

JOÃO FERNANDO BALDASSARRI SGARBI

OS LIMITES DO POSITIVISMO EXCLUSIVISTA DE JOSEPH RAZ

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – SP

2018

JOÃO FERNANDO BALDASSARRI SGARBI

OS LIMITES DO POSITIVISMO EXCLUSIVISTA DE JOSEPH RAZ

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Associado Doutor JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – SP

2018

Sgarbi, João Fernando Baldassarri.

Os Limites do Positivismo Exclusivista de Joseph Raz / João Fernando Baldassarri Sgarbi. – São Paulo, 2018.

178 f.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

1. Teoria Geral do Direito. 2. Positivismo. 3. Positivismo Exclusivo. 4. Joseph Raz. I. Maranhão, Juliano Souza de Albuquerque (orientador). II. Título.

*À minha mãe, como sempre.
À minha avó, com saudade.*

Nome: Sgarbi, João Fernando Baldassarri

Título: **Os Limites do Positivismo Exclusivista de Joseph Raz**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Associado Doutor JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO.

Data de Aprovação: _____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Julgamento: _____

Assinatura: _____

“Plainly the best course is to defer giving any answer to the query ‘What is law?’ until we have found out what it is about law that has in fact puzzled those who have asked or attempted to answer it, even though their familiarity with the law and their ability to recognize examples are beyond question. What more do they want to know and why do they want to know it? To *this* question something like a general answer can be given.”

H. L. A. HART

“[T]he technical problem ‘What is the way to solve philosophical problems?’, to which Sayre devotes his book, did not merely interest, it *desperately worried* Plato. What was this worry? Did it worry Aristotle? Kant? Wittgenstein? Sayre, who has obviously never been worried by it himself, treats Plato’s attempted solutions of the problem merely as, so to speak, interesting contributions to the professional journal that G.E. Moore would one day edit. That Plato felt the problem in his heart and in his bowels does not occur to Sayre. The bite of the problem eludes him.”

GILBERT RYLE

AGRADECIMENTOS

O primeiro dia em que pensei em escrever estes agradecimentos foi cerca de uma semana antes da entrega deste trabalho. Havia dormido muito mal, estava cansado, e pensei em aproveitar o dia para fazer as coisas mais simples e menos importantes do trabalho. Fiz a capa, a folha de rosto, o sumário, o resumo, a ficha cartográfica, a bibliografia, até que chegou o momento de escrever os agradecimentos. E então me lembrei que agradecer é muito importante.

Agradeço ao meu orientador, Professor Juliano Maranhão, por ter depositado sua confiança em um dworkiniano do tipo mais chato possível, que sempre que se manifestava em aula o fazia em tom de contraponto à visão positivista. Sou muito grato pela oportunidade, pelas conversas, pela paciência e por tudo o que aprendi neste período.

Agradeço ao Professor Samuel Rodrigues Barbosa, que, durante um curso ministrado por ele que acompanhei, aconselhou-me a ingressar no mestrado em filosofia e teoria geral. Não fosse pelo seu incentivo, talvez não tivesse tentado o processo seletivo naquele momento, e teria deixado de viver essa experiência incrível que foi o mestrado.

Agradeço aos Professores Rafael Pucci e Rafael Mafei pela leitura cuidadosa do meu projeto de qualificação e pelas orientações valiosas feitas durante a banca. Agradeço também aos Professores Ronaldo Porto Macedo Junior e Thomas Bustamante pelas excelentes discussões durante a aula Razão Jurídica e Razão Prática, onde aprendi muito com eles e com os demais alunos.

Durante o mestrado tive a sorte de conhecer pessoas brilhantes, com quem aprendi muito sobre teoria do direito, e que se tornaram bons amigos: Pedro de Moura Albuquerque, Guilherme Amici, Jorge Alberto Araujo, Mario Augusto, Walter Celeste, Fabricio Gomes, Marcio Grandchamp, Carolina Marinho, Luís Matricardi, Victor Nóbrega, Rafael Bezerra Nunes e Fabiana Pinho. Também agradeço a todos os membros do PósDebate, especialmente ao Luís, à Carol e ao Rafa, por terem ajudado a construir um lugar onde me sentia em casa para discutir o que tanto gosto.

Como sempre, agradeço aos irmãos Ivan Rosa Arnaut, Fernando Bezerra, Fabio Duran, Luiz Farelli, Rodrigo Gabrinha, Igor Gonçalves, Antonio Jatene, Emerson Matioli e Thiago Rafael Tomei, por estarem sempre ao meu lado.

Por fim, gostaria de agradecer à mesma pessoa que sempre consta por fim nos meus agradecimentos e que está de forma implícita em cada linha desta dissertação. É a pessoa que me compreende e me ampara, apesar de todos os meus defeitos, apesar de todos os meus erros. Obrigado por me ouvir – sempre com a maior atenção do mundo – falar sobre minha dissertação, por cuidar de coisas importantes enquanto estive ocupado escrevendo este argumento – na verdade, durante toda a minha vida –, e por sempre olhar por mim. Certamente não teria concluído esta etapa sem você, minha mãe, razão pela qual dedico a você, com amor, esta dissertação.

RESUMO

Sgarbi, João Fernando Baldassarri. Os limites do Positivismo Exclusivista de Joseph Raz. 178 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O presente trabalho tem a pretensão explicar o positivismo exclusivista de JOSEPH RAZ à luz do contexto dos seus objetivos, perplexidades, e da tradição positivista com a qual dialoga, argumentando, ainda, que sua teoria não tem real diálogo com teorias que se referem ao direito enquanto noção prática, orientadora, como é o caso do interpretivismo de RONALD DWORKIN. São apresentados os argumentos que justificam as duas grandes teses do positivismo raziano – a tese das fontes e a tese da pretensão de autoridade –, sendo explicado como esses argumentos e teses devem ser compreendidos à luz de problemas específicos, não relacionados com a questão prática sobre como os juízes devem decidir. Resulta da dissertação que o exclusivismo raziano tem a pretensão de endereçar problemas eminentemente sociológicos e políticos. A tese da pretensão de autoridade expõe que somente é possível afirmar a existência do direito em sociedades onde ao menos os oficiais expressam em suas ações a crença, sincera ou não, de que são detentores de autoridade legítima, o que resulta na compreensão social de que o direito não é um sistema de controle por força. A tese das fontes expõe o direito na perspectiva do sistema político, enquanto voz autoritativa da comunidade.

Palavras-Chave: Joseph Raz; Positivismo Exclusivo; Tese das Fontes; Tese da Pretensão de Autoridade.

ABSTRACT

Sgarbi, João Fernando Baldassarri. *The Limits of Joseph Raz's Exclusive Positivism*. 178 pages. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This argument aims to explain the exclusivist positivism of JOSEPH RAZ in the context of his objectives, perplexities, and the positivist tradition with which he dialogues, arguing further that his theory has no real conflict with theories that refer to law as a practical, guiding notion, such as the interpretivism of RONALD DWORKIN. The arguments that justify raz's two main theses – the sources thesis and the thesis that law claims authority – are explained, and it is argued that these theses should be understood in the light of specific problems, unrelated to the practical question about how judges should decide cases. It is argued that the razian theory addresses problems of sociological and political character. The idea that law claims authority is articulated to show that it is only possible to affirm the existence of law in societies where at least officials express in their actions the belief, sincere or not, that they hold legitimate authority, which results in the social understanding that law is not a system of control by force. The sources thesis explains law from the perspective of the political system, as the authoritative voice of the community.

Keywords: Joseph Raz; Exclusive Positivism; Sources Thesis; Law's Claim to Authority.

ABREVIÇÕES

Usarei no texto algumas abreviações das principais obras de JOSEPH RAZ para facilitar a citação e leitura. Os demais textos do autor serão citados sem abreviação. Abreviações não precedidas do sobrenome do autor serão sempre de RAZ. As referências completas das obras podem ser conferidas na bibliografia. São elas:

CLS – *The Concept of a Legal System*

PRN – *Practical Reason and Norms*

TAL – *The Authority of Law*

TMF – *The Morality of Freedom*

EPD – *Ethics in the Public Domain*

EGR – *Engaging Reason*

BAI – *Between Authority and Interpretation*

FNR – *From Normativity to Responsibility*

Entendi por bem abreviações também das obras de outros dois autores que citarei de forma recorrente – ou seja, nem todos os textos dos autores serão abreviados. As abreviações desses autores serão precedidas de seu sobrenome. Da mesma forma, vide as referências completas na bibliografia. Os autores são HERBERT HART e RONALD DWORKIN:

HART, TCL – *The Concept of Law*

HART, EOB – *Essays on Bentham*

DWORKIN, LEP – *Law's Empire*

DWORKIN, JIR – *Justice in Robes*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I – O POSITIVISMO EXCLUSIVISTA DE JOSEPH RAZ	
<i>1. As Teses do Exclusivismo de Joseph Raz</i>	19
<i>1.1. Tese das fontes</i>	19
<i>1.2. Razões independentes de conteúdo</i>	29
<i>1.3. Autoridade e a concepção de serviço</i>	32
<i>1.4. Tese da pretensão de autoridade</i>	43
<i>1.5. Necessidade, natureza e essencialidade</i>	47
CAPÍTULO II – O EXCLUSIVISMO RAZIANO E A TEORIA DO DIREITO	
<i>2. Sucesso da teoria do direito: entendimento e relatividade das boas explicações</i>	51
<i>3. Sobre o que a teoria de Raz não trata: como o juiz deve decidir</i>	56
<i>4. Conceitos de direito</i>	63
<i>4.1. Um conceito sociológico?</i>	73
<i>4.2. Um conceito taxonômico?</i>	75
<i>4.3. Os conceitos de Raz</i>	77
CAPÍTULO III – A PRETENSÃO DE AUTORIDADE EM CONTEXTO	
<i>5. Argumentos pela pretensão de autoridade</i>	84
<i>5.1. A terminologia moral do direito</i>	85
<i>5.2. Direito e autoridade de facto</i>	88
<i>5.2.1. Autoridade legítima e autoridade de facto</i>	89
<i>6. Retomando Hart: aceitação e os pontos de vista interno e externo</i>	93
<i>7. Hart e o problema da existência</i>	102
<i>8. Raz e o problema da existência</i>	108
<i>8.1. Normatividade do direito</i>	109
<i>8.2. A pretensão de autoridade e o conceito sociológico de direito</i>	111
<i>8.3. A aceitação de Hart e Raz</i>	115
<i>8.3.1. Razões morais e razões jurídicas</i>	115
<i>8.3.2. Razões peremptórias e razões protegidas</i>	120
<i>8.3.3. Comportamentos característicos da pretensão de autoridade</i>	123
<i>9. A esquizofrenia do positivismo de atitude moral</i>	125

CAPÍTULO IV – A TESE DAS FONTES EM CONTEXTO

10. Argumento da autoridade	128
11. A função do direito	138
12. Justificações da tese das fontes: truísmos, relações conceituais e usos linguísticos	141
12.1. Distinções truísticas	144
12.2. Moralidade e direito: contra a tese da incorporação	148
12.3. Direito, efetividade, costumes, e a natureza institucional do direito	151
12.4. Definição de “Cortes” e sistemas de discricionariedade absoluta	152
12.5. Direito e Estado	153
12.6. Usos linguísticos: condição linguística e o operador de individuação	155
12.7. Outros truísmos	157
13. O problema da identidade dos sistemas jurídicos	160
14. Uma concepção política: o direito como voz autoritativa da comunidade	167
CONCLUSÃO	169
BIBLIOGRAFIA	171

INTRODUÇÃO

A primeira vez que me preocupei em olhar seriamente para a teoria do direito foi quando, já advogado, tive uma grande frustração com uma decisão de um caso concreto. Queria encontrar uma forma de demonstrar aquilo que, para mim, parecia óbvio: que a minha visão sobre a sorte das partes daquele caso – diferente da visão do juiz – era a correta.

