



Programa de pós-
graduação *Stricto
Sensu* em Ciência
Jurídica (PPCJ) da
UNIVALI



UMA INTRODUÇÃO AO POSITIVIMO JURÍDICO ÉTICO/NORMATIVO: A TEORIA DO DIREITO DE JEREMY WALDRON

Lucas Sipioni Furtado de Medeiros  

Luis Henrique Braga Madalena  

Bernardo Strobel Guimarães  

Contextualização: O trabalho contextualiza o debate em torno do positivismo jurídico ao apresentar a proposta de Jeremy Waldron, que transforma a tese descritiva da separação entre direito e moral em uma defesa normativa voltada às democracias constitucionais contemporâneas.

Objetivo: O objetivo do presente artigo é apresentar uma introdução ao positivismo jurídico normativo de Jeremy Waldron, teoria que busca articular o positivismo, até então uma tese descritiva por excelência, com uma tese prescritiva acerca do Direito.

Método: O presente estudo adota o método de pesquisa teórico-bibliográfico, fundamentado na análise crítica da literatura especializada em filosofia do direito e teoria jurídica. A abordagem é de caráter analítico e prescritivo, na medida em que busca não apenas descrever conceitos, mas também discutir seus fundamentos normativos e implicações para a teoria democrática e para o controle de constitucionalidade.

Resultados: O artigo conclui que a teoria normativa de Jeremy Waldron reafirma a separação entre direito e moral como requisito democrático, ao sustentar que o Poder Legislativo, por sua legitimidade representativa, deve prevalecer sobre o Judiciário na resolução de desacordos morais fundamentais.

Palavras-chave: Positivismo jurídico normativo; Jeremy Waldron; Controle de constitucionalidade.

AN INTRODUCTION TO ETHICAL/NORMATIVE LEGAL POSITIVISM: JEREMY WALDRON'S THEORY OF LAW

Contextualization: The paper contextualizes the debate around legal positivism by presenting Jeremy Waldron's proposal, which transforms the descriptive thesis of the separation between law and morality into a normative defense directed at contemporary constitutional democracies.

Objectives: The objective of this article is to present an introduction to Jeremy Waldron's normative legal positivism, a theory that seeks to articulate positivism—until then an essentially descriptive thesis—with a prescriptive thesis about law.

Methodology: This study adopts the theoretical-bibliographic research method, grounded in a critical analysis of specialized literature in legal philosophy and legal theory. The approach is analytical and prescriptive, insofar as it seeks not only to describe concepts but also to discuss their normative foundations and implications for democratic theory and for constitutional

Results: The article concludes that Jeremy Waldron's normative theory reaffirms the separation between law and morality as a democratic requirement, by maintaining that the Legislative Power, due to its representative legitimacy, must prevail over the Judiciary in the resolution of fundamental moral disagreements.

Keywords: Normative legal positivism. Jeremy Waldron. Judicial Review.

UNA INTRODUCCIÓN AL POSITIVISMO JURÍDICO ÉTICO/NORMATIVO: LA TEORÍA DEL DERECHO DE JEREMY WALDRON

Contextualización del tema: El trabajo contextualiza el debate en torno al positivismo jurídico al presentar la propuesta de Jeremy Waldron, que transforma la tesis descriptiva de la separación entre derecho y moral en una defensa normativa dirigida a las democracias constitucionales contemporáneas.

Objetivos: El objetivo del presente artículo es presentar una introducción al positivismo jurídico normativo de Jeremy Waldron, teoría que busca articular el positivismo —hasta entonces una tesis eminentemente descriptiva— con una tesis prescriptiva acerca del Derecho.

Metodología: El presente estudio adopta el método de investigación teórico-bibliográfico, fundamentado en el análisis crítico de la literatura especializada en filosofía del derecho y teoría jurídica. El enfoque es de carácter analítico y prescriptivo, en la medida en que busca no solo describir conceptos, sino también discutir sus fundamentos normativos e implicaciones para la teoría democrática y para el control de constitucionalidad.

Resultados: El artículo concluye que la teoría normativa de Jeremy Waldron reafirma la separación entre derecho y moral como requisito democrático, al sostener que el Poder Legislativo, por su legitimidad representativa, debe prevalecer sobre el Poder Judicial en la resolución de desacuerdos morales fundamentales.

Palabras clave: Positivismo jurídico normativo. Jeremy Waldron. Control judicial.

INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico, desde John Austin, se caracteriza por ser uma proposta teórica descriptiva. Autores como Herbert Hart, Joseph Raz, Scott Shapiro, Wilfrid Waluchow, Matthew Kramer, dentre outros, buscam uma descrição moralmente neutra daquilo que o Direito é; e não, a partir de fortes juízos morais, defender o que ele deve ser. Nessa medida, o positivismo jurídico clássico e suas variadas vertentes são, à luz do defendido por seus autores, teorias descriptivas moralmente neutras que buscam explicar a natureza do Direito enquanto instituição social.

Jeremy Waldron trilha um caminho diferente. Segundo ele, uma tese meramente descriptiva não é suficiente para dar conta dos desafios inerentes à construção de uma concepção de Direito adequada às democracias constitucionais contemporâneas. Por essa razão, ele busca articular o positivismo com uma tese normativa acerca do Direito, no sentido de que manter separadas conceitualmente as esferas do Direito e da moralidade é algo a ser valorizado e encorajado.¹ Isto é, há a defesa de um dos pilares do positivismo jurídico (a tese da separação entre o Direito e a Moral), mas não em porque o Direito é assim, não porque a natureza do Direito por si só interdita avaliações morais. O argumento não é descriptivo, mas normativo: é melhor que o Direito seja separado da moral.

Dito isso: é possível se falar em uma versão normativa de positivismo? As bases teóricas fundamentes do positivismo, que caracterizam a teoria como tal, não são descriptivas por natureza? Quais os argumentos explorados por Waldron para defender uma versão normativa de positivismo jurídico? Em que sentido e com base em quais argumentos Waldron questiona um dos institutos jurídicos mais consolidados nas democracias constitucionais contemporâneas: o controle de constitucionalidade das leis? É sobre essas e outras questões que o presente artigo se debruçará.

1. POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO ENTRE O POSITIVISMO INCLUDENTE E O POSITIVISMO INCLUDENTE E O POSITIVISMO EXCLUDENTE

Em uma visão ampla, classificar uma teoria como positivista significa reconhecer que ela subscreve ao menos duas teses principais:² a tese das fontes sociais e a tese da separação entre Direito e Moral. Nas palavras de Jules Coleman e Brian Leiter,

¹ WALDRON Jeremy. *Normative (or Ethical) Positivism*. In: COLEMAN, Jules. (Ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 411.

² Existem divergências. Há autores que falam em apenas uma tese (STRUCHINER, Noel. Algumas "proposições fulcrais" acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In.: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI (orgs.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 409-411), e há autores que fazem referência a três teses (TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 83-84).

Todos os positivistas compartilham duas crenças centrais: primeiro, que o que conta como direito em qualquer sociedade particular é fundamentalmente uma questão de fato ou convenção social (“a tese social”); segundo, que não há uma conexão necessária entre o direito e moralidade (“a tese da separabilidade”). Os positivistas diferem entre si, no entanto, sobre a melhor interpretação desses compromissos centrais do positivismo.³

O foco, para a finalidade do presente artigo, está na segunda dessas teses, a da separabilidade, que faz uma cisão entre validade jurídica e validade moral para afirmar que a validade de uma norma jurídica não depende necessariamente da correção moral de seu conteúdo. Uma coisa é a validade da norma; outra, a sua adequação à moralidade. Isso quer dizer, então, que para um positivista não há nenhum problema em se afirmar que uma norma não deixa de ser jurídica por ser moralmente iníqua, da mesma forma que uma norma não passa a ser jurídica somente pelo fato de ser moralmente cogente. Há testes de validade jurídica que são convencionais (tese das fontes), e eles não envolvem necessariamente qualquer espécie de avaliação moral. Como esclarece H. L. A. Hart, reconhecer a influência que a Moral exerce sobre o Direito é algo bem diferente de afirmar que somente será jurídica uma norma que seja também moralmente correta.⁴

Agora, por que o uso da palavra “necessariamente” no parágrafo anterior? Por que não simplesmente afirmar que para o positivismo uma norma jurídica não depende da correção moral de seu conteúdo? A resposta é: porque, como indicado por Coleman e Leiter na citação acima, diferentes positivistas apresentam interpretações e argumentos distintos em defesa da teoria. Para dar conta dessas particularidades, um recorte bastante comum é dividir o positivismo jurídico descritivo em duas grandes correntes: o positivismo excludente e o positivismo includente. A diferença entre elas surge quando analisamos de perto as conexões entre o Direito e a Moral admitidas no conceito de Direito adotado. Para os positivistas includentes, é possível – mas não necessário – que a regra de reconhecimento⁵ do sistema incorpore critérios morais nos testes de validade jurídica. Já para os positivistas excludentes, os testes que determinam a validade do Direito *jamais* envolverão considerações morais.

