economia, etc.), sob a justificativa de proteção de direitos, bem como a pretexto de interpretar a constituição. Alguns autores, contudo, apontam que a excessiva judicialização da política é uma estratégia de defender interesses econômicos, corporativos. Nessa perspectiva, o discurso de legitimação da jurisdição constitucional pautado na proteção de direitos seria uma camuflagem dos fatores reais de poder. A esse respeito, ver: GINSBURG, 2001; HIRSCHL, 2004.

e alcance do texto constitucional⁶⁰ ⁶¹, constituindo uma aristocracia judiciária, não uma democracia.

Embora não desconsidere a importância de teorizar sobre a justiça, Waldron pretende trilhar um percurso diverso, teorizando a respeito do dissenso político e, nesse contexto, considerar com seriedade o caráter plural e heterogêneo da esfera pública, para o fim de prescrever uma estrutura institucional que apreenda adequadamente os desacordos de moralidade política da esfera pública. Esse ponto de vista significa uma mudança radical na maneira de compreender a moralidade política, pois ficou claro, para Waldron, que é preciso um deslocamento da justiça para a democracia e autoridade. Isso porque, “a maneira como pensamos sobre tal discordância determinará a maneira como pensamos sobre a política. E, como o direito é fruto da política, a maneira como pensamos sobre essa discordância determinará, em certa medida, a maneira como pensamos sobre o direito positivo” (WALDRON, 2003, p. 47).

Com efeito, o dissenso na esfera pública, com raras exceções⁶², recebe pouca atenção pela teoria e filosofia jurídica. Isso deve-se, talvez, à negligência em relação ao aspecto político da Constituição pela matriz teórica do constitucionalismo contemporâneo. A adoção generalizada do paradigma constitucional estadunidense pelas democracias modernas, que prestigia um catálogo fixo, intangível, topograficamente hierárquico, lacônico e vago de direitos de moralidade política, os quais são delimitados conceitualmente por um órgão de cúpula do Poder Judiciário, acentuou um estudo demasiadamente teórico sobre o aspecto jurídico do Direito Constitucional (estrutura das normas jurídicas, direitos fundamentais, interpretação constitucional e argumentação jurídica), em detrimento do político (democracia, eleições, soberania popular, organização estatal e separação de poderes, etc.).

Atento a isso, Waldron busca articular uma justificativa institucional e um procedimento moralmente justificado para a tomada de decisão política sobre direitos. Disso resulta, uma defesa sofisticada de uma teoria da legislação comprometida com o ideal de autogoverno, não sobre a adjudicação, haja vista que apenas um modelo decisional baseado na

⁶⁰ Por supremacia judicial iremos identificar a premissa ideológica de que a interpretação constitucional compete, em última instância, ao Poder Judiciário, notadamente aos tribunais constitucionais. A esse respeito, ver: BRANDÃO, 2011.

⁶¹ Não por acaso, tem-se uma “expansão global do poder decisório dos juízes”, fenômeno decorrente do movimento constitucionalista que surge na Europa Ocidental, após a II Guerra Mundial; na Europa central e oriental, após a dissolução da União Soviética, em 1989; na Índia e nos países da África, com o processo de independência das colônias; e, na América Latina, com a retomada da democracia após décadas de regimes militares autoritários. A esse respeito, ver: TATE; VALLINDER, 1995; HIRSCHL, 2004.

⁶² Entre tais exceções, sem dúvida, cabe mencionar a obra de Neves, que aborda os problemas que o Estado Democrático de Direito enfrenta na sociedade moderna. A esse respeito, ver NEVES (2006).

regra da maioria é adequado a considerar moralmente os desacordos morais dos cidadãos⁶³. Eis, portanto, o propósito de Waldron (2003, p. 6): “evocar, recuperar e destacar maneiras de pensar a respeito da legislação na filosofia jurídica e política que a apresentem como um modo de governança importante e dignificado”⁶⁴. Com vistas a esclarecer o processo legislativo democrático como instrumento mais adequado à deliberação sobre controvérsias morais, passemos ao estudo das chamadas “circunstâncias da política”.

3.1 As circunstâncias da política

O que Waldron denomina como “circunstância da política”, em *Law and Disagreement* (1999), é análogo ao que Rawls define como “circunstância da justiça”, em “Uma Teoria da Justiça” (1971). Com efeito, ao formular sua teoria da justiça como equidade, Rawls promove uma análise crítica das teorias utilitaristas e, posteriormente, propõe a alternativa contratualista para organizar e estabelecer a maneira particular de governo com base em um procedimento hipotético denominado “posição original”, que permite definir os princípios que funcionam como critérios de justiça em determinada comunidade política. Esse “artifício” conceitual proposto em Rawls é composto por quatro condições (1) circunstâncias da justiça;

⁶³ Waldron (2003, p. 3) afirma: “Quero que vejamos o processo de legislação – em sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípios entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem de legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral de direito”.

⁶⁴ Dois são os principais fatores para o descrédito da legislação, segundo Waldron, a saber: (1) a provocativa visão do movimento intitulado “realismo jurídico”, que identificou o direito em um fato social específico, a decisão judicial. Nessa perspectiva, “torna-se lei apenas quando começa a desempenhar um papel na vida da comunidade, e não podemos dizer *qual* lei foi criada –, até que ela seja administrada e interpretada pelos tribunais” (WALDRON, 2003, p. 11); e (2) o embaraço sobre a racionalidade legislativa (WALDRON, 2003, p. 20). Não obstante, podemos afirmar dois outros fatores que comprometem a legislação. O primeiro é a profusão legislativa, que gera insegurança jurídica e problemas de eficácia social, embora formalmente vigentes. O segundo é a compreensão de que o “texto” é diferente da “norma” contribuiu, igualmente, para a desprestígio da legislação, na medida em que parlamentares não produziriam normas, mas tão somente textos desprovidos de significado, todavia, “na relação entre legislação ou jurisdição ou, mais abrangentemente, entre normatização e concretização normativa, estabelece-se inicialmente uma dupla contingência como em qualquer processo comunicativo. Ao fazer referência ao legislador (não no sentido subjetivo, pessoal, mas sim institucional), o intérprete-aplicador atribui-lhe uma dação de sentido para o respectivo texto normativo. Isso não significa que essa atribuição importe que este substitua aquele como produtor da respectiva norma. A situação aponta para uma pretensão limitada de estruturar a dupla contingência e determinar o conteúdo de uma comunicação (o que é que *alter quis dizer?*). A mensagem do legislador ou constituinte (*alter*) carrega um conteúdo informativo que precisa ser compreendido por *ego* (juiz), que poderá equivocar-se. Essa alteração é análoga a todo processo social, inclusive os mais simples do cotidiano (...) a imputação de um conteúdo ao texto normativo (assim como a um texto literário) não significa que eu seja autor da respectiva norma (ou livro). Nesse sentido, cabe distinguir dois níveis: o da *produção* institucional (inclusive não organizada como no caso dos costumes jurídicos) da norma e a *construção* hermenêutica da norma no processo de concretização (...) a construção hermenêutica (no sentido amplo deste termo) parte da produção institucional da norma, sendo controlada socialmente no decorso do processamento da dupla contingência e, portanto, criticável como incorreta ou inadequada às condições do presente” (NEVES, 2014, p. 10-11).

(2) restrições formais às concepções de justiça; (3) racionalidade das partes; e (4) véu da ignorância. As circunstâncias da justiça são “as condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária” (RAWLS, 1997, p. 136). Existem, ao menos, duas espécies de circunstâncias da justiça: (1) objetivas: há uma condição de escassez moderada, na qual “os recursos naturais ou de outro tipo não são abundantes a ponto de tornarem supérfluos os esquemas de cooperação, e nem as condições são tão difíceis a ponto de condenarem empreendimentos frutíferos ao insucesso” (RAWLS, 1997, p. 137); e (2) subjetivas: existe um conflito de interesses, um altruísmo limitado, uma vez que as pessoas têm “seus próprios planos de vida. Esses planos, ou concepções do bem, as levam a ter objetivos e propósitos diferentes, e a fazer reivindicações conflitantes em relação aos recursos naturais e sociais disponíveis” (RAWLS, 1997, p. 137). Nesse contexto, a formulação de princípios de justiça, no pensamento rawlsiano, é uma necessidade em decorrência de um conflito intersubjetivo de interesses a respeito da distribuição de bens primários, que se encontram em escassez.

Pode-se afirmar que, no âmbito da política, ocorre algo bastante semelhante. É o que Waldron (1999, p. 102) denominou de “circunstâncias da política”, consistente na “necessidade sentida pelos membros de um determinado grupo por uma linha de atuação, decisão ou curso de ação comum a respeito de algum assunto, mesmo quando houver desacordo sobre qual deve ser essa linha de atuação, decisão ou curso”⁶⁵. Assim, tem-se que, embora as pessoas em sociedades pluralistas discordem profundamente a respeito de política (bem comum), moral (correção substantiva) e direito (natureza, abrangência e significado) existe uma certa convergência social no sentido de que se deve alcançar um resultado adequado sobre o tema, embora isto seja ponto controverso.

Como a escassez e o altruísmo limitado no caso da justiça, as circunstâncias da política são um par conjugado. O desacordo não teria importância se as pessoas não precisassem de uma decisão comum, e a necessidade de uma decisão comum não daria origem à política como a conhecemos se não houvesse pelo menos o potencial para o dissenso quanto a qual deve ser a decisão comum⁶⁶ (WALDRON, 1999, p. 102-103).

À primeira vista, poderíamos afirmar que Waldron procura enfatizar o consenso em torno de questões morais controversas. Encontrar, contudo, uma decisão política adequada ao dissenso e que vincule a todos não descaracteriza o caráter plural e heterogêneo da sociedade,

⁶⁵ No original: “We may say, along similar lines, that the felt need among the members of a certain group for a common framework, decision or course of action on some matter, even in the face of disagreement about what that framework, decision or action should be”

⁶⁶ No original: “Like scarcity and limited altruism in the case of justice, the circumstances of politics come as a pair. Disagreement would not matter if there did not need to be a concerted course of action; and the need for a common course of action would not give rise to politics as we know it if there was not at least the potential for disagreement about what the concerted course of action should be”.

haja vista que “a *necessidade* de uma visão comum, não faz desaparecer a discordância (...) significa que a nossa base comum para a ação em questões de justiça tem de ser forjada no calor das nossas discordâncias, não fundamentada na suposição de um consenso sereno” (WALDRON, 2003, p. 189). O desacordo é, portanto, o catalisador político do regime democrático, na medida em que instiga a sociedade civil e as instituições a enfrentá-lo.

Talvez a necessidade teórica mais evidente que surge a partir das circunstâncias da política sejam as meta-regras (ou regras secundárias, nos termos hartianos). Como se viu no capítulo imediatamente anterior, as regras secundárias surgem em razão dos problemas políticos enfrentados pelas sociedades estruturadas apenas pelas regras primárias. Empiricamente, no entanto, nas democracias modernas, importantes mudanças sociais e políticas foram alcançadas com amparo nas circunstâncias da política. A título ilustrativo, mencionamos, no contexto brasileiro, a proibição do trabalho infantil (Lei nº. 10.07/2000), os direitos assegurados às pessoas idosas (Lei nº. 10.741/2003), a proibição de comércio de armas de fogo e munição (Lei nº. 10.826/2003), pesquisas com células-tronco embrionárias (Lei nº. 11.105/2005), a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº. 11.340/2006), as ações afirmativas com base em critério étnico-racial para provimento de cargos e empregos públicos (Lei nº. 12.990/2014) etc.

Feita esta exposição, questionamos inevitavelmente: afinal, discordamos sobre o quê? Antes de prosseguir, é oportuno empreender uma delimitação conceitual e, consequentemente, uma pormenorização dos elementos constitutivos do “desacordo”. Deve-se a Besson uma das exposições mais interessantes a respeito do desacordo. Segundo Besson (2005, p. 19), o desacordo (*disagreement*) não equivale à falta de consenso⁶⁷, mas à ausência de um consentimento, um acordo formal (*agreement*) entre as partes a respeito de um tema eticamente controverso. Ou seja, o desacordo é o oposto a uma decisão ou convenção pactuada (ou aceita) entre as pessoas no que se refere a determinado tema. O desacordo que anima a esfera pública, anota Besson (2005, p. 19-21), pode ser caracterizado por três qualidades: (1) intersubjetividade: ou seja, o desacordo pressupõe, ao menos, duas pessoas em conflito, não se confundindo, portanto, com dilemas morais relativos à consciência individual, que são eminentemente de cunho pessoal; (2) pluralidade: os membros de uma comunidade política têm

⁶⁷ Isso não significa dizer que obtemos um consenso, pois jamais deixarão de existir desacordos. O dissenso é ínsito. Assim sendo, não é suscetível de eliminação na esfera pública. Essa percepção, registre-se, é o que aparta o quadro teórico articulado pelo filósofo neozelandês da concepção deliberativa de democracia, pois, nesta, o consenso é visto como uma lógica interna do próprio processo deliberativo e, quando não é possível obtê-lo, a superveniência do dissenso ou do desacordo significa que houve uma falha da racionalidade que informa o processo deliberativo (WALDRON, 1999, p. 91).

concepções antagônicas sobre questões éticas complexas; e, por fim, (3) expressividade: longe de limitar-se a questões hipotéticas e implícitas, o desacordo é eminentemente prático e político. As pessoas, portanto, discordam expressa e efetivamente entre si. Não se trata de uma desavença simulada ou implícita.