Meu principal objeto de estudos nesse período era o direito constitucional, e estávamos na época de ouro da farra dos princípios, então o caminho inicial natural para entender e demonstrar como os juízes deveriam decidir foi estudar as regras e princípios de ROBERT ALEXY. Essa discussão me levou para visões filosoficamente mais profundas sobre a natureza das normas; o que me levou a pensar sobre o aspecto normativo da compreensão da prática jurídica; o que me levou para a própria noção mais abstrata de normatividade; o que me levou para discussões sobre metaética e objetividade normativa; e assim por diante. E, é claro, o pano de fundo das minhas indagações era a pergunta “o que é o direito?” – aquele direito que queria encontrar para demonstrar como o juiz deveria decidir.

Confesso que tinha a propensão de ler minhas preocupações nas teorias de todos os autores que consultava. Com o tempo, contudo, comecei a perceber que nem todas as pessoas que olham para a teoria do direito buscando uma resposta à pergunta “o que é o direito?” o fazem com a mesma preocupação. Consequentemente, nem todas as respostas dadas a essa pergunta são suficientes para atender aos anseios de quem procura na teoria do direito o mesmo que procurava há alguns anos atrás. E isso tem potencial para gerar frustração àqueles que insistem em ler suas preocupações nas teorias de autores com propósitos totalmente distintos.

Esta dissertação é um esforço para tentar dissipar frustrações causadas por uma resposta específica sobre a natureza do direito: o positivismo exclusivista de JOSEPH RAZ. Em linhas gerais, o positivismo exclusivo defendido por RAZ pode ser caracterizado por duas grandes teses: a tese de que o direito é necessariamente estabelecido por fontes sociais – ou seja, considerações morais necessariamente não possuem papel na identificação do direito –, e a tese de que o direito necessariamente tem pretensão de autoridade. Pode-se dizer que a sustentação dessas teses está na compreensão de RAZ de que a noção de direito

é intimamente ligada com a noção de autoridade, a qual explica por meio da sua concepção de serviço.

O positivismo raziano é normalmente contextualizado em contraste com duas outras grandes vertentes da teoria do direito: o positivismo inclusivista e o anti-positivismo – esta última podendo ser dividida em teorias de direito natural, como a de JOHN FINNIS, e o interpretivismo de RONALD DWORKIN. De acordo com a tese inclusivista, os fatores determinantes de conteúdo jurídico são contingentes, dependendo da prática jurídica de cada comunidade; seria conceitualmente possível conceber tanto sistemas jurídicos onde os oficiais identificam as normas jurídicas apenas por meio de fontes, quanto sistemas jurídicos onde os oficiais identificam o direito também por meio de considerações morais. De acordo com as teses anti-positivistas, em linhas bem gerais, a identificação do direito necessariamente pressupõe recurso a considerações morais.

Creio que a forma mais óbvia de entender essa controvérsia seria compreendê-la como uma discussão a respeito do conceito de direito: o conceito de direito determinaria o limite entre o que é direito e o que não é, e esses autores estariam falando sobre o mesmo conceito, embora divergindo a respeito desses limites. Para os exclusivistas as considerações morais necessariamente estariam fora dos limites do direito; para os anti-positivistas necessariamente estariam dentro desses limites; e para os inclusivistas o dentro ou fora seriam alternativas possíveis, a depender de cada prática jurídica efetiva.

Um dos principais objetivos desta dissertação é argumentar que essa forma de enxergar o debate é enganosa. O principal problema dessa imagem da teoria do direito é que ela desconsidera por completo os propósitos de cada autor em articular sua resposta à pergunta “o que é o direito?”, e isso, a meu ver, é um erro que tem potencial para gerar grave incompreensão e falsas controvérsias. Não raro o positivismo raziano é lido pelas lentes e agenda do interpretivismo de DWORKIN – autor que, como argumentarei, tem propósitos completamente distintos das pretensões de RAZ. Meu objetivo nesta dissertação é ler as teses do positivismo raziano à luz de suas perplexidades, com base em seus propósitos, em diálogo com a tradição positivista que integra, e de forma especialmente sensível à teoria de H. L. A. HART. Creio que essa forma de ler o positivismo raziano não apenas torna mais fácil compreender as próprias teses que compõem sua teoria, mas também a torna mais plausível.

O nome da dissertação pode sugerir pretensões maiores do que as reais. Ele pode

sugerir ambição de expor o positivismo raziano em sua plenitude. Mas, dada a abrangência da obra de RAZ, esse talvez seja um objetivo impossível de cumprir, e creio que fugiria da minha capacidade. Ele também pode sugerir a ideia de que a teoria de RAZ é insuficiente, limitada. Mas o tom do argumento não é crítico. Pretendi expor a teoria raziana da melhor forma possível, e as críticas ao seu pensamento são inseridas apenas para fazer fluir o argumento central, para permitir o desenvolvimento da interpretação. Ao contrário dessas duas sugestões de leitura, a ideia de limites pretende evocar outra imagem: a dissertação tem por objetivo apenas expor até onde o positivismo raziano se dispõe a ir. A pretensão é apenas de articular a geografia lógica do positivismo raziano. O que não significa, claro, que estou apresentando nesta dissertação de mestrado a posologia completa da teoria de RAZ. Apenas quero demonstrar que uma atenção à posologia é necessária para evitar os males de falsos problemas e frustrações.

No capítulo primeiro vou apresentar as teses do positivismo raziano em linhas gerais. No capítulo segundo vou iniciar a localização do positivismo exclusivo de RAZ na teoria do direito. Primeiro mostro como ele concebe as condições de sucesso de uma teoria do direito e como entende a abrangência de suas explicações; depois mostro que sua teoria não dialoga com a teoria de DWORKIN e, portanto, mostro aquilo que ela *não* tem a pretensão de explicar – ou seja, como os juízes devem decidir –; depois sugiro que os conceitos de direito operativos nas teorias são distintos – um prático e outro não –, e apresento alguns elementos para já fazer o leitor intuir qual é a natureza do debate de RAZ. No capítulo terceiro apresento os argumentos que justificam a tese da pretensão de autoridade e a insiro no contexto dos problemas que a tese tem por objetivo resolver. Mostro que a tese deve ser lida principalmente em diálogo com o problema da existência dos sistemas jurídicos enfrentado por HART e em atenção ao elemento principal da resposta a esse problema: a noção de aceitação; argumento que esse problema tem caráter eminentemente sociológico e, portanto, é pertinente ao discurso externo (em sentido hartiano); concluo que a pretensão de autoridade é a resposta de RAZ para esse problema, resposta que consiste na ideia de que apenas é possível afirmar a existência de um sistema jurídico em uma comunidade onde ao menos os oficiais do sistema expressam em suas ações a crença, que pode ser sincera ou não, de que suas ações são moralmente justificadas – ou seja, expressam crença na legitimidade de sua autoridade –, o que significa que em uma sociedade onde existe o direito, há a compreensão socialmente difusa de que o principal sistema de controle operativo na sociedade não é um sistema de força. Por fim,

no capítulo quarto, apresento os argumentos que justificam a tese das fontes e também a insiro no contexto dos problemas que tem a pretensão de resolver. Mostro que a tese se sustenta no pressuposto de que o direito tem função autoritativa de mediação; argumento que essa atribuição de função não é moral, e sim mera explicação da forma como a sociedade conceitualiza o direito; argumento que RAZ busca justificar essa compreensão social em truísmos a respeito do direito, conexões conceituais com outras noções como moralidade e estado, e usos linguísticos comuns na prática jurídica que sinalizariam esses truísmos e conexões; mostro que o conceito operativo nessa discussão é o conceito de sistema jurídico, um conceito não prático, pertinente à demarcação do direito no grande contexto social, e não nos casos concretos ou operação dos tribunais; argumento que o problema que enfrenta é o problema da identidade dos sistemas jurídicos, um problema importante da tradição positivista; concluo explicando que a tese das fontes, em resposta ao problema da identidade e como elemento da explicação do conceito de sistema jurídico, resulta em uma concepção política do direito: o direito como voz autoritativa da comunidade política.

CAPÍTULO I – O POSITIVISMO EXCLUSIVISTA DE JOSEPH RAZ

1. As Teses do Exclusivismo de Joseph Raz

Nesta primeira parte da dissertação, vou me ocupar em explicar em linhas gerais as principais ideias que compõem o positivismo exclusivista de JOSEPH RAZ. A meu ver, a tese das fontes e a tese da pretensão de autoridade são as duas principais teses de RAZ, e as noções de razão independente de conteúdo e a concepção de serviço de autoridade fornecem uma ponte de uma tese à outra. O primeiro tópico mostra que a Raz entende que normas jurídicas são estabelecidas apenas por fontes, que são fatos sociais. O segundo tópico explica como fatos sociais podem constituir razões independentes de conteúdo. O terceiro tópico mostra a visão de RAZ sobre a noção de autoridade, noção utilizada para explicar a normatividade das razões independentes de conteúdo do direito, e que também dá sustentação à sua visão sobre a natureza das normas jurídicas como razões protegidas. O quarto tópico explica que, para RAZ, as ações dos oficiais expressa a aceitação desse ponto de vista sobre a autoridade do direito. O quinto tópico articula em linhas gerais a noção de necessidade, bem como os relacionados conceitos de natureza e propriedade essencial.

Como disse, meu argumento neste capítulo será apenas introdutório. Vou apresentar as teses de forma melhor nos capítulos 3 e 4, onde elas serão colocadas em contexto. Ou seja, apenas em tais capítulos apresentarei as justificações de RAZ para a aceitação das teses e explicarei os problemas que elas têm a pretensão de responder.

1.1. Tese das fontes

A “tese das fontes” (*sources thesis*), que entendo ser a característica mais fundamental do positivismo exclusivista, basicamente afirma que *todo direito necessariamente é determinado apenas por fontes*¹, e isso – ser determinado por fonte – significa que sua existência e conteúdo podem ser identificados por referência apenas a

¹ Cf. EPD, p. 210: “The sources thesis: All law is source-based.” Cf. também TAL, p. 151. Em TAL, p. 37, RAZ fala em “tese social” (*social thesis*): “In the most general terms the positivist social thesis is that what is law and what is not is a matter of social fact.” A tese das fontes é na verdade um tipo mais específico da tese social, também chamada de “tese social forte” (*strong social thesis*), sobre a qual falarei abaixo. Em EPD, p. 248, RAZ afirma que o grande *insight* da tese das fontes é a distinção entre considerações morais que receberam o *endosso* de uma autoridade das que não receberam: “The insight embodied in the sources thesis is the importance of the distinction between those (valid or invalid) moral considerations which have received authoritative public endorsement and those which have not.”

fatos sociais, sem recurso a considerações morais². Essa aparentemente simples definição traz consigo uma série de questões que devem ser esclarecidas: o que é o direito? O que é uma fonte? O que são fatos sociais? O que exatamente ele quer significar com a noção de consideração moral? O que significa dizer que o direito deve ser determinado *apenas* por fontes? Essas são as questões sobre as quais vou me ocupar a seguir. A única ideia que não vou explicar agora é a ideia de *necessidade*, sobre a qual tratarei no tópico 1.5. É provável que algumas das explicações somente se tornem totalmente claras com o restante do argumento da dissertação, e todas serão apenas introdutórias, mas entendo ser importante ter ao menos essa noção introdutória dos elementos mais básicos da tese.

Começemos pela noção de “direito”. Como ressaltarei em diversas partes do argumento, é possível falar em “direito” em diversos sentidos. RAZ, por exemplo, usa o termo ora para significar normas, ora para significar oficiais, ora para significar instituições. Ao afirmar que o direito é determinado por fontes, contudo, RAZ quer significar por “direito” as normas jurídicas que se extraem da legislação, decisões judiciais, costumes, etc. Perceba que afirmei que normas se *extraem* dessas fontes, e não que *são* as fontes. O direito não é um texto de lei ou precedente, ou sequer um conjunto de textos, ao menos não no sentido mais importante que quero explicar aqui³. Estou me referindo ao direito enquanto *norma*. Isso não significa que normas não tenham relação com textos: há quem diga que normas são *significados* de um texto ou conjunto de textos, ou que normas são obtidas a partir da *interpretação* de textos⁴, etc. O importante é entender a diferença entre a realidade material de um texto e a norma enquanto um critério, algo que estabelece

² Cf. EPD, p. 211: “A law is source-based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument.” No trecho, RAZ faz referência a argumentos avaliativos em sentido geral, mas creio que a ideia de argumento moral é mais fiel ao que ele pretende explicitar, visto que ele aceita que argumentos avaliativos, embora não morais, são importantes para uma teoria do direito. Nesse sentido, cf. RAZ, Joseph. “Dworkin: A New Link in the Chain”. *California Law Review*, v. 74, n. 3, 1986. p. 1114. Em EPD, p. 248, a definição é parecida, agora fazendo referência a argumentos morais (*moral argument*). O mesmo ocorre em CLS, p. 212; TAL, pp. x-xi, 37, 53; EPD, pp. 264, 266 e 272. Cf., também, BAI, p. 114: “Since the moral force of the law, its moral claim to our attention derives from the moral authority, if any, of the authorities which made it into law, it follows that the content of the law can be identified without resort to moral argument.” BAI, p. 344: “[Law] is a social fact, which means that its existence and content can be established as social facts are established, without reliance on moral arguments.” BAI, p. 380: “*Sources thesis*: membership in law’s limited domain is determined by criteria which are defined exclusively in terms of non-evaluative matters of social fact (about their sources), such that the existence and content of member norms can be determined entirely without appeal to moral or evaluative arguments.” Em EPD, p. 332, a definição é diferente: “[T]he law derives exclusively from, or is dependent exclusively on, the activities and intentions of law-makers.”