Joseph Raz, expoente do positivismo excludente, chama a tese social subscrita pelos positivistas includentes de fraca, na medida em que ela não impede expressamente que considerações morais tenham algum papel na definição do que é o Direito. Por isso,

³ “All positivists share two central beliefs: first, that what counts as law in any particular society is fundamentally a matter of social fact or convention (“the social thesis”); second, that there is no necessary connection between law and morality (“the separability thesis”). Positivists differ among themselves, however, over the best interpretation of these core commitments of positivism.” Em COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Legal positivism. In.: PATTERSON, Dennis M. (org.). **A companion to philosophy of law and legal theory**. 2. ed. Chichester: Blackwell, 2010, p. 228.

⁴ HART, H. L. A. **The concept of law**. 2 ed. With a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 185.

⁵ A regra de reconhecimento define os critérios que devem ser satisfeitos pelas outras regras do sistema para que elas adquiram o caráter de juridicidade. Ver HART, H. L. A. **The concept of law**. 2 ed. With a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 100 e ss.

ele a reformula em termos mais fortes (e chama essa reformulação de tese das fontes): uma teoria do direito somente é adequada para explicar seu objeto caso os testes que ela prevê “[...] para a identificação do conteúdo do direito e determinação de sua existência dependam exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de ser descritos em termos livres de valores e explicados sem recursos a argumentos morais”.⁶ A diferença, pois, entre “[...] as teses sociais fraca e forte é que a forte insiste, enquanto a fraca não o faz, que a existência e o conteúdo de toda lei são completamente determinados por fontes sociais”.⁷

Por sua vez, os positivistas includentes aceitam a moral como parte dos “[...] fundamentos possíveis para se estabelecer a existência e o conteúdo das leis positivas válidas, isto é, das leis sancionadas ou criadas por seres humanos através de legislaturas, tribunais ou dos costumes”.⁸ Eles, portanto, aceitam que os princípios de moralidade política, inclusive aqueles carentes de uma fonte social, *podem* fazer parte do Direito e exercer um papel relevante tanto na sua identificação quanto na sua aplicação (a palavra-chave aqui é *podem*), basta que a regra de reconhecimento do sistema assim o permita. Já os excludentes aceitam a relevância dos princípios apenas na *interpretação e aplicação* do Direito, negando que princípios morais possam figurar entre os critérios de validade do direito.

Veja que a afirmação dos positivistas includentes não é no sentido de que existe uma conexão necessária entre o Direito e a Moral no que toca à validade. O argumento mais brando: defendem não haver impedimento para que a regra de reconhecimento de um sistema qualquer incorpore critérios morais de validade jurídica. Somente se isso acontecer é que as normas desse sistema precisarão se adequar ao conteúdo moral previsto na regra para serem válidas, já que a relação admitida entre validade jurídica e considerações morais é sempre contingente (depende do que está contido na regra de reconhecimento), jamais obrigatória.

E onde se encaixa o positivismo normativo nesse debate? Como visto na introdução, a defesa feito pelo positivismo normativo da tese de separabilidade se dá em termos normativos: é melhor que o Direito seja separado da Moral. Note-se que não há, aí, uma negação da tese da incorporação, defendida pelos positivistas includentes. Na

⁶ “[...] for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behavior capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument.” Em RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press, 1979, p. 39-40.

⁷ “[...] the weak and the strong social theses is that the strong one insists, whereas the weak one does not, that the existence and content of every law is fully determined by social sources”. Em RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press, 1979, p. 46.

⁸ “[...] fundamentos posibles para establecer la existencia y el contenido de las leyes positivas válidas, es decir, de las leyes sancionadas o creadas por seres humanos por medio de legislaturas, tribunales o la práctica consuetudinaria.” Em WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Traducción de Marcela S. Gil y Romina Tesone. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 17.

verdade, em termos descritivos, Waldron chega a indicar que a proposta includente está mais ou menos correta, já que grande parte dos sistemas jurídicos contemporâneos adotam testes morais de validade jurídica. O ponto, porém, é que para o positivismo normativo seria melhor se o Direito fosse do jeito que o positivista excludente diz que ele é.⁹

Nesse sentido, o positivismo jurídico normativo¹⁰ pode ser conceituado como uma teoria que dá razão aos positivistas includentes e ao mesmo tempo prescreve uma tese da separabilidade forte, como fazem os positivistas excludentes: sob o aspecto descritivo e conceitual, o positivismo normativo reconhece que grande parte dos sistemas jurídicos contemporâneos possuem testes morais de validade jurídicas; todavia, normativamente falando, condena a tese da incorporação e defende que há boas razões para se separar o Direito da moralidade, para se adotar uma teoria que estabelece diferenças rígidas entre juízos jurídicos de juízos morais. Nas palavras de Waldron, o positivismo normativo é a tese segundo a qual “[...] o Direito deve ser de tal maneira que decisões judiciais possam ser tomadas sem o exercício de julgamento moral”; se trata de uma teoria que realiza uma reivindicação moral ao identificar “[...] a contaminação de uma decisão judicial por juízos morais como uma desvantagem moral; diz que perdemos algo de valor quando isso acontece”.¹¹

E, claro, há discussões sobre a própria viabilidade teórica do positivismo jurídico normativo. Jules Coleman, por exemplo, chega a afirmar que como o positivismo normativo é uma tese sobre o positivismo jurídico, e não uma tese sobre os fundamentos do positivismo, ele não se sustenta sem o positivismo descritivo, que estabelece as possibilidades conceituais sobre as quais o positivista normativo irá teorizar.¹² Isto é: “Uma vez que o positivismo normativo pressupõe o positivismo jurídico enquanto tese conceitual, dificilmente pode ser pensado como uma alternativa a esse último [...]”.¹³

Waldron não concorda com a crítica. Para ele, as hipóteses levantadas pelo

⁹ WALDRON Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules. (Ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 414.

¹⁰ Uma questão terminológica: Waldron sugere que sua proposta teórica também pode ser chamada de positivismo ético, termo que, inclusive, é adotado por Tom Campbell, autor que compartilha de grande parte das teses waldronianas. Contudo, ele acaba por rejeitar essa terminologia, sustentando para tanto que o termo “ético” realça uma ideia de juízos pessoais, ao passo que sua teoria chama atenção exatamente para o fato de que aquilo que o Direito é não deve ser fortemente impactado por aquilo que seus operadores acreditam que ele seja. Em WALDRON Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules. (Ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 411-412.

¹¹ “[...] the law ought to be such that legal decisions can be made without the exercise of moral judgement.” e “[...] the contamination of legal decision by moral judgement as a moral disadvantage; it says that we lose some of value thereby.” Em WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 167.

¹² WALDRON Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules. (Ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 414.

