

REALISMO POLÍTICO E POSITIVISMO JURÍDICO NA TEORIA DE JEREMY WALDRON

POLITICAL REALISM AND LEGAL POSITIVISM IN JEREMY WALDRON'S THEORY

CRISTINA FORONI CONSANI¹
(UFPR/CNPq/Brasil)

RESUMO

O objetivo desse artigo é investigar a relação entre realismo político e positivismo jurídico na teoria de Jeremy Waldron. Em ambos os casos, há a recusa de um tipo de fundamentação moral, seja da política, seja do direito. Além de analisar como se dá a fundamentação da política e do direito na obra de Waldron, este artigo pretende também identificar em que medida uma teoria realista e positivista pode manter como elemento central da política e do direito um valor, tal qual o do desacordo razoável, que parece ser indispensável para a teoria de Waldron.

Palavras-chave: Jeremy Waldron; Desacordos; Realismo político; Positivismo jurídico.

ABSTRACT

The purpose of this article is to investigate the relationship between political realism and legal positivism in Jeremy Waldron's theory. In both cases, there is a refusal of any kind of moral foundation, either of politics or of law. This article aims not only to analyze how the grounding of politics and law takes place in Waldron's work, but also to identify to what extent a realist and positivist theory can maintain as a touchstone of politics and law a value, such as that of reasonable disagreement, which seems to be indispensable to Waldron's theory.

Keywords: Jeremy Waldron; Disagreement; Political realism; Legal positivism.

Introdução

Realismo político e positivismo jurídico parecem ter um ponto comum no que diz respeito à fundamentação das teorias da política e do direito, qual seja, a recusa de valores morais como base para suas justificações. Por realismo político entende-se, na esteira da definição de Bernard Williams (2005), teorias cujos padrões de avaliação surgem de dentro da política e não de um ponto de vista moral externo. O realismo político contrapõe-se ao denominado moralismo político, termo utilizado para

definir as teorias políticas que utilizam a moralidade como critério de legitimação ou de restrição das decisões políticas. De acordo com Galston, o realismo político contemporâneo pode ser considerado uma reação a teorias como aquelas de John Rawls e Ronald Dworkin, um contramovimento que tem tomado forma nos últimos anos a partir de teorias vinculadas a perspectivas bastante distintas, desde pensadores britânicos críticos do moralismo e do liberalismo estadunidense (Bernard Williams, Stuart Hampshire, John Dunn, Glen Newey, Richard Bellamy, Geoffrey Hawthorne, Raymond Geuss, e John Gray), passando por autores filiados a uma perspectiva nietzschiana de esquerda (William Connolly e Bonnie Honig), autores que retornam à Maquiavel, Weber e Schmitt (Chantal Mouffe e Mark Philp), estudiosos da escola histórica de Cambridge como Quentin Skinner, antiutopistas como Judith Shklar ou, ainda, democratas majoritários como Jeremy Waldron, que criticam o constitucionalismo estadunidense por diminuir o alcance e a dignidade do processo legislativo ao recusar o seu caráter eminentemente político (cf. GALSTON, 2010, 386).²

O positivismo jurídico, assim como o realismo político, busca os fundamentos da teoria do direito em critérios distintos da moral ou da justiça. Uma das teses mais relevantes desta teoria é aquela da separação entre direito e moral, ou seja, a defesa de que a validade do direito independe de sua conexão com a moralidade ou com a justiça. Após a II Guerra Mundial, muitas críticas foram formuladas ao positivismo jurídico e aos seus principais postulados. Uma das críticas mais contundentes foi aquela relacionada ao formalismo, segundo a qual o direito, tal qual entendido pelos critérios juspositivistas, poderia abrigar injustiças tamanhas como aquelas perpetradas pelos regimes totalitários. Nesse contexto, ressurgiu nas teorias do direito o debate a respeito da reaproximação entre o direito e os ideais de justiça e de moralidade.³ Como uma reação às críticas, na segunda metade do século XX, principalmente a partir do final dos anos de 1970, o positivismo jurídico ganhou novo fôlego e passou a figurar no debate contemporâneo a partir de três principais tendências ou perspectivas, a saber: o positivismo jurídico includente, o positivismo jurídico excludente e o positivismo jurídico normativo.

O positivismo jurídico includente considera que não há uma relação necessária entre a validade do direito e a moralidade, mas admite que preceitos morais podem figurar em determinações do direito, uma vez que em algumas sociedades pode haver uma convenção estabelecendo que se leve em consideração padrões morais para assegurar a validade e a interpretação das normas jurídicas. Filiam-se a esta corrente autores como Jules Coleman, W. J. Waluchow e Matthew Kramer, entre outros (cf.

COLEMAN, 1998; COLEMAN, 2001; WALUCHOW, 1994; KRAMER, 2004). Por sua vez, autores vinculados ao positivismo jurídico excludente sustentam que a moralidade não pode ser uma condição da legalidade. Entre os autores que defendem esse posicionamento, destacam-se Joseph Raz (1979; 1986) e Andrei Marmor (2001). Raz, por exemplo, defende que “[u]ma teoria do direito é aceitável somente se seus critérios para identificar o conteúdo do direito e determinar sua existência dependerem exclusivamente de fatos da conduta humana capazes de serem descritos em termos valorativamente neutros e se aplicada sem recurso a argumentos morais” (RAZ, 1979, 39-40). Já o positivismo jurídico normativo, também chamado de positivismo jurídico prescritivo ou ético, é uma corrente que defende uma leitura segundo a qual o positivismo não é meramente uma descrição de como o direito é, mas é considerado normativo justamente por apresentar-se como uma prescrição a respeito do que o direito deve ser em uma sociedade democrática. Na definição dada por Campbell, essa versão da teoria positivista deve ser entendida como “uma teoria normativa que busca determinar o que o direito deve ser, não com respeito ao seu conteúdo, mas com respeito à sua forma” (CAMPBELL, 2004, 21). São considerados expoentes desta corrente, entre outros, Tom Campbell (2004), Neil MacCormick (1985) e Jeremy Waldron (1999; 2001; 2006; 2008).⁴