O desacordo inerente às sociedades hipercomplexas e plurais como a nossa, segundo Besson (2005, p. 22-23), pode, ainda, ser fragmentado em dois níveis: (1) o ético, cujo objeto da discrepância é a moralidade, em que juízos de valor divergem entre si; e (2) o político, que compreende as desavenças sobre questões de interesse público, as quais assumem o formato de princípios, que organizam a estrutura social básica, ou das diretrizes, que orientam as instituições públicas. Esses níveis não são estanques, pelo contrário, são relacionados. Um desacordo ético é, igualmente, político quando “os que discordam quanto aos méritos concordam, não obstante, em que a comunidade precisa de uma solução determinada da questão”. É por essa interação, registre-se, que o desacordo a respeito de direitos se destaca na esfera pública, uma vez que suscita conflitos tanto no contexto da ética, quanto no contexto da política: “é um desacordo político, na medida em que o direito é fruto da política. Ademais, frequentemente, suscita conflitos morais, pois o direito reflete, em alguns, mas não em todos os seus aspectos, as aspirações à justiça de uma comunidade”⁶⁸ (BESSON, 2005, p. 23)

Com vistas a esclarecer os desacordos político-morais sobre direitos que permeiam a esfera pública, Waldron recorre novamente a Rawls, razão pela qual se mostra oportuno dedicar algumas palavras às questões que guiam o pensamento político-filosófico de Rawls. Em resposta às objeções dirigidas à “Uma Teoria da Justiça”, Rawls desenvolve, em “O Liberalismo Político” (1993), uma reformulação expressiva de sua teoria, reconhecendo alguns fatos relevantes, mas esquecidos em seu esquema conceitual. Entre tais fatos, certamente, o “fato do pluralismo razoável” – ou seja, a existência de doutrinas religiosas, filosóficas ou morais conflitantes e irreconciliáveis na esfera pública – fora o aspecto mais significativo para a modificação de sua teoria da justiça original. Rawls (2000, p. 24) afirma: “o fato de haver uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, porém incompatíveis entre si (...) mostra que a ideia de uma sociedade bem-ordenada de justiça como equidade (...) é pouco realista”. Esse “pluralismo razoável” não é um acidente, na verdade, é a própria essência da cultura

⁶⁸ No original: “(...) *disagreement about law is the main type of political-moral disagreement we will be concerned with here. It is a type of political disagreement since law may be regarded as an ‘offspring of politics.’ Besides, it usually raises moral issues, since law reflects, in some but not all of its aspects, the aspiration to justice of a community of people who usually happen to think differently on matters of common concern*”.

política democrática moderna. É um fato decorrente dos chamados limites naturais da razão (*burdens of judgement*).

Esses “limites naturais da razão” (que Rawls menciona por meio da ideia de *burdens of judgement*) levam as pessoas a divergir, razoavelmente, em muitas de suas convicções básicas. Como exemplos desses “limites naturais”, Rawls faz referência, entre outros, a: a) a complexidade habitual das evidências empíricas e científicas sobre um mesmo caso; b) a dificuldade de sopesar de maneira adequada tais evidências, mesmo que concordemos na determinação delas; c) a ambiguidade que é própria de todos os conceitos (políticos, morais etc.) que utilizamos; d) nossa tendência a avaliar, de modo distinto, as evidências e valores com os quais deparamos, a partir de nossas próprias vidas e experiências particulares; e) a dificuldade para sopesar as diferentes considerações normativas que em geral se situam de um lado e de outro de uma mesma questão; f) a genuína dificuldade que existe para tomar uma decisão última diante desse tipo de dilemas valorativos (GARGARELLA, 2008, p. 228-229).

Com origem nisso, Waldron (1999, p. 149-150) constata que há, ao menos, duas classes de desacordos na esfera pública: (1) desacordos entre princípios substantivos de justiça que devem orientar a estrutura social básica, cuja escolha depende claramente de uma concepção particular de bem comum e justiça. Nessa perspectiva, os desacordos sobre princípios de justiça são apenas um desdobramento do desacordo sobre o bem na esfera social e política. A título ilustrativo, menciona-se o utilitarismo, corrente ética consequencialista, que pretende responder a todas as questões normativas em termos da maximização da felicidade, do bem-estar. Ou seja, desde uma concepção particular de bem (BESSON, 2005, p. 24); e (2) desacordos de questões políticas, no qual o dissenso não se refere apenas a princípios de justiça, mas antes ultrapassa os próprios “limites naturais da razão” (*burdens of judgement*). As pessoas divergem de modo radical em suas convicções mais básicas. Nessa perspectiva, “as concepções de justiça devem especificar um conjunto apartado de princípios para a estrutura básica (política) de uma comunidade, cujos membros discordem sobre o bem”⁶⁹ (BESSON, 2005, p. 24). Por esse aspecto, é plausível, por exemplo, que, apesar de suas diferenças entre princípios morais substantivos, um católico socialista concorde mais com um ateu marxista, do que um católico libertário, em um debate de política econômica.

A preocupação maior de Waldron está nos desacordos que se referem à linha de atuação, decisão ou curso de ação comum a respeito de escolhas públicas, isto é, dos conflitos generalizados em torno de valores e interesses no âmbito político, em decorrência de uma pluralidade de visões de mundo e de concepções dissonantes.

⁶⁹ No original: “According to this last model, conceptions of justice should attempt to specify a separate set of consensual principles for the basic (political) structure of a society whose members disagree about the good”.

3.2 À procura de uma resposta comum

Não obstante a inevitabilidade dos desacordos morais, Waldron, considerando as circunstâncias da política, procura desenvolver um modelo decisional democrático baseado na tríade “debate-deliberação-votação”, cujos procedimentos sejam previamente definidos e importem a criação de uma decisão política racionalmente justificada, legítima e que reivindique autoridade. Deve, portanto, haver uma necessária conexão entre o processo de tomada de decisão e a autoridade. Com efeito, ao menos, três opções podem ser oferecidas.

A primeira possibilidade para se alcançar uma decisão política adequada seria instituir uma estrutura de atuação pública sem a interferência de representantes, ou seja, estabelecer um artefato institucional em que a política é desempenhada pelos próprios cidadãos, rompendo-se com uma visão segundo a qual o curso da ação política é uma específica atribuição de parlamentares eleitos. Talvez o mais conhecido representante dessa corrente seja Rousseau, que comprehende o poder soberano como a vontade geral, que prima pelo bem comum, não se confundindo com o mero somatório das vontades particulares, recusando, nessa perspectiva, a possibilidade de alienação. Segundo Rousseau (1996, p. 34-35), “pela mesma razão por que é inalienável, a soberania é indivisível, visto que a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou unicamente de uma parte”. Essa perspectiva, contudo, é inadequada para a sociedade moderna, pois ancorada em uma concepção demasiadamente homogênea e unitária, incompatível com a heterogeneidade dos valores e interesses dos cidadãos⁷⁰; ou seja, desvincula-se exatamente do pressuposto fundamental da investigação de Waldron, o desacordo.

A segunda possibilidade é articular um modelo democrático representativo de cunho procedural, que institua e organize previamente mecanismos participativos e inclusivos, em que as diversas posições antagônicas possam ser debatidas publicamente, e consideradas igualmente, não se limitando, assim, ao procedimento, mas, objetivando, antes de tudo, à participação. Por fim, a terceira possibilidade é outorgar a um círculo estreito e seletivo de juízes não eleitos pelo voto popular a prerrogativa de declarar nulas as normas editadas e aprovadas mediante deliberação majoritária pelos legisladores, quando consideradas incompatíveis com os direitos de moralidade política previstos na Constituição.

⁷⁰ “(...) essa perspectiva de Rousseau acarretaria uma sobrecarga ética do cidadão (*ethische Überforderung*), impondo-lhe virtudes republicanas que estariam ancoradas no *ethos* de uma comunidade que precisaria ser relativamente homogênea e integrada por meio de um plexo de traduções culturais comuns. Assim, a proposta republicana do pensador suíço somente se tornaria realista se tomada à luz de um modelo de sociedade que não corresponde à moderna” (VILLAS BOAS FILHO, 2008, p. 101)

Waldron (2002, p. 7) rejeita, *prima facie*, o controle judicial de constitucionalidade das leis (*judicial review of legislation*), pois retira a possibilidade de cidadãos tomarem as próprias decisões sobre aspectos moralmente controvertidos num processo genuinamente democrático por meio da participação, bem como deprecia as ideias de igualdade, respeito e consideração política (*one man, one vote*), fundamentos que conduzem todo o processo legislativo democrático. Ademais, por mais que o processo legislativo tenha defeitos, ainda assim é mais “democrático” do que o controle de constitucionalidade, pois “os juízes discordam entre si exatamente da mesma maneira como fazem os cidadãos e seus representantes, e juízes tomam as suas decisões, também, no interior do tribunal, por votações majoritárias”⁷¹ (WALDRON, 1999, p. 15). Não ocorre, pois, a substituição de um método de decisão majoritário por um método de decisão não-majoritário, pelo contrário, tem-se uma indevida substituição de uma decisão discutida, deliberada e votada por milhões de cidadãos e seus representantes por uma decisão discutida, deliberada e votada por um pequeno grupo de juízes. Assim sendo, a decisão é substituída, ao final, por questões numéricas.

Obviamente, isso nos permite questionar. Como o desacordo moral sobre direitos é trabalhado pelo parlamento de maneira mais adequada? Por que o Legislativo é um fórum institucional mais respeitoso das vozes divergentes da nossa comunidade? Afinal, não é incomum lançar objeções ao sistema representativo, notadamente no contexto brasileiro, segundo os quais apontam: (1) que o processo legislativo democrático resulta em decisões arbitrárias; (2) que a premissa majoritária conduz à uma tirania da maioria sobre as minorias; (3) que os parlamentares não representam genuinamente os interesses do povo; e (4) que a atividade política é empiricamente capturada por interesses particulares (econômicos, corporativistas etc.).

Waldron, contudo, não resvala nesses ingênuos erros porque, em primeiro lugar, não se dedica ao estudo conceitual e à análise empírica/descritiva sobre como as instituições democráticas reais funcionam; em segundo lugar, não articula uma defesa “purista” da democracia representativa; em terceiro, não obstante a abordagem normativa de sua pretensão teórica, reconhece a vulnerabilidade do modelo representativo; e, em quarto lugar, a sua teoria política normativa não justifica apenas a adoção de um arranjo institucional específico, mas, também, fixa parâmetros que auxiliam no julgamento e na reforma das instituições reais, atuando, portanto, como ideal avaliativo. Por conseguinte, Waldron está plenamente ciente da falibilidade do sistema representativo, motivo pelo qual detalha certas pressuposições para que

⁷¹ No original: “(...) the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges make their decisions, too, in the courtroom by majority-voting”.

a sua justificativa em favor das instituições legislativas seja viável. Cumpre-nos, portanto, detalhar as pressuposições que Waldron pondera como essenciais para a autoridade política do Legislativo. Antes, contudo, vale tecer algumas considerações a respeito da chamada “teoria da escolha social” (*social choice theory*)⁷², que promove um acentuado pessimismo em relação ao regime democrático, afirmando que a democracia produz decisões ilógicas e arbitrárias (isto é, sem legitimidade e autoridade)⁷³.

Arrow, economista estadunidense ganhador do Prêmio Nobel, demonstrou, em sua tese de doutorado intitulada “*Social Choice and Individual Values*”, que o regime democrático representativo pautado no princípio majoritário é por demais falho e desprovido de racionalidade, pois enfrenta paradoxos inevitáveis, os quais prejudicam a formação de uma decisão coletiva, consensual e lógica, dada a impossibilidade de agregar razoavelmente as preferências individuais⁷⁴. Na busca por uma função de bem-estar social em um ambiente democrático, isto é, um procedimento no qual um conjunto heterogêneo de preferências individuais resulte em uma decisão política comum, Arrow estipula cinco condições que devem ser satisfeitas: (1) condição de domínio irrestrito, qualquer alternativa é suscetível de escolha; (2) condição de associação positiva dos valores sociais e individuais, a alteração da preferência individual repercute, igualmente, na escolha social; (3) independência das opções irrelevantes, a escolha social é definida com amparo nas preferências individuais previamente indicadas; (4) soberania dos cidadãos, as opções podem ser tomadas livremente; e (5) não ditadura, ninguém tem o poder de escolher sozinho a preferência do grupo. Arrow, todavia, constata que é impossível obter uma decisão coletiva racional que atenda a todas essas condições simultaneamente se o número de preferências for maior ou igual a três. Consideremos uma eleição entre três indivíduos α , β e γ , e suponhamos que existam três pessoas X, Y e Z, as quais se encontram ordenadas, nesses termos:

$$\begin{array}{ll} \alpha: & X > Y > Z \\ \beta: & Y > Z > X \\ \gamma: & Z > X > Y \end{array}$$

⁷² Conforme esclarecem Knight e Johnson (2007, p. 256-257), “a escolha social é um ramo da teoria da escolha racional preocupado com as formas de agrregar – especialmente por meio do voto, mas não exclusivamente – sob a forma de resultados sociais interesses ou preferências individuais”.

⁷³ Nesse tópico, portanto, demonstraremos a objeção de Waldron à crítica feita ao sistema representativo no sentido de que produz decisões arbitrárias. As demais críticas serão analisadas posteriormente, pois dependem da explanação das pressuposições que Waldron entende fundamentais para a coerência de sua teoria política normativa.

⁷⁴ A exposição das teses de Arrow, Gibbard e Satterwaite está sintetizada em SZPIRO, 2010, p. 165-181, que serviu de referência aos parágrafos desta dissertação.

Nessa hipótese, α e β preferem X a Y, contudo, α e γ preferem Y a Z, e β e γ preferem Z a X. Ou seja, os eleitores α , β e γ preferem X a Y, Y a Z e Z a X. Logo, temos um ciclo de votação, no qual não há uma conclusão lógico-matemática. Distintas decisões decorrem de uma alternância na ordem de votação. Nesse contexto, a escolha social é uma mera ilusão, pois o resultado pode ser estrategicamente manipulado por quem define e controla a pauta da votação (agenda política). A conclusão a que Arrow chega é a de que uma decisão genuinamente democrática é inalcançável quando, em uma eleição, temos mais de três opções, e adota-se o princípio majoritário para escolhas coletivas. Posteriormente, Gibbard e Satterhwaite, de modo análogo à Arrow, demonstraram que qualquer sistema eleitoral democrático pode ser facilmente manipulado⁷⁵. Não importa qual critério seja empregado (maioria relativa, maioria absoluta, contagem de borda, etc.) ou a quantidade de opções, eleições democráticas são contingencialmente suscetíveis de falhas.