¹³ “Since normative positivism presupposes legal positivism as a conceptual thesis, it can hardly be thought to replace the latter [...].” Em WALDRON Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules. (Ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 419.

positivismo normativo não dependem de argumentos conceituais e descriptivos. Em verdade, o argumento deve ser, desde o princípio, articulado em bases prescritivas/normativas.¹⁴ Nessa linha de raciocínio, o positivismo normativo não depende necessariamente da descrição fornecida pelos positivistas descriptivos principalmente porque as bases argumentativas que sustentam tal posição teórica são eminentemente normativas e moralmente avaliativas. Isso não quer dizer que Waldron rejeita a importância de uma descrição moralmente neutra acerca daquilo que o Direito é. Tanto é assim que, de certa forma, ele desenvolveu sua teoria a partir das teses do positivismo descriptivo, incluindo-a em um espaço lógico entre o positivismo includente e o excludente. É nesse espaço intermediário que se localiza o positivismo normativo, que condena normativamente a hipótese defendida pelos positivistas includentes e defende a tese social forte, advogada pelos positivistas excludentes.¹⁵

Note-se, inclusive, que Waldron não se limita a adotar uma posição defensiva, mas também tece críticas a uma postura teórica meramente descriptiva. Segundo ele, o positivismo jurídico conceitual não é capaz de fazer valer a sua tese na prática, pois sempre haverá uma demanda interpretativa que exigirá um juízo moral. Para Waldron, a forma como se concebe o positivismo jurídico tem implicações práticas, especialmente nos casos em que se exige a adoção de uma postura moral por parte do juiz. Enquanto na(s) concepção(ões) descriptiva(s) tais casos são tidos como ameaças ou contraexemplos, e explicados de um modo distorcido da realidade, para que se mantenha a pretensão descriptiva e moralmente neutra da(s) teoria(s), na versão normativa defende-se que eles nada mais são que elementos insatisfatórios do Direito que devem ser evitados, cabendo ao legislador, se for o caso, reformar o sistema para erradicá-los na medida do possível.¹⁶

2. POSITIVISMO NORMATIVO E TEORIA DA DEMOCRACIA: A DEMOCRATIC JURISPRUDENCE

Segundo Waldron, uma teoria sobre o Direito não pode ser cega para “[...] o fato de que pessoas razoáveis – desde cidadãos comuns até os mais gabaritados intelectuais –, ao argumentarem de boa-fé, geralmente manifestam argumentos e interesses diversos e conflitantes sobre aspectos decisivos para a prosperidade comunitária”.¹⁷ Por isso, o autor une ao positivismo jurídico uma teoria da democracia: o positivismo normativo nada mais é que uma proposta positivista

¹⁴ WALDRON, Jeremy. *Normative (or Ethical) Positivism*. In: COLEMAN, Jules. (Ed.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 421.

¹⁵ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. rev., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 215.

¹⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 167.

¹⁷ TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 206

sobre como o Direito apresenta-se e deve apresentar-se em regimes plurais e democráticos.

Antes de dar sequência à exposição, importante reforçar e complementar: a proposta de Waldron, chamada por ele de *democratic jurisprudence*, tem natureza prescritiva. Ao explorar as diversas conexões e convergências entre a democracia e o conceito de Direito, o autor avança afirmações sobre como o Direito deve ser para se compatibilizar com as democracias constitucionais contemporâneas. Na esteira de Lon Fuller, Waldron concebe o Direito como um conceito funcional: assim como somente compreendemos o conceito do termo “hospital” quando consideramos para que um hospital serve, somente seremos capazes de compreender adequadamente o conceito de Direito caso compreendamos, antes, para que ele serve.

A resposta, diz ele, é que o Direito pressupõe uma promessa com a justiça ou uma orientação à salvaguarda do bem comum. Note-se que, como positivista que é, Waldron não avança uma tese jusnaturalista. Ele não está dizendo que o Direito necessariamente deve ser justo, mas que ele promete justiça – essa é a sua função.¹⁸ E aqui, novamente, uma proposta teórica descriptiva positivista, por ser incompatível com avaliações morais, não é capaz de explicar essa promessa, muito menos o Direito. Então, a ideia não é primeiro descrever aquilo que o Direito é para depois incorporar a ele certos ingredientes democráticos ou realizar distinções e clarificações sobre como ele deve se apresentar em ambientes democráticos. Na verdade, Waldron está interessado em alguns elementos característicos do Direito em uma democracia, para demonstrar como eles materializam-se em uma teoria democrática.¹⁹

Ele identifica cinco questões principais que devem ser trabalhadas por uma teoria do direito (positivista e) democrática:²⁰ a) a preocupação institucional com as fontes jurídicas; b) a noção de regra de reconhecimento; c) a tese da separabilidade entre o

¹⁸ WALDRON, Jeremy. Legal and political philosophy. In.: COLEMAN, Jules; HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott (ed.). **The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 371.

¹⁹ WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº 08-35, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923>. Acesso em 28 set. 2021, p. 07-08.

²⁰ Além disso, por entender que os teóricos positivistas modernos são demasiadamente desprevensos com relação aos elementos que caracterizam o Direito como tal, ele propõe cinco requisitos que devem ser satisfeitos por um sistema para que a ele se atribua, de forma genuína, o rótulo do Direito. São eles: a) a existência de instituições responsáveis por aplicar o Direito aos casos individuais e que, nesse processo, respeitem a cláusula do devido processo legal; b) que ele seja composto por normas gerais e públicas; c) a existência de instituições responsáveis por criar o Direito através de um processo legislativo democrático, legítimo e previamente definido; d) que ele esteja orientado a satisfazer o bem comum; e e) que o sistema seja estruturado e respeite um mínimo de sistematicidade e coerência na criação, modificação e extinção das normas jurídicas. Ver WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº 08-50. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005>. Acesso em 28 set. 2021.

Direito e a moralidade; d) o caráter público do Direito; e) a generalidade do Direito.²¹

Em primeiro lugar: não é segredo que, para um positivista, as fontes institucionais do Direito são relevantes não apenas para a identificação do seu conteúdo, mas também para a aferição da sua validade. Tudo se resume a um elemento principal: a fonte do Direito. Isso porque é de suma importância saber “quem” é/são o(s) responsável(is) pela criação das normas jurídicas e qual procedimento deve ser por ele(es) seguido. Quanto ao primeiro ponto, diz Waldron que todos aqueles governados têm o direito de participar dos processos de tomada de decisão, seja de forma direta ou indireta; quando ao segundo, diz ele que as instituições responsáveis por criar o Direito devem ser representativas e desenhadas de forma a garantir que nas discussões a participação dos membros seja equitativa e os desacordos em pauta analisados e resolvidos de forma responsável e respeitosa.²²

Em segundo lugar, na discussão sobre a regra de reconhecimento, a foco de Waldron está nos seus destinatários, e isso porque ele acredita que deixar somente nas mãos das autoridades a tarefa de identificar o Direito válido compromete o caráter democrático do sistema. Para ele, a afirmação de Hart no sentido de que o mais importante é que a regra de reconhecimento seja aceita e aplicada pelos oficiais do sistema, e não pelos cidadãos, é um convite à opressão e à arbitrariedade. Os destinatários da norma, até mesmo por falta de incentivo, não terão conhecimento sobre os critérios de validade presentes na regra de reconhecimento e, consequentemente, não serão capazes de exercer qualquer espécie de controle sobre as decisões tomadas pelos incumbidos de aplicá-las. Com efeito, o autor chama a atenção para o fato de que a regra de reconhecimento apenas será compatível com uma *democratic jurisprudence* caso os critérios nela presentes sejam aplicados e, especialmente, conhecidos tanto pelas autoridades do sistema quanto pelos cidadãos em geral.²³

Em terceiro lugar, sobre a tese da separabilidade entre o Direito e moral, diz Waldron que uma teoria democrática deve subscrevê-la por duas principais razões: a) primeiro, para que o senso de justiça de um indivíduo, seja ele um cidadão comum ou um oficial do sistema, não prejudique a identificação do conteúdo das normas jurídicas; b) segundo, para que não seja possível a defesa (arbitrária) de uma concepção apriorística de justiça ou moral. Os desacordos devem ser resolvidos a partir do debate entre cidadãos

²¹ WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº 08-35, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923>. Acesso em 05 set. 2021, p. 13-14.

²² WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº 08-35, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923>. Acesso em 05 set. 2021, p. 15-25.

²³ WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº 08-35, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923>. Acesso em 05 set. 2021, p. 25-33.

em igualdade de condições, e não a partir de um conteúdo pré-determinado e fechado acerca daquilo que a justiça ou a moral exige.²⁴ Em resumo, o positivismo normativo subscreve a tese da separabilidade pois parte do pressuposto de que, em ambientes plurais e democráticos, marcados pelo dissenso, o Direito não pode ser refém da teoria da justiça defendida por esta ou aquela autoridade, cidadão ou teórico.