O objetivo deste artigo é apresentar a teoria de Waldron a partir de suas vinculações ao realismo político e ao positivismo jurídico. Considera-se que o ponto de encontro de ambas é a negação da moralidade e da justiça como um critério de legitimidade para as teorias da política e do direito. Pretende-se, contudo, analisar em que medida uma teoria realista da política e positivista do direito mantém-se fiel aos seus postulados ao erigir um valor, a saber, o desacordo razoável, como um critério de legitimidade para a política e para o direito. Este artigo será dividido em três seções: na primeira será apresentado o modo pelo qual a teoria política de Waldron se conecta ao realismo político; na segunda seção, será apresentado o positivismo jurídico normativo de Waldron; na terceira e última seção suas teses serão avaliadas tendo o intuito de verificar se o desacordo razoável não exerce o papel de um valor moral que acaba por figurar como um critério de legitimidade externo à política e ao direito.

Realismo político e as circunstâncias da política

O que aproxima a teoria de Waldron do realismo político? Autores que têm estudado o denominado “ressurgimento” da teoria política realista

apontam para um ponto comum entre as diversas propostas que têm sido rotuladas como realistas, qual seja, o realismo representa uma visão do político profundamente diferente do liberalismo contemporâneo. Enquanto o liberalismo é entendido pelos críticos realistas como uma teoria que define o político a partir do consenso a respeito de valores liberais ou princípios de justiça, o realismo político acentua uma visão do político segundo a qual o desacordo e o conflito predominam, uma vez que todas as questões políticas estão abertas ao debate. A política, assim, seria “uma atividade que ocorre em circunstâncias de desacordo radical, discórdia e desarmonia, mas que permite ou facilita a estabilidade e a ordem” (SLEAT, 2013, 1-2).

É o foco nos desacordos políticos que faz com que a teoria de Waldron seja invocada como pertencente às diversas reinterpretações contemporâneas do realismo político⁵ e, nesse sentido, o conceito de *circunstâncias da política* assume um papel central. Tendo como ponto de partida aquilo que Rawls considerou como as *circunstâncias da justiça*, a saber, que em condições normais sob as quais a cooperação humana é possível e necessária, as regras sociais e legais criam certos direitos para estabilizar as relações humanas (cf. RAWLS, 1999, 109), Waldron considera que tais direitos devem ser identificados e interpretados diante das *circunstâncias da política*, ou seja, em circunstâncias nas quais é preciso chegar a um acordo coletivo e coercitivo sobre o caráter dos direitos, haja vista a existência de opiniões e interesses divergentes (WALDRON, 1999, 101-102). Contudo, ele ressalta que mesmo diante da existência de um acordo coletivo a respeito dos direitos, haverá divergências sobre a própria interpretação desses direitos, as quais muitas vezes espelham desacordos a respeito da política, de sua estrutura e de suas metas (os debates entre liberais e conservadores, por exemplo). As circunstâncias da política, assim, são constituídas pela existência de desacordos políticos ou morais e pela necessidade de decisões com autoridade política para regular o desacordo.

De acordo com Latham-Gambi, o conceito de circunstâncias da política tem a função de demarcar o que é realmente político no âmbito dos desacordos, isto é, separar certas questões políticas, notadamente aquelas que dizem respeito ao desenho constitucional e a obrigações cívicas, de questões substantivas de moralidade política, tais aquelas relacionadas à justiça ou aos direitos humanos (cf. LATHAM-GAMBI, 2021, 3). Assim, o que especifica a natureza política dos desacordos nas circunstâncias da política é que eles são desacordos práticos (em oposição a desacordos a respeito de princípios de moralidade política). Nesse sentido, eles dizem respeito ao que deve ser feito em uma situação particular ou emergem da necessidade de uma decisão (cf. LATHAM-GAMBI, 2021, 7).

De acordo com Waldron, a Filosofia Política tem duas tarefas precípuas, a saber, teorizar a respeito da justiça (com ênfase em direitos e no bem-comum) e teorizar sobre a política (abordagem que se estabelece a partir de teorias da autoridade e de teorias da democracia). Aqui reside um elemento importante para o argumento realista, qual seja, afastar dos estudos sobre política as questões afetas à justiça, justamente porque essas são consideradas um elemento pré-político ou que auferem a legitimidade das decisões políticas a partir de um critério externo à política. Assim, o papel peculiar de uma teoria política é dar ênfase para as teorias da autoridade e da democracia. Na obra de Waldron, ambas estão entrelaçadas.

Em *Law and Disagreement* Waldron argumenta que para a democracia o elemento popular deve ser decisivo. Disso não é possível inferir, contudo, que o direito de participação conflita com outros direitos, ou ainda, que o direito de participação tem prioridade sobre os demais. Isso significa apenas que “a participação é um direito cujo exercício parece peculiarmente apropriado em situações em que portadores de direitos razoáveis discordam sobre que direitos eles têm” (WALDRON, 1999, 212).