³ É possível falar em uma lei ou precedente fazendo simples referência a um texto enquanto realidade material. Mas talvez isso seja possível justamente pelo uso primário que estou tentando explicar.

⁴ BAI, p. 223: “Legal interpretation is primarily – I will suggest – the interpretation not of the law, but of its sources. To understand why interpretation is central to legal practices requires understanding the role of sources in the law: the reasons for having them, and hence also the ways in which they should be treated.”

um parâmetro de correção para a ação.⁵ Em outras palavras, uma norma é basicamente uma *razão para agir*. Na teoria de RAZ, normas são um tipo específico de razão: o que ele chama de *razões protegidas independentes de conteúdo*. No curso da dissertação⁶ vou articular esse conceito, mas agora creio ser importante apenas esclarecer a noção mais geral de razão para ação.

No prefácio à segunda edição de *The Authority of Law*, RAZ afirma que *Practical Reason and Norms* “marked a fundamental shift of perspective, beginning the attempt [...] to integrate the explanation of the law with explanation of normativity generally, taking the concept of a practical reason to be the key to such explanations”⁷. Para RAZ, “[t]he explanation of normativity is the explanation of reasons, and of the way the function to make some responses eligible and others ineligible, thus requiring their omission and the realization of some alternative”⁸. Razões são os elementos mais básicos da normatividade prática. Razões no sentido normativo⁹ são fatos¹⁰ que contam a favor de uma ação¹¹, que a justificam, ou seja, “[t]hey are evaluative facts, that is, facts consisting in the possession of an evaluative property”¹². Elas guiam ações, e por meio delas ações são avaliadas e tornadas inteligíveis. Na medida em que são fatos normativos, falar sobre a existência de razões é falar sobre a sua *validade*, e, sendo esse o caso, validade não é uma propriedade

⁵ Para um contraste entre as noções de material jurídico e norma, cf. CLS, pp. 38, 70-75, 81, 86, 152, 175. Cf. especialmente CLS, p. 38: “The law is characterized by a rigid and relatively clear definition of what constitutes authoritative legal materials, just as much as it is characterized by a certain vagueness about the meaning and import of the authoritative legal material.”

⁶ Cf. tópico 1.2 para a noção de razão independente de conteúdo, e tópico 1.3 para a noção de razão protegida.

⁷ TAL, p. v.

⁸ RAZ, Joseph. *From Normativity to Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2011. pp. 5-6. Cf. também EGR, p. 75: “When studying reasons we study normative aspects of the world. When discussing rationality we discuss our perceptions of, and responses to, reasons.”

⁹ É possível falar em “razão” também em sentido causal e motivacional. No primeiro sentido, a razão de a rua estar molhada é a chuva. No segundo sentido, a razão de X ter saído com o guarda-chuva foi que ele acreditava que estava chovendo, embora não estivesse. Esses sentidos são diferentes do sentido normativo porque este envolve *justificação*. Isso ficará mais claro a seguir.

¹⁰ É comum a oposição entre fatos e valores, mas esse não é o sentido utilizado aqui. A noção de “fato” aqui é bem abrangente. Cf. PRN, pp. 17-18: “When saying that facts are reasons I am using the term ‘fact’ in an extended sense to designate that in virtue of which true or justified statements are true or justified. By ‘fact’ is meant simply that which can be designated by the use of the operator ‘the fact that ...’. A fact is that of which we talk when making a statement by the use of sentences of the form ‘it is a fact that...’. In this sense facts are not contrasted with values, but include them.” Cf. também RAZ, Joseph. “Introduction”. in: RAZ, Joseph (ed.). *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978. pp. 4 e 15-17, especialmente p. 17 n. 2: “Stating that reasons are facts does not imply that facts are an ultimate ontological kind. Merely that the analysis of the identity and ontological status of reasons follow that of facts.”

¹¹ Cf. BAI, p. 205. São as razões normativas que dão sentido à noção de ação intencional, porque ação intencional é ação por razões. Nesse sentido, cf. RAZ, Joseph. “Introduction”. in: RAZ, Joseph (ed.). *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 3: “Reasons are the corner-stone of all explanation of human actions, indeed of the very notion of human action itself.”

¹² RAZ, Joseph. *From Normativity to Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 175.

que uma razão pode ou não ter, porque uma razão que não é válida não é uma razão¹³. Sendo razões fatos normativos, de natureza prática, entender razões normativas envolve *entender o seu papel em inferências práticas*¹⁴, que são aquelas cuja conclusão é um enunciado dos tipos “X deve fazer p”, “é proibido fazer p” etc.¹⁵, isto é, conclusões sobre o que se *deve fazer*.

O importante é entender o que quero indicar com a noção de direito enquanto norma: quando um juiz, ao condenar alguém, menciona um texto de lei como razão para chegar a essa conclusão, *o juiz não está descrevendo um fato, e sim apresentando uma justificação, uma razão*, para ter feito o que fez, algo que torna a condenação a ação *correta*.

A ideia de fonte também é em alguma medida intuitiva para pessoas acostumadas com a prática jurídica. É normal designar *legislação, decisões judiciais, costumes*¹⁶ como fontes de direito¹⁷. Contudo, esses três elementos não esgotam o conceito de fonte que RAZ tem em mente. A sua definição técnica sobre a noção de fonte é:

¹³ Validade para RAZ é o modo de existência de fatos normativos. Como dito, razões são os elementos normativos mais básicos. Normas são um tipo específico de razão e, nesse sentido, um tipo específico de fato normativo. Uma norma que não é válida, a bem da verdade, sequer é norma, ou seja, sequer é um fato normativo. Assim como é possível falar sobre um personagem meramente fictício, que não existe realmente, e, portanto, nem pessoa é, também é possível falar sobre uma norma hipotética que não é válida e, portanto, nem norma é. Cf. TAL, p. 146: “A rule which is not legally valid is not a legal rule at all. A valid law is a law, an invalid law is not. Similarly a valid rule is a rule and an invalid rule is not a rule at all.” E também TAL, p. 148: “Rules, therefore, are not statements nor prescriptions, not even justified or true prescriptions or statements. They are things the content of which is described by some normative statements and such statements are true if the rules exist, i.e. are valid, and not true if the rules do not exist, i.e. are not valid. Hence our original observation that an invalid rule is not a rule: a non-existent stone is not a stone, though we can talk about such stones and describe some of their properties as we can do about invalid rules.” Em TAL, p. 146, RAZ argumenta de tal forma a dar a entender que entende as noções de *validade* e *vinculação* (*binding, bindingness*) como similares. Ser uma regra válida ou vinculante seria o mesmo que ser uma razão normativa. No mesmo sentido, BAI, p. 208. Porém, em PRN, p. 101, ao fazer uma comparação entre pedidos (*requests*) e comandos – frise-se, ambos podem gerar razões válidas –, RAZ distingue validade de vinculação com base na presença ou não da noção que explicarei a seguir de razões exclusionárias: todas as razões normativas são válidas, mas *vinculantes* são as razões que são protegidas por razões exclusionárias, onde há um exercício de poder normativo, de autoridade. Isso que significaria que há razões válidas, mas não vinculantes.

¹⁴ Sobre como ser normativo equivale a ser relevante em inferências práticas, cf. PRN, p. 90, onde discute a relevância prática das permissões exclusionárias, e p. 106, onde discute essa relevância das normas de outorga de poder. Sobre como a explicação da noção de autoridade, uma noção normativa, deve explicitar o aporte prático do conceito em inferências práticas, cf. TAL, p. 10.

¹⁵ PRN, p. 28-29. Neste trecho RAZ salienta que inferências práticas são *derrotáveis* (cf. PRN, p. 28 n. *).

¹⁶ Cf. EPD, p. 221, onde RAZ chama legislação, decisões judiciais e costumes de “as três fontes comuns de direito”. Em RAZ, Joseph. “Dworkin: A New Link in the Chain”, p. 1104, fala que as fontes são especialmente legislação e precedentes. RAZ também fala em práticas sociais e tradições (BAI, p. 347), *common law* (BAI, p. 387), como fontes de direito, além de “muitas outras coisas” (BAI, p. 345).

¹⁷ No Brasil é comum afirmar que a doutrina também é fonte de direito. Faço referência específica ao Brasil porque não conheço textos estrangeiros se referindo a doutrina como fonte de direito. E, como ficará claro no curso do argumento, acredito que a ideia de doutrina como fonte de direito seja incompatível com a teoria de RAZ. O direito é a voz autoritativa de uma comunidade, o que é algo diferente de opiniões pessoais dos cidadãos. Sobre a natureza de fonte da doutrina, cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 212.

“A ‘source’ is here used in a somewhat technical sense (which is, however, clearly related to traditional writings on legal sources). A law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments (but allowing for arguments about people's moral views and intentions, which are necessary for interpretation, for example). The sources of a law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content. This sense of ‘source’ is wider than that of ‘formal sources’ which are those establishing the validity of a law (one or more Acts of Parliament together with one or more precedents may be the formal source of one rule of law). ‘Source’ as used here includes also ‘interpretative sources’, namely all the relevant interpretative materials. The sources of a law thus understood are never a single act (of legislation, etc.) alone, but a whole range of facts of a variety of kinds.”¹⁸

Fonte, aqui, tem um significado bem abrangente. É uma fonte de direito todo *fato social* que pode ser utilizado para determinar o que RAZ chama de existência e conteúdo de uma norma – ou seja, nem todo fato social pode fonte de direito¹⁹, e sim específicos fatos que RAZ denomina de “fatos criadores de normas” (*norm-creating facts*) ou “fatos criadores de direito” (*law-creating facts*)²⁰, assim como os fatos necessários para a compreensão do conteúdo desses fatos criadores de normas, que ele denomina de “fontes interpretativas” (*interpretative sources*)²¹. Por “fato” quero significar algo que pode ser determinado de forma empírica, e não raciocínio moral²², o que, como afirma RAZ, não implica em alguma forma de behaviorismo, sendo possível a consideração de intenções, motivações, e até mesmo crenças morais de indivíduos²³. Por exemplo, a diretiva de uma

¹⁸ TAL, pp. 47-48.

¹⁹ BAI, p. 345: “Not every social fact can be a source of law. It must satisfy other conditions [...]”

²⁰ De forma mais simples, RAZ menciona como atos criadores de normas legislação, decisões judiciais, costumes (TAL, p. 151). Disso se conclui que nem todo fato que possui relevância normativa é uma fonte ou fato criador de norma. Cf. BAI, p. 346: “It is not surprising that our moral rights and duties depend on how things are with us and with the world in which we live: ‘I should not take this or that action, for there are people around who may get hurt by it.’ ‘I should offer assistance to this person, for he fell down and needs help.’ ‘I should give the car to my neighbour next week, for I promised to do so.’ These are common instances of the way the implications of morality depend on facts. But none of them are norm-creating facts.” Cf. também TAL, p. 310; CLS, 220-221.

²¹ CLS, p. 23: “Interpretation laws have an internal relation to laws which they help to interpret, because they affect their meaning.” Cf. também CLS, p. 145 e 158. Sobre critérios de interpretação, cf. também PRN, 117. Aqui, RAZ afirma que tais critérios não são normas, e sim apenas indiretamente normativas, na medida em que estão em relação lógica com normas ao determinarem a sua interpretação e aplicação.