Em quarto lugar, uma teoria democrática deve contemplar o caráter público do Direito, o que implica, por sua vez, duas afirmações: a) primeiro, que as normas devem ser direcionadas a toda a sociedade; b) segundo, que as normas devem versar sobre matérias de interesse geral, e não apenas sobre matérias que sejam de interesse dos seus criadores. Diz Waldron, então, que as leis não consistem apenas em comandos das autoridades aos cidadãos, mas também representam “[...] soluções públicas para problemas públicos, [bem como] formas públicas de abordar questões públicas”. Portanto, as normas jurídicas, em um ambiente democrático, devem ser dirigidas a todos e orientadas a satisfazer o interesse público.²⁵

Em quinto lugar, uma teoria democrática deve considerar a noção de generalidade das normas, o que implica três conclusões principais: i) que as consequências de um ato normativo devem ser dirigidas a todos os cidadãos que nela se enquadram, indistintamente; ii) que os valores de coordenação e previsibilidade das regras devem ser ressaltados, de forma a possibilitar que os indivíduos possam organizar suas vidas sem surpresas legislativas e/ou judiciais; e iii) a lei aplica-se a todos os indivíduos porque foi criada por uma instituição que, embora composta por um número limitado de membros, representa toda a comunidade por ter sido fruto da vontade popular exercida através do voto. A maior preocupação de Waldron está no primeiro ponto, e isso porque o autor acredita que tratar todos iguais perante a lei é um objetivo que deve ser perseguido por toda e qualquer teoria que se diga democrática.²⁶

Temos então que da união entre os elementos de (iv) publicidade e (v) generalidade do Direito com uma proposta de leitura democrática da (i) tese das fontes e da (ii) regra de reconhecimento surge a *democratic jurisprudence*, uma teoria que concebe a (iii) tese da separabilidade entre o Direito e a moral não como meramente conceitual, mas sim normativa; uma tese que reforça a ideia de que o Direito, em uma democracia,

²⁴ WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº 08-35, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923>. Acesso em 05 set. 2021, p. 33-38.

²⁵ WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº 08-35, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923>. Acesso em 05 set. 2021, p. 38-45.

²⁶ WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº 08-35, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923>. Acesso em 05 set. 2021, p. 45-57.

pode fazer mais do que apenas servir a essa ou aquela teoria da justiça.

3. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE DEMOCRACIA E JUDICIAL REVIEW

Waldron e Dworkin divergem com relação a um aspecto fundamental para a teoria do Direito: “quem” deve ter a última palavra na resolução dos desacordos morais em uma comunidade política democrática? Para o Dworkin, em razão da sua concepção de direitos enquanto trunfos contra a maioria e do seu ceticismo em relação aos resultados decorrentes de um apego desmedido ao princípio majoritário, é o Judiciário. Diz o autor que os juízes estão muito mais propensos a decidirem corretamente que os legisladores porque não estão sujeitos às pressões inerentes à vontade e soberania popular. Aqui, o ponto de Dworkin é que, em termos institucionais, os juízes estão mais bem posicionados que os legisladores para tomar decisões corretas sobre direitos.²⁷

Para Dworkin, deixar a cargo dos juízes a resolução de questões moralmente controversas não significa, por si só, um menosprezo à democracia. Pelo contrário. O *judicial review* é uma exigência da democracia. Uma decisão judicial sobre uma questão moralmente controversa ou declarando a constitucionalidade de uma determinada lei somente configura um prejuízo para a democracia quando equivocada. Quando o juiz acerta, o que temos é uma melhora democrática. Neste ponto alguém poderia arguir que como são frequentes os casos em que o Judiciário se equivoca, existem boas razões para se defender uma visão contrária ao *judicial review*. A isso, responde Dworkin que certamente decisões judiciais equivocadas prejudicam a democracia, mas o prejuízo é o mesmo quando o erro parte dos legisladores. E, dado que a possibilidade de erro é simétrica, não existem razões para se preferir um órgão em detrimento do outro com base nesse argumento.²⁸

E mais: Dworkin não só não enxerga prejuízos como também enxerga benefícios decorrentes do *judicial review*, que, além de suprir as deficiências inerentes a uma política majoritária, forçando o início de um debate mesmo quando os legisladores, em sua maioria, optam pelo silêncio, também permite que algumas discussões sejam retiradas do campo da batalha da política do poder e deslocadas para o fórum de princípio: o *judicial review* representa a promessa de que os conflitos mais fundamentais entre os indivíduos e entre estes e a sociedade serão, finalmente, resolvidos enquanto questões de justiça.²⁹

Waldron, por outro lado, defende uma visão diametralmente oposta. Para ele, o “[...] controle judicial da legislação é um método inapropriado de decisão final em uma

²⁷ DWORKE, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 25.

²⁸ DWORKE, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the american constitution**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 32-33.

²⁹ DWORKE, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 70-71.

sociedade livre e democrática".³⁰ Insistir nessa ideia, tão difundida pelos defensores do *judicial review*, de que o processo legislativo serve a interesses espúrios e está sujeito a toda a sorte de pressões, ao passo de que os tribunais são "fóruns de princípio" que estão a serviço da proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, serve a um e tão somente um propósito: obscurecer as inconsistências democráticas subjacentes um instituto que permite que autoridades não sujeitas ao controle popular possam invalidar a legislação democraticamente votada pelos representantes do povo. É uma noção, diz Waldron, que idealiza o Poder Judiciário e coloca o Poder Legislativo sob a sua pior luz.³¹

E mais: defender a possibilidade de os juízes controlarem amplamente a constitucionalidade dos atos dos legisladores faz com que o foco de toda a preocupação seja direcionado ao Judiciário³² em detrimento do Poder Legislativo, que cada vez mais tem caído em descrédito. Diante desse cenário, Waldron toma para si a missão de recuperar a legislação como uma fonte do Direito a ser levada a sério. Seu objetivo é apresentar o processo legislativo como a instância onde

[...] os representantes da comunidade se reúnem para resolver solene e explicitamente sobre esquemas e medida comuns que devem prevalecer em nome de todos, e eles faze isso de uma forma que reconhece e respeita abertamente (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles.³³

Isso não significa que Waldron pretende apresentar uma visão romantizada acerca do processo legislativo, muito menos que ele ignora os inúmeros avanços sociais que foram garantidos e oportunizados por intermédio de decisões judiciais. Esse reconhecimento, porém, diz ele, é praticamente a única coisa que se pode dizer em favor do *judicial review*.³⁴ Até mesmo por isso, ele busca articular seus argumentos contra o controle judicial da legislação sem levar em consideração suas diversas manifestações históricas ou seus resultados positivos e negativos. Seu foco está em analisar (i) o modo

³⁰ "[...] judicial review of legislation is inappropriate as a mode of final decisionmaking in a free and democratic society." Em WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1348.

³¹ WALDRON Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 01-02.

³² Neste ponto, interessante explorar uma afirmação de Lon Fuller que, embora não relacionada diretamente às discussões em torno do *judicial review* e não explorada abertamente por Waldron, reforça o seu argumento. Diz Fuller que há "[...] sérias desvantagens em qualquer sistema que olha somente para os tribunais como baluartes contra a ilegal administração do Direito. Isso faz com que a correção de abusos dependa da vontade e da capacidade financeira daquele que foi afetado para levar seu caso ao conhecimento do juiz". ("[...] serious disadvantages in any system that looks solely to the courts as a bulkwork against de lawless administration of the law. It makes the correction of abuses dependent upon de willingness and financial ability of the affected party to take his case to litigation.") Em FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 81.

³³ "[...] the representatives of the community come together to settle solemnly and explicitly on common schemes and measures that can stand in the name of them all, and they do so in a way that openly acknowledges and respects (rather than conceals) the inevitable differences of opinion and principle among them." Em WALDRON Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 02.

³⁴ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1348.

como os juízes exercem seus poderes e (ii) com que espírito eles abordam a legislação antes de validá-las ou invalidá-las, e isso para demonstrar que o *judicial review* (iii) impede os cidadãos de focarem no que realmente importa nas questões sobre as quais eles discordam, já que a linguagem e a prática jurídica envolvem inúmeras questões secundárias, a exemplo de discussões em torno de interpretação, precedentes, doutrinas etc, e (iv) é uma prática politicamente ilegítima e antidemocrática, na medida em que retira dos indivíduos o poder de decidir sobre questões que impactam suas vidas e o deposita, contraditoriamente, no voto majoritário de alguns poucos juízes não-eleitos.³⁵

Antes de dar sequência à exposição dos motivos que levam Waldron a tachar de antidemocrático controle judicial das leis, três esclarecimentos são necessários. Primeiro, a visão de Waldron se limita ao controle dos atos do Poder Legislativo. Em relação ao Poder Executivo e decisões administrativas, ele enxerga de forma positiva uma maior atuação judicial. Segundo, Waldron diferencia entre *weak judicial review* e *strong judicial review*, e direciona seus ataques ao segundo. A diferença consiste em que, nos países onde impera uma noção de controle de constitucionalidade fraco, os juízes analisam a legalidade/constitucionalidade das leis, mas não possuem a prerrogativa de invalidá-las ou não aplicá-las – eles emitem uma espécie de opinião oficial que pode ser considerada ou não pelo Poder Legislativo para fins de uma revisão da legislação. Por outro lado, no modelo de controle de constitucionalidade forte os juízes têm um amplo poder de controle sobre os atos do Legislativo, podendo deixar de aplicar ou revogar diretamente as leis que, na sua visão, são incompatíveis com a Constituição.³⁶