Waldron sustenta que pode haver compatibilidade entre a ideia de direitos e democracia, pois a igual consideração que suporta os direitos é a mesma que deve suportar a autonomia e responsabilidade dos sujeitos de direitos. Assim, uma das principais questões para uma teoria da democracia é saber como proteger os direitos em um sistema de tomada de decisões democráticas. Para levar a cabo esta análise, o autor considera dois conjuntos de direitos: a) *direitos constitutivos do processo democrático* (direito de participar em termos iguais na resolução dos desacordos) e, b) *direitos que são condição de legitimidade ou de respeitabilidade moral da tomada de decisões democráticas* (liberdade de expressão e de associação e algo pouco ou não procedimental relacionado ao igual respeito pelo julgamento dos outros membros) (WALDRON, 1999, 283-284).

A legitimidade democrática está então associada à relação estabelecida entre esses conjuntos de direitos, sendo que os direitos do conjunto “a” pressupõem os direitos do conjunto “b”. E eles devem ser considerados de modo que nem os direitos relacionados a valores morais (substância), nem aqueles relacionados aos procedimentos democráticos (forma) sejam excluídos do debate político, pois o autor considera que “[e]m um sentido amplo todos os direitos são associados com a democracia porque (...) todos os direitos requerem a mesma espécie de respeito para com os indivíduos que a democracia também requer” (WALDRON, 1999, 284-285).

Para Waldron, deste modo, os direitos não podem figurar no debate político como uma espécie de pré-compromisso constitucional ou algo que funcione como um critério de legitimidade das decisões políticas. A proteção constitucional aos direitos fundamentais, segundo ele, retira esses direitos em desacordo do debate político e transfere a possibilidade de interpretação e decisão para dentro de tribunais constitucionais. Em seu entendimento, não se trata de saber quem deve interpretar a constituição, mas quem decide quando há direitos em desacordo.

Esse é o ponto no qual a os temas dos direitos e da democracia se cruzam com o tema da autoridade. Segundo Waldron, a política diz respeito tanto a princípios quanto a diretrizes políticas pois, “[o] que acontece no processo político determina não somente o que nossas metas sociais são, mas também o conteúdo e a distribuição dos direitos individuais” (WALDRON, 1999, 243). Uma vez que as pessoas discordam sobre que direitos possuem, a especificação dos direitos que devem ser protegidos pelo Direito deve ser feita por meio do processo político. Diante do desacordo, uma teoria da autoridade deve ser invocada e deve prevalecer sobre os critérios que são a fonte do desacordo original.

Em meio às teorias da autoridade tradicionalmente conhecidas na teoria política (monarquia, aristocracia, democracia) Waldron entende que na democracia é o povo quem deve decidir sobre os direitos que estão em discussão, devendo participar em termos iguais dessa decisão (WALDRON, 1999, 244). A pergunta *quem decide* deve ser complementada por outra, a saber, *como se decide?* O autor opta pela decisão majoritária como princípio de autoridade pois, segundo ele, esse tipo de princípio de autoridade respeita os indivíduos de dois modos:

Primeiro, respeita suas diferenças de opinião sobre justiça e bem comum; não requer que a visão sinceramente mantida de ninguém seja depreciada ou silenciada em razão da importância imaginária do consenso. Segundo, incorpora um princípio de respeito com relação a cada pessoa no processo pelo qual decidimos sobre uma visão a ser adotada como *nossa*, mesmo em face do desacordo (WALDRON, 1999a, 109. O itálico consta no original).

Waldron reconhece, todavia, que em razão das circunstâncias da política, pode haver um eventual descompasso entre teorias dos direitos e teorias da autoridade e, nessa condição, alguém se encontrará submetido a um arranjo social que considera injusto, ainda que esse arranjo seja

provisório e possa mudar com as mudanças na própria política. O exemplo trazido pelo autor é bastante esclarecedor a esse respeito:

Uma pessoa que possui uma completa teoria política –que inclui uma teoria da autoridade tanto quanto teorias da justiça, dos direitos e da política – pode encontrar a si mesma comprometida com uma visão de que a decisão errada pode prevalecer. Sua teoria da justiça pode desaprovar a política B e preferir a política A baseada em direitos, mas sua teoria da autoridade pode apoiar um procedimento de decisão (desenhado para produzir uma escolha social em face do desacordo sobre, por exemplo, a justiça de A ou B) que, quando seguida, requer que B seja implementada (WALDRON, 1999, 246).

Para o autor, essa é uma situação natural e não contraditória, uma vez que a pessoa do exemplo está oferecendo, na realidade, respostas para duas questões diferentes, embora complementares. Desse modo, “[q]ue B deveria ser implementado é sua resposta para a questão ‘O que devemos fazer dado que discordamos sobre se A ou B é justo?’ Que A é a decisão correta é sua própria contribuição ao desacordo que suscitou essa questão” (WALDRON, 1999, 247-248). Além de não ser contraditória, Waldron considera que também não há uma situação de conflito entre o princípio da autoridade (decisão majoritária) e outros direitos considerados fundamentais, desde que se tenha em mente um desacordo de boa fé. Desse modo, se as pessoas discordam sobre o que os direitos requerem ou o que eles realmente são, o resultado da decisão majoritária irá parecer, ao grupo que apoiou essa decisão, estar de acordo com a justiça e, de modo distinto, para aqueles contrários à decisão majoritária o resultado irá parecer injusto. Ainda que outra teoria da autoridade seja escolhida (monarquia, aristocracia, decisão judicial) e se opte pelo uso da decisão majoritária como princípio de autoridade, o autor entende não fazer sentido falar em conflito entre o princípio da autoridade e os direitos sobre os quais a autoridade deve decidir, pois se há desacordo a respeito da existência ou do significado dos direitos, “não há modo neutro de estabelecer o que exatamente se pressupõe estar competindo com a participação majoritária (ou qualquer outro princípio de autoridade). (WALDRON, 1999, 248-249)

Para Waldron, questões controversas a respeito de direitos em desacordo devem então ser decididas pelo povo, ou por seus representantes. A retirada desses direitos do debate político, com o intuito

de protegê-los, fere o ideal democrático e de autogoverno. A democracia tem, assim, que assumir o desacordo. O autor aceita que “tudo está em disputa na democracia, incluindo os direitos associados com a própria democracia. Ou, certamente, tudo o que está submetido ao desacordo de boa fé está em disputa” (WALDRON, 1999, 303).