Não obstante, contudo, a importância dos referidos apontamentos, tal modo de compreender o processo legislativo democrático é bastante céitico (e, consequentemente, relativista) e despreza completamente o problema do desacordo, inviabilizando o prosseguimento do debate na esfera pública, na medida em que, independentemente das opções, inexiste uma resposta coletiva e também racional ao problema enfrentado. Sob esse prisma, quase a totalidade da produção legislativa, inclusive a Constituição, pode ser acusada de arbitrária. Embora a democracia seja imperfeita e nenhum mecanismo procedural possibilite uma decisão política racional e lógica, questiona-se: qual é a opção? Conforme pondera Dahl (2012, p. 229), “a não ser que você esteja preparado para substituir o domínio da maioria pela ditadura, você não pode abrir nenhum caminho para fora do ciclo da maioria que não seja arbitrário”. Igualmente, destaca Shapiro (2006, p. 273-274), “mais importante que o fato de que em outro dia o resultado possa ter sido diferente, é que cada um dos mecanismos de disputa ou do processo de decisão seja considerado justo”. A democracia, diferentemente da ditadura, permite a reversão do *status quo*, a decisão tomada sujeita-se à crítica e à possibilidade de alteração, e limita o poder político. Nessa perspectiva, “a possibilidade de ocorrerem ciclos eleitorais não é particularmente preocupante, podendo ser até favorável para a estabilidade das instituições democráticas” (SHAPIRO, 2006, p. 275).

3.3 A razoabilidade do desacordo e a dinâmica de interação social

⁷⁵ É oportuno anotar que a manipulação do resultado de eleições ocorre, igualmente, por pesquisas de avaliação de governo e de intenções de votos. Sobre o tema, ver: LEVITIN, 2016, *passim*.

Embora rechace a concepção do modelo democrático deliberativo, pois baseado na premissa de agentes orientados racionalmente para o consenso político, parece por demais significativo para Waldron a pressuposição de que decisões políticas resultem de um discurso argumentativo racional entre os envolvidos. A razoabilidade do desacordo é, portanto, a pressuposição fundamental para uma teoria da democracia e da autoridade. Como ideal deliberativo, pois, a formação de uma decisão coletiva nas circunstâncias da política só é possível mediante um desacordo de boa-fé, em que os participantes discordem entre si de modo racional. É uma condição *sine qua non* para a gênese de normas jurídicas e diretrizes políticas em um ambiente democrático.

As deliberações devem ser guiadas pelo ideal do discurso argumentativo racional⁷⁶, que atua como instância crítica de justificação, na qual as propostas são defendidas ou criticadas com razões, com o propósito de “articular os problemas urgentes, identificar suas soluções convenientes e exequíveis, e persuadir em vez de obrigar aqueles que possam talvez estar pensando de outro modo a reconhecer sua conveniência e exequibilidade” (KNIGHT; JOHNSON, 2007, p. 269). Com isso, foi possível a Cohen (1989) identificar as diretrizes fundamentais que regem um procedimento ideal para a deliberação e tomada de decisão política pelas instituições políticas: (1) os participantes se consideram limitados pelo resultado da deliberação e pelas prévias condições do procedimento deliberativo; (2) os participantes supõem que podem agir conforme o resultado da deliberação, na medida em que o seu procedimento oferece razão suficiente para que seja adotada; (3) a deliberação é arrazoada enquanto as partes podem oferecer as suas razões para sustentar os variados argumentos que podem ser contrapostos na defesa de uma proposta⁷⁷; (4) as partes devem ser iguais formal e substancialmente, ou seja, as regras que estruturam o procedimento deliberativo, assim como a distribuição de recursos e de poder existentes na sociedade não podem dificultar ou impedir o

⁷⁶ É por essa razão que a(s) teoria(s) da democracia deliberativa aponta(m) para a necessidade de se reconhecer uma concepção filosófica abalizada na “ética do discurso”. Segundo Campos (2016, p. 96-97), “o movimento filosófico intitulado ‘Ética do Discurso’, da qual fazem parte nomes como o de Habermas e Apel, tem sua unidade no conjunto de elaborações e análises teóricas voltadas ao estudo do agir humano orientado para o bem, tendo por referencial fundamental a reviravolta linguístico-pragmática e a consolidação do paradigma da racionalidade dialogal. De acordo com a ética do discurso, as normas éticas adquirem sua validade universal (e, consequentemente, sua exigibilidade) a partir do procedimento discursivo, no qual as razões serão testadas pelos sujeitos em diálogo, na busca de um consenso. Não se trata, portanto, de uma ética de conteúdo – norma nenhuma é boa *a priori*, por si mesma – mas uma ética procedural, para qual a norma é considerada ‘boa’ se resultante de um acordo racional entre sujeitos livrões e autônomos”.

⁷⁷ Daí por que, afirma Habermas (1997, p. 215): “todo aquele que se envolve numa prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento”.

acesso dos participantes à deliberação; (5) a deliberação deve estar voltada para a produção de um consenso racional motivado, isto é, encontrar razões que podem ser aceitas por todos os membros que estarão vinculados pelo resultado da deliberação.

O adjetivo razoável, associado ao substantivo desacordo, no quadro teórico articulado por Waldron, refere-se, portanto, a uma forma particular de argumentação, que consiste em: “apresentar razões que (alguém pensa que) o outro deveria aceitar, e que duas ou mais pessoas persistam em seus argumentos lhes faz perceber e buscar a mesma possibilidade de que ao final as mesmas considerações serão capazes de convencer a todos”⁷⁸ (WALDRON, 1999, p. 91). Essa explicação para “razoabilidade”, como conceito valorativo, todavia, é bastante genérica, abrangendo diversas concepções sobre razoabilidade e boa-fé argumentativa, uma vez que não indica parâmetros e critérios hábeis a identificar o que é ou não é razoável na aplicação prática. Para não incorrer em verdadeiros sofismas, Waldron (1999, p. 163) oferece a seguinte formulação sobre o (ir)razoável: “qualquer compreensão, C1, que permaneça com outras concepções em um *modus vivendi* por algum lapso temporal sem estar predisposta a abandonar (ou permitir que desapareça) a sua tendenciosa concepção de justiça, J1”⁷⁹. Ao que se observa, Waldron defende uma noção de “razoabilidade” desprovida de carga valorativa, contudo, é uma compreensão coerente com o seu projeto político-filosófico. Caso prescrevesse os critérios que definem a razoabilidade do desacordo, Waldron permitiria a avaliação conteudística das questões suscitadas nas circunstâncias da política, comprometendo, inclusive, os procedimentos do processo legislativo democrático, pois estes não estariam imunes ao desacordo e, como vimos, nas circunstâncias da política, exige-se, por questões práticas, uma decisão coletiva sobre o tema.

Desde aí, Waldron constata que a complexidade e a incerteza das circunstâncias da política são mais bem descritas com suporte numa estratégia cooperativa baseada na coordenação dos agentes auto interessados. Essa dinâmica de interação é explorada pela teoria dos jogos, “teoria matemática criada para se modelar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais ‘agentes de decisão’ integram entre si. Ela fornece a linguagem para a descrição de processos de decisão conscientes e objetivos envolvendo mais do que um indivíduo” (SARTINI, 2004, p. 1). Talvez o experimento mais conhecido sobre a mecânica de

⁷⁸ No original: “(...) to argue in good faith is to present reasons that (one thinks) the other should accept, and for two or more people to persist in argument is for them to notice and pursue the possibility that in the end the same considerations will convince them all”.

⁷⁹ No original: “(...) in the second sense, is that it applies to any comprehensive conception, C1, that has lived with other conceptions in *modus vivendi* for some time without being willing to abandon (or allow to wither away) its own tendentious theory of Justice, J1”.

cooperação/não-cooperação seja o dilema do prisioneiro, concebido pelo matemático Tucker, ainda, em 1950, para os alunos de psicologia da Universidade de Stanford, que pode ser assim descrito: duas pessoas α e β são presas preventivamente e acusadas de terem cometido um crime. Incomunicáveis entre si, o promotor de justiça, ciente de que não possui provas suficientes para a manutenção da prisão preventiva e, consequentemente, para a condenação, faz a seguinte proposta para os suspeitos: caso não haja nenhuma confissão, ambos permanecerão presos por seis meses; caso os dois confessem, ambos serão condenados a uma pena de cinco anos; caso um confesse, apenas o outro será condenado a uma pena de dez anos. A partir daí, temos a seguinte matriz de possibilidades:

		α	
		Confessar	Não confessar
β	Confessar	5 anos; 5 anos	0 anos; 10 anos
	Não confessar	10 anos; 0 anos	6 meses; 6 meses

Ao que se observa, a matriz de recompensas demonstra claramente que “não confessar” parece ser a opção estratégica cooperativa mais interessante para os suspeitos, na medida em que os dois ficarão apenas seis meses reclusos; contudo, α não tem certeza sobre a expectativa sobre o comportamento de β . Logo, nada impede que β confesse o crime, e α não, ficando, assim, recluso por dez anos. Nesse caso, a melhor opção para α é confessar o crime, na medida em que o pior resultado possível para ambos seriam cinco anos de reclusão.

Embora o dilema do prisioneiro seja bastante exemplificativo da dinâmica de processos de decisão coletiva envolvendo duas pessoas auto-interessadas e seja útil em várias esferas sociais, é insuficiente para a compreensão das circunstâncias da política em virtude de sua premissa, a incomunicabilidade entre os participantes do dilema, o que impede a formação da tríade “debate-deliberação-votação” sobre as estratégias a serem tomadas no caso. Waldron (1999, p. 103) busca, então, uma estratégia de cooperação na qual os auto-interessados ajustem uma escolha, embora discordem sobre o resultado a ser alcançado. Um experimento bem simples, mas que representa uma estratégia genuinamente cooperativa é a batalha do casal, que pode ser assim descrito: um casal, γ e δ , deseja assistir a um filme no cinema. Ocorre que γ prefere assistir a um filme de drama (fazer “X”), enquanto que δ prefere ver um filme de comédia (fazer “Y”). Se assistirem juntos a um filme de drama, γ estará mais satisfeita do que δ ; se assistirem juntos a um filme de comédia, δ estará mais satisfeita do que γ ; e, por fim, se γ e δ assistirem aos filmes de suas respectivas preferências sozinhos, ambos estarão insatisfeitos.

Nesse contexto, temos a seguinte matriz de possibilidades, considerando os algarismos 10 para satisfeito, 5 para pouco satisfeito e 0 para insatisfeito:

		γ
δ	Fazer “X”	Fazer “Y”
	Fazer “X”	10; 5 0; 0

		γ
δ	Fazer “X”	Fazer “Y”
	Fazer “Y”	0; 0 5; 10

Nessa situação, diferentemente do dilema do prisioneiro, γ e δ têm certa expectativa sobre o comportamento do outro, isto é, estão cientes das preferências, todavia, querem chegar numa linha de atuação, decisão ou curso de ação comum, mas têm interesses conflitantes sobre como resolver o dilema enfrentado. Algo muito parecido acontece, no âmbito das circunstâncias da política, pois, em um contexto marcado por um profundo desacordo moral sobre direitos, os membros de uma determinada comunidade auto-interessados sentem a necessidade de agir cooperativamente em busca de uma decisão comum.

Decerto, “a ação concertada não é fácil, especialmente depois que as pessoas têm uma percepção de si como indivíduos e das maneiras em que agir com os outros pode entrar em conflito com projetos próprios de menor escala” (WALDRON, 2003, p. 190); todavia, “devemos encontrar uma maneira de escolher uma única política, da qual nós possamos participar apesar da nossa discordância quanto aos méritos” (WALDRON, 2003, p. 192), fazendo uso de um procedimento técnico e constitutivo que considere as pessoas e suas respectivas posições e opiniões conflituosas de modo respeitoso, ou seja, com igual consideração e respeito. Para tanto, Waldron articula seu argumento em defesa do autogoverno democrático, baseada na premissa majoritária, consoante será demonstrado a seguir.

3.4 O valor moral do princípio da decisão majoritária

Certamente, a democracia não se esgota na premissa majoritária, isto é, na noção de que o autogoverno do povo se concentra somente nos resultados justos de um processo político, que “insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles” (DWORKIN, 2006, p. 24). Não é possível explicar adequadamente, porém, essa forma de governo, negligenciando o princípio da decisão majoritária. Não obstante a evidente relevância do referido princípio, os principais teóricos políticos deixaram-no de fora da explicação político-filosófica da democracia: “há uma linha

em Aristóteles, algumas linhas no Leviatã, uma página no *Segundo tratado do governo*, de Locke e alguns comentários esquivos e ambíguos no *Contrato Social*, de Rousseau” (WALDRON, 2003, p. 151).

Ao justificar um arranjo institucional que enfatize a autoridade política do parlamento, Waldron precisa necessariamente definir e argumentar em favor do valor moral do princípio da decisão majoritária, ponto central de sua argumentação. Ora, Locke chegou a tal conteúdo normativo por meio de uma leitura fisicalista, concepção baseada na física ou na ciência natural. Senão, vejamos:

Quando qualquer número de homens, através do consentimento de cada indivíduo, forma uma comunidade, dão a esta comunidade uma característica de um corpo único, com o poder de agir como um corpo único, o que significa agir somente segundo a vontade e a determinação da maioria. Pois o que move uma comunidade é sempre o consentimento dos indivíduos que a compõem, e como todo objeto que forma um único corpo deve se mover em uma única direção, este deve se mover na direção em que puxa a força maior, ou seja, o consentimento da maioria; do contrário, é impossível ele atuar ou subsistir como um corpo, como uma comunidade, como assim decidiu o consentimento individual de cada um; por isso cada um é obrigado a se submeter às decisões da maioria. E por isso, naquelas assembleias cujo poder é extraído de leis positivas, em que a lei positiva que os habilita a agir não fixa o número estabelecido, vemos que a escolha da maioria passa por aquela do conjunto, e importa na decisão sem contestação, porque tem atrás de si o poder do conjunto, em virtude da lei da natureza e da razão (LOCKE, 2001, p. 139-140).