Em terceiro lugar, Waldron enumera quatro premissas que devem estar presentes para que sua teoria possa impactar positivamente a democracia de um país: a) a existência de instituições democráticas na sociedade que estejam funcionando dentro dos limites constitucionalmente traçados, especialmente um Legislativo eleito pelo sufrágio universal; b) instituições judiciais sólidas, cujos membros sejam selecionados de forma não-representativa e que tenham por função solucionar conflitos e garantir o império da lei e do Direito; c) um pacto compromissório da maioria dos cidadãos e autoridades em torno da ideia de proteção dos direitos individuais e dos direitos das minorias políticas; d) a existência de um dissenso permanente e de boa-fé entre os membros da comunidade com relação aos direitos e garantias que lhes são conferidos pela Constituição. É então, somente em uma sociedade que satisfaça essas quatro condições que Waldron propõe que os desacordos morais sejam solucionados pelas instituições legislativas, e não pelo Poder Judiciário; se esses quatro requisitos estiverem satisfeitos, a defesa de um controle

³⁵ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p.1351 e 1353.

³⁶ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p.1353-1355.

judicial forte da legislação se torna “[...] fraca e pouco convincente, e não há necessidade de que as decisões sobre direitos tomadas pelos legisladores sejam avalizadas pelos tribunais”.³⁷ Em outras palavras, em sociedades compromissadas com a proteção de direitos e caracterizadas pela existência de instituições democráticas consolidadas, o mais apropriado é que as decisões sobre questões decisivas sejam tomadas em um ambiente [...] mais aberto – mais explicita e deliberadamente aberto – às contribuições da sociedade do que são os tribunais”.³⁸

Retornando à sua divergência com Dworkin, Waldron rebate o argumento de que pouco importa o órgão que vai decidir a disputa – o Legislativo ou o Judiciário –, desde que a resposta por ele fornecida seja a resposta correta. Para ele, a democracia sempre perde quando os desacordos sociais em relação a temas fundamentais para o bem-estar da sociedade são resolvidos por uma instituição não democrática, seja a resposta correta ou não. É necessário que a decisão correta seja tomada pela instituição correta.³⁹ Complementando, sustenta o autor que a própria existência de resposta corretas acerca de desacordos morais razoáveis não é uma questão relevante a ser considerada na discussão e, consequentemente, não pode servir de justificativa para empoderar o juiz com a prerrogativa de tomar uma decisão em nome de toda a sociedade.⁴⁰

Neste ponto, importante notar que, ao contrário do que possa parecer, Waldron não é um relativista moral. A questão por ele levantada é que resolver conflitos politicamente não é o mesmo que descobrir a única solução correta, até mesmo porque cada um dos envolvidos na discussão acreditar ser o detentor da resposta correta, sem dispor, porém, dos meios para demonstrá-la. A verdadeira questão a ser considerada não é se existem ou não respostas corretas para desacordos morais, mas que não existe uma metodologia compartilhada por nós que permita provar a todos qual seria essa resposta. Não existe, diz Waldron, acordos com relação ao processo que deve ser seguido para se verificar a veracidade ou a falsidade de um argumento moral, de forma que mesmo aqueles que, como ele, acreditam em respostas corretas, não são capazes de identificar de forma unívoca e incontestável qual é essa resposta.⁴¹

Nessa linha de raciocínio um juiz, quando profere uma decisão sobre uma

³⁷ “[...] weak and unconvincing, and there is no need for decisions about rights made by legislatures to be second-guessed by courts.” Em WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p.1360.

³⁸ “[...] more open — and more explicitly and deliberately open — to societal input than courts are.” Em WALDRON, Jeremy. *Refining the question about judges' moral capacity*. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 07, n. 01, 2009, p. 69-82. Disponível em <<https://academic.oup.com/icon/article/7/1/69/665855?login=true>>. Acesso em 06 set. 2021.

³⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 302.

⁴⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 164.

⁴¹ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 179.

controvérsia moral, por não ser capaz de demonstrar, por “a mais b”, a correção moral da sua decisão, nada mais faz do que “[...] impor a sua opinião sobre tais fatos aos ‘desafortunados litigantes’ que se apresentam diante dele”.⁴² E, se é assim, se não há uma epistemologia compartilhada capaz de comprovar a higidez moral do raciocínio moral do juiz, não existem bons motivos (em termos democráticos) para se sustentar que a sua opinião prevaleça sobre a dos litigantes porque ele não foi eleito pelo povo para tomar essas espécies de decisões. Portanto, em qualquer caso, acredite o juiz em resposta corretas ou não, ele deve ter em mente que “[...] haverá ao menos um nível de arbitrariedade na prevalência de sua posição, seja ela uma (mera) *opinião* ou uma *crença* (genuína), sobre as outras”.⁴³

A partir disso tudo, Waldron identifica ao menos três problemas que estão relacionados com a ideia de arbitrariedade dos juízos morais nas decisões judiciais: imprevisibilidade, irracionalidade e ilegitimidade democrática. Imprevisibilidade porque como não existem acordos com relação ao processo que deve ser seguido para a identificação de quais juízos morais verdadeiros e quais são falsos, a existência de resposta corretas para questões moralmente controversas em nada contribui para a previsibilidade decisória. A única coisa que nos permite identificar qual será a possível resposta do juiz em relação a uma controvérsia moral posta diante dele hoje, diz Waldron, é avaliar quais foram as decisões proferidas por ele em relação a essa mesma questão no passado, análise essa que é possível mesmo se o objetivismo/realismo moral for uma doutrina falsa.⁴⁴

Irracionalidade porque mesmo que o juiz seja um realista moral, isto é, acredite na existência de resposta corretas, por não ser possível a comprovação da correção moral do seu raciocínio a partir de uma epistemologia compartilhada, ele estará, na prática, na mesma posição que estaria caso fosse um antirrealista moral.⁴⁵

E ilegitimidade democrática porque existindo uma resposta correta ou não, o fato é que por meio do *judicial review* a posição dos juízes e tribunais entrará inevitavelmente em conflito com a posição assumida pelos legisladores e convertida em norma jurídica geral e vinculante. E, mais uma vez, como não existe um método amplamente aceito e compartilhado para se demonstrar quais são as respostas corretas, por qual motivo a opinião do juiz deve sobressair sobre a visão dos legisladores, notadamente levando em conta o fato de que esses últimos possuem uma legitimação democrática falta aos

⁴² “[...] his opinion about such facts on the ‘hapless litigants’ who come before him.” Em WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 181.

⁴³ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. rev., e atual. Salvador: JUSPODIVM, 2021, p. 265.

⁴⁴ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 182.

⁴⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 183.

primeiros? E, quanto ao argumento *dworkiniano* de que os juízes estão em melhor condição de chegar a uma resposta correta, basta repetir: essa linha de argumentação ignora o fato de que, na prática, não existe nada que um juiz possa dizer ou argumentar em favor da objetividade de juízos morais.⁴⁶

Em resumo, para Waldron, quando diante de questões moralmente controversas, juízes chegarão a resultados diferentes mesmo quando estejam comprometidos com uma resposta correta, e isso porque não há nada na doutrina das respostas corretas professada por Dworkin que “[...] proporcione a algum deles qualquer razão para pensar que a sua visão é mais correta do que qualquer outra”.⁴⁷ Por tudo isso, existe algo de democraticamente incompleto e desgradavelmente condescendente em uma Constituição que “[...] capacita um pequeno grupo de juízes ou outros oficiais a vetar o que o povo ou seus representantes estabeleceram como sendo a resposta a questões controversas sobre o que a democracia exige”.⁴⁸

Nesse sentido, o *judicial review* é democraticamente ilegítimo pois retira a possibilidade de os cidadãos tomarem as decisões sobre questões que impactam as suas vidas em num processo genuinamente democrático e pautado na soberania popular. E, para piorar, por meio de tal instituto não há a substituição de um método de decisão majoritário por um outro método de decisão que favorece a proteção dos direitos das minorias. O que ocorre é uma substituição de uma decisão discutida, deliberada e votada pelos legisladores, que estão legitimados para tanto pelo voto de milhões de pessoas, por uma decisão discutida, deliberada e votada por um pequeno grupo de juízes não eleitos; o caráter majoritário da decisão permanece intacto, o que se altera são as pessoas competentes para proferi-la, que deixam de ser os representantes do povo e passam a ser magistrados que não possuem um dever de *accountability* claramente delimitado perante os cidadãos.⁴⁹

Não há, então, nada que indique que é melhor que caiba ao Poder Judiciário dar a última palavra acerca da interpretação do significado das cláusulas e diretivas constitucionais. O argumento das respostas corretas, haja vista não ser acompanhado de uma epistemologia compartilhada que nos permita encontrá-las de forma incontestável, em nada favorece o argumento em favor do *judicial review*. Pelo contrário, o prejudica, na medida em que se não existe uma forma definitiva para se chegar a respostas corretas

⁴⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 184-186.