O desacordo inevitável e compatível com a política, contudo, parece ter um conteúdo normativo. Neste ponto, Waldron compartilha com os teóricos da democracia deliberativa que o desacordo viável para as práticas democráticas é o denominado desacordo razoável ou de boa fé. Argumentar de boa fé, explica ele, “é 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.” (WALDRON, 1999, 91).

Essa noção de desacordo razoável ou de boa fé tenta afastar da política a intolerância que, por sua vez, pode levar a decisões arbitrárias e desrespeitosas em relação aos direitos de minorias dissidentes.⁶ Entretanto, do fato de os participantes de um processo de decisão coletiva assumirem a perspectiva do desacordo razoável ou de boa fé não resulta, necessariamente, que chegarão a um consenso. Apesar de compartilhar a noção de desacordo razoável ou de boa fé com os teóricos da democracia deliberativa, Waldron tece críticas a muitos dos representantes dessas teorias. A crítica central é direcionada à busca do consenso como um resultado político. Em seu entendimento, o consenso pode ser aceito na lógica interna da deliberação como algo que se busca alcançar. Mas não se pode considerar que no caso de o consenso não ser alcançado o resultado da deliberação foi insatisfatório. O autor considera que o dissenso ou o desacordo tende a permanecer mesmo após a deliberação e a votação pautada na razoabilidade ou na boa fé (cf. WALDRON, 1999, 91-92). No mundo real, esclarece o autor, “mesmo após a deliberação, as pessoas continuarão discordando de boa fé sobre o bem comum, sobre questões de política, de princípios, de justiça e de correção sobre as quais se espera que um Parlamento delibere” (WALDRON, 1999, 93).

É exatamente esse conteúdo normativo inerente à ideia de desacordo razoável que se pretende cotejar com a tese central do realismo político segundo a qual não se deve admitir um elemento pré-político como critério de legitimidade das decisões políticas. Esse conceito parece introduzir na teoria política de Waldron um elemento com força de argumento moral ou pré-político que, por sua vez, passa a estabelecer um critério de certo ou errado para o resultado das decisões políticas. Essa análise será feita, contudo, na terceira seção deste artigo, após a apresentação do positivismo

jurídico de Waldron, o qual também abriga uma série de elementos normativos que o diferem sobremaneira das teorias positivistas descritivas.

Positivismo jurídico normativo

De acordo com Waldron, o positivismo jurídico é uma concepção do direito que pode ser tanto descritiva quanto normativa. O positivismo jurídico descritivo é uma visão a respeito do que as decisões jurídicas implicam. Já o positivismo jurídico normativo é uma visão a respeito do que as decisões jurídicas devem implicar.⁷ Segundo ele, historicamente o positivismo jurídico normativo remonta às teses de Hobbes e de Bentham, os quais não estavam preocupados com a separação entre direito, justiça e moral apenas com objetivos teóricos ou conceituais. De modo distinto, tais autores estavam interessados “nas condições necessárias para a coordenação e resolução de conflitos e para a estabilidade geral das expectativas das relações das pessoas entre si” (WALDRON, 2001, 413).⁸

Os aspectos metodológicos do positivismo jurídico normativo são expostos por Waldron em um artigo intitulado *Normative (or Ethical) Positivism*. Nesse aspecto, os pontos que serão analisados a seguir são fruto de um debate entre Waldron e Jules Coleman, autor vinculado à perspectiva positivista incluyente. As principais críticas formuladas por Coleman são as seguintes: primeiramente, ele acusa o positivismo normativo de não ser uma versão do positivismo jurídico, mas simplesmente uma tese a respeito do positivismo jurídico, haja vista o positivismo normativo assentar-se sobre a (principal) tese conceitual do positivismo jurídico, a saber, a separação entre o direito e a moral. A segunda crítica consiste na alegação de que ao adotar uma versão normativa do positivismo jurídico, acaba-se por infundir a moralidade no conceito de direito, isto é, acaba-se por determinar aquilo que o direito deve ser e, nesse sentido, o positivismo normativo faria ruir a tese da separação, tornando até mesmo difícil distinguir a posição normativa do positivismo da teoria do direito natural, segundo a qual uma concepção moral pode exercer influência sobre o direito positivo. (cf. WALDRON, 2001, 413-418)

Em resposta à primeira crítica, Waldron afirma que a assunção principal do positivismo normativo é que “os valores associados ao direito, à legalidade e ao Estado de Direito (...) podem ser melhor alcançados se a operação ordinária de tal sistema não requer do povo o exercício de julgamento moral a fim de descobrir o que o direito é.” (WALDRON, 2001, 421) Essa tese central não requer, afirma o autor, “qualquer etapa puramente descritiva, conceitual ou não normativa.” (WALDRON, 2001, 421). O argumento é, pois, sempre normativo.