Com base neste excerto, apontam os três traços fundamentais da normatividade do princípio majoritário em Locke, a saber: (1) coesão política, a decisão do corpo social constituído não se desintegra materialmente ainda que forças internas díspares o irritem; (2) orientação específica, o corpo social como um todo segue o caminho traçado pela vontade da maioria; e, por fim, (3) igualdade de forças, é defeso atribuir pesos diferenciados para os membros de determinada comunidade, ou seja, o poder de influência no conteúdo da decisão é idêntico a todos (WALDRON, 2003, p. 159-160).

Sem embargo, Waldron não se deu por convencido da abordagem de Locke. Ao compreender o princípio da decisão majoritária fisicamente, Locke concebeu a atividade política como “algo semelhante a um combate corpo a corpo, com a vitória ficando para o lado que contar com o último homem que restar de pé” (WALDRON, 2003, p. 162). Em face disso, Waldron (2003, p. 166) articula a noção de física do consentimento individual, onde “o consentimento não traz consigo a força física; traz, antes, força moral, no que diz respeito aos fins para os quais se exige o consentimento”.

Essa percepção implica uma releitura da abordagem fisicalista de Locke em três aspectos: (1) o fundamento da adesão e da coesão política é o consentimento individual, não a

força convencional exercida pela maioria. Logo, “cada um deve aceitar – em virtude do consentimento original⁸⁰ – que o corpo seja capaz, em princípio de mover-se legitimamente, com a sua adesão, em uma direção contrária àquela em que gostaria que se movesse” (WALDRON, 2003, p. 169). Há, portanto, um pré-comprometimento dos membros com a decisão que será eleita pela maioria. Em outras palavras, os membros já consentiram com o resultado, sem, antes, o definirem, existindo, portanto, uma obrigação moral do vencido em relação ao que restou decidido; (2) o corpo político constituído não se move na direção eleita pela força da maioria, mas “na direção que foi explicitamente proposta e em que alguém consentiu como proposição. Não pode ser mover em uma direção que ninguém tenha oferecido como proposta simplesmente como resultado de votação entre outras propostas que foram oferecidas” (WALDRON, 2003, p. 173). O corpo político, pois, não decide com base em proposta nunca analisada nem discutida pelas partes, mas em opções submetidas à manifestação precedente dos membros; e, por fim, (3) a igualdade é uma questão de autoridade e de legitimação individuais, não uma questão de influência, uma vez que existem elementos que permitem a variação entre os integrantes de um corpo social constituído em influência política e *know-how*.

Com amparo numa compreensão física do consentimento individual, podemos perceber que a legislação não é produto da vontade específica dos parlamentares α , β e γ , que diferem radicalmente entre si, mas fruto de uma decisão majoritária, cuja autoria pertence a instituição política, não aos membros nem aos partidos que a compõem. A título ilustrativo, Waldron (1999, p. 124) cita um ato normativo fictício que proíbe a entrada de veículos em parques públicos municipais e estaduais, exceto bicicletas e ambulâncias, sob pena de multa. A aprovação do referido ato legislativo se deu em três votações, nas quais os partidos α , β e γ votaram em três opções: (1) permitir somente a entrada de bicicletas em parques públicos; (2) permitir apenas a entrada de ambulâncias em parques públicos; e (3) proibir a entrada de veículos em todos os parques públicos, municipais ou estaduais. A votação ocorreu nesses termos:

	Partido α	Partido β	Partido γ
Alternativa 1	Aprovada	Aprovada	Recusada
Alternativa 2	Aprovada	Recusada	Aprovada
Alternativa 3	Recusada	Aprovada	Aprovada

⁸⁰ O consentimento original é o “consentimento para ser obrigado por um ou outro processo decisório, um processo decisório que pode muito bem envolver algo menos que a unanimidade” (WALDRON, 2003, p. 170).

Após o encerramento das três votações, percebe-se que a redação final do ato normativo não corresponde a nenhuma opção defendida pelos partidos α , β e γ . A decisão majoritária não corresponde a uma força física, tal qual uma coerção irresistível, exercida pela maioria sobre a minoria parlamentar, mas uma agregação racional coletiva das vontades dos agentes e dos partidos, que representam o interesse do povo como um todo. Não obstante, o princípio da decisão majoritária não pode ser entendido apenas como uma ferramenta meramente técnica que agrupa racionalmente as preferências dos agentes e partidos auto-interessados, haja vista que carrega um conteúdo normativo de caráter moral, respeitando os cidadãos cujos votos agrupa. Essa igual consideração e respeito político aos indivíduos na tomada de decisão política pode ser compreendida de duas maneiras:

Em primeiro lugar, respeita suas diferenças de opinião sobre a justiça e o bem comum: não exige que ninguém desista de um ponto de vista que sustenta sinceramente ou que ele seja silenciado por causa da importância imaginária do consenso. Em segundo lugar, incorpora um princípio de respeito a toda pessoa no processo pelo qual se decide sobre uma concepção que deve ser adotada como a nossa, mesmo diante dos desacordos⁸¹ (WALDRON, 1999, p. 109).

Ao que se observa, o princípio majoritário é a estratégia procedural de deliberação pública mais fundamental e também legítima nas chamadas circunstâncias da política, na medida em que possibilita a tríade “debate-deliberação-votação” de modo livre e generalizado, considerando igualmente os valores e interesses heterogêneos, ou seja, atribuindo-se igual peso à cada visão heterogênea que coexiste na esfera pública. É, portanto, de um método justo e respeitoso de tomada de decisão política.

Nesse contexto, o direito de participação na elaboração das leis é considerado como o “direito dos direitos”. Isso não significa dizer que a participação é um direito subjetivo que precede prioritariamente aos outros numa determinada colisão entre direitos de moralidade política, mas “que a participação é um direito cujo exercício parece peculiarmente apropriado em situações em que razoáveis portadores de direito discordam sobre quais direitos eles têm”⁸² (WALDRON, 1999, p. 232). Aquilo que se costuma chamar “exercício do direito de

⁸¹ No original: “First, it respects their differences of opinion about justice and the common good: it does not require anyone’s sincerely held view to be played down or hushed up because of the fancied importance of consensus. Second, it embodies a principle of respect for each person in the processes by which we settle on a view to be adopted as ours even in the face of disagreement”.

⁸² No original: “(...) participation is a right whose exercise seems peculiarly appropriate in situations where reasonable right-bearers disagree about what rights they have”.

participação”, na realidade, significa “usar o direito de participação”, compartilhando uma ação. Compartilhar, afirma Waldron (1999, p. 246):

(...) refere ao fato de que todo indivíduo reivindica o direito de participar no governo da sociedade *na mesma medida em que participam os demais indivíduos*. Como portador de direitos, pede que sua voz seja escutada e considerada no processo de tomada de decisões públicas. Todavia, a maneira como essa reivindicação é feita – um direito à *participação* – reconhece por si mesmo que a sua voz não é a única na sociedade, e que ela não deveria valer mais do que a voz de qualquer outro portador de direitos no processo político. Sua contribuição aspira, evidentemente, ser decisiva. Mas essa aspiração é temperada por princípios de equidade e igualdades implicados pela universalização dessa pretensão⁸³.

O direito de participação, no entanto, exige aquilo que Feinberg denominou de “justiça comparativa”, isto é, uma distribuição que garanta uma quantidade suficiente de bens para todos, que assegure uma igualdade equitativa de oportunidades (WALDRON, 1999, p. 238). No caso do direito de participação na elaboração de leis, deve-se assegurar que cada pessoa exerce autonomia política de modo livre e desembaraçado, prevenindo, portanto, eventuais insultos e arbitrariedades (por exemplo, a exclusão do fórum político). Tem-se, pois, que propiciar uma defesa satisfatória dos interesses individuais, permitindo que cada pessoa seja tratada como igual durante a tríade debate-deliberação-votação, conferindo-lhes, portanto, oportunidade de fala e argumentação, uma vez que “as pessoas cujos direitos estão em jogo têm o direito de participar em termos igualitários da decisão”⁸⁴ (WALDRON, 1999, p. 244). Os desacordos morais sobre direitos devem ser discutidos, portanto, no fórum político-majoritário, instituição que confere maior legitimidade democrática à decisão tomada nas circunstâncias da política. Ao que se observa, o direito de participação é, na verdade, um princípio que norteia a autoridade na política, aspecto que será abordado especificamente no capítulo seguinte.

⁸³ No original: “Sharing refers now to the fact that each individual claims the right to play his part, along with the equal part played by all other individuals, in the government of the society. As a right-bearer he demands that his voice be heard and that it count in public decision-making. But the form in which his demand is made – a right to participation – acknowledges on its face that his is not the only voice in the society and that his voice should count for no more in the political process than the voice of any other right-bearer”.

⁸⁴ No original: “The people whose rights are in question have the right to participate on equal terms in that decision”.

4 AUTORIDADE DO DIREITO

Assim como qualquer expressão linguística, autoridade é um termo ambíguo e controvertido. Não obstante a ampla significação, podemos afirmar que, em geral, o vocábulo autoridade remete à manifestação de um certo poder normativo⁸⁵, o qual exerce uma atividade sob certo título sobre uma pessoa ou grupo. Em filosofia política, afirma-se “que uma pessoa, instituição ou organização tem autoridade quando o poder que exerce é encarado como legítimo, isto é, quando é autorizado por um sistema de normas que aquele que o afirma aceita”⁸⁶ (BLACKBURN, 1997, p. 32).

O fato de alguém com autoridade ter indicado certo curso de ação a ser seguido em um determinado contexto suscita, contudo, um paradoxo, que pode ser assim descrito: toda forma de governo carregada de autoridade é (aparentemente) incompatível com a autonomia moral. Isso porque “a marca da definição do Estado é a autoridade, o direito de governar. A principal obrigação do homem é a autonomia, a recusa de ser governada”⁸⁷ (WOLFF, 1970, p. 29). Caso haja um paradoxo, o direito enfrenta um sério problema de legitimidade política, pois até que ponto as pessoas devem reconhecer a autoridade pretendida pelo direito? Ou, então, até que ponto as diretivas do sistema jurídico não são autoritárias?

Com respeito a isso, este capítulo tem o propósito de estabelecer uma conexão entre autoridade e democracia, ideias que não podem ser dissociadas em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, exibiremos, no primeiro momento (4.1), um mapeamento dos pontos principais da noção de autoridade em Raz, filósofo do direito que se filia ao positivismo jurídico excludente, conforme já mencionado, que forneceu uma delimitação conceitual interessante e sofisticada de tal conceito. Demonstrado isso, o segundo momento (4.2), enfoca a crítica de Waldron e Besson ao conceito de autoridade do juspositivismo excludente, demonstrando que

⁸⁵ Além de remeter ao exercício de um poder normativo, podemos assinalar que “autoridade”, em certas circunstâncias do cotidiano, designa os agentes de determinada organização institucional. Não por acaso, o legislador emprega o termo nesse sentido em diversos textos legais. Um exemplo paradigmático, que é suficiente para deixar evidente essa acepção, é o artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, senão, vejamos: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” (inciso XVI); “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (inciso LIII); “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela *autoridade* judiciária” (inciso LXV); e, por fim, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (inciso LXIX).

⁸⁶ Oportuno registrar que não se está afirmando aqui que essa noção de autoridade é compartilhada por todos os filósofos. Cuida-se de generalização do conceito para melhor compreensão do tema aqui exposto.

⁸⁷ No original: “*The defining mark of the state is authority, the right to rule. The primary obligation of man is autonomy, the refusal to be ruled*”.

a noção de autoridade em Raz se aparta de uma visão democrática do direito. Por fim, o terceiro momento (4.3) destina-se a algumas considerações a respeito da legitimidade política dos procedimentos decisórios realizados pelos parlamentos, aspecto central que justifica democraticamente a normatividade jurídica em um contexto marcado por desacordos e rechaça, *prima facie*, o controle judicial forte de constitucionalidade das leis. Nesse último, ainda, demonstraremos que, apesar de Waldron ter uma abordagem constitucionalista política e ter endereçado sua crítica ao constitucionalismo jurídico, ele reconhece que o controle judicial fraco de constitucionalidade das leis é oportuno em sociedades democráticas. Isso, contudo, como veremos, compromete a noção de autoridade do direito, que o autor articula, havendo uma incompatibilidade entre os seus argumentos.

4.1 A noção de autoridade em Raz

Para prover uma resposta adequada ao “paradoxo da autoridade”, Raz parte de uma noção simplista de autoridade, que pode ser resumida nestes termos: “um homem, ou um grupo de homens, tem autoridade se quando eles proferem ‘deixe X acontecer’, decorre que X deve acontecer”⁸⁸ (RAZ, 1979, p. 11). Essa noção demonstra que a autoridade, na verdade, é uma habilidade capaz de alterar um agir comportamental, mudando determinada situação normativa. Não obstante, Raz rejeita essa definição conceitual, porque oferece duas objeções consistentes: (1) impossibilita a distinção entre uma diretiva carregada de autoridade de uma requisição, ou um pedido, aspecto que desconsidera o dever de obediência presente na autoridade; e (2) enunciados carregados de autoridade não, necessariamente, são razões para agir absolutas. Em determinadas situações, não há razões para seguir determinada autoridade. Exemplo: alguém não ultrapassar o semáforo com a luz vermelha em uma rodovia sem qualquer fluxo de veículos, pessoas e animais (RAZ, 1979, p. 15-16). Com vistas a alcançar maior sofisticação a respeito do que entende ser “autoridade”, Raz introduz o conceito de razão protegida. Antes, contudo, de exprimir o argumento, é importante distinguir, preliminarmente, poder/controle, autoridade efetiva e autoridade legítima.

Não se deve confundir “poder/controle” com “autoridade”, mesmo que a autoridade corresponda, em alguma medida, ao exercício de uma manifestação de poder. O poder/controle remete à capacidade de afetar o comportamento de outrem pela ameaça ou uso da força em si. Efetivamente, a obrigatoriedade do cumprimento de determinada ordem, ou seja, a obediência

⁸⁸ No original: “A man, or body of men, has authority if it follows from his saying ‘Let X happen’, that X ought to happen”.