⁴⁷ “[...] gives any of them a reason for thinking his own view is any more correct than any other.” Em WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 187.

⁴⁸ “[...] empowers a small grupo of judges or other officials veto what the people or their representatives have settled on as their answer to disputed questions about what democracy envolves.” Em WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 302-303.

⁴⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 15.

sobre desacordos morais, a opção mais democrática é atribuir a resolução desses acordos a uma instituição mais aberta à participação popular e menos sujeita a uma argumentação permeada de discussões em torno de precedentes, teorias da interpretação, doutrinas jurídicas etc.; é atribuir a resolução desses desacordos ao Poder Legislativo.

Em uma palavra final, não podemos esquecer que o império do Direito (*rule of law*) é o princípio segundo o qual as autoridades judiciais do sistema e os cidadãos devem obedecer e aplicar as leis mesmo que estas estejam em conflito com seus interesses ou que pessoalmente as considerem injustas, moralmente iníquas ou indesejáveis: a recusa de uma autoridade pública em cumprir a lei porque a toma por injusta ou politicamente incorreta, ou o ato do cidadão de optar por descumprir a lei por esses mesmos motivos, equivale a um abandono da “[...] própria ideia de Direito – [d]a própria ideia da comunidade [enquanto instituição legitimamente competente para] tomar uma posição acerca de uma questão sobre a qual seus membros divergem”.⁵⁰

3.1 Condições básicas para o florescimento de uma (genuína) democratic jurisprudence

Como vimos, Waldron elenca quatro condições mínimas que devem ser satisfeitas por uma sociedade para que seu pensamento contra o *judicial review* possa ser tomado em conta: a) a existência de instituições democráticas na sociedade que estejam funcionando de acordo com os limites traçados, especialmente um Legislativo eleito pelo sufrágio universal; b) instituições judiciais sólidas, cujos membros sejam selecionados de forma não-representativa e que tenham por função solucionar conflitos e garantir o império da lei; c) um pacto compromissório da maioria dos cidadãos e autoridades em torno da ideia de proteção dos direitos individuais e dos direitos das minorias políticas; d) a existência de um dissenso permanente e de boa-fé entre os membros da comunidade com relação aos direitos e garantias que a eles são garantidos.⁵¹ Vejamos mais detalhadamente cada um deles.

Primeiro, para que a dignidade da legislação possa ser usada como um argumento contra o *judicial review*, é preciso que na sociedade existam instituições democraticamente comprometidas e em pleno funcionamento, com destaque para um Legislativo forte e eleito pelo sufrágio universal. É preciso, ademais, que essas instituições estejam estruturadas de forma a efetivamente corresponderem aos anseios da sociedade e que os legisladores vejam a si mesmos como representantes tanto do seu eleitor quanto da sociedade como um todo. Note-se também que caso não esteja funcionando dessa

⁵⁰ “[...] very idea of law - the very idea of the community taking a position on an issue on which its members disagree.” WALDRON Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 37.

⁵¹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p.1360.

forma, das duas uma: ou o próprio órgão deve ter poderes de reforma ou deve haver a possibilidade de reforma pela própria população através de mecanismos de participação direta. Com efeito, para que a primeira condição seja satisfeita não basta a mera existência de instituições democráticas. Trata-se de uma exigência muito mais material que formal, baseada no mérito e na forma de atuação do processo legislativo.⁵²

A sociedade concebida por Waldron também possui um Poder Judiciário estabelecido e politicamente independente, competente para resolver as discussões concretas que surgem na sociedade. Waldron assume que os juízes possuem a prerrogativa para controlar os atos dos legisladores – a questão é se eles deveriam fazer isso e em quais circunstâncias suas decisões devem ser assumidas como definitivas –, bem como que, na sua atividade, eles (i) decidem os casos não a partir das suas próprias preferências, mas dando uma resposta à luz da Constituição e das leis; (ii) atuam com controvérsias em um contexto de representação adversarial – as pretensões de uma parte em oposição às pretensões da outra parte; (iii) respeitam os precedentes judiciais estabelecidos. Por fim, o Judiciário deve (a) ser composto por membros não eleitos, de forma que não pode fazer as vezes de Legislativo, (b) estar organizado em instâncias recursais com a previsão de uma Corte Suprema, cujas decisões servirão de referência para as instâncias menores e (c) possuir salvaguardas quanto a interferência política na atividade judicante de seus membros.⁵³

Em terceiro lugar, a maioria dos membros da sociedade deve estar comprometida com o ideal majoritário enquanto princípio geral da política e com a proteção dos direitos das minorias, que não podem ser violados por motivos de conveniência a uma maioria política. Essa proteção, ademais, deve estar não só incutida no espírito de comunidade bem como prevista em uma declaração de direitos que pode ou não ser parte da Constituição. Então, o terceiro requisito estará satisfeito quando os membros da sociedade acreditarem na busca do bem comum, além de aceitarem a ideia de que os indivíduos têm direito a determinadas liberdades que “[...] não devem ser negadas simplesmente porque conveniente para a maioria das pessoas. Eles acreditam que as minorias têm direito a um certo grau de apoio, reconhecimento e isolamento que não é necessariamente garantido por seu número ou por seu peso político”⁵⁴

O quarto requisito é a existência de desacordos sobre direitos, no sentido de que

⁵² WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p.1361-1362.

⁵³ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1363-1364.

⁵⁴ “[...] should not be denied simply because it would be more convenient for most people to deny them. 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.” Em WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p.1364-1366.

os indivíduos divergem sobre quais direitos existem e sobre o que eles realmente significam. Essas discordâncias, ademais, devem recair sobre as questões mais importantes, aquelas questões morais controversas que são pontos focais de divergência moral e política na grande maioria das sociedades modernas. Em outras palavras, o que é necessário é que os desacordos ocorram sobre questões políticas e morais que provocam uma atitude reflexiva na grande parte dos indivíduos da sociedade, que defenderão uma determinada solução a partir das suas próprias convicções, sem que se possa colocar em xeque, em razão do princípio democrático, a sinceridade dessa ou daquela posição defendida.

3.2 Poder legislativo vs. Poder judiciário, legisladores vs. Juízes

Ainda que as quatro condições acima explicitadas estejam satisfeitas no maior grau possível, isso não significa que o processo legislativo será perfeito, e isso porque todo processo decisório, seja ele legislativo ou judicial, está sujeito a falhas e a violação de direitos.⁵⁵ Por que, então, atribuir ao Poder Legislativo a última palavra? Por quais razões Waldron sustenta a primazia dos legisladores em relação aos juízes no que toca a tomadas de decisões sobre os desacordos morais fundamentais em sociedade? É o que veremos agora.

Segundo ele, existem basicamente duas espécies de razões que devem ser consideradas ao se avaliar a qualidade de determinado processo decisório: (i) razões relacionadas ao processo, que são aquelas atinentes ao procedimento que deve ser observado na resolução da controvérsia, notadamente “quem” é o decisor legítimo da questão e qual procedimento deve ser por ele seguido, e (ii) razões relacionadas ao resultado, que avaliam uma decisão não pelo procedimento adotado, mas pelo resultado alcançado. Ocorre que, como já visto, as segundas razões são altamente controvertidas, e, por isso, a avaliação qualitativa de um processo decisório deve estar pautada, sobretudo, nas razões relacionadas ao processo.