²² Cf. TAL, p 310 (grifos no original): “To be pure, legal theory must strictly adhere to the sources thesis and identify the law by social facts alone. Hence to describe it normatively it must non-committally or fictitiously accept the basic norm of the legal man, that is, the Kelsenian basic norm, for it is the only one to give validity to the *empirically established* law and to nothing else.” Também em EPD, p. 231: “Hence, the identification of a rule as a rule of law consists in attributing it to the relevant person or institution as representing their decisions and expressing their judgments . [...] Such attributions can only be based on factual considerations. Moral argument can establish what legal institutions should have said or should have held but not what they did say or hold.” Cf. também SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 275: “Social facts are determined through empirical observation, not moral deliberation. As such, they are fitting grounds for law.”

²³ TAL, p. 40; BAI, pp. 388-390. Cf. também “Facing Up: A reply”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, pp. 1207-1208: “To identify the court’s reasoning I need to reason in a way I know or believe that the court was likely to have reasoned. If the court was of my moral sensibilities, then I may indeed rely on my moral sensibilities in doing so. But this would not be because my moral views are (believed by me to

pessoa para outra, feita com intenção de criar uma razão para o destinatário dela, é um fato social. Nas palavras de RAZ, uma fonte é “*an appropriate social fact specifiable without resort to moral argument*”²⁴.

Do que falei até agora é possível perceber que a plena compreensão e caracterização da noção de fonte pressupõe a compreensão da noção de moralidade e argumento ou consideração moral. JOHN GARDNER, por exemplo, afirma que argumentos baseados em fontes e argumentos baseados na moralidade – ou “mérito”, como ele denomina – são *exaustivos* das possibilidades de justificação de uma norma: toda justificação que não seja uma argumentação moral é uma argumentação baseada em fontes²⁵. Para entender o que envolve ser identificado *sem recurso a* considerações morais, é importante entender o que envolve ser identificado *por meio de* considerações morais. E isso envolve discutir em linhas gerais essa atividade de identificação.

Quando Y diz “X tem obrigação de *p*”, X pode perguntar a Y “por que tenho obrigação de *p*?”. Uma resposta a essa pergunta equivale a uma justificação para a norma que é expressada pela proposição “X tem obrigação de *p*”. Sendo uma justificação, que mostra que a norma expressada por essa proposição é correta, verdadeira ou válida, ela é uma razão, como vimos. Normalmente, razões são fatos que mostram o que há de *bom* na ação e, por isso, contam a favor da ação para a qual são razões²⁶. Normatividade prática, para RAZ, sustenta-se no valor²⁷. Suponha que A e B estão na sala de uma instituição acadêmica onde ocorrerá uma reunião dentro de alguns minutos. A afirma que só poderão participar da reunião na sala o número máximo de vinte pessoas. B pergunta por qual razão A afirma isso, e A dá algumas razões: somente existem vinte cadeiras na sala, e permitir

be) correct, but because they are shared by the court. That this does not violate the sources thesis is clear from the fact that if I know that the court's moral sensibilities differ from mine, I will not rely on my sensibilities in reconstructing its reasoning. Rather, I will rely on whatever I know about the court's views to reconstruct its arguments on the occasion which is of concern to me. Since the structure of my reasoning in the two cases is the same, and since I do not use moral reasoning in a sense inconsistent with the sources thesis when I reconstruct the reasoning of a non-like-minded court, it follows that I do not violate the sources thesis in reconstructing the reasoning of a like-minded court.”

²⁴ TAL, p. 65.

²⁵ GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 20: “‘Source’ is to be read broadly such that any intelligible argument for the validity of a norm counts as source-based if it is not merits-based. The two categories, in other words, are jointly exhaustive of the possible conditions of validity for any norm.” Cf. também BAI, p. 223: “There are no ‘moral sources’, while legal sources are central to the law.” Também BAI, p. 170 n. 10: “Moral duties (as well as reasons, values, etc) do not in general have sources. They can be explained, and it is possible to establish what duties people have. But their explanations, and justifications, or grounds, are not ‘sources’. Promissory and legal duties are among the few types of obligation which have sources, ie the acts of making promises and laws.”

²⁶ BAI, p. 205: “Most reasons are facts which show what is good in an action, which render it eligible [...]”

²⁷ BAI, p. 209.

um maior número de pessoas vai causar desconforto não apenas para quem ficar em pé, mas também para as pessoas sentadas, que se sentirão mal pelos colegas em pé; um número maior também fará com que seja mais difícil controlar a discussão, o que evitará um bom debate; um número maior de pessoas provavelmente deixará a sala mais abafada e quente, e o ar condicionado está quebrado. Essas são razões que mostram *o que há de bom* em estabelecer o limite de vinte pessoas na sala.

Nem todas as razões, contudo, são dessa natureza. Suponhamos que, em resposta à indagação de A, B não apresentasse as razões que referi acima – vamos supor até que elas nem seriam aplicáveis ao caso –, mas apenas dissesse que *existe uma regra*, determinada pela diretoria da instituição, que determina que apenas vinte pessoas podem ocupar a sala. A afirmação da existência da regra não mostra o que há de bom na limitação de vinte pessoas na sala, pois uma regra poderia justificar uma série de outras ações, inclusive a determinação de um limite de até cinco, ou talvez cinquenta, pessoas na sala. É possível que sequer haja qualquer razão além da regra, ou seja, alguma razão que mostre qualquer valor na vedação à entrada de mais de vinte pessoas na sala. A mesma situação ocorre com a noção de promessa, que pode ser mencionada para justificar um sem número de ações, muitas vezes até contraditórias. Essa é a natureza independente de conteúdo das regras²⁸, que RAZ também denomina de “opacidade das regras” (*opaqueness of rules*)²⁹⁻³⁰. E é em

²⁸ Cf. TMF, p. 35: “A reason is content-independent if there is no direct connection between the reason and the action for which it is a reason. The reason is in the apparently ‘extraneous’ fact that someone in authority has said so, and within certain limits his saying so would be reason for any number of actions, including (in typical cases) for contradictory ones. A certain authority may command me to leave the room or to stay in it. Either way, its command will be a reason.” Cf. também BAI, p. 78: “Content-independent conditions are those that can endorse different propositions regardless of their content. Typically, they can endorse both a proposition and its contradictory [...]”. Em PRN, p. 70, RAZ compara a natureza independente de conteúdo das promessas com a noção de *decisão*, e afirma que “both are content-independent reasons: regardless what you promise or decide to do you have a reason to do it because you have promised or decided”. Como afirma LESLIE GREEN, “it is not the nature of the action commanded but the fact that one is commanded to do it which is intended to be taken as a reason. But this seems to have nothing at all to do with the merits of so acting. It is a consideration of an entirely different sort, which has been called a ‘content-independent reason’.” GREEN, Leslie. *The Authority of the State*. Oxford: Oxford University Press, 1988. pp. 40-41. Essa é uma ideia introduzida por HART. Cf., especialmente, HART, EOB, pp. 254-255.

²⁹ BAI, p. 205: “So a reason is opaque, in the sense intended here, if a complete statement of it fails to show what is good about the action for which it is a reason.”

³⁰ Como dito, em BAI, p. 211, n. 14, RAZ afirma que não são as regras, e sim a sua justificação, que é independente de conteúdo. Na mesma página, afirma que “*the thesis about the content-independence of the justification of rules* goes further than *opacity*, the feature I set out to explain. That was that *rules* are reasons even though they do not show the value of the actions for which they are reasons. The content-independence thesis makes things worse by adding that even *the justification* of rules does not bear on the desirability of the actions for which they are reasons” (grifos no original). Portanto, regras seriam opacas, e as justificações seriam independentes de conteúdo. Contudo, duas razões me fazem apresentar as noções como equivalentes: primeiro, ao longo de sua obra RAZ afirma que regras são independentes de conteúdo, não fazendo qualquer distinção com a sua justificação, salvo em *Reasoning with Rules*; segundo, não consegui identificar o que exatamente há de diferente entre a regra e a sua justificação que permita falar que em um caso há opacidade e

contraste a isso que as considerações morais, que dependem do conteúdo da ação na medida em que explicitam o seu valor diretamente, são ora ou outra designadas por RAZ de “razões dependentes” (*dependent reasons*)³¹.

“Normally to find out what is permitted and what not, what is within our rights and what not, we have to engage in evaluative reasoning. But in legal matters to establish the law we engage in factual reasoning”³², diz RAZ. Uma norma que determina que ação *p* deve ser realizada é estabelecida por considerações morais quando ela é justificada a partir de razões que mostram o que há de bom na ação *p* – ou seja, a partir de *valores* diretamente relacionados com o conteúdo da ação *p*. Para RAZ, contudo, as normas jurídicas – que estabelecem o que é permitido ou não, nossos direitos ou obrigações – são necessariamente estabelecidas sem recurso a considerações morais, pois elas são justificadas – ou justificáveis – a partir de fatos sociais, e que não são, portanto, indicação de valores da ação.

Por fim, o que significa dizer que o direito deve ser determinado *apenas* por fontes? Toda concepção que relaciona direito com fatos sociais é equivalente à tese das fontes? Como já mencionei acima brevemente³³, à ideia de que o direito é relacionado com fatos sociais RAZ dá o nome de “tese social” (*social thesis*). A tese das fontes é o que ele chama de “tese social forte” (*strong social thesis*), pois afirma algo mais específico que a simples relação entre direito e fatos sociais – ou seja, a tese social em seu sentido mais abstrato: ela afirma basicamente que fatos sociais são *necessários e suficientes* para que algo seja direito, ou, em outras palavras, que *necessariamente* o conteúdo do direito é determinado *exclusivamente* por fatos sociais. Em outras palavras, para justificar a existência de uma norma jurídica que estabeleça que “X tem obrigação de *p*”, é necessário e suficiente apenas que sejam apresentados fatos sociais³⁴. Já a “tese social fraca” (*weak social thesis*) aceita que o direito pode ser determinado por fatos sociais e considerações morais. A tese social forte seria basicamente a tese exclusivista, enquanto que a tese social fraca é compatível

em outro há independência de conteúdo. Regras servem como justificação para ações, assim como outras razões servem como justificação para a regra. A regra enquanto justificação é uma razão independente do conteúdo da ação, assim como a justificação da regra também. Não consigo perceber o que se perde quando afirmamos que regras, assim como sua justificação, são independentes de conteúdo.

³¹ TMF, p. 47.

³² BAI, p. 115.

³³ Cf. n. 1 supra.

³⁴ Como veremos nos tópicos 1.2 e 1.3, considerações valorativas são necessárias aqui também, mas não de forma direta. Razões independentes de conteúdo são sustentadas em considerações valorativas. O fato é que o fundamento valorativo no caso das razões independentes de conteúdo não é diretamente relacionado com a natureza ou conteúdo da ação.

tanto com a posição inclusivista quanto com teorias de direito natural.³⁵ Em outras palavras, relacionar direito com fatos sociais não implica necessariamente na tese das fontes.

Esclarecidos esses elementos básicos da definição da tese das fontes, algumas outras observações são relevantes para a compreensão da tese. Primeiro, a tese das fontes não é uma tese normativa, sobre o que o direito deve ser. Como diz RAZ, “*the sources thesis is not a thesis about what ought to be the case. It is an element in the analysis of the concept of law*”³⁶. Em outras palavras, a tese das fontes não defende que o direito *deve ser* determinado apenas por fontes, e sim que o direito *é* determinado apenas por fontes. Trata-se de uma tese de natureza conceitual a respeito do direito. O que ficará mais claro no curso da dissertação.

Segundo, como diz RAZ, a tese não tem relação com certeza, e sim “finalidade”. “*The pursuit of certainty is no part of the sources thesis. Finality is*”³⁷, diz RAZ. O que ele quer significar com isso é que afirmar a existência de uma norma jurídica não supõe que ela seja facilmente identificável, ou que sua existência seja incontroversa, e sim apenas que a discussão sobre a sua existência é de natureza distinta da discussão sobre a existência de uma norma moral. Como diz ele, “*the sources thesis distinguishes not between ways of establishing the law with certainty and those open to doubt, but between non-evaluative and evaluative criteria*”³⁸. A tese não implica nas conclusões – falsas, na percepção de RAZ – de que a existência de uma norma sustentada em fatos sociais seja mais fácil de estabelecer, tampouco que considerações morais sejam controversas³⁹.