é decorrente da possibilidade de um mal injusto ser infligido caso o comando seja descumprido. A autoridade, em contrapartida, pressupõe legitimidade ou, ao menos, aparência de legitimidade, na medida em que impõe um dever normativo de obediência. Toda autoridade, portanto, reclama aceitação dos sujeitos envolvidos, mas nem todo poder/controle reivindica legitimidade. Como exemplo, mencionamos a ordem de um assaltante armado, determinando que alguém entregue seus pertences.

A autoridade efetiva, ou *de facto*, é aquela que influencia factualmente as escolhas das pessoas. Em contrapartida, a autoridade legítima, ou *de jure*, é aquela que exerce influência sobre o comportamento das pessoas mediante um processo de justificação racional de sua legitimidade, sendo condição necessária para sua facticidade. Numa palavra, autoridade *de jure* é autoridade *de facto* justificada. Segundo Raz (1979, p. 29), “um fator comum em todos os tipos de autoridade efetiva é que elas envolvem uma crença, por alguns, de que a pessoa em questão tem autoridade legítima”⁸⁹. Toda autoridade *de facto* pressupõe, portanto, autoridade *de jure*, mesmo que, na realidade, não seja na extensão que alega possuir. Isso porque a autoridade, diferentemente do poder/controle, requer um grau mínimo de legitimidade, ainda que seja uma crença.

Isso significa, para Raz, que a autoridade do direito não se pode confundir com autoritarismo, dominação, arbitrariedade, controle ou o uso da força, na medida em que as diretivas do sistema jurídico impõem deveres morais de obediência às pessoas. Então, “necessariamente, o direito, todo o sistema jurídico que está em vigor, tem autoridade *de facto*”⁹⁰ (RAZ, 1994, p. 215). O direito reivindica autoridade para si. Essa reivindicação é manifestada “pelo fato de eles [instituições oficiais] considerarem-se como tendo o direito de impor obrigações aos seus sujeitos, pelas suas afirmações de que os seus sujeitos lhes devem obediência, e que seus sujeitos devem obedecer ao direito como ele exige ser obedecido”⁹¹ (RAZ, 1994, p. 215-216). Autoridade, portanto, é uma noção fundamental para compreender a natureza do direito.

Afinal, no entanto, o que significa “ter” autoridade sobre certa pessoa ou determinado grupo? “O direito possui autoridade se a existência de uma lei requerendo certa

⁸⁹ No original: “A common factor in all kinds of effective authority is that they involve a belief by some that the person concerned has legitimate authority”.

⁹⁰ No original: “I will assume that necessarily law, every legal system which is in force anywhere, has *de facto* authority”.

⁹¹ No original: “The law’s claim to authority is manifested by the fact that legal institutions are officially designated as ‘authorities’, by the fact that they regard themselves as having to impose obligations on their subjects, by their claims that their subjects ought to obey the law as it requires to be obeyed (i.e. in all cases except those in which some legal doctrine justifies breach of duty)”.

ação é uma razão protegida para realizar essa ação; uma lei tem autoridade se a sua existência é uma razão para concordar com uma ação e para excluir considerações conflitantes”⁹² (RAZ, 1979, p. 29). Em outras palavras, diretivas “autoritativas”, isto é, carregadas de autoridade, são razões protegidas que excluem razões operativas para agir em sentido contrário, guiando e avaliando o comportamento das pessoas, independentemente de seu conteúdo.

No quadro conceitual teórico articulado em Raz (2010, p. 8), o vocábulo “razão” faz referência a explicações, avaliações e orientações do comportamento humano. Exemplo: o fato de ter uma prova amanhã é uma razão para estudar hoje; ou, então, o fato de enxergar com dificuldades é uma razão para marcar uma consulta com um oftalmologista. Quando uma razão colide com outra, é necessária uma ponderação⁹³. O objetivo dessa ponderação é definir qual das razões tem maior força ou peso no caso concreto. Isso significa que razões têm uma dimensão de força lógica, não fenomenológica. A força de uma razão “é medida pelo grau em que pensar sobre a razão preocupa uma pessoa e domina a sua consciência” (RAZ, 2010, p. 17). Em regra, prevalece a razão que domina a consciência, todavia, é possível que o inverso ocorra, pois, “as noções lógica e fenomenológica de força não estão ligadas logicamente e uma pessoa pode acreditar que uma razão seja fraca e não agir com base nela em um conflito, mesmo que esteja consciente de que ela domina seu horizonte mental” (RAZ, 2010, p. 17).

Nem todos os conflitos envolvendo razões, entretanto, são solucionados por meio de uma ponderação, haja vista que, em determinadas situações, uma ordem emanada por alguém é “uma razão para fazer o que lhe foi mandado independentemente da ponderação entre as razões” (RAZ, 2010, p. 30). Com isso, Raz introduz a distinção entre razão de primeira ordem e razão de segunda ordem. Uma razão de primeira ordem faz referência a uma ação, ou seja, é qualquer motivação que impulsiona alguém a agir ou abster-se em determinada situação. Exemplo: o fato ou a crença de que irá chover é uma razão para alguém, ao sair de casa, levar um guarda-chuva. Em regra, agimos conforme um balanceamento de razões, isto é, uma ação ou abstenção para ser preferida entre as demais, no caso de simultaneidade entre razões de primeira ordem estritamente conflitantes, depende necessariamente de um sopesamento, prevalecendo aquela razão de primeira ordem que tem o maior peso (RAZ, 2010, p. 27).

Por outro lado, uma razão de segunda ordem é uma razão que faz referência a uma razão, ou seja, é “qualquer razão para agir ou abster-se de agir com base em uma razão” (RAZ,

⁹² No original: “The law has authority if the existence of a law requiring a certain action is a protected reason for performing that action; i.e. a law is authoritative if its existence is a reason for conforming action and for excluding conflicting considerations”.

⁹³ É necessário notar que ponderar razões significa refletir sobre razões, e não ponderar razões.

2010, p. 31). Assim sendo, uma razão de segunda ordem é considerada excludente quando, em determinada situação, alguém se abstém com base em uma razão. Um conflito entre uma razão de primeira ordem e uma razão de segunda ordem tende a ser resolvido, portanto, “por um princípio geral de raciocínio prático que determina que razões excludentes sempre prevalecem, quando em conflito com razão de primeira ordem” (RAZ, 2010, p. 32). Isso não significa dizer que uma razão excludente implica abstenção absoluta. Seguir uma razão de segunda ordem excludente significa, na verdade, agir segundo uma razão de primeira ordem (R1), excluindo as demais razões de primeira ordem, porventura, válidas (R2, R3, R4, etc.). A sua função, portanto, é excluir a possibilidade de agir conforme as demais razões de primeira ordem conflitantes (RAZ, 2010, p. 183).

Objetivando explicar o mencionado argumento, Raz ilustra a situação de um conflito intersubjetivo de interesses entre duas pessoas, α e β , a respeito de uma obrigação contratual: o contratante, α , entende que a obrigação prevista no instrumento sugere fazer X, todavia, o contratado, β , comprehende que a mesma obrigação, na verdade, implica fazer Y. Considerando a desavença contratual, α e β resolvem, de comum acordo, que a solução sobre a referida obrigação contratual deve ser decidida por um árbitro, γ . Tanto α , quanto β comprometem previamente a aceitar e seguir a decisão de γ sobre o caso, independentemente do resultado. Nessa situação hipotética, a decisão de γ é uma razão de segunda ordem excludente, na medida em que α e β excluem determinadas possibilidades de agir e conformam-se a agir da forma determinada por γ .

Raz, então, defende o argumento de que a autoridade é caracterizada pelo fornecimento de uma razão de segunda ordem excludente, que indicará uma específica razão para agir/não-agir e substituirá as demais razões de primeira ordem conflitantes. Para que o direito, como sistema normativo institucionalizado, tenha autoridade, faz-se necessário, então, que as suas disposições normativas sejam protegidas pelas razões de segunda ordem para a prática de determinada ação ou abstenção, cancelando as razões de primeira ordem. Essa leitura mitiga consideravelmente o “paradoxo da autoridade”, na medida em que diretivas carregadas de autoridade não impõem um dever de obediência a uma razão de primeira ordem que teria o maior peso, mas a uma razão de segunda ordem.

Permanece, contudo, um questionamento inevitável: por que se sujeitar à autoridade de outrem? Raz elabora sua resposta em uma tese intitulada “justificação normal”, que afirma: “o modo principal e primário de estabelecer que α tem autoridade sobre β envolve a demonstração de que β conforma-se com as razões que se apresentam, aceitando as diretivas de

α como vinculantes e tentar segui-las, ao invés de agir segundo um balanceamento de razões”⁹⁴ (RAZ, 1994, p. 214). Ao que se observa, é racional um sujeito aceitar uma ordem de alguém investido de autoridade, pois terá maiores benefícios, aceitando a diretiva do que agir com base no resultado de um balanço de razões. Autoridade alivia a sobrecarga deliberativa do cidadão. Um exemplo, que embora faça referência a uma autoridade teórica, é suficiente para compreendermos esse argumento: é racional um paciente seguir o diagnóstico de um especialista médico do que ponderar as razões para agir na hipótese de exames apontarem o agravamento de determinada doença crônica.

Destarte, Raz aponta outras duas outras teses que arrimam a autoridade: a tese da dependência e a tese da preempção. Segundo a tese da dependência, “todas as diretivas investidas de autoridade devem basear-se em razões que se aplicam aos sujeitos daquelas diretivas e que são relevantes à sua ação nas circunstâncias abrangidas por ela”⁹⁵ (RAZ, 1994, p. 214). Autoridade atua como instância mediadora das razões que se aplicam às pessoas em determinada situação, tal qual o árbitro na situação hipotética mencionada anteriormente. A decisão que árbitro, γ , emite não é uma razão para agir adicional, fazer Z, mas uma reflexão sobre as razões para agir de α e β , ou seja, fazer X ou fazer Y. A diretiva de γ é uma ponderação sobre as razões para agir conflitantes que α e β já entendem como válidas para a situação.

Por fim, a tese da preempção aduz que “o fato de uma autoridade requerer a prática de uma ação é uma razão para agir, que não deve ser adicionada às demais razões relevantes quando se avaliar o que se deve fazer, mas, ao invés disso, deve excluir e substituí-las”⁹⁶ (RAZ, 1994, p. 214). Aqueles que aceitam uma ordem investida de autoridade adotam a razão para ação prevista na diretiva, cancelando todas as razões individuais prévias em sentido contrário. É por esse pretexto que Raz rejeita a tese da incorporação, defendida pelos adeptos do juspositivismo includente. Caso o direito incorpore critérios morais e princípios de justiça, a preempção – isto é, a operação de substituição e cancelamento de razões para agir – resta prejudicada e, consequentemente, a autoridade que o direito reclama é afetada. Isso porque critérios morais provocam divergências quanto ao certo/errado, justo/injusto, correto/incorrecto,

⁹⁴ No original: “The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with apply to him (other than the alleged authority as authoritatively binding, and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly”

⁹⁵ No original: “All authoritative directives should be based, among other factors, on reasons which apply to the subjects of those directives and which bear on the circumstances covered by the directives. Such reasons I shall call dependent reasons”.

⁹⁶ No original: “The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them”.

tratando o sujeito como pensador autônomo, cujo juízo vale tanto quanto o de qualquer outro, impossibilitando, assim, o dever de obediência exigido pela autoridade⁹⁷.

Com essas três teses, tem-se a concepção de autoridade como serviço, cuja função política é assegurar coordenação social, exigindo, para tanto, que as pessoas se submetam aos seus julgamentos com base nas instruções da autoridade e não agir com base na ponderação de razões. Destarte, “exige que as pessoas considerem as declarações da autoridade como sendo razões excludentes, como razões para não agir com base na ponderação entre as razões como entendem tais razões, ainda quando as pessoas estejam corretas” (RAZ, 2010, p. 58), haja vista que a autoridade se encontra em posição privilegiada para avaliar as conflitantes razões de primeira ordem aplicáveis às partes.

4.2 A crítica de Waldron à noção de autoridade de Raz

Ao que se observa, a concepção de autoridade como serviço possui uma conexão conceitual com o direito. Para tanto, a autoridade justificada, ou legítima, deverá passar nos testes exigidos pelas chamadas teses da dependência e da justificação normal. Não obstante, Waldron levanta objeções ao argumento defendido em Raz. Primeiramente, Waldron (2003, p. 45) diagnostica a demasiada centralidade do confronto entre agentes públicos e cidadãos em discussões filosóficas sobre a autoridade exercida pelo Estado. Para o autor, existem outras questões que devem ser consideradas em uma investigação filosófica a respeito da autoridade, notadamente a relação da legitimação da autoridade entre os agentes públicos (ou instituições). Isso porque “uma teoria da autoridade não é apenas uma lista de condições em que uma reivindicação de autoridade é justificada: também deve iluminar o *justifinadum*”⁹⁸ (WALDRON, 2003, p. 49).

O ponto de partida para análise da objeção de Waldron é a compreensão do chamado princípio da solução institucional (*principle of institutional settlement*). Esse princípio, articulado na literatura jurídico-filosófica contemporânea por parte de Hart e Sacks (1994), autores vinculados ao movimento teórico estadunidense intitulado *Legal Process School*, considera que “as decisões devidamente aprovadas que são resultantes de procedimentos devidamente estabelecidos devem ser aceitas como vinculativas para toda a sociedade, a menos

⁹⁷ Informação extraída da palestra Positivismo Jurídico Exclusivo, realizada na III Jornada de Teoria do Direito: O que é direito? Respostas contemporâneas. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hSgD-ZBipc>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

⁹⁸ No original: “*True, a theory of authority is not just a list of the conditions under which an authority claim is justified: it must also illuminate the justicandum*”.

que sejam devidamente alteradas”⁹⁹ (HART; SACKS, 1994, p. 4). Com base nesse princípio, sustenta-se a ideia de que para cada conflito, seja público ou privado, existe um mecanismo procedural adequado para sua resolução.