A segunda crítica é refutada em parte, pois Waldron reconhece que de fato há, na perspectiva normativa, uma pretensão moral a respeito do que o direito deve ser. Mas, segundo ele, os julgamentos particulares a respeito do que o direito é podem ser, em certa medida, isolados de julgamentos gerais a respeito da questão do direito. Contudo, esse isolamento nunca será completo, pois

(...) podem existir práticas ou arranjos políticos que, do ponto de vista normativo (o ponto de vista que descreve a função do direito) sejam piores do que nenhuma lei; e para esses casos o enfoque normativo geral pode afetar o enfoque normativo particular se (...) essas práticas ou arranjos devem ser considerados como leis. Mas esses serão casos extremos: de fato, serão exatamente aqueles casos para os quais de todo modo é mais difícil defender a insistência radical de que é possível determinar se algo é um direito sem fazer um julgamento sobre sua justiça ou sobre seu caráter moral (WALDRON, 2001, 418)

Dessa interferência da moral no direito não se pode inferir, segundo Waldron, que não há diferenças entre a proposta do positivismo normativo e aquela do jusnaturalismo. A principal diferença, ressalta o autor, consiste em que "o positivismo normativo não precisa se comprometer com qualquer metaética especial, nem com qualquer enfoque especial de como chegamos a uma compreensão do bem ou dos valores que o direito fornece." Ao contrário, a teoria do direito natural "é usualmente embalada com uma metaética distintiva (cognitivismo ou objetivismo) e frequentemente também com um forte compromisso com o enfoque racionalista da compreensão moral ou ética." (WALDRON, 2001, 418). Em um texto de 1996, denominado *Kant's Legal Positivism*, Waldron já havia tentado esclarecer esse ponto do seguinte modo:

[p]recisamos distinguir, entretanto, entre: primeiro, juízos de valor que podem ser requeridos em uma teoria do direito não positivista para identificar alguma proposição como uma norma legal válida; e segundo, juízos de valor que suportam a posição positivista de que avaliações do primeiro tipo não são necessárias. (WALDRON, 1996, 1541).

A distinção é sutil, mas quando o positivismo jurídico normativo assume a interferência da moral no direito ele não está se referindo ao conteúdo de normas particulares, como faziam os jusnaturalistas, mas ao próprio sistema jurídico e ao modo como esse deve estar organizado de

modo a atender aos clamores de uma sociedade livre e democrática. Nesse sentido, o positivismo jurídico normativo não se limita a ser uma teoria cuja preocupação repousa apenas sobre aspectos técnicos da teoria do direito, mas sua atenção volta-se também para a importância moral, social e política da distinção entre formas de governo que serão reguladas pelo direito. Trata-se exatamente de reconhecer não apenas que é melhor viver sob a égide do direito do que viver sem sua mediação, mas que o próprio direito é uma instituição desejável. Nas palavras do autor:

Mais impressionante para mim é a sugestão implícita de que a fim de fazer teoria do direito do modo normativo deve-se entender o direito como uma coisa boa. Eu pareço ter argumentado na posição de dizer que, ainda que um positivista deseje negar a justiça ou a virtude de leis particulares, ele tem que organizar sua teoria do direito em torno da ideia de que o direito como tal é uma instituição desejável; de outro modo (pareço estar dizendo) a metodologia de sua teoria do direito é estéril e meramente semântica (WALDRON, 2001, 428).

Assim, no que diz respeito à metodologia, o positivismo jurídico normativo defende uma concepção normativa ou prescritiva do direito, abandonando a pretensão meramente descritiva do direito enquanto tal. Nesse sentido, trata-se de uma concepção moral e também política a respeito do que o direito deve ser, a qual estipula que considerações morais não devem ser admitidas na determinação do direito, uma vez que fazer o direito depender de critérios e argumentos morais implicaria atentar contra a dignidade e a autoridade da legislação aprovada num contexto de desacordos morais e políticos.

Além do foco numa metodologia normativa em detrimento da descritiva, o positivismo de Waldron apresenta algumas características peculiares que aproximam sua teoria do direito dos valores democráticos. Em um artigo intitulado *Can there be a democratic jurisprudence?*, Waldron ressalta que o positivismo jurídico possui algumas características distintivas, são elas: (a) a preocupação institucional com a fonte do direito, (b) a ênfase em uma regra de reconhecimento de normas; (c) a tese da separação entre direito e moralidade. A essas bem conhecidas características da teoria positivista Waldron acrescenta mais duas, as quais ele considera terem permanecido sem a devida atenção, sobretudo no positivismo do século XX, quais sejam: (d) a publicidade (caráter público do direito) e, (e) a generalidade (cf. WALDRON, 2008, 683-684). Essas características, que serão apresentadas a seguir, podem ser entendidas como o próprio conteúdo normativo da teoria positivista de Waldron.

a) *As fontes do direito*: a ênfase do positivismo nas fontes do direito justifica-se, segundo Waldron, seja porque a fonte funciona como uma alternativa para o enfoque baseado no conteúdo do direito (como no jusnaturalismo), seja em razão da eficácia, pois uma norma que provém de um sistema jurídico estatal tem mais chance de ser observada, ainda que mediante o uso da força, seja em razão da legitimidade política. Esse último motivo é o que mais interessa a uma teoria do direito democrática. No que diz respeito à legitimidade política do direito, torna-se relevante responder quem, quais instituições e mediante quais procedimentos uma determinada norma foi criada. Na proposta do autor, como já assinalado no estudo de sua teoria da democracia, a resposta para quem deve participar das decisões que dão origem a leis é a seguinte: todos que são governados por uma dada norma têm o direito de participar em iguais termos em sua elaboração. Quanto às instituições, elas devem ser representativas e manter procedimentos que permitam a participação equitativa e o respeito aos desacordos (cf. WALDRON, 2008, 684-691).