Terceiro, para RAZ, essa natureza fática de estabelecimento das normas jurídicas, que são diretivas de autoridades, pressupõe que a interpretação seja essencial para a

³⁵ Sobre a diferença das duas teses, cf. também TAL, pp. 40, 45-48.

³⁶ CLS, p. 216. No mesmo sentido, cf. BAI, p. 390, onde RAZ afirma que ela é verdadeira porque capta uma característica essencial do direito, e não por refletir uma característica que seria útil ou boa para o direito ter: [The sources thesis] is true – if at all – because it captures an essential property of the law, not because it is a property which it would be useful for the law to possess.”

³⁷ BAI, p. 387. Cf. também CLS, pp. 214-215.

³⁸ BAI, p. 387.

³⁹ BAI, p. 387. Cf. também EPD, p. 234: “[T]he sources thesis does not rest on an assumption that law cannot be controversial. Nor does it entail that conclusion. Its claim that the existence and content of the law is a matter of social fact which can be established without resort to moral argument does not presuppose nor does it entail the false proposition that all factual matters are non-controversial, nor the equally false view that all moral propositions are controversial. The sources thesis is based on the mediating role of the law. It is true that the law fails in that role if it is not, in general, easier to establish and less controversial than the underlying considerations it reflects. But this generalization is exaggerated and distorted when it turns into the universal, conceptual dogmas of the explicit content or the non-controversiality theses.”

identificação do direito⁴⁰, e que essa interpretação tenha algum vínculo com a intenção do seu criador – no caso da legislação, o legislador, no caso dos precedentes, o julgador, etc. Como diz RAZ, “*the authoritative nature of law, the fact that its standards are to be identified without recourse to evaluative reasoning, explains the centrality of interpretation to legal reasoning*”⁴¹. RAZ não quer significar com isso que a interpretação seja essencial pelas mesmas razões que DWORKIN o afirma – ou seja, em virtude de pressupor que o direito seja estabelecido com base em argumentos morais. RAZ acredita que a interpretação é central para o direito exatamente pela razão contrária. “*An interpretation of something is an explanation of its meaning*”⁴², diz ele, e por “sentido” (*meaning*) ele quer significar alguma dimensão intencional. Interpretar objetos de ações intencionais envolve alguma dimensão de reconstrução do raciocínio envolvido na sua produção. Raciocínio moral, por sua vez, não é interpretativo porque não envolve essa dimensão intencional⁴³ – a moralidade não é algo produzido por ação intencional, como espero que tenha ficado claro acima.

O vínculo com a intenção do legislador, para RAZ, é evidente porque, segundo ele, simplesmente não faz sentido aceitar que uma norma pode ser estabelecida pela ação intencional de alguém sem que esteja minimamente vinculada à intencionalidade dessa ação. Negar isso deixa inexplicada a razão pela qual Cortes dão importância a atos legislativos ao julgar – RAZ se pergunta se seriam importantes por alguma mágica ou fetichismo⁴⁴ – importância essa que é um dado comum da prática jurídica. Também deixa inexplicada a importância da escolha de legisladores e outros aspectos triviais do direito. RAZ esclarece o ponto:

“To give a person or an institution law-making powers is to entrust them with the power to make law by acts intended to make law, or at least undertaken in the knowledge that they make law. It makes no sense to give any person or body law-making power unless it is assumed that the law they make is the law they intended to make. Assume the contrary. Assume that the law made through legislation bears no relation to the law the legislator intended to make. For this assumption to be at all imaginable the legislator must be unaware of what law will be made by his actions. If he can predict that if he does one thing tax will be raised by a certain amount, and if he does another thing tax will be cut by a certain amount, for example, then he will take that action which will have the effect he wants to have – that is, the law he makes will be the law he intends to make. So to assume that the law made by

⁴⁰ BAI, p. 266: “The question ‘what is the law?’ is intertwined with the question ‘how is the law to be interpreted?’”

⁴¹ BAI, p. 115.

⁴² BAI, p. 47.

⁴³ BAI, pp. 115-116: “Moral reasoning, and other types of evaluative reasoning are not interpretive.” No mesmo sentido, cf. RAZ, Joseph. “Morality as Interpretation”. *Ethics*, v. 101, n. 2, 1991. pp. 392-405.

⁴⁴ EPD, p. 236.

legislation is not the one intended by the legislator, we must assume that he cannot predict what law he is making when the legislature passes any piece of legislation. But if so, why does it matter who the members of the legislature are, whether they are democratically elected or not, whether they represent different regions in the country, or classes in the population, whether they are adults or children, sane or insane? Since the law they will end by making does not represent their intentions, the fact that their intentions are foolish or wise, partial or impartial, self-serving or public spirited, makes no difference. It would have been otherwise had there been some invisible hand mechanism, or a voting procedure, which secures desirable laws independently of the beliefs and intentions of the legislators, or possibly as a function of these beliefs and intentions but a function which does not match any of their intentions. But no such mechanism exists, and our concept of legislation is moulded by the shape of institutional arrangements we know of or think possible in the real world. Hence, the very idea of law-making institutions is that of institutions which can make the law they intend to make. No alleged justification of law-making institutions which does not include that assumption can make sense. None can be believable.”⁴⁵

RAZ ressalta, contudo, que a vinculação com a intenção do legislador pressuposta pela tese das fontes não envolve nada mais forte do que “*the text of the Bill on which he is voting will – when understood as such texts, when promulgated in the circumstances in which this one is promulgated, are understood in the legal culture of this country – be law*”⁴⁶. Em outras palavras, a intenção, que ele chama de “mínima”, é apenas a de que criar um texto que será considerado direito e interpretado de acordo com as convenções de interpretação vigentes no contexto onde ele foi criado⁴⁷.

Como RAZ afirma, a tese das fontes não supõe método interpretativo algum, e sim apenas que as fontes sejam interpretadas de acordo com os métodos interpretativos vigentes em determinada comunidade⁴⁸. Métodos interpretativos que envolvem raciocínio fático, e não moral.

⁴⁵ BAI, pp. 274-275. No mesmo sentido, cf. BAI, p. 282;

⁴⁶ BAI, p. 284.

⁴⁷ BAI, pp. 284-285: “The minimal intention is sufficient to preserve the essential idea that legislators have control over the law. Legislators who have the minimal intention know that they are, if they carry the majority, making law, and they know how to find out what law they are making. All they have to do is establish the meaning of the text in front of them, when understood as it will be according to their legal culture assuming that it will be promulgated on that occasion.” A respeito desse aspecto da teoria de RAZ, cf. HERSHOVITZ, Scott. “Review of *Between Authority and Interpretation*, by J. Raz.” *Mind*, v. 121, n. 483, 2012, pp. 837-838.

⁴⁸ EPD, p. 233. RAZ chega a afirmar que a noção de regra de reconhecimento sequer inclui critérios para identificação do conteúdo do direito, e sim das fontes. Cf. RAZ, Joseph. “Dworkin: A New Link in the Chain”. p. 1107 “To expect the Rule of Recognition to include criteria for the identification of implied law is to misconceive its function. In a sense it does not even contain criteria for the identification of explicit law. All it does, and all it is meant to do, is to identify which acts are acts of legislation and which are the rendering of binding judicial decisions, or more generally, which acts create law. The Rule of Recognition does not help one to understand what is the law thus created, whether it is stated or implied. To understand that, one requires the general ability to interpret linguistic utterances, as well as the specific background information necessary to interpret the law-creating acts in whatever society is under consideration.”

1.2. Razões independentes de conteúdo

No tópico anterior expliquei que um dos pilares do positivismo, especialmente do exclusivismo raziano, é a tese das fontes, segundo a qual todo direito necessariamente é determinado apenas por fontes – as diretivas dos oficiais –, que são fatos sociais. Expliquei, ainda, que por “direito” se quer significar normas, e já esclareci que as fontes são razões independentes de conteúdo para que as normas sejam identificadas (justificadas). Expliquei, ainda, que, para RAZ, a normatividade se sustenta no valor. Isso sugere a questão: como fatos sociais são razões se não são considerações que mostram o que há de bom, valoroso, na ação? Entendo importante explicar de forma mais pormenorizada a noção de razão independente de conteúdo, especialmente porque é essa noção que torna necessária a introdução do conceito de autoridade e sua justificação como algo essencial para a explicação do direito.

Como disse, razões “normais”, dependentes de conteúdo, são considerações que mostram o que há de bom na ação que justificam. Nesse caso, não há separação entre o fato de uma característica da ação ser boa e o fato de ser uma razão válida. Como diz RAZ, “[w]e cannot here drive a wedge between the evaluative and the normative, between the two questions: ‘is it good?’ and ‘is it binding or valid?’”⁴⁹. Normas, contudo, não são razões que mostram o que há de bom na ação. Isso significa que, no caso de razões independentes de conteúdo – por exemplo, as normas jurídicas –, duas perguntas que aparentemente não fazem sentido com relação a razões “normais”, dependentes de conteúdo, são possíveis: [i] são regras válidas, vinculantes, ou seja, devem ser seguidas? [ii] são regras boas, sensatas ou justificadas?⁵⁰ Ou seja, é possível que haja uma resposta positiva à primeira pergunta e negativa à segunda. No caso das razões “normais”, relacionadas com o caráter da ação, essa divisão não faz sentido, pois a resposta positiva à segunda é uma condição necessária e suficiente para a resposta positiva à primeira. Em resumo, no caso das regras há uma quebra na relação entre o avaliativo e o normativo, entre as razões que tornam uma ação boa ou justificada e razões que a tornam válida ou devida. A isso RAZ dá o nome de “cisão normativa” (*normative gap*):

“A rule, or a promise, or an agreement can be binding, and it may be wrong to break it, it may be a valid reason for action, and yet it may be a bad rule, which should never have been

⁴⁹ BAI, p. 208.

⁵⁰ BAI, p. 208. É importante entender a diferença entre essa ideia e a ideia de que o direito pode não ser realmente legítimo e, portanto, normativo. O que RAZ quer sugerir aqui é que mesmo sendo normativo, mesmo constituindo razões para ação, ainda assim é coerente criticar moralmente o direito.

made, and which should be changed as soon as possible. Rules, agreements, and undertakings allow for a potential normative gap, a gap between the evaluative and the normative, that is between their value and their normative force.”⁵¹

A primeira coisa a ressaltar é que a cisão não é absoluta, e que a normatividade das regras deve se sustentar em considerações avaliativas, embora não as relacionadas com o mérito da ação. Ou seja, é necessário que haja considerações avaliativas para que um agente realize uma ação que não são constituídas pelo valor da ação. “*When we ask ‘what makes rules bind?’ the answer will revert to evaluative considerations*”⁵², diz RAZ. E continua: “*Normativity is ultimately based on evaluative considerations, but in a way which leaves room for a normative gap*”⁵³.

Isso sugere que uma explicação sobre a natureza independente de conteúdo das regras é uma explicação normativa, ou seja, uma justificação. Explicar a natureza independente de conteúdo das regras significaria explicar quais seriam essas considerações avaliativas que justificam a normatividade das regras, embora não relacionadas com o valor da ação determinada pela regra. E RAZ em alguma medida aceita isso. Ele afirma que a justificação de regras não é a tarefa na qual ele está engajado, mas isso não pela natureza normativa da tarefa, e sim pela impossibilidade de se justificar regras de forma geral. Segundo ele, “*there is no question of providing a general justification of rules. Some are not justified and are not binding. Possibly, those that are binding are to be justified in arguments of varying patterns, which cannot be exhaustively described in advance*”⁵⁴. Contudo, para que seja minimamente plausível a explicação da natureza independente de conteúdo e, portanto, das regras, é importante que se mostre ao menos como é possível que pessoas acreditem que regras são vinculantes, e “[s]howing how it could be plausible for people to believe that some rules bind is likely to amount to showing, at the very least, that it is possible for rules to bind, and also to pointing to some circumstances under which they do bind”⁵⁵.