É uma abordagem que atenta para capacidades, competências e desempenho de funções dos agentes judiciais e não judiciais que aplicam o direito, reconhecendo que cada instituição é adequada para resolver determinado tipo de conflito. Em função disso, “(...) a competência especial do legislativo reside na sua capacidade de resolver questões gerais de valor substantivo de forma mais democrática. A competência das agências administrativas foi encontrada na noção de expertise técnica e assim por diante”¹⁰⁰ (BLAGG, 1994, p. 944). Esse princípio indica razões para agir, exigindo respeito da decisão tomada pelos cidadãos, mas também pelos agentes públicos em relação ao conteúdo de uma decisão proferida por outro agente público. Assim, é defeso, por exemplo, ao Judiciário substituir os juízos políticos adotados pelo legislador, empreendendo uma reponderação¹⁰¹, estratégia típica do ativismo judicial¹⁰². Hart e Sacks (1994, p. 4), contudo, não enunciam razões consistentes para a observância das referidas decisões, alegando, tão-somente, que o estabelecimento de procedimentos é uma resposta adequada ao problema de desintegração social suscitado pela violência, situação que seria análoga ao estado de natureza hobbesiano (WALDRON, 2003, p. 49).

Atento a isso, Waldron alerta para a noção de que uma teoria da autoridade não deve fornecer razões institucionais para termos uma autoridade e obedecê-la, mas, antes, explicar e justificar as próprias reivindicações de autoridade que temos, razão pela qual o princípio da solução institucional deve, na verdade, satisfazer a seguinte condição: “a interdependência

⁹⁹ No original: “decisions which are the duly arrived at result of duly established procedures ought to be accepted as binding upon the whole society unless and until they are duly changed”.

¹⁰⁰ No original: “the special competence of the legislature lay in its ability to resolve general questions of substantive value in democratic manner; the competence of administrative agencies was found in the notion of agency expertise, and so forth”.

¹⁰¹ Ponderação é uma estratégia de aplicação direta de direitos de moralidade política colidentes em determinado caso, que pode ser feita tanto pelo legislador quanto pelo juiz. Em regra, as ponderações são feitas pelo legislador, o qual cria regras para resolver casos hipotéticos, dando preferência a um dos direitos colidentes nesses casos. Por exemplo, o tipo penal que proíbe a calúnia é o resultado de uma ponderação feita pelo legislador entre liberdade de expressão e honra, ponderação na qual o legislador deu preferência à honra. Nesse contexto, “reponder” implica rejeitar e, consequentemente, substituir a escolha feita pelo legislador. O termo “reponderação” foi empregado por Bruno Torrano no painel Positivismo Jurídico e Ativismo Judicial, durante o II Colóquio de Crítica Hermenêutica do Direito, 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HZTMAmDrYDw>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

¹⁰² Ativismo judicial contrapõe-se à autorrestrição judicial. A expressão foi empregada primeiramente pelo historiador estadunidense Schlesinger Jr. em um artigo publicado, em janeiro de 1947, na Revista *Fortune*, intitulado *The Supreme Court: 1947*. Para Schlesinger, juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo se, para tanto, chegarem próximo à correção judicial dos erros do legislador.

humana gera questões de interesse comum que devem ser resolvidas, de uma forma ou outra”¹⁰³ (WALDRON, 2003, p. 49). Nesse ponto, visualizamos a conexão da autoridade com as circunstâncias da política.

Uma questão é de interesse comum quando vislumbramos que é melhor do que só uma resposta seja aceita e vinculante para todos, em vez de cada pessoa decidir a questão por conta própria, agindo unilateralmente e definindo, com base nos seus interesses, o que fazer (WALDRON, 2003, p. 49). Destarte, o respeito advém quando a resposta R é escolhida entre um conjunto de opções possíveis (R1, R2, R3, etc.) a uma questão Q em determinada comunidade C, de modo que para cada alternativa possível (R1, R2, R3, etc.), é melhor que R seja adotada por todos em C, no lugar de cada indivíduo em C escolher as demais opções possíveis (R1, R2, R3, etc.) e agir unilateralmente com base em suas respectivas escolhas (WALDRON, 2003, p. 50).

Feita essa consideração, Waldron reconhece três casos hipotéticos para a condição supra: (1) a comunidade C, em geral, reconhece apenas a resposta estratégica R para a questão Q; (2) os membros da comunidade C reconhecem a necessidade de uma resposta estratégica para Q, contudo divergem, ao menos, entre duas alternativas a serem escolhidas, R1 ou R2; e (3) os membros da comunidade C discordam radicalmente entre as alternativas a serem escolhidas para Q. Independentemente da situação enfrentada, Waldron afirma que o princípio da solução institucional requer que cidadãos e agentes públicos aceitem a resposta estratégica definida para a questão e a respeitem, para que as ações sejam coordenadas e realizadas, haja vista que se trata de uma questão de interesse comum. “Respeitar a solução nessas circunstâncias é registrar o fato que à questão de interesse comum foi dada uma resposta oficial sobre o que fazer (ou abster), o que significa que a solução oficial foi conferida”¹⁰⁴ (WALDRON, 2003, p. 51).

Com isso, Waldron considera que, para haver respeito à solução institucional, é imprescindível atribuir saliência e publicidade ao procedimento que pretende coordenar estrategicamente ações humanas em questões de interesse comum. A dimensão pública do procedimento é vislumbrada por Waldron (2003, p. 54) como uma prática social compartilhada, isto é, agentes individuais agindo conjuntamente sobre a realização de determinada ação. Assim sendo, soluções institucionais, como a legislação, por exemplo, exige respeito por cidadãos e

¹⁰³ No original: “Human interdependence generates questions of common concern which have to be settled, one way or another”.

¹⁰⁴ No original: “To respect a settlement in such circumstances is to register the fact that the given question of common concern has been answered officially and to do (or refrain from doing) whatever follows from the fact that this settlement has now officially been adopted”.

agentes públicos, haja vista que a resposta dada não se resume a *compliance*, na medida em que os participantes compartilham uma atitude em relação ao que restou definido oficialmente. Ao menos quatro são os elementos do respeito exigido pela resposta institucional:

Primeiro, é preciso reconhecer que o que está em jogo é uma questão de interesse comum; em segundo lugar, é preciso reconhecer a presença de arranjos estabelecidos para produzir respostas a tais questões; em terceiro lugar, é preciso verificar se tais arranjos realmente produzem uma decisão que responde a questão; e, em quarto lugar, se eles produzem, é preciso participar do processo que é necessário para sustentar e implementar uma decisão como resposta¹⁰⁵ (WALDRON, 2003, p. 56).

A abordagem proposta por Waldron nos faz perceber que a autoridade não consiste apenas em um dever vertical (agente público-cidadão), mas horizontal (agente público-agente público), sendo defeso, portanto, ao agente público “B” substituir a decisão D, que fora proferida pelo agente público “A” a determinada questão Q por mera discordância moral ou qualquer outro aspecto referente a sua visão política particular. Isso porque B, como agente público, deve observar os quatro elementos da saliência e publicidade do princípio da solução institucional e concluir que D é uma resposta adequada para Q, ainda que, na qualidade de cidadão, esteja convencido (com razão) de que é melhor para os cidadãos do que a decisão proferida “A” seja equivocada. Caso os próprios agentes públicos discordem quanto às soluções sobre questões de interesse comum, a autoridade dos agentes públicos sobre os cidadãos estará comprometida, na medida em que se tem um ambiente de incerteza e divergência. Assim sendo, “uma vez emitida uma diretiva oficial que tenha uma boa chance de assegurar a coordenação entre os cidadãos, os outros agentes públicos devem estar preparados para tolerar e abster-se de emitir diretrizes contrárias”¹⁰⁶ (WALDRON, 2003, p. 69). A obrigação política da autoridade recai sobre cidadãos e, principalmente, sobre agentes públicos. Na prática, isso prescreve que, diante da legislação (diretiva de um agente público), juízes decidam da maneira mais restrita possível ao significado linguístico do texto (textualismo), pressupondo convenções previamente fixadas (convencionalismo). Tem-se, portanto, uma estratégica de contenção judicial, que pretende fornecer previsibilidade e segurança aos jurisdicionados.

¹⁰⁵ No original: “First, one must acknowledge that what is at stake here is a question of common concern; second, one must recognize the presence of established arrangements for producing answers to such questions; third, one must ascertain whether such arrangements have actually produced a decision than answers to question; and fourth, if they have, one must play one’s part in the social processes that are necessary to sustain and implement such decision as a settlement”.

¹⁰⁶ No original: “Once an official directive has been issued that holds a fair chance of securing coordination among the citizens, other officials ought to be prepared to swallow hard and refrain from issuing contrary directives, even when they are convinced (perhaps rightly) that it would be better for the citizens to coordinate on their directive than on the basis of the one that has already been issued”.

A concepção de autoridade como serviço articulada em Raz, segundo Waldron, resvala em erros, porque a tese da justificação normal não consegue capturar a dimensão democrática (publicidade e compartilhamento da prática social) exigida pelo princípio da solução institucional. Antes que alguém seja reconhecido como autoridade em determinado contexto político, é preciso considerar, saliente e publicamente os procedimentos institucionais em uma prática social compartilhada por cidadãos. Isso porque apenas, assim, é possível coordenar estrategicamente ações individuais sobre questões de interesse comum, pois, como assinala Waldron (2003, p. 66), é inadequado considerar, *prima facie*, alguém como autoridade sem, antes, a identificarmos publicamente como preparada para agir com autoridade. Referida questão é importante para uma teoria da autoridade, haja vista que “em situações de desacordos razoáveis sobre questões de interesse comum, é na publicidade e na natureza processual das nossas soluções legais que grande parte da justificação da autoridade do direito reside” (BESSON, 2014, p. 12).

A tese da justificação normal que Raz defende não justifica democraticamente o direito, carecendo de uma temática procedural adequada às circunstâncias da política. Daí por que Besson (2014, p. 21) afirma que “qualquer teoria que faz depender a autoridade legítima da correção moral dos resultados políticos é autodestrutiva”¹⁰⁷, sendo necessário conferir um caráter mais democrático e menos instrumentalista para a autoridade legítima do direito, a fim de justificar moralmente uma coordenação estratégica de ações humanas. Afinal, o reconhecimento de uma autoridade pública não se confunde com a identificação de uma autoridade em assuntos privados, haja vista que se busca na esfera pública. Isso não significa um abandono absoluto da tese da justificação normal. Segundo Besson (2014, p. 22), é possível articular um modelo híbrido (substantivo e procedural), atribuindo autoridade ao processo legislativo democrático, enfatizando a participação democrática e observando a igualdade processual das partes durante o processo de tomada de decisão, para que o resultado alcançado seja justo e respeitado.

4.3 É possível articular controle judicial de constitucionalidade das leis?

A consideração articulada por Waldron (e Besson) sobre a autoridade entre agentes públicos exige uma releitura da estrutura institucional da democracia constitucional contemporânea, pois, caso o argumento esteja correto, a prática do controle judicial de

¹⁰⁷ No original: “any theory that makes legitimate authority depend on the moral rightness of political outcomes is self-defeating”.

constitucionalidade das leis não está em consonância com a autoridade reivindicada pelo direito em um contexto marcado por profundos conflitos morais. A revisão judicial da legislação, como se sabe, é a prerrogativa qualificada atribuída ao Poder Judiciário para declarar nulas as normas editadas e aprovadas mediante deliberação majoritária pelos parlamentares eleitos pelo voto popular, quando consideradas incompatíveis com a constituição. Há, na teoria constitucional, aqueles que argumentam que o controle judicial de constitucionalidade é um importante e um legítimo “mecanismo contra-majoritário que pretende impedir que as liberdades dos indivíduos, e, sobretudo das minorias fiquem ao arbítrio da orientação política dominante no momento” (PULIDO, 2013, p. 29).

Uma defesa dessa prerrogativa é dada por Dworkin, que, embora não articule um argumento geral e universal em favor do controle judicial de constitucionalidade das leis, defende que o argumento de que a sua “abdicação seria mais prejudicial ao consenso, mais uma derrota para a expectativa cultivada, do que simplesmente deixar tudo como antes” (DWORKIN, 2005, p. 41). É possível desdobrar a defesa de Dworkin em duas premissas, que se encontram no esquema conceitual teórico articulado em sua vasta obra: (1) a leitura moral da constituição; e (2) a concepção constitucional de democracia.

Dworkin (2006, p. 8-11) entende que o processo de tomada de decisão em questões constitucionais difíceis não é moralmente neutro, pela simples obediência ao texto da lei, embora isso não seja público e academicamente assumido. Isto porque a constituição contém dispositivos vazados em uma linguagem abstrata de princípios morais, que, conjuntamente, conferem direitos que protegem pessoas e minorias da ação do Poder Público, comprometendo o Estado a tratar todos com igual consideração e respeito. Em decorrência da positivação desses princípios morais no texto da constituição, Dworkin defende que a ideia de que a única opção metodológica viável e adequada para a interpretação constitucional é a leitura moral. Esse método específico de interpretação propugna que os dispositivos constitucionais sejam “compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-se como limites ao poder do estado” (DWORKIN, 2006, p. 10).

Para alcançar esse propósito, entretanto, a leitura moral exige, primeiramente, que se deve investigar o que as pessoas que redigiram e escreveram a constituição disseram ou quiseram dizer, não sobre o que teriam dito, sobre os princípios morais veiculados em seus dispositivos (DWORKIN, 2006, p. 12). Além disso, a leitura moral deve ser disciplinada pela exigência de integridade, ou seja, “os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um

juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto” (DWORKIN, 2006, p. 15). Com efeito, a leitura moral exige que os juízes encontrem a melhor compreensão dos princípios morais conforme a história político-institucional da comunidade.

Uma objeção feita é no sentido de que os juízes não têm competência de empreender uma leitura moral da constituição por infringir valores democráticos. Para Dworkin (2006, p. 18), contudo, essa objeção não merece prosperar, haja vista que “a leitura moral é uma acerca de o que a Constituição significa, e não acerca de quem deve nos dizer o que ela significa”. Ademais, essa objeção encontra-se baseada em uma premissa majoritária de democracia, que “insiste que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes a decisão seja aquela favorecida pela maioria dos cidadãos” (DWORKIN, 2006, p. 18). É uma visão insuficiente para definir e justificar um regime democrático, pois “mesmo aqueles que adotam a premissa majoritária aceitam que em certas ocasiões a vontade da maioria não deve predominar quando se trata das proteções de direitos individuais” (DWORKIN, 2006, p. 25). Em complementaridade à premissa majoritária, uma democracia constitucional exige “que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, 2006, p. 26), razão pela qual é válido atribuir aos juízes a prerrogativa de invalidar leis que se encontram em dissonância relativamente ao conteúdo moral dos princípios instituídos na constituição.