b) *Regra de reconhecimento*: no que tange à regra de reconhecimento como uma das principais características do positivismo jurídico, a discussão trazida por Waldron é basicamente a respeito de a quem a regra de reconhecimento é direcionada. Partindo da teoria de Hart, o autor observa que na teoria do direito contemporânea o reconhecimento do direito é concebido como uma tarefa para oficiais (juízes, legisladores, autoridades) e isso, de certo modo, compromete o aspecto democrático do próprio sistema. A crítica de Waldron a Hart é que ao admitir que basta para o sistema jurídico a existência de uma aceitação oficial compartilhada da regra de reconhecimento contendo o critério de validade do sistema, abre-se espaço para a opressão, pois uma grande parcela dos cidadãos não terá conhecimento da estrutura geral e dos critérios de validade do direito. Desse modo, “a especialização da autoridade normativa – implícita na ideia de regras secundárias – pode assim exacerbar qualquer exploração e hierarquia que existam em uma dada sociedade para além de sua legalização. E isso pode muito bem tornar possível certas formas de opressão” (WALDRON, 2008, 696). Na perspectiva de uma teoria do direito democrática, o próprio conceito de democracia não pode ser entendido apenas a partir dos procedimentos de eleição e participação, mas também está relacionado “ao direito sendo considerado, em sentido forte, como propriedade daqueles que são governados por ele” e, nesse sentido, “o direito democrático é o direito do povo e como tal seu caráter democrático é solapado pela ignorância do povo ou mistificação com relação às

condições de sua produção” (WALDRON, 2008, 696). Realiza-se, assim, uma reavaliação da regra de reconhecimento apontando-se para a necessidade de a teoria do direito ser delineada de modo a estabelecer critérios claros sobre o funcionamento do sistema jurídico para que as leis possam ser reconhecidas e identificadas não apenas por autoridades, mas também pelo povo.

c) *Separação entre direito e moral*: Waldron apresenta uma versão democrática da tese da separação. Sua defesa da separação entre direito e moral assenta-se em duas razões. A primeira razão é que a tese da separação entre direito e moral coaduna-se com uma teoria democrática do direito justamente porque há um grande desconforto, para aqueles que defendem os valores democráticos, com critérios baseados em conteúdo que recusam reconhecer como direito aquilo que o poder legislativo democrático aprovou num contexto de conflito a respeito do que deve ser considerado justo ou moral. Assim, diz Waldron, “nós democratas insistimos, como parte de nossa lealdade à democracia, que qualquer preconceito baseado em conteúdo deve ser deixado de lado a fim de permitir às pessoas escolherem livremente como seu direito quaisquer normas que elas pensam ser apropriadas” (WALDRON, 2008, 698). A segunda razão é o fato do desacordo moral, que reflete conflitos na política ordinária a respeito do que é justo ou moralmente correto. Esses desacordos devem ser resolvidos democraticamente por meio de votações segundo procedimentos pré-estabelecidos e não se recorrendo a um determinado conteúdo a respeito da justiça ou da moralidade. A versão democrática da tese da separação consiste exatamente em “separar a proposição que uma dada norma foi aprovada do modo correto da proposição de que ela era a norma correta a ser aprovada” (WALDRON, 2008, 700).

d) *Publicidade*: o caráter público do direito, ou a publicidade, é uma característica essencial apontada por praticamente todas as teorias do direito e notadamente pelas teorias republicanas, sejam elas democráticas ou não. Ao invocar essa característica, Waldron procura tornar um pouco mais específico esse conceito bastante abstrato de caráter público ou de bem público. Atribuir conteúdo a essa noção geral de bem público, contudo, não é algo desejável na perspectiva positivista do direito, justamente porque se corre o risco de negar a tese da separação entre direito e moral, principalmente quando a própria noção do que é o bem público também está aberta ao desacordo. Esse é um grande ponto de divergência entre as teorias do direito, pois ou os critérios de validade e de reconhecimento de normas jurídicas fazem referência ao seu conteúdo (moralidade, justiça,

bem comum, entre outros) ou recorrem a aspectos meramente formais e estruturais relacionados à sua produção, tais como eficácia, sistematicidade, etc. Diante desse impasse, o caminho trilhado por Waldron está mais vinculado à forma do que ao conteúdo, mas, sem abdicar da tese da separação, o autor vai um pouco além do que um positivista tradicional admitiria. Segundo ele, “ao invés de dizer que nada é lei a menos que promova o bem público, podemos querer dizer que nada é lei a menos que pretenda promover o bem público, isto é, a menos que se apresente como orientada nesta direção” (WALDRON, 2008, 702). Assim, o caráter público do direito deve estar associado a duas características principais, a saber: *i*) as normas devem pretender ser colocadas para toda a sociedade e, *ii*) as normas devem versar sobre matérias de interesses da sociedade como tal, e não apenas sobre matérias de interesse pessoal ou grupal dos envolvidos em sua formulação. Para o autor, os positivistas contemporâneos não prestam a atenção devida ao caráter público da lei, notadamente, ao fato de que a lei se apresenta não somente como um conjunto de comandos emitidos por uma autoridade competente e reconhecidos por uma elite, “mas também como um conjunto de normas feitas publicamente e emitidas em nome do público, normas que as pessoas comuns podem em algum sentido apropriar-se enquanto membros do público” (WALDRON, 2008, 684) Isso não significa, é claro, a defesa de que a lei esteja de acordo com uma concepção de bem público, mas sim que para ser aceita como vinculante por pessoas que discordam sobre o significado do bem público a norma precisa estar orientada nessa direção (cf. STACEY, 2010, 763).