RAZ articula alguns exemplos de justificação de razões independentes de conteúdo: [i] supondo-se que o comitê de um clube estabeleça uma regra de que somente serão permitidos três convidados para cada membro do clube, as considerações que mostram que

⁵¹ BAI, p. 208. Cf. também PRN, pp. 80-81: “The question of the validity of a norm should be clearly distinguished from other questions of justification. [...] A legislated norm may be valid even though the legislative authority was not justified in enacting it. Once enacted the norm subjects may have ample reason to regard the norm as binding despite the fact that the norm should not have been enacted in the first place.”

⁵² BAI, p. 209.

⁵³ BAI, p. 209.

⁵⁴ BAI, p. 212.

⁵⁵ BAI, p. 212.

a regra é vinculante não são relacionadas com o valor em se ter no máximo três convidados, e sim com o valor de se ter os assuntos do clube regulado pelo comitê⁵⁶; [ii] supondo-se que A tenha costume de andar para o seu trabalho pelo caminho X, o valor de se seguir o costume não está na qualidade do caminho X, e sim no tempo que é poupado ao simplesmente seguir o costume, sem que haja reflexão todo dia a respeito de qual caminho seguir⁵⁷; [iii] supondo-se que A prometa a B ir a Paris com ela, a razão de a promessa ser vinculante não é relacionada com valor de se estar em Paris, e sim com o valor da possibilidade de pessoas se vincularem normativamente⁵⁸.

Segundo RAZ, o traço fundamental das regras que esses exemplos explicitam é o que ele denomina de *quebra de transitividade* da justificação⁵⁹. Normalmente, justificações são transitivas. Se tenho razão para ver um filme porque ele é bom, e se ele é bom porque tem uma trama bem articulada, então tenho razão para ver o filme porque ele tem uma trama bem articulada. E se a trama é bem articulada porque o desenvolvimento da história não é óbvio, é surpreendente, muito criativo, mas, mesmo assim, plausível e coerente, então essas são razões para assistir ao filme. Nos casos acima mencionados, porém, essa transitividade não se sustenta: [i] o valor de se ter os assuntos regulados pelo comitê é uma razão para seguir a regra posta pelo comitê sobre o limite de três convidados, mas não para que apenas três convidados sejam permitidos no clube; [ii] o tempo poupado com deliberação sobre o caminho a seguir é uma razão para seguir o costume de ir pela rota X, mas não uma razão para escolher o caminho X; [iii] o valor da possibilidade de pessoas se vincularem normativamente é uma razão para cumprir a promessa de ir a Paris, mas não uma razão para ir a Paris. E isso, por sua vez, mostra que regras fazem diferença prática, pois constituem razões para determinada ação que não existiriam se elas não existissem. Isso ele denomina de “tese da autonomia” (*autonomy thesis*)⁶⁰.

É claro que a discussão até este ponto sugere uma questão: o que justifica as regras jurídicas? Se uma explicação das regras envolve explicar ao menos algumas circunstâncias onde elas vinculam, a explicação de regras jurídicas envolve alguma justificação da possibilidade de sua vinculação. E RAZ tem, sim, uma teoria nesses moldes. É a sua célebre concepção de serviço da autoridade, sobre a qual falarei no tópico a seguir.

⁵⁶ BAI, p. 210.

⁵⁷ BAI, p. 213.

⁵⁸ BAI, p. 214.

⁵⁹ BAI, pp. 213-214. O exemplo que articularei a seguir sobre o filme é uma adaptação do exemplo mencionado por RAZ neste trecho.

⁶⁰ BAI, p. 214.

1.3. Autoridade e a concepção de serviço

O primeiro tópico deste capítulo apresentou em linhas gerais a tese das fontes, principal tese exclusivista, indicando que as normas jurídicas são identificadas por fontes sociais, o que, como expliquei, é uma forma de identificação que se sustenta em fatos sociais, não normativos. Isso sugere uma aparente tensão inicial entre a facticidade das fontes sociais e a normatividade das regras jurídicas. Na seção seguinte busquei dar um aspecto mais concreto a essa tensão, explicando que normas jurídicas são razões independentes de conteúdo – e, portanto, não fundadas diretamente no valor –, e como razões independentes de conteúdo são possíveis de acordo com RAZ, ao menos de forma geral. Agora é necessário explicar a natureza independente de conteúdo especificamente do direito, o que RAZ faz por meio de sua célebre concepção de serviço de autoridade e suas três teses – a tese da dependência, a tese da preempção e a tese da justificação normal.

A tese das fontes diz que todo direito é constituído por fontes, que são fatos sociais, e os casos principais de fontes – legislação e julgados – são atos realizados com a intenção de criar direitos e obrigações para uma comunidade de pessoas, grande parte delas que sequer teve qualquer participação na produção do ato, tampouco consentiu com seu conteúdo. Mas, RAZ indaga, “*how could it be that the say-so of one person constitutes a reason, a duty, for another? Is it that easy to manufacture duties out of thin air?*”⁶¹ Muito embora para RAZ uma teoria do direito não seja uma teoria de justificação do direito, explicar a possibilidade de direitos e obrigações determinadas por fontes sociais de forma plausível envolve justificar ao menos algumas circunstâncias onde as fontes sociais efetivamente constituem razões. E, para RAZ, qualquer explicação plausível da normatividade do direito – do fato de que a ação intencional de uma pessoa ou grupo de pessoas constitui direitos e obrigações para uma comunidade – se inicia com a noção de *autoridade*.

Autoridade não é simples poder de fazer outro se conformar à sua vontade, de influenciar comportamentos⁶², e sim poder *normativo*⁶³, ou seja, “*ability to change a certain type of reason*”⁶⁴. Como diz RAZ, é o direito de governar, o que supõe o dever de obediência⁶⁵. Autoridade é um conceito prático, e isso significa que explicar o conceito de

⁶¹ BAI, pp. 134-135.

⁶² TMF, p. 24; TAL, p. 7; PRN, pp. 98-99.

⁶³ TMF, p. 24; TAL, p. 18; PRN, pp. 98-104.

⁶⁴ TAL, p. 16.

⁶⁵ TMF, p. 23.

autoridade significa explicar o aporte prático desse conceito em inferências práticas, que resultam em conclusões sobre como agir⁶⁶. Explicar o aporte prático do conceito significa explicar os tipos de razões que atos de autoridades constituem e como elas se justificam, ou seja, envolve explicar a legitimidade moral de autoridades. Segundo RAZ, “[a] *theory of law is, therefore and among other things, a theory of the conditions, if any, under which the law is morally legitimate and of the consequences that follow from the assumption that it is morally legitimate*”⁶⁷. No mesmo sentido, afirma ANDREI MARMOR que “*though Hart is right that legal philosophy should confine itself to an explanation of the normativity of law – without slipping into a moral-political account of what makes law justified or worth having – we can still do better in explaining the normativity of law than just pointing out the fact that people tend to regard legal requirements as binding*”⁶⁸, e, segundo ele, “*Raz’s account of practical authorities gives some structure to the normativity of law – explaining the kinds of reasons that would make legal instructions binding and their possible relation to moral and other normative considerations*”⁶⁹.

Mas que tipo de razão constituiria a diretiva de uma autoridade – e, portanto, que tipo de razão seria uma regra jurídica? “*The main problem of understanding rules is to see what sort of reasons rules are, and how they differ from other reasons*”⁷⁰, diz RAZ. Segundo ele, “*rules play a special role in practical reasoning which is significantly different from that of ordinary reasons*”⁷¹. Qual seria esse papel?

A primeira sugestão de RAZ é a ideia de que diretivas seriam razões para ação absolutas. Essa sugestão, contudo, tornaria extremamente improvável que exista qualquer autoridade legítima, talvez sequer possível – “*I cannot see that it is ever right to take anybody’s word as an absolute reason to be followed under all circumstances*”⁷², afirma ele –, e conduziria à conclusão de que existem pouquíssimas autoridades *de facto* no mundo⁷³. As

⁶⁶ TAL, p. 10. Em TMF, p. 28, RAZ afirma que “*a person who accepts the authority of another accepts the soundness of the arguments of the following form: Y has authority; Y decreed that X is to do A; Therefore, X ought to do A*”. Isso pode sugerir que diretivas de autoridades são razões absolutas, mas essa não é a intenção de RAZ neste trecho, e sim apenas demonstrar como a noção é prática e, portanto, explicada por meio de sua relevância em inferências práticas.

⁶⁷ BAI, pp. 331-332.

⁶⁸ MARMOR, Andrei. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 60.

⁶⁹ MARMOR, Andrei. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011. p. 60.

⁷⁰ PRN, p. 51.

⁷¹ TAL, p. 147, n. 3.

⁷² TAL, p. 13.

⁷³ TAL, p. 13.

razões constituídas por autoridades não são razões absolutas, portanto⁷⁴.

Refletindo sobre outras possibilidades, RAZ compara as diretivas de autoridades com outras noções que também constituem razões independentes de conteúdo, como ameaças, conselhos e pedidos (*requests*)⁷⁵.

Uma alternativa seria a visão de que as razões das autoridades não teriam peso prático algum, não afetariam o balanço de razões para agir, sendo meras razões para crenças. Essa seria o que RAZ denomina de “concepção do reconhecimento” (*recognitionnal conception*) da autoridade⁷⁶, ou seja, a concepção de que “*to accept an utterance as authoritative is to regard it as a reason to believe that one has a reason to act as told*”⁷⁷. Essa concepção, por óbvio, desemboca no que RAZ denomina “tese da não diferença” (*no difference thesis*), que indicaria que “[*t*]here is nothing which those subject to authority ought to do as a result of the exercise of authority which they did not have to do independently of that exercise, they merely have new reasons for believing that certain acts were prohibited or obligatory all along”⁷⁸. Conselhos, por exemplo, são meios de comunicar informação⁷⁹ sobre razões que já existem, e, se há intenção de influenciar o comportamento do destinatário – o que pode não existir –, a influência se dá tornando o destinatário ciente da situação normativa, dando-lhe uma razão para acreditar que existem razões para agir de determinada maneira, e não alterando o balanço das razões para agir⁸⁰. Ameaças para RAZ também são razões para crenças. Elas são razões para acreditar que

⁷⁴ Cf. também TAL, p. 22; TMF, pp. 42 e 46; EPD, p. 213. Há quem interprete RAZ como se defendesse a ideia de que regras jurídicas seriam razões absolutas. FREDERICK SCHAUER é um exemplo. Vou utilizar agora conceitos que ainda não expliquei – farei ainda neste tópico –, mas são necessários para entender a posição de SCHAUER. Ele afirma que a razão exclusionária da regra determina a exclusão de todas as razões de primeira ordem que sejam conflitantes com a razão de primeira ordem da regra. A regra seria, portanto, similar a uma razão absoluta, porque exclui qualquer razão para não agir de acordo com ela. E disso SCHAUER tira a conclusão de que a noção de regra de RAZ não dá conta de situações excepcionais, onde razões de enorme relevância podem vir a se chocar com a razão de primeira ordem da regra. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press, 1991. pp. 89-91.

⁷⁵ Cf. TMF, pp. 35-37 e 53-54; PRN, pp. 82-84 e 100-101; TAL, pp. 13-15 e 21-24; BAI, p. 128, n. 5. Em TAL, p. 13, RAZ afirma que a diferença entre conselhos, pedidos e diretivas de autoridades está na intenção de quem realiza esses atos, e não do seu destinatário. Em TAL, pp. 21-22, por exemplo, ele sugere que conselhos podem ser encarados pelos seus destinatários como se operassem como diretivas, mas isso seria irrelevante para a sua natureza de conselho. Em TMF, pp. 53-54, RAZ sugere o exemplo do conselho que é aceito para não magoar o amigo que deu o conselho, e não porque o destinatário do conselho acredita que seja um bom conselho, e diz que esse não é um caso normal, e que a natureza de conselhos deve ser entendida a partir do caso normal, ou seja, onde conselhos são oferecidos e aceitos por refletirem o balanço correto de razões que se aplicam ao seu destinatário.

⁷⁶ TMF, pp. 28-31.

⁷⁷ TMF, p. 29.

⁷⁸ TMF, p. 30.