Waldron contrapõe-se radicalmente ao argumento oferecido por Dworkin no sentido de que o Poder Judiciário, ao interpretar a constituição, legitima moralmente as suas decisões, podendo, por conseguinte, substituí-las. Afinal, (1) despreza o conflito político-moral nas sociedades contemporâneas, marcadas pela complexidade e heterogeneidade; (2) viola a participação e igualdade política (*one man, one vote*), aspectos que legitimam proceduralmente a decisão tomada no fórum político; e (3) compromete o dever de respeito exigido pela autoridade entre agentes públicos, propiciando um ambiente de incerteza e insegurança aos cidadãos, afetando, desse modo, a autoridade dos agentes públicos sobre os cidadãos. O controle judicial de constitucionalidade das leis, portanto, é incompatível com as teses do positivismo jurídico normativo, que prescreve uma teoria democrática do direito que reivindica autoridade legítima. Caso haja divergência quanto ao conteúdo de uma diretiva de determinado agente público – a legislatura, no caso –, deve-se buscar a via adequada, qual seja, o processo legislativo democrático, não um sucedâneo procedural.

Não obstante a referida argumentação, que foi extraída dos escritos *Law and Disagreement* (1999), *The Dignity of Legislation* (1999) e *Authority for Officials* (2003),

Waldron publicou, em 2006, um artigo intitulado *The Core of the Case against Judicial Review*, no qual defende a noção de que o controle judicial de constitucionalidade das leis é um mecanismo inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática. No referido artigo, Waldron busca “identificar um argumento central contra a revisão judicial que seja independente tanto de suas manifestações históricas quanto de questões acerca de seus efeitos específicos – as decisões (boas ou más) que ela produziu (...)"¹⁰⁸ (2006, p. 1351).

Antes de apresentar o argumento, contudo, Waldron aponta que há dois modelos para o controle judicial de constitucionalidade: (1) modelo forte: estabelece que os tribunais, ao reconhecerem a inconstitucionalidade, têm a prerrogativa para deixar de aplicar uma lei em um caso concreto que seja aplicável e expurgar a referida espécie normativa do ordenamento jurídico; (2) modelo fraco: afirma que os tribunais, ao reconhecerem a incompatibilidade, não devem se recusar a aplicar a lei ao caso concreto, mas, antes, conferir uma interpretação ao ato normativo. Reconhecida a incompatibilidade e feita uma interpretação conforme a constituição, o tribunal oferece um *input* aos demais poderes republicanos, com a finalidade de promover uma deliberação pública a respeito do tema.

Feita essa distinção, Waldron esclarece que o seu alvo é o controle judicial forte de constitucionalidade, todavia, a sua objeção fundamental é condicionada a quatro pressuposições bastante exigentes. A primeira pressuposição é “instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal”¹⁰⁹ (WALDRON, 2006, p. 1361-1362). A razoabilidade do bom funcionamento de uma instituição democrática não exige um sistema político perfeito, mas um sistema que institua, ao menos, eleições periódicas, sufrágio universal adulto, procedimentos legiferantes dignos de confiança, mecanismos que possibilitem revisões de pronunciamentos decisórios (bicameralismo, comissões parlamentares etc.), pluripartidarismo, debates públicos e igualdade política.

A segunda pressuposição é “um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito”¹¹⁰ (WALDRON, 2006,

¹⁰⁸ No original: “What I want to do is identify a core argument against judicial review that is independent of both its historical manifestations and questions about its particular effects – the decisions (good and bad) that it has yielded, the heartbreaks and affirmations it has handed down”.

¹⁰⁹ No original: “democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage”.

¹¹⁰ No original: “a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law”.

p. 1363-1364), ou seja, tribunais que não agem de ofício, organizados hierarquicamente, cuja função precípua é resolver conflitos intersubjetivos de interesses, sendo assegurada aos jurisdicionados a possibilidade de impugnação das decisões proferidas por intermédio da interposição de recursos.

A terceira pressuposição é “comprometimento da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias”¹¹¹ (WALDRON, 2006, p. 1364-1365). Embora cidadãos ajam individualmente, conforme uma concepção utilitarista, os membros de uma comunidade política consentem quanto à relevância dos direitos humanos, bem como “acreditam que as minorias têm direito a certo grau de apoio, de reconhecimento e de isolamento que não é necessariamente garantido por seus números ou por seu peso político”¹¹² (WALDRON, 2006, p. 1364).

Por fim, a quarta pressuposição é “discordância persistente, substancial e de boa-fé (...) quanto a direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos”¹¹³. Conforme exposto anteriormente, o conflito político-moral sobre direitos, seja no nível filosófico ou no contexto de ações estritamente privados, nas circunstâncias da política inviabiliza o consenso, devendo a questão ser respondida proceduralmente. Oportuno registrar que isso não implica um relativismo moral, pois, segundo Waldron (2006, p. 1368), “o reconhecimento do desacordo é perfeitamente compatível com a existência de uma verdade do assunto sobre direitos e os princípios do constitucionalismo”¹¹⁴.

Caso estas pressuposições falhem ou não se sustentem, a crítica que Waldron articula ao controle judicial de constitucionalidade das leis não é válida. Isso não significa, no entanto, que a revisão judicial da legislação seja o mecanismo institucional defensável para a solução de desacordos sobre direitos de moralidade política. Como anota Waldron (2006, p. 1402), “pode não ser apropriado adotar o controle de constitucionalidade se o processo de decisório judicial em uma sociedade for menos corrupto ou menos preconceituoso do que o processo decisório legislativo”¹¹⁵.

¹¹¹ No original: “*a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights*”

¹¹² No original: “*They believe that minorities are entitled to a degree of support, recognition, and insulation that is not necessarily guaranteed by their numbers or by their political weight*”.

¹¹³ No original: “*persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (,,) among the members of the society who are committed to the idea of rights*”

¹¹⁴ No original: “*The recognition of disagreement is perfectly compatible with there being a truth of the matter about rights and the principles of constitutionalism – assuming that our condition is not one in which the truth of the matter discloses itself in ways that are not reasonably deniable*”.

¹¹⁵ No original: “*It may not be appropriate to set up judicial review of legislation if judicial decisionmaking in a society is no less corrupt or no less prejudiced than its legislative decisionmaking*”.

Após enunciar as quatro pressuposições, Waldron exprime a objeção fundamental ao controle judicial forte de constitucionalidade das leis, no qual o ponto central do argumento é a legitimação do processo decisório que pretende resolver conflitos político-morais. Cumpre registrar que Waldron não é ingênuo e reconhece que o processo decisório é eventualmente imperfeito quanto aos resultados alcançados, seja ele realizado no Poder Legislativo, seja ele efetuado no Poder Judiciário. Essa imperfeição não é decorrente de um paradoxo da democracia, mas de um paradoxo que qualquer teoria da política suporta, porque quando existem desacordos, permite-se que “um mesmo cidadão afirme que A não deve ser promulgada, onde A é a política contra a qual votou, e que A deve ser promulgada, porque A é a política escolhida pela maioria”¹¹⁶ (WALDRON, 2006, p. 1372).

Não obstante o referido paradoxo, podemos identificar, ao menos, dois tipos de razões que precisam ser levadas em consideração ao projetar e avaliar o processo decisório para resolver conflitos sobre direitos: (1) razões relacionadas ao resultado: “razões para projetar o procedimento de decisão de uma maneira que assegurará o resultado apropriado (isto é, uma decisão boa, justa ou correta)”¹¹⁷; e (2) razões relacionadas ao processo: “razões para insistir que determinada pessoa tome uma decisão ou participe de sua tomada, independentemente de considerações sobre o resultado apropriado”¹¹⁸.

Nas circunstâncias da política, discordamos profundamente quanto as razões relacionadas ao resultado. Afinal, uma resposta equivocada sobre uma questão relativa a direitos de moralidade política acarreta uma violação a esses direitos, inexistindo, portanto, uma prática social compartilhada nesse sentido. Considerando, entretanto, a terceira pressuposição, os participantes entendem que um resultado sub-ótimo é prejudicial, sendo necessário evitar essa decisão ou minimizá-la o quanto possível. Logo, um processo decisório inspirado exclusivamente em razões relacionadas ao resultado, dificilmente, coordenará ações individuais sobre temas controvertidos. Nesse contexto, é importante considerar razões relacionadas ao processo que primem pela igualdade política, pelo direito ao voto e, por fim, pelo direito de ser ouvido quando outras pessoas discordem sobre o argumento (WALDRON, 2006, p. 1374).

Tanto as razões relacionadas ao resultado, quanto aquelas ligadas ao processo devem ser, portanto, consideradas nas circunstâncias da política. Essa consideração propicia,

¹¹⁶ No original: “it allows one and the same citizen to assert that A ought not to be enacted, where A is the policy he voted against, and A ought to be enacted, because A is the policy chosen by the majority”.

¹¹⁷ No original: “Outcome-related reasons, by contrast, are reasons for designing the decision-procedure in a way that will ensure the appropriate outcome (i.e., a good, just, or right decision)”.

¹¹⁸ No original: “Process-related reasons are reasons for insisting that some person make, or participate in making, a given decision that stand independently of considerations about the appropriate outcome”.

entretanto, ao menos, duas questões: (1) o sopesamento adequado entre as razões relacionadas ao resultado e as razões relacionadas ao processo; e (2) a identificação do procedimento decisório que melhor respeita politicamente os participantes.

Waldron considera que as razões relacionadas ao resultado são inconclusivas, na medida em que não conferem nenhuma justificação adequada ao controle de constitucionalidade, como processo decisório. Em contrapartida, no entanto, as razões relacionadas ao processo “agem principalmente para desacreditar a revisão judicial da legislação, enquanto deixam a tomada de decisão legislativa ilesa”¹¹⁹ (WALDRON, 2006, p. 1375-1376).

Explica-se. Há, na teoria constitucional, as seguintes razões relacionadas ao resultado em favor do controle judicial de constitucionalidade das leis: (1) os tribunais estão mais bem posicionados para decidir sobre direitos, porque lhes são apresentados casos concretos; (2) os juízes resolvem conflitos sobre direitos conforme os princípios morais positivados na constituição; e (3) os tribunais justificam/fundamentam as suas decisões.

Em resposta, Waldron afirma que (1) a racionalidade jurisdicional não se orienta a um caso individual, ou então a uma discussão estritamente fática a respeito do direito, pois no momento em que se recorre a tribunais superiores a questão gira em torno de uma discussão abstrata sobre o referido direito¹²⁰; (2) os tribunais não empreendem uma argumentação moral sobre direitos, pois se orientam ao texto de uma constituição, documento político redigido nas circunstâncias da política e carente de densidade normativa, ou seja, uma norma que não explica adequadamente o sentido e o alcance dos princípios morais que ali se encontram positivados; (3) as razões oferecidas pelos tribunais não representam todas as razões morais que devem ser levadas em consideração a respeito de conflitos sobre direitos, concentrando a sua fundamentação nos fatos que tendem a demonstrar que eles estão juridicamente autorizados a decidir o caso.

O Legislativo, em contrapartida (1) está mais bem posicionado para avaliar questões fáticas e casos individuais, haja vista os mecanismos de participação popular previstos no processo de tomada de decisão (iniciativa popular de leis, referendo, plebiscito, audiências públicas etc.). Ademais, não é raro que leis surjam com suporte em casos concretos, situações

¹¹⁹ No original: “They operate mainly to discredit judicial review while leaving legislative decisionmaking unscathed”.

¹²⁰ No Brasil, a prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário restringe-se à apreciação de matéria de direito, e não de matéria fático-probatória. Nesse sentido, eis o enunciado da súmula nº. 279: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Ademais, para o tribunal conhecer um Recurso Extraordinário é necessário: (1) o exaurimento das instâncias ordinárias; (2) o prequestionamento da matéria; e (3) a demonstração da repercussão geral da questão constitucional discutida no caso.

individuais que são levadas para a esfera pública¹²¹; (2) ao buscar uma solução institucional a um conflito, “os legisladores podem colocar a questão a si próprios, se quiserem, sem referência às formulações da Declaração de Direitos”¹²²; (3) os legisladores apresentam razões para seus votos, assim como os juízes.

Considerando que a defesa da revisão judicial da legislação baseada em razões relacionadas ao resultado é inconclusiva, tem-se que buscar uma eventual justificação em razões relacionadas ao processo. Essas razões, entretanto, não são favoráveis ao controle de constitucionalidade. Para tanto, Waldron ilustra uma situação hipotética de um cidadão C que discorda radicalmente do conteúdo de uma diretiva oficial e não está convencido de seguir a decisão. A única resposta plausível que pode ser referida a C, segundo Waldron (2006, p. 1387), diz respeito ao processo pelo qual essa decisão foi tomada, pois, ainda que se oponha ao conteúdo, C pode aceitar que a decisão foi resultado de um processo legítimo e imparcial. Nesse contexto, C procura respostas convincentes para as seguintes questões: (1) por que um grupo de pessoas é privilegiado para decidir uma questão de direitos que me afeta? (2) por que não foi dado maior peso aos pontos de vista daquelas pessoas que compartilham daqueles com os quais eu concordo?

O processo legislativo democrático fornece respostas razoavelmente convincentes a essas questões. Uma resposta a primeira questão seria: o legislativo é um órgão representativo composto por membros eleitos democraticamente pelo povo, procedimento no qual pessoas como C, juntamente com seus concidadãos, foram tratadas com igualdade (*one man, one vote*). A segunda questão, por sua vez, pode ser respondida pelo princípio da decisão majoritária, que “é neutro em relação aos resultados contestados, trata os participantes com igualdade e confere a cada opinião o maior peso possível compatível com a igual ponderação de todas as opiniões”¹²³ (WALDRON, 2006, p. 1388).