Waldron afirma que as razões relacionadas ao resultado, embora importantes, são por demais inconclusivas e não podem auxiliar em nada na resolução da controvérsia em torno da (i)legitimidade democrática do *judicial review*. As razões relacionadas ao processo, por outro lado, são objetivamente verificáveis e, para além disso, reforçam o descrédito em relação ao controle de constitucionalidade. Inclusive, ainda que a avaliação do processo decisório fosse realizada somente com base nas razões de resultado, não necessariamente o *judicial review* sairia vitorioso, e isso porque da mesma forma que os legisladores estão sujeitos a toda sorte de pressões contra os direitos, “[...] também

⁵⁵ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1366-1372.

existem coisas sobre os tribunais que dificultam que eles lutem diretamente com as questões morais que os desacordos sobre direitos apresentam".⁵⁶

Os defensores do *judicial review* encampam, basicamente, as seguintes razões de resultado em favor de sua posição teórica: a) os juízes estão mais bem posicionados para decidir corretamente desacordos sobre direitos pois a eles são apresentados casos concretos, ao passo que os legisladores lidam com questões mais abstratas; b) os juízes decidem seus casos com base nos direitos que já estão positivados no ordenamento jurídico; c) os juízes estão obrigados a justificar suas decisões, sob pena de nulidade.

Waldron responde a todos esses argumentos a partir das seguintes afirmações: (i) aquele que argumenta em favor do controle de constitucionalidade chamando a atenção para o fato de que juízes decidem casos concretos esquecem de levar em consideração que os órgãos judiciais mais propícios a decidir em definitivo os desacordos sociais, que são os tribunais superiores, atuam a partir de uma abordagem eminentemente abstrata; (ii) aquele que alega que os juízes tendem a agir corretamente porque baseiam suas decisões em documentos formais que consagram direitos esquecem que esses mesmos documentos estão lotados de cláusulas vagas e imprecisas que prejudicam a objetividade do raciocínio; (iii) apesar de existir, de fato, uma exigência de fundamentação, na prática os juízes não levam em considerações todas as razões a respeito de conflitos sobre direitos, concentrando a sua fundamentação nos fatos que confirmam a sua interpretação sobre o caso.⁵⁷

Além disso, todos esses argumentos que supostamente militam em favor do *judicial review* podem ser reformulados para prejudicá-lo, no seguinte sentido: a) os legisladores estão mais bem posicionados que os juízes para avaliar questões fáticas e casos individuais devido aos mecanismos de participação popular direta previstos no processo de tomada de decisão (iniciativa popular de leis, referendo, plebiscito, audiências públicas etc.), sem contar que não são raras as leis que surgem a partir de casos concretos e outras situações individuais que são levadas para a esfera pública; b) os legisladores, na solução de um desacordo moral, não estão amarrados a um documento de baixa densidade normativa, podendo colocar a questão a si próprios, se quiserem; c) os legisladores, assim como os juízes, justificam formalmente seus posicionamentos.⁵⁸

Então, considerando que as razões de resultado favorecem a ambos os lados,

⁵⁶ "[...] but there are also things about courts that make it difficult for them to grapple directly with the moral issues that rights-disagreements present." Em WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1395-1397.

⁵⁷ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1379-1386.

⁵⁸ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1379-1386.

necessário analisar a disputa com base nas razões relacionadas ao processo. A questão pode ser posta da seguinte forma: quando um cidadão discorda de uma decisão tomada por uma autoridade, a única resposta que pode ser oferecida a ele diz respeito ao processo pelo qual essa decisão foi tomada, pois, ainda que ele se oponha ao conteúdo, pode aceitar que a decisão foi resultado de um processo legítimo. No caso específico do Legislativo, isso conduz a duas perguntas: primeiro, por que deveriam os legisladores serem privilegiados para decidir questões que impactam a mim e a toda a sociedade?; segundo, partindo do pressuposto de que eu reconheço a legitimidade dos legisladores, porque não foi dado um maior peso aos pontos de vista daqueles que concordam comigo?⁵⁹

Em uma democracia, sustenta Waldron, o Poder Legislativo está organizado de uma forma que fornece respostas convincentes a esses dois questionamentos. A resposta para a primeira pergunta seria que os legisladores são privilegiados para solucionar desacordos sobre direitos porque eleitos de forma justa e democrática pelos cidadãos, a partir de um procedimento em que todos os votantes foram tratados com igualdade. A resposta para a segunda questão é dada pelo conhecido argumento do caráter justo do princípio majoritário, que é politicamente neutro em relação aos resultados contestados, está baseado no tratamento de todos os participantes do processo legislativo com igualdade e confere a cada opinião o maior peso possível compatível com a igual consideração de todas as outras opiniões”⁶⁰

Por outro lado, reformuladas as perguntas de forma a compatibilizá-las com o funcionamento dos tribunais, as respostas seriam as seguintes. Quanto à primeira pergunta, os juízes membros dos tribunais superiores são legitimados para decidir desacordos morais sobre direitos pois são escolhidos e nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, após aprovação da escolha pelo Legislativo, órgãos que representam democraticamente os interesses do povo. Ocorre que os juízes são politicamente irresponsáveis, diferentemente dos parlamentares, que frequentemente são contestados pelos seus eleitores e, de tempos em tempos, avaliados pelo seu desempenho. Assim, embora o sistema eleitoral não seja perfeito, ele é evidentemente superior em termos democráticos se comparado com o processo de nomeação dos juízes, notadamente os juízes pertencentes os tribunais inferiores.⁶¹

Já no que se refere à segunda pergunta, não há uma resposta satisfatória. Isso porque os tribunais não empregam um método de decisão distinto daquele que é

⁵⁹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1387.

⁶⁰ Em WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1387-1388.

⁶¹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1391.

empregado pelo Legislativo, de forma que o resultado de se colocar nas mãos dos juízes a última palavra sobre desacordos sobre direitos é somente um: a substituição de uma decisão discutida, deliberada e votada pelos legisladores, que estão legitimados para tanto pelo voto de milhões de pessoas, por uma decisão discutida, deliberada e votada por um pequeno grupo de juízes que não possuem legitimação democrática para tanto.⁶²

À luz de todo o exposto, temos o seguinte: o uso das razões relacionadas resultado não auxilia em nada na avaliação de qual o processo decisório mais adequado para lidar com os desacordos sobre direitos em uma sociedade democrática, e isso porque tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário são capazes de justificar razoavelmente, ao menos no plano teórico, a legitimidade de grande parte das suas decisões. Por outro lado, quando avaliamos a disputa com base nas razões relacionadas ao processo, não restam dúvidas quanto a legitimidade democrática superior dos legisladores se comparados com os juízes, que não só estão sujeitos diariamente ao escrutínio da população como podem ser retirados de seus cargos de tempos em tempos caso não correspondam, em alguma medida, aos anseios daqueles que os elegeram. Então, se nenhum dos argumentos em favor do *judicial review* se sustenta, e se é preciso que se deposite em algum órgão a competência para ter a última palavra sobre os desacordos sobre direitos, que seja esse órgão o Poder Legislativo.

3.3 Tirania da maioria?

Waldron reconhece que o principal argumento utilizado pelos defensores do *judicial review* repousa na afirmação de que deixar a decisão de questões fundamentais de moralidade política somente nas mãos dos legisladores pode levar a uma tirania da maioria, à criação de um sistema onde os direitos das minorias são solapados a todo momento por mera conveniência política. A partir disso, a alegação padrão é a de que não existe outro modo de garantir a proteção dos direitos das minorias que não o controle do Judiciário sobre os atos do Legislativo. Para Waldron, porém, esse argumento promove sérias confusões.⁶³

Primeiro porque se os indivíduos a todo momento entram em desacordos sobre questões cruciais para a prosperidade comunitária, e se uma das partes inevitavelmente sairá vitoriosa, a lógica é que a parte que perdeu alegue que seus direitos foram tiranicamente violados. A alegação de tirania sempre estará presente em qualquer discordância sobre direitos: em qualquer desacordo o lado em favor de uma posição partirá do pressuposto de que a posição defendida pelo outro lado é potencialmente

⁶² WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1391-1392.