⁷⁹ Em TAL, p. 21, n. 22, RAZ afirma que conselhos diferem de mera comunicação de informação por serem oferecidos em situações onde o conselho servirá para resolver algum efetivo ou hipotético problema prático.

⁸⁰ TAL, pp. 13-14.

determinado evento desagradável vai acontecer ao destinatário caso este não realize uma ação – que se supõe estar na sua esfera de possibilidades –, e que esse evento desagradável será realizado por vontade daquele que ameaça em virtude justamente da não realização da ação pelo destinatário, o que significa que é a intenção de evitar as consequências desagradáveis à luz de razões prudenciais que justifica eventual obediência, e não o ato de ameaça em si⁸¹. Autoridades, quando emitem diretivas, expressam pretensão de impor deveres e conferir direitos; Cortes julgam violadores de diretivas como culpados ou responsáveis por transgressão. E nada disso tem a ver com ameaças. Ameaçar não é impor um dever, sequer alegar a existência de um dever. O ato de ameaçar em si não é uma razão, e nem se alega por quem faz a ameaça que seja uma razão.⁸²

A mera comparação com as noções de conselho e ameaça, casos de meras razões para crenças, já é sugestiva de que diretivas de autoridades sejam diferentes, pois diretivas claramente não são meros conselhos ou simples ameaças; não é necessário ter autoridade para aconselhar ou ameaçar, e sequer se supõe que quem o faça tenha. E, como já apontado acima ao discutir as razões independentes de conteúdo e as noções de cisão normativa e quebra de transitividade, ainda que as autoridades reflitam fielmente o balanço das razões dependentes com suas diretivas, isso não significa que as obrigações são as mesmas, pois a base normativa delas muda. Mas RAZ aponta ainda a incapacidade da concepção do reconhecimento de explicar algumas funções fundamentais e paradigmáticas de autoridades, como solucionar problemas de coordenação por meio da constituição de convenções⁸³; determinar cursos de ação em situação onde razões são subdeterminadas, ou seja, onde razões tornam elegíveis diversos cursos de ação, sem determinar especificamente qual seria melhor⁸⁴; e situações onde se caracteriza um problema normalmente denominado de “dilema do prisioneiro”⁸⁵. Autoridades criam razões para ação⁸⁶.

Seriam diretivas de autoridades simples razões *prima facie*, que devem ser incorporadas ao balanço de razões e analisadas juntamente com as demais razões que se

⁸¹ TMF, pp. 35-36.

⁸² TMF, p. 26.

⁸³ TMF, pp. 30-31 e 49-50.

⁸⁴ TMF, pp. 48-49.

⁸⁵ TMF, pp. 50-51.

⁸⁶ Em EPD, p. 220, RAZ sequer se preocupa em argumentar pela ideia de que autoridades fazem diferença prática, simplesmente já assumindo isso como verdade, um truísmo: “I will assume that authorities make a difference, i.e. the fact that an authority issued a directive changes the subjects' reasons.”

aplicam ao destinatário da diretiva?⁸⁷ Para refletir sobre essa possibilidade, RAZ nos convida a pensar sobre pedidos, que são também atos que constituem razões independentes de conteúdo e que não se exige autoridade para realizar⁸⁸. Segundo RAZ, pedidos são feitos com a intenção de que sejam considerados como razões a serem incluídas no balanço de razões do destinatário, e não há nada de errado caso o destinatário diga que, após considerar todas as razões para atender ou não ao pedido, inclusive o pedido em si, chegou à conclusão que não poderia fazê-lo⁸⁹. Segundo RAZ, “*the specific quality of requests is that they are acts intended to communicate to their addressee the speaker's intention that the addressee shall regard the act of communication as a reason for a certain action. The speaker's intention is not to make the addressee act as requested, but merely to create a reason for such action. The speaker realizes that there may be overwhelming reasons against acceding to the request, and he does not wish the addressee to do as requested in such a case. The speaker leaves it to the addressee to judge what is right. He intends to influence him only by tipping the balance somewhat in favour of the requested act*”⁹⁰. Pedidos, portanto, são razões *prima facie*⁹¹. Mas, se existe uma diferença entre pedidos e diretivas autoritativas – e parece seguro afirmar que existe –, então qual seria a diferença entre as razões *prima facie* das diretivas e as razões *prima facie* dos pedidos? Seriam as diretivas razões mais fortes ou pesadas? Como RAZ bem fala, é não apenas errado, mas também implausível, que a distinção entre pedidos e diretivas seja meramente de grau⁹². Diretivas não são necessariamente mais importantes que pedidos: podem existir diretivas sobre assuntos banais, de peso pequeno, e pedidos de grande importância. “*A request may be a reason of sufficient weight to justify sacrificing one's life*”⁹³, diz RAZ.

Chegamos então a uma situação aparentemente paradoxal: “*if authority is ability to change reasons by certain utterances, then the utterances of authority are more than prima facie yet less than absolute reasons, which is an impossibility*”⁹⁴. Ocorre que essa

⁸⁷ Em CLS, RAZ acreditava que normas jurídicas eram razões *prima facie*. Cf. CLS, pp. 200-201: “It is true that one of the distinguishing features of norms is that they constitute certain types of reasons for action. But norms are always only one of the reasons for action in every situation; their effect and their weight are affected by many other facts that are also reasons for action, and which sometimes enhance and sometimes diminish or even contradict the effect of norms.” Como será explicado, sua visão mudou radicalmente, o que aconteceu a partir de PRN.

⁸⁸ TAL, p. 15.

⁸⁹ TAL, p. 14.

⁹⁰ TMF, p. 37. Cf. também TAL, p. 23: “A request is made with the intention that it shall be taken as a reason for action and be acceded to only if it tips the balance.”

⁹¹ TAL, p. 15.

⁹² TAL, p. 15.

⁹³ TAL, p. 23.

⁹⁴ TAL, pp. 15-16.

aparência de impossibilidade se dá por uma “*over-restricted view of reasons for action*”⁹⁵.

A diferença, de acordo com RAZ, não está no peso ou importância, e sim no “modo de operação” das razões⁹⁶: diretivas constituem o que RAZ ora denomina “razões peremptórias” (*peremptory reasons*)⁹⁷, ora denomina “razões preemptivas” (*pre-emptive reasons*)⁹⁸, e ora denomina “razões protegidas” (*protected reasons*)⁹⁹.¹⁰⁰ Para explicar a distinção, ele articula a célebre *analogia do mediador*¹⁰¹. RAZ nos convida a imaginar uma situação onde duas pessoas em litígio recorrem a um mediador para resolver sua disputa, sugerindo que tal situação teria a estrutura de uma relação autoritativa. Analisando a situação, alguns elementos se mostram relevantes: [i] a decisão do mediador é uma razão para a ação – ou seja, os litigantes devem tomar o próprio fato de o mediador ter proferido decisão *p* para agir conforme *p*; [ii] a decisão do mediador tem pretensão levar em conta as razões aplicáveis ao caso – o que chamei, seguindo RAZ, de “razões dependentes” – e refletir o balanço correto dessas razões – isto é, ela tem a pretensão de apresentar a resposta correta ao problema das partes à luz das razões para agir que elas já teriam independentemente da mediação; [iii] a decisão do mediador pode falhar em refletir o balanço correto de razões dependentes, mas ainda assim deve ser tomada como uma razão para ação; [iv] a razão do mediador é o que RAZ denomina uma “razão preemptiva” (*pre-emptive reason*)¹⁰², o que significa que é uma razão que substitui as razões dependentes e que estão supostamente refletidas na diretiva do mediador; [v] na medida em que a razão do mediador é preemptiva, os litigantes devem seguir a decisão do mediador e não mais agir de acordo com as razões dependentes que a decisão do mediador tinha a pretensão de refletir – ou seja, não devem mais agir de acordo com o seu próprio julgamento sobre o balanço correto de razões. A partir desses elementos, RAZ elabora as teses de sua “*service conception of the function of authorities, that is, the view that their role and primary*

⁹⁵ TAL, p. 16.

⁹⁶ TAL, p. 23: “The difference is not in importance but in mode of operation.”

⁹⁷ TMF, pp. 37 e 249; TAL, p. 235; BAI, p. 97; EPD, pp. 40 e 212, especialmente p. 40: “Duties are but a special kind of categorical reasons, they are peremptory reasons, reasons which exclude consideration of and prevail over certain categories of reasons.”

⁹⁸ TMF, pp. 42, 44, 46, 50 n. 25, 60 e 186; EPD, p. 213; BAI, pp. 8, 9, 141-142, 155, 379, 385-386 e 391-394; “Facing Up: A reply”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, p. 1189.

⁹⁹ TAL, pp. 18-19; 21-23, 29, 32, 235; BAI, p. 216; “Facing Up: A reply”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, pp. 1160, 1196, 1204-1205, 1208.

¹⁰⁰ As três denominações são usadas por RAZ para explicar a mesma ideia.

¹⁰¹ TMF, pp. 41-42; EPD, pp. 212-215.

¹⁰² TMF, p. 42: “I shall call a reason which displaces others a pre-emptive reason.” Para a mesma definição, cf. EPD, p. 213. Em BAI, p. 379, RAZ dá uma definição distinta, afirmando que “reasons in law’ s limited domain operate in practical reasoning as pre-emptive reasons . . . that is, reasons which preclude acting for certain other reasons (falling outside the domain)”.

*normal function is to serve the governed*¹⁰³.

Em linhas gerais, autoridades para RAZ prestam um serviço de mediação, ou seja, autoridades possuem a função de fazer a mediação entre as razões dependentes e os sujeitos, possibilitando maior grau de conformidade desses sujeitos às razões dependentes. Essa ideia geral é articulada por meio das três teses que compõem a concepção de serviço, que se referem [i] ao tipo de argumento capaz de justificar a afirmação de que uma autoridade é legítima; [ii] ao caráter das considerações que devem orientar as ações de autoridades; e [iii] à forma como a existência da diretiva de uma autoridade deve afetar o raciocínio prático de quem está sujeito a ela.¹⁰⁴

A primeira delas, a “tese da justificação normal” (*normal justification thesis*), afirma que o modo normal de justificar a legitimidade da autoridade de uma pessoa é demonstrando que o destinatário de suas diretivas se conformará melhor às razões dependentes seguindo as diretivas ao invés de seu próprio julgamento sobre o balanço correto das razões dependentes¹⁰⁵. Como diz RAZ, “[t]he basis of legitimacy is relative success in getting people to conform to right reason”¹⁰⁶. Essa ideia pode ser explicada de forma rudimentar¹⁰⁷ da seguinte maneira: imagine uma pessoa X tendo que decidir por conta própria sobre como agir em n situações. X reflete sobre as razões aplicáveis a cada situação e toma uma decisão para cada uma das n situações. Suponhamos que X tenha tomado a decisão correta em 60% das n situações. Suponhamos agora que Y, apresentando pretensão de ser autoridade, tenha emitido uma diretiva sobre como agir nas n situações com base em sua ponderação das razões aplicáveis às situações, e que Y tenha tomado a decisão correta em 75% das n situações. Isso significaria que Y é uma autoridade legítima, pois X teria se conformado melhor às razões dependentes caso tivesse seguido as diretivas da autoridade ao invés de suas próprias decisões. Em outras palavras, ao não se orientar

¹⁰³ TMF, p. 56.

¹⁰⁴ TMF, p. 38.

¹⁰⁵ TMF, pp. 53-57, especialmente p. 53: “[T]he normal way to establish that a person has authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, rather than by trying to follow the reasons which apply to him directly.” A mesma tese aparece de forma essencialmente similar em EPD, p. 214; BAI, pp. 136-137.

¹⁰⁶ RAZ, Joseph. “Introduction”. in: RAZ, Joseph (ed.). *Authority*. New York: New York University Press, 1990. p. 13.

¹⁰⁷ O exemplo é rudimentar porque ignora eventuais dificuldades que demandariam melhor elaboração. Por exemplo, seria possível imaginar que os 60% de decisões corretas de X são mais importantes que os 75% de decisões corretas de Y, talvez porque 40% dos acertos de Y sejam em situações banais. Nessa situação seria possível argumentar que Y não é uma autoridade legítima. De todo modo, não é necessário articular todas as eventuais qualificações da tese para que a racionalidade dela fique clara.

diretamente pelas razões dependentes, e sim pelas diretivas da autoridade, o sujeito age conforme as razões dependentes em maior medida¹⁰⁸.