e) *Generalidade*: na esteira do que ocorre com a publicidade, Waldron considera que a generalidade também é uma característica do direito pouco explorada na teoria positivista. A generalidade possui, para a teoria do direito, três aspectos relevantes: primeiramente, enfatiza-se o aspecto público da lei que é aplicada igualmente a cada membro da comunidade; em segundo lugar, cria uma estrutura de regras previsíveis de acordo com as quais as pessoas, na condição de agentes racionais, podem organizar suas vidas, suas metas e objetivos; em terceiro lugar, a lei aplica-se genericamente a cada um porque é promulgada em nome de toda a comunidade. O maior interesse de Waldron recai exatamente sobre a relação da generalidade com a igualdade de status dos cidadãos. A noção de generalidade abarca a ideia de tratamento equitativo pelo direito, haja vista estar implícito na ideia de generalidade da norma que todos serão considerados do mesmo modo e que não haverá discriminações, exceto se previsto em norma geral. Entendida deste modo, a generalidade é uma característica bastante significativa para uma teoria do direito democrática.

(cf. WALDRON, 707-708). Ao analisar estas características do positivismo jurídico, Waldron acaba por colocar ênfase em alguns aspectos não ressaltados pelos positivistas contemporâneos, os quais aproximam a sua teoria positivista de uma teoria democrática do direito.

Considerações finais: o conteúdo moral remanescente na fundamentação do direito e da política

Como visto acima, embora abrace uma fundamentação da política e do direito que rejeita valores morais como critérios substantivos que figurem como critérios de avaliação, tanto a teoria política de Waldron quanto sua teoria do direito acabam por manter uma conexão com a moral.

No que diz respeito ao positivismo jurídico normativo, a permanência da moralidade é claramente reconhecida por Waldron em vários de seus textos. De modo geral, a moralidade e a própria normatividade da perspectiva positivista defendida por Waldron incide não sobre o conteúdo do direito, mas sobre sua forma, isto é, sobre quais devem ser as fontes do direito, quais devem ser os critérios de reconhecimento, como o direito não deve depender de critérios morais substantivos e que o direito deve possuir um caráter público e geral. A forma, contudo, acaba por interferir no conteúdo, buscando impedir a arbitrariedade na elaboração, na interpretação e na aplicação do direito.

No que diz respeito à fundamentação da política, esse ponto não está tão claro como no que diz respeito ao direito. Mas é inevitável levantar essa questão quando o próprio autor reconhece que no âmbito da política e das práticas democráticas tudo está aberto ao debate, desde que se tenha no horizonte um desacordo razoável ou de boa fé. Assim, se a teoria política de Waldron insere-se no rol das teorias políticas realistas, essa vinculação se daria pela via do que Rossi e Sleat chamam de versão fraca do realismo político (cf. ROSSI; SLEAT, 2014, 690). Segundo os autores, a versão mais fraca da afirmação realista aceita que existe um lugar para a moralidade na política, mas procura assinalar a independência da política em relação à moral. Nesta perspectiva, não existe um contraste tão acentuado entre política e moralidade, e a moralidade pode desempenhar um papel no fornecimento de uma fonte de normatividade política, mas continua a ser importante apreciar a forma como a política se constitui como uma esfera distinta da atividade humana, com as suas próprias preocupações, pressões e fins que não podem ser reduzidos à ética.

Notas

¹ Professora Adjunta no Departamento de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFPR. Bolsista de Produtividade do CNPq. Pesquisadora vinculada aos projetos de pesquisa coletivos CAPES-PROBRAL (UFPR/UFSC/ Vechta Universität /Alemanha, 2022-2024); CAPES-COFECUB (UFPR/USP/Sorbonne/Rennes/França, 2020-2022); Pesquisadora colaboradora no Projeto Cosmopolitanism: Justice, Democracy and Citizenship without Borders (Fundação para a Ciência e Tecnologia /Portugal). Doutora em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (2013) com Doutorado Sanduíche na Columbia University/EUA - 2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (2003). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001). Realiza pesquisa nas áreas de Filosofia Política moderna e contemporânea, Filosofia do Direito e Teorias da Democracia.

² Além do trabalho de Galston, outra excelente revisão das teorias atualmente consideradas realistas pode ser encontrada em: STEARS, 2007.

³ No âmbito das críticas ao positivismo jurídico, Ronald Dworkin talvez tenha sido o maior expoente. Sem retornar às teses centrais do jusnaturalismo, Dworkin reivindica uma reconexão entre direito e moral, tese rejeitada pelo positivismo jurídico, e critica o positivismo jurídico em sua vertente hartiana em três principais pontos: primeiramente, a crítica recai sobre a regra de reconhecimento ou pedigree, isto é, a tese segundo a qual as regras jurídicas têm origem a partir de um procedimento que não tem a ver com o seu conteúdo, mas ao modo pelo qual foram elaboradas de acordo com uma norma superior (o que, eventualmente, pode dar origem a uma lei injusta); a segunda crítica volta-se contra o poder discricionário do intérprete do direito nos casos de lacunas ou de casos difíceis que, no entendimento de Dworkin, não se trata de um poder discricionário em sentido fraco, como sustentado pelo positivismo jurídico, mas sim de um poder discricionário em sentido forte, que permite ao intérprete ir além do conjunto de regras existentes; a terceira grande crítica, bastante relacionada à anterior, foca-se na noção de obrigação jurídica, ou seja, para haver obrigação jurídica deve haver uma norma anterior que a estabeleça e, se o intérprete do direito decide uma matéria controversa exercendo um poder discricionário em sentido forte (criando novas regras), ele está propriamente criando uma obrigação jurídica que não existia anteriormente, haja vista não haver direito determinando-a (cf. DWORKIN, 2002, 27- 72).