A revisão judicial da legislação, em contrapartida, não oferece respostas adequadas a essas indagações. Uma possível resposta a primeira seria: o judiciário, notadamente os tribunais superiores, é composto por juízes escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pelo Legislativo, órgãos que representam democraticamente os

¹²¹ A título ilustrativo, mencionamos no contexto brasileiro: a Lei nº. 8.930/1994, que alterou a Lei nº. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), em virtude do sequestro de Abílio Diniz e Roberto Medina; a Lei nº. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; a Lei nº. 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann), que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos cibernéticos.

¹²² No original: “legislators can pose the issue for themselves if they like without reference to the Bill of Rights’ formulations”.

¹²³ No original: “MD is neutral as between the contested outcomes, treats participants equally, and gives each expressed opinion the greatest weight possible compatible with giving equal weight to all opinion”.

interesses do povo. A legitimidade do judiciário é, portanto, derivada da constituição, que conferiu aos poderes republicanos a referida prerrogativa. Os membros do judiciário, contudo, são politicamente irresponsáveis, diferentemente dos parlamentares, que “são regularmente responsabilizados perante seus eleitores e se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importantes em relação ao *ethos* geral de sua participação na tomada de decisão”¹²⁴ (WALDRON, 2006, p. 1391).

Mesmo que admitamos que um pequeno grupo de juízes decida nossas questões atinentes a direitos, Waldron não vislumbra, na teoria constitucional nenhuma resposta adequada ao segundo questionamento. Isso porque, no final, os casos polêmicos, que suscitam desacordos entre os juízes, são decididos segundo o princípio da decisão majoritária, agregando votos individuais, como bem demonstram os quóruns “5 x 4” na Suprema Corte dos Estados Unidos, ou então “6 x 5”, no Supremo Tribunal Federal. Conforme mencionado anteriormente, o tribunal não emprega um método de decisão distinto daquele que é empregado pelo legislativo, ocorrendo, na verdade, uma indevida substituição de uma decisão discutida, deliberada e votada por milhões de cidadãos e seus representantes por uma decisão discutida, deliberada e votada por um pequeno grupo de juízes.

Nesse contexto, Waldron conclui que as razões relacionadas ao procedimento demonstram que inexistem justificativas para que o controle judicial de constitucionalidade das leis seja um mecanismo institucional apropriado para a defesa de direitos de moralidade política quando existem as quatro pressuposições supramencionadas: (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento; (3) comprometimento com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (4) desacordo persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos. É esse o núcleo central da objeção à revisão judicial da legislação forte.

Conforme já expresso, Waldron não se contrapõe ao modelo fraco de controle de constitucionalidade, admitindo que juízes e tribunais avaliem a conformidade da legislação com o conteúdo substancial da constituição, de modo que a incompatibilidade seja declarada e, consequentemente, determine que a matéria seja devolvida para deliberação no fórum político. Para que esse procedimento ocorra, é necessário, contudo, que Waldron reconheça (o que não o faz em *The Core of the Case against Judicial Review*), ao menos, que juízes empreendam uma leitura moral de princípios constitucionais, haja vista que uma interpretação nos termos

¹²⁴ No original: “*Legislators are regularly accountable to their constituents and they behave as though their electoral credentials were important in relation to the overall ethos of their participation in political decisionmaking*”.

defendidos pelo positivismo normativo, que preza pela autorrestrição judicial, é inadequada para tal fim.

Assim sendo, a leitura que Waldron faz do controle judicial de constitucionalidade das leis em *The Core of the Case against Judicial Review* (2006) é incompatível com a relação entre agentes públicos que articula em *Authority for Officials* (2003), pois, como vimos neste capítulo é defeso ao judiciário, na qualidade de agente público, divergir do conteúdo da diretiva expedida pelo legislativo, haja vista o ambiente de incerteza e divergência, que propicia aos cidadãos. Para que admita, portanto, um controle fraco de constitucionalidade das leis é imprescindível uma releitura da relação entre agentes públicos no quadro conceitual articulado por Waldron.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos no segundo capítulo que Waldron aceita as teses centrais do positivismo jurídico conceitual, a saber: (1) tese dos fatos sociais: o direito é uma questão de fato social; e (2) tese da separação conceitual entre direito e moral: princípios substantivos de justiça não são conceitualmente necessários para identificar a validade de uma norma jurídica. Diferentemente dos autores contemporâneos filiados à referida tradição filosófica (positivistas excludentes e includentes), no entanto, Waldron entende que o juspositivismo não se resume a uma teoria descritiva, que se dedica a responder tão-só o que é o direito e como ele funciona (natureza do direito). Segundo Waldron, após a objeção incisiva feita por Dworkin ao esquema analítico de Hart, o juspositivismo deve se dedicar também a questões normativas, pretendendo responder o que o direito deve ser e como deve funcionar. Isso significa um retorno, em formas diferenciadas, do modelo de jurisprudência que se gestou no contexto anglo-saxônico com Bentham, comprometida com a política e a moral.

Numa palavra, na perspectiva de Waldron, o positivismo jurídico reaparece, hoje, como um guia para ação humana. É justamente em função dessa perspectiva normativa que Waldron conclui que as fontes do direito, a regra de reconhecimento, a separação entre o direito e a moral, a publicidade e a generalidade do direito são formulações deontológicas que repercutem na configuração e conteúdo da normatividade em um Estado Democrático de Direito, que, ao final, prima pela certeza e segurança dos cidadãos.

Após esse esclarecimento, exibimos no terceiro capítulo o percurso argumentativo de Waldron em favor da deferência à decisão legislativa sobre questões conflitantes a respeito de direitos de moralidade política. De acordo com Waldron, a sociedade moderna é marcada pelo dissenso, haja vista o pluralismo e a heterogeneidade de valores. Esse dissenso, contudo, não implica um relativismo moral, no qual toda visão particular de bem comum e justiça é válida. Isso porque, em determinadas circunstâncias, os membros de certa comunidade política sentem a necessidade de uma linha de atuação, decisão ou curso de ação comum a respeito de tema moralmente controverso. Para o autor, o procedimento legislativo democrático é um instrumento adequado ao desacordo, haja vista a moralidade do princípio da decisão majoritária, que considera todos os participantes com igual consideração e respeito político. A normatividade, portanto, é moralmente justificada, reivindicando autoridade.

Waldron entende que a autoridade do direito não significa apenas às teses formais exigidas, razão pela qual se opõe ao positivismo excludente de Raz, que concebe a autoridade como serviço, desde a junção das teses da dependência, justificação normal e preempção. Para

Waldron, é imprescindível que a normatividade, em um Estado de Direito, seja democraticamente justificada, não sendo possível, portanto, identificar aprioristicamente alguém como investido de autoridade. Com efeito, é preciso atribuir saliência e publicidade ao procedimento que justifica a normatividade na esfera pública, a fim de que o dever de respeito às diretrizes oficiais seja moralmente legítimo.

Ademais, é preciso que agentes públicos respeitem reciprocamente as diretrizes emanadas, a fim de garantir um ambiente de certeza e segurança ao povo. É equivocado um agente público substituir a decisão de outro por mera discordância moral. Isso significa, portanto, que é defeso ao Judiciário substituir a decisão tomada pelo Legislativo no âmbito das circunstâncias da política. Juízes, portanto, cientes da responsabilidade política, devem se restringir ao comando deontológico constante no texto, pressupondo convenções.

Isso implica dizer que não é possível sequer articular controle judicial fraco de constitucionalidade das leis em um regime democrático, pois esse mecanismo requer do intérprete uma leitura moral, haja vista os direitos de moralidade política positivados no texto da constituição. Waldron, no entanto, recentemente defendeu a adoção de um modelo fraco de revisão judicial da legislação em regimes democráticos. Trata-se, portanto, de uma evidente contradição ao argumento em favor da autoridade entre agentes públicos.

Embora o argumento de Waldron em favor da autoridade do majoritarismo democrático (normatividade) seja mais compatível com as exigências de um Estado Democrático de Direito em comparação ao argumento defendido por parte de Raz, há uma falha substancial em seu argumento, levando-se em conta sua recente consideração a respeito do modelo fraco de controle de constitucionalidade das leis, sendo, portanto, necessária uma releitura de sua tese a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo:** anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- _____. **Eichmann em Jerusalém:** um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence and The Uses of the Study of Jurisprudence.** Indianopolis: Hackett Publishing Company, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2007, p. 271-316.
- BESSON, Samantha. Review Article: Democracy, Law and Authority. In: BROOKS, Thom. (Ed.). **Law and Legal Theory: Studies in Moral Philosophy.** Leiden: Brill, 2014, v. 6, p. 11-22.
- _____. **The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law.** Oxford: Hart Publishing, 2005.
- BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia.** Tradução de Desidério Murcho. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- BLAGG, Barbara J. Enduring Principle: On Race, Process, and Constitutional Law. **California Law Review**, v. 82, jul. 1994, p. 935-980.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi e Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais:** a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.
- BRINK, David. Legal Positivism and Natural Law Reconsidered. **The Monist**, v. 68, n. 3, p. 364-387, jul. 1985.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A breve história do positivismo descriptivo: o que resta do positivismo jurídico depois de H.L.A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.
- _____. **Teoria do Precedente Judicial:** A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação:** uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. **Doxa**, n. 25, 2002, p. 300-331
- _____. Rewriting Hart's Postscript: Thoughts on the Development of Legal Positivism. **Problema**, n. 5, 2011, p. 23-52.
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **O Povo é Inconstitucional:** Poder Constituinte e Democracia Deliberativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- COHEN, Joshua. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip. (Ed.). **The Good Polity:** Normative Analysis of the State. Oxford: Basil Blackwell, 1989, p. 17-34.
- COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis. In: _____. (Ed.). **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 99-148.
- CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre Direito e Moral e seus reflexos na Política. **Princípios**, v. 23, n. 41, p. 125-170, maio/ago. 2016.
- _____. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, v. 8, n. 4, p. 2424-2448, 2015.
- DAHL, Robert. **A Democracia e seus Críticos.** Tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- DEEMTER, Kees Van. **Not Exactly:** In Praise of Vagueness. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo Jurídico e a Teoria do Direito na obra de Hans Kelsen.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. **Critical Inquiry**, vol. 9, n. 1, p. 179-200, set. 1982.
- _____. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **O Direito da Liberdade:** A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **O Império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- GARDNER, John. Why Law Might Emerge: Hart's problematic fable. In: D'ALBERT, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea. (Ed.). **Reading H. L. A. Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 81-96.
- GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GINSBURG, Tom. Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 3, p. 49-85, dez. 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre Facticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.
- HALFPENNY, Peter. **Positivism and Sociology:** Explaining Social Life. London: G. Allen & Unwin, 1982.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- _____. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy:** The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.
- KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Agregação e Deliberação: sobre a possibilidade da legitimidade democrática. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. (Org.). **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Editora Singular, 2007, p. 253-276.
- KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.
- LEVITIN, Daniel. **A Field Guide to Lies:** Critical Thinking in the Information Age. New York: Dutton Penguin, 2016.
- LLEWELLYN, Karl. Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound. **Harvard Law Review**, v. 44, p. 1222-1264, 1931.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos:** Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Ordenamento Jurídico: Liberdade, Igualdade e Democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível**. 266f. Tese (Doutorado) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia Analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

MARMOR, Andrei. A natureza do direito. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 42, p. 6-23, jan./jun. 2013.

_____. **Philosophy of Law**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e Práxis Histórica**. São Paulo: Ática, 1995.

_____. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Antonio Amado, 1979.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment. **Legal Theory**. v. 4, n. 1, p. 1-20, mar. 1998.

_____. O argumento a partir da justiça, ou como não responder ao positivismo jurídico. **Panóptica**, v. 3, n. 1, p. 39-55, 2008.

_____. **Razão Prática e Normas.** Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **The Authority of Law.** Oxford: Oxford University Press, 1979.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A persistência do formalismo: uma crítica para além da separação de poderes. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues. (Org.). **Nas Fronteiras do Formalismo.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153-186.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SARTINI, Brígida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar; BORTOLOSSI, Humberto José; SANTOS, Polyana Alves; BARRETO, Larissa Santana. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos.** Bahia: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2004.

SCHAUER, Frederick. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo Jurídico:** Textos em Debate. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76-137.

_____. **Playing By The Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life.** Oxford: Oxford University Press, 2002.

SGARBI, Adrian. **Introdução à Teoria do Direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **Teoria do Direito:** Primeiras Lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHAPIRO, Ian. **Os Fundamentos Morais da Política.** Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lenio. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio?* **Nomos**, v. 34, n. 2, p. 275-289, jul./dez. 2014.

STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In: MAIA, Antônio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-415.

_____. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. (Org.). **Direito e Interpretação:** Racionalidades e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119-152.

_____. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. 2005. 191f. Tese (Doutorado)– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

_____. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito.** 2001. 102f. Dissertação (Mestrado)– Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.

SZPIRO, George G. **Numbers Rule:** The Vexing Mathematics of Democracy, from Plato to the Present. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei:** entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Jean-Jacques Rousseau: a supremacia da vontade geral, a unidade do corpo moral e coletivo e a sobrecarga ética do cidadão. **Prisma Jurídico**, v. 7, p. 93-108, 2008.

WACKS, Raymond. **Understanding Jurisprudence:** An Introduction to Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Authority for Officials. In: MEYER, Lukas; PAULSON, Stanley; POGGE, Thomas. (Ed.). **Rights, Culture, and the Law:** Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 2003, p. 45-70.

_____. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, 2008. Disponível em:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. Introduction: Disagreements on Justice and Rights. **New York University Journal of Political Philosophy**, v. 6, n. 5, p. 5-10, 2002.

_____. **Law and Disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules. (Ed.). **Hart's Postscript:** Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 410-434.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

WALUCHOW, Wilfrid. Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive. In: CRAIG, Edward. (Ed.). **Routledge Encyclopedia of Philosophy.** London: Routledge, 2001. Disponível em: <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>. Acesso em: 13. jun. 2017.

WOLFF, Robert Paul. **In Defense of Anarchism.** New York: Harper & Row, 1970.