⁶³ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1395.

tirânica à sua. Basta notar, por exemplo, que os defensores do aborto alegam que aqueles que são contrários assumem uma posição tirânica em relação aos direitos da mulher, ao passo que aqueles que são contrários ao aborto alegam que aqueles que são favoráveis assumem uma posição tirânica em relação ao direito à vida do feto. E, se o argumento da tirania é inevitável, cabe a indagação: seria a tirania da maioria de alguma forma diferente em relação “às demais formas de tirania”? Para Waldron, não.⁶⁴

Sugere o autor que não podemos perder de vista que sempre que as posições políticas da maioria se sagrarem vencedoras haverá a alegação de que tal vitória ocorreu às custas dos direitos das minorias. Para evitar essa linha de argumentação, há de serem diferenciadas as assim chamadas minorias e maiorias “decisionais” das assim minorias e maiorias “tópicas”. As primeiras guardam relação com o processo político decisório, no sentido de que faz parte da maioria aquele que votou de acordo com a posição vencedora, independentemente do motivo. As segundas, por outro lado, guardam relação com a defesa de um terminado tema, no sentido de que faz parte da minoria aquele que defende uma posição que não é compartilhada pela maioria da sociedade. Em alguns casos, há uma similaridade entre os conceitos: em um caso de injustiça racial, por exemplo, os legisladores brancos (maioria decisional) votam em favor de privilégios para os seus iguais (maioria tópica), enquanto os legisladores negros (minoria decisional) veem seus direitos à igualdade e à dignidade violados (minoria tópica). Nesse caso, podemos falar em uma tirania da maioria. Mas, nem sempre será assim.⁶⁵

Nem sempre o perdedor da votação terá sido vítima da famigerada tirania da maioria. Para que se possa falar em tirania, é preciso que estejam presentes dois requisitos: primeiro, que a decisão tomada pela maioria esteja frontalmente errada; segundo, que a parte que alegue ter sido vítima da tirania faça parte da minoria tópica que teve seus direitos violados pela decisão equivocada da maioria. Portanto, não basta, para que se possa falar em tirania, que a opinião de um determinado indivíduo não reflita a posição defendida pela maioria da sociedade. Caso essa opinião tenha sido objeto de igual consideração em relação às demais opiniões em debate, e mesmo assim não tenha obtido o apoio necessário, não há o que se falar em tirania. Em verdade, diz Waldron, as pessoas, inclusive aqueles membros de uma minoria tópica, geralmente estão equivocadas em relação aos direitos que possuem, e uma discussão responsável acerca da tirania da maioria não pode deixar de levar isso em consideração, de modo que tal termo não deve ser utilizado a todo momento para legitimar a posição daquele que se sentiu prejudicado

⁶⁴ “[...] will think that the opposite side's position is potentially tyrannical.” Em WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1395-1396.

⁶⁵ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1397.

com o resultado de uma votação majoritária.⁶⁶

A conclusão disso tudo é que a tirania da maioria, se o termo for utilizado de forma responsável, somente é um problema naqueles casos em que a maioria efetivamente deixou de levar em consideração na discussão os direitos invioláveis das minorias. Ocorre que, lembra Waldron, é importante enfatizar a incompatibilidade de um caso como esse com a terceira condição que deve ser cumprida por um sistema para se possa falar no florescimento de uma autêntica *democratic jurisprudence*. Dizendo de outro modo, uma sociedade comprometida com a proteção dos direitos da minoria não deve estar preocupada com a tirania da maioria como uma possibilidade endêmica.⁶⁷ Então, tudo o mais considerado, Waldron acredita que

A decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso. Respeita os indivíduos de duas maneiras. Primeiro, respeita e considera seriamente a realidade das duas diferenças de opinião quanto à justiça e ao bem comum. A decisão majoritária não requer que a opinião de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso. Ao impor o nosso apoio e o nosso respeito como processo decisório, ele não exige que nenhum de nós finja haver um consenso quando não há, meramente porque pensamos que deveria haver – quer porque qualquer consenso é melhor do que nenhum, quer porque a visão evidentemente correta por si que não conseguimos imaginar como alguém poderia sustentar o contrário.⁶⁸

Em uma palavra final, a refutação de Jeremy Waldron ao argumento da tirania da maioria parte da constatação de que o perigo da tirania não é uma realidade em uma sociedade comprometida com os direitos das minorias e cujo Legislativo está estruturado de forma a decidir os desacordos entre os indivíduos com vistas ao bem-estar da sociedade. Em uma sociedade genuinamente democrática, o Legislativo será chamado para decidir controvérsias onde as partes envolvidas levam os direitos umas das outras a sério, sem falar que serão essas mesmas pessoas que votarão, em condições de igualdade, nos legisladores que irão resolver suas disputas.

⁶⁶ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1397-1398.

⁶⁷ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021, p. 1398.

⁶⁸ "Majoritarianism is not just an effective decision-procedure, it is a respectful one. It respects individuals in two ways. First it respects and takes seriously the reality of their differences of opinion about justice and the common good. Majority-decision does not require anyone's view to be played down or hushed up because of the fancied importance of consensus. In commanding our support and respect as a decision-procedure, it does not require any of us to pretend that there is a consensus when there is none, merely because we think that there ought to be - whether because any consensus is better than none, or because the view that strikes some of us as right seems so self-evidently so that we cannot imagine how anyone would hold to the contrary." Em WALDRON Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 158-159.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, é possível notar a originalidade da teoria de Waldron: ela não só vai na contramão do constitucionalismo contemporâneo ao argumentar pelo caráter antidemocrático do *judicial review* como também o faz a partir de uma proposta positivista e normativa, no sentido de que como não existe um método compartilhado que permita demonstrar a superioridade de uma argumento ou posição moral sobre o outro, a inclusão da moral no Direito leva a arbitrariedades e deve ser evitada – o positivismo normativo enquanto prescrição do positivismo excludente. O autor ainda explora e busca refutar três argumentos utilizados pelos defensores do *judicial review*, em uma tentativa de demonstrar (i) que não há nada de democrático em deixar nas mãos de juízes não eleitos a competência para decidir sobre questões morais controvertidas e (ii) que em uma sociedade que satisfaz as quatro condições de maturidade democrática deve caber ao Poder Legislativo a palavra final em desacordos sobre direitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the american constitution**. New York: Oxford University Press, 1996.
- FULLER, Lon. **The morality of law**. Revised edition. New Haven: Yale University Press, 1969.
- HART, H. L. A. **The concept of law**. 2 ed. With a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. rev., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.
- TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº 08-35, 2008. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923>. Acesso em 05 set. 2021.
- WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 7, n. 1, 2009, p. 2-24. Disponível em <<https://doi.org/10.1093/icon/mon035>>. Acesso em 06 set. 2021.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Legal and political philosophy. In.: COLEMAN, Jules; HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott (ed.). **The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law.** New York: Oxford University Press, 2004.

WALDRON Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules. (Ed.). **Hart's postscript:** essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WALDRON, Jeremy. Refining the question about judges' moral capacity. International **Journal of Constitutional Law**, vol. 07, n. 01, 2009, p. 69–82. Disponível em <<https://academic.oup.com/icon/article/7/1/69/665855?login=true>>. Acesso em 06 set. 2021.

WALDRON, Jeremy. 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.

WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. NYU School of Law, **Public Law Research Paper** nº **08-50.** Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005>. Acesso em 05 set. 2021.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, vol. 115, n. 06, 2006. Disponível em <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acesso em 06 set. 2021.

WALDRON Jeremy. **The dignity of legislation.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

COMO CITAR:

MEDEIROS, Lucas Sipioni Furtado de; MADALENA, Luis Henrique Braga; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Uma introdução ao positivismo jurídico ético/normativo: a teoria do direito de Jeremy Waldron. **Revista Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 20, nº2, 2º quadrimestre de 2025. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v20n2.p379-405>

INFORMAÇÕES DOS AUTORES:

Lucas Sipioni Furtado de Medeiros

Professor Adjunto de Direito Administrativo e Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Tributário pela PUCPR. Especialista em Direito Econômico pela Sociedade Brasileira de Direito Público. MBA em Gestão Estratégica de Empresas pela ISAE/FGV. E-mail: bernardo@strobelguimaraes.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0678600050387547>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2826-7607>.

Luis Henrique Braga Madalena

Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Editor Adjunto da Revista Eletrônica da ABDConst: Constituição, Economia e Desenvolvimento. Coordenador Geral e Vice-Diretor Financeiro da ABDConst. Coordenador da Pós de Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica (ABDConst). E-mail: luishenrique7@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0874477652560454>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2600-0389>.

Bernardo Strobel Guimarães

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, e em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela mesma Instituição. E-mail: sipioni.lucas@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7302753330077177>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6899-0854>.

Recebido em: 17/09/2024
Aprovado em: 02/06/2025

Received: 17/09/2024
Approved: 02/06/2025