⁴ Sobre o positivismo jurídico normativo de Waldron, ver: CONSANI, 2015b.

⁵ Entre os autores que vinculam a teoria de Waldron ao realismo político encontram-se STEARS, 2007; GALSTON, 2010; SLEAT, 2013; ROSSI, SLEAT,

2014; BELLAMY, 2016. O próprio Waldron não faz essa vinculação (cf. WALDRON, 2016, p. 5).

⁶ Um estudo sobre o papel do direito e do Estado diante da intolerância pode ser encontrado em um livro recente de Waldron, chamado *The Harm in Hate Speech* (cf. WALDRON, 2012). Nesse texto o autor defende a legitimidade de leis coibindo discursos de ódio por entender que se trata de uma manifestação de intolerância, que afeta a dignidade dos atingidos e prejudica o ambiente democrático salutar para as sociedades hodiernas. Nesse sentido, a intolerância ou a insistência em um desacordo não razoável é entendida como algo que tem o condão de colocar em risco as práticas democráticas de uma sociedade. Para uma análise desses argumentos, ver: CONSANI, 2015a.

⁷ Waldron difere a sua versão do positivismo jurídico normativo daquela associada ao positivismo de Kelsen e Hart, uma vez que para esses autores o termo “normativo” é utilizado apenas para identificar o direito com normas jurídicas (em sentido oposto ao poder, ao comando e às sanções como um fato), mas a metodologia permanece descritiva. A versão normativa ou prescritiva do positivismo jurídico tem sido chamada também de positivismo ético, como na obra de Tom Campbell. O termo “positivismo ético” também é recusado por Waldron em razão de sua possível ênfase em uma teoria normativa mais focada em padrões de comportamento individual do que institucional. Cf. WALDRON, 2001, 411-412.

⁸ Uma versão distinta dessa exposição do positivismo jurídico normativo de Waldron foi por mim publicada em 2015, na *Revista Quaestio Juris* (cf. CONSANI, 2015b). Naquele texto, minha intenção foi apresentar o positivismo jurídico normativo com foco na teoria de Waldron e ressaltar suas peculiaridades no âmbito das teorias positivistas do Direito. Aqui, apresento o positivismo jurídico de Waldron com o intuito de cotejá-lo com sua teoria política e acentuar os aspectos normativos peculiares de ambas. Meu propósito é apontar as dificuldades enfrentadas pela teoria de Waldron, enquanto uma teoria que ressalta a importância dos conflitos, do desacordo, e de uma fundamentação política tanto da teoria do direito quanto da teoria política, em se desvincular completamente de elementos morais.

Referências

CAMPBELL, T. *Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy*. London: UCL Press, 2004.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionalism, and the practical difference thesis. In: COLEMAN, J. (org.). *Hart's postscript*. Essays on the postscript of the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001. 99-147.

COLEMAN, J. Negative and positive positivism. In: COLEMAN, J. (org.). *Markets, Morals and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. 3-27.

CONSANI, C. F. Democracia e os discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. In: *Ethic@*, v.14, n.2, 2015a. 174 -197.

CONSANI, C. F. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. In: *Quaestio Juris*, v. 08, n. 04, 2015b. 2424-2448.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. The Model of Rules. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 35, 1967. 13-46.

GALSTON, W. Realism in political theory. In: *European Journal of Political Theory*, 2010. 385-411.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Virgílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KRAMER, M. H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LATHAM-GAMBI, A. Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics. In: *The Review of Politics*, 83(2), 2021, 242-263.

MACCORMICK, N. A Moralistic Case for A-Moralistic Law. In: *Valparaiso University Law Review*, v. 20, n.1, 1985. 1-41.

MARMOR, A. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, J. et al. (orgs.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 104-124.

MARMOR, A. *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

RAZ, J. *The authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

- RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- ROSSI, E.; SLEAT, M. Realism in Normative Political Theory. In: *Philosophy Compass*, v. 9/10, 2014. 689–701.
- SLEAT, M. *Liberal realism*. A realist theory of liberal politics. Manchester and New York: Manchester University Press, 2013.
- STACEY, R. Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron's Contribution to Political Positivism. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 30, n. 4, 2010. 749–773.
- STEARNS, M. Liberalism and the Politics of Compulsion. In: *British Journal of Political Science*, Vol. 37, No. 3 (Jul., 2007). 533-553.
- WALDRON, J. A majority in the lifeboat. In: *Boston University Law Review*, Vol. 90, 2010. 1043-1057.
- WALDRON, J. Can There Be a Democratic Jurisprudence. In: *Emory Law Journal*, v. 58, 2008. 675-712.
- WALDRON, J. Constitutionalism – A Skeptical View. In: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J. (orgs.). *Contemporary Debates on Political Philosophy*. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, 267-282.
- WALDRON, J. Kant's legal positivism. In: *Harvard Law Review*, v.109, n.7, 1996, 1535-1566.
- WALDRON, J. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999a.
- WALDRON, J. *Liberal rights: collected papers, 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- WALDRON, J. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, J. (org.). *Hart's Postscript*. Essays on the Postscript of 'The Concept of Law'. Oxford: Oxford University Press, 2001. 410-433.
- WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. In: *The Yale Law Journal*, 115, 2006. 1346-1406.
- WALDRON, J. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2012.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WILLIAMS, B. *In the Beginning was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

Received/Recebido: 25/11/2022

Approved/Aprovado: 29/12/2022