É importante perceber que a noção de “normalidade” aqui tem significado normativo, e não estatístico¹⁰⁹. RAZ dá o exemplo dos conselhos: a justificação normal para se aceitar um conselho sobre como agir é que ele seja correto, ou seja, que indique a forma correta de agir na situação em questão. Mas é possível que alguém aceite um conselho porque isso irá agradar um amigo, muito embora duvide da validade do conselho, ou talvez até tenha convicção de que o conselho está equivocado. O ponto é que esse é um caso desviante, não normal, para se aceitar um conselho, e apenas é possível entender o que são conselhos a partir do caso normal. O mesmo ocorre com a noção de autoridade. RAZ, por exemplo, sugere que a definição da identidade de um sujeito como membro de uma comunidade seria uma razão que justifica de forma secundária a legitimidade de uma autoridade. “*Accepting the authority or leadership of a person or an institution is, for example, a way of defining one's own identity as a member of a nation or some other group*”, diz ele, e “[s]uch a reason can be a perfectly valid reason, but only if there are other reasons which, in accord with the normal justification thesis, support the authority of that person”¹¹⁰.

Outro ponto relevante a respeito da tese da justificação normal é que RAZ afirma que a sua satisfação não é exatamente suficiente para estabelecer a legitimidade de uma autoridade. É necessário que seja satisfeita também o que ele denomina de “condição de independência” (*independence condition*)¹¹¹, relacionada com “*the intrinsic desirability of people conducting their own life by their own lights*”¹¹². A condição de independência significa basicamente que, para que seja estabelecida a autoridade de determinada pessoa sobre determinada situação, o assunto regulado pela diretiva da autoridade não deve ser um

¹⁰⁸ Aqui percebemos a distinção entre as noções de *orientação (compliance)* e *conformação (conformity)*. A distinção entre os dois conceitos pode ser feita da seguinte maneira: *conforma-se* a uma razão aquele que realiza a ação determinada pela razão, ainda que não motivado por ela. É uma noção que envolve a análise apenas do comportamento do indivíduo, portanto, sendo indiferente o que motivou a sua ação. *Orientação*, por outro lado, envolve a análise da motivação do sujeito: dizer que o sujeito foi orientado pela razão X significa dizer que agiu *por causa da razão X, motivado por ela*. Sobre a distinção entre essas duas noções, cf. PRN, p. 178. Sobre como razões morais não necessariamente são razões para orientação, cf. EGR, pp. 90-94.

¹⁰⁹ TMF, pp. 53-54.

¹¹⁰ TMF, p. 54.

¹¹¹ BAI, p. 137.

¹¹² TMF, p. 57.

assunto no qual é mais importante que as pessoas decidam por conta própria¹¹³. Não sendo satisfeita essa condição – ou seja, sendo um assunto sobre o qual é mais importante que se decida por conta própria –, não é justificada a autoridade sobre o assunto em questão.

A segunda tese, a tese da dependência (*dependence thesis*)¹¹⁴, afirma que as diretivas da autoridade devem buscar refletir o balanço correto das razões dependentes que se aplicam às circunstâncias cobertas pela suas diretivas. Em outras palavras, caso na situação X sejam relevantes as razões R1, R2 e R3, e o balanço correto dessas razões mostre que a ação que deve ser realizada é *p*, a diretiva da autoridade deve se basear nas razões R1, R2 e R3 e determinar que *p* deve ser na situação X. Uma das principais razões para aceitar a tese seria o fato de ela ser evidentemente verdadeira para as autoridades *teóricas* – aquelas que nos orientam a respeito do que devemos acreditar e, portanto, não criam razões para agir, e sim apenas razões para crenças¹¹⁵ –, pois, muito embora sejam autoridades que fornecem razões de diferentes tipos, é mais razoável acreditar que partilham da mesma estrutura básica¹¹⁶. Isso não significa, contudo, que autoridades sempre são bem sucedidas nessa tentativa de refletir adequadamente as razões dependentes, sequer que sempre tentam fazê-lo, mas apenas que deveriam sempre tentar fazê-lo. Mais importante ainda: não significa que diretivas apenas são válidas quando efetivamente refletem as razões de fundo aplicáveis às circunstâncias cobertas pelas suas diretivas. Segundo RAZ, “*the thesis is not that authoritative determinations are binding only if they correctly reflect the reasons on which they depend. On the contrary, there is no point in having authorities unless their determinations are binding even if mistaken (though some mistakes may disqualify them)*”¹¹⁷. Por fim, também não significa que, caso sejam totalmente bem sucedidas, nenhuma nova obrigação resulta das diretivas da autoridade.

Uma inadequada compreensão desses últimos dois pontos tem potencial para resultar na aceitação da tese da não diferença, anteriormente já discutida, que afirma que

¹¹³ Cf. também RAZ, Joseph. “Facing Up: A reply”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, p. 1180-1181.

¹¹⁴ TMF, pp. 42-53, especialmente p. 47: “[A]ll authoritative directives should be based on reasons which already independently apply to the subjects of the directives and are relevant to their action in the circumstances covered by the directive. Such reasons I dubbed above ‘dependent reasons’.” A mesma tese aparece de forma essencialmente similar em EPD, p. 214.

¹¹⁵ Como explica RAZ em EPD, p. 211, “the advice of a theoretical authority is a reason for belief for those regarding whom that person or institution has authority”.

¹¹⁶ TMF, p. 53. Cf. também TAL, p. 8: “Though our concern is with practical rather than theoretical authority, an analysis maximizing the similarities between authority for action and authority for belief is, other things being equal, preferable.”

¹¹⁷ TMF, p. 47.

“*the exercise of authority should make no difference to what its subjects ought to do, for it ought to direct them to do what they ought to do in any event*”¹¹⁸. Mas ela, como já dito anteriormente, é equivocada. A uma, as autoridades criam novas obrigações em situações onde solucionam problemas de coordenação por meio da constituição de convenções, onde determinam cursos de ação em situação onde razões são subdeterminadas, e onde se caracteriza um dilema do prisioneiro. A duas, desde que legítima, a autoridade cria obrigações até mesmo em relação a diretivas que não refletem as razões dependentes. A três, como ressaltado no tópico anterior, ainda que as autoridades reflitam fielmente o balanço das razões dependentes com suas diretivas, isso não significa que as obrigações são as mesmas, pois a base normativa delas muda. RAZ bem ressalta que “*sometimes the person placed under an obligation already had an obligation to perform the same act. ‘An obligation that he did not have before’ does not mean an obligation to do something which until then he had no obligation to do. The obligation is new, even if another obligation to perform the same act already exists*”¹¹⁹.

A terceira tese, a tese da preempção (*pre-emption thesis*)¹²⁰, afirma que as diretivas da autoridade não são simples razões *prima facie*, que devem ser incorporadas ao balanço de razões juntamente com as razões dependentes, e sim excluir e substituir as razões dependentes que devem ser refletidas pela diretiva. Diretivas de autoridades, portanto, são razões protegidas/preemptivas/peremptórias¹²¹ independentes de conteúdo. Dizer que uma

¹¹⁸ TMF, p. 48.

¹¹⁹ BAI, p. 1365 n. 14. Vale lembrar que, muito embora sejam considerações avaliativas que dão força às diretivas de autoridade, são outras considerações que justificam a ação das diretivas, e não as próprias razões dependentes. Isso é o que chamei acima de “cisão normativa”. Esse é um ponto não percebido, por exemplo, por KENNETH HIMMA. Cf. HIMMA, Kenneth Einar. “Just ‘Cause You’re Smarter than Me Doesn’t Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 1, 2007, p. 140: “Suppose that right reason demands always that we comply with moral standards. Suppose further that A is infallible in determining what is required by moral standards and is morally impeccable in the sense that A always directs what is required by those standards. And suppose that there is no other fact that might legitimate A’s authority apart from A’s impeccability. While I am morally obligated to comply with the correct moral judgments that are expressed in A’s directives, it is false that I am morally obligated by A’s directives. If A’s directives always demand what is required by morality, I am morally obligated to do as A says – but not for the reason that A says it. The reason I am morally obligated to conform to A’s directives is content-dependent. By hypothesis, the content of A’s directives reflect the content of moral principles that already bind me; it is the content of those principles that give rise to pre-existing moral obligations that are, so to speak, simply repeated in A’s directives.”

¹²⁰ TMF, pp. 46 e 57-62, especialmente p. 46: “[T]he fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should exclude and take the place of some of them.” A mesma tese aparece de forma essencialmente similar em EPD, p. 214.

¹²¹ A natureza peremptória das diretivas é caracterizada de forma diferente por HART, tendo por função evitar qualquer deliberação. Cf. HART, EOB, p. 253. RAZ critica essa visão. Para ele, não é relevante para a

regra é uma razão protegida significa que regras são, na verdade, *duas razões* que operam em conjunto: uma razão dita de *primeira ordem*, que é uma razão para agir conforme determina a regra; e uma razão de *segunda ordem*, chamada de *razão exclusionária*, que exclui *por tipo*¹²² determinadas razões de primeira ordem. Dessa definição surgem algumas dúvidas: por qual razão dividir razões em *primeira ou segunda ordem*; no que consistiria em excluir *por tipo*; e *quais razões* seriam excluídas por tipo? Razões de primeira ordem são aquelas que se referem diretamente a condutas. Razões de segunda ordem, por sua vez, se referem a outras razões, ou seja, são razões para agir, ou se abster de agir, por outras razões¹²³. Razões exclusionárias, que são apenas um tipo de razão de segunda ordem, são razões para não agir por determinadas razões¹²⁴. Disso se extrai que essas razões não interagem da mesma forma que interagem as razões de primeira ordem entre si, cujos conflitos se resolvem pelo que metaforicamente poderia ser chamado de peso. Razões de segunda ordem não entram em conflito de peso com as razões de primeira ordem, porque as excluem independentemente do seu peso. Por isso que se diz que a exclusão se dá por tipo. Por fim, razões exclusionárias excluem não apenas as razões que conflitam com a razão de primeira ordem, e sequer todas elas. Elas excluem todas as razões dependentes que devem ser consideradas pela autoridade para que crie a regra, e apenas elas. Em outras palavras, até mesmo as razões favoráveis à ação determinada pela razão de primeira ordem da regra ficam excluídas caso tenham sido consideradas pela autoridade, não sendo excluídas também as razões que conflitam com a razão de primeira ordem que não foram consideradas pela autoridade ao criar a regra. Por qual razão essas razões são excluídas de consideração para o agente que se vale da regra? Porque elas já foram consideradas pelo autor da diretiva, sendo a razão de primeira ordem da regra “*merely a reflection of other first-order reasons, and which should not be allowed to count twice*”¹²⁵. Considerá-las novamente, seja a favor ou contra, equivale a “*contar duas vezes*” a mesma razão¹²⁶.

autoridade como o sujeito pensa, e sim como age, não havendo nada de errado em refletir sobre os méritos da diretiva, desde que a obediência a ela não seja condicional a essa deliberação. Cf. TMF, p. 39.

¹²² TAL, p. 22: “[E]xclusionary reasons exclude by kind and not by weight.”

¹²³ PRN, p. 39, grifos no original: “A *second-order reason* is any reason to act for a reason or to refrain from acting for a reason.”

¹²⁴ PRN, p. 39, grifos no original: “An *exclusionary reason* is a second-order reason to refrain from acting for some reason.”

¹²⁵ RAZ, Joseph. “Facing Up: A reply”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, p. 1161.

¹²⁶ Cf. TMF, p. 58: “When considering the weight or strength of the reasons for an action, the reasons for the rule cannot be added to the rule itself as additional reasons. We must count one or the other but not both. Authoritative directives are often rules, and even when they are not, because they lack the required generality, the same reasoning applies to them. Either the directive or the reasons for holding it to be binding should be counted but not both. To do otherwise is to be guilty of double counting.” Cf. também EPD, p. 215. Aparentemente em sentido contrário, cf. BAI, pp. 144-145. Mas creio que aqui RAZ simplesmente quer

Esse é o aporte normativo que a noção de autoridade dá ao direito: normas jurídicas são razões protegidas independentes de conteúdo. Tem autoridade, dessa forma, a pessoa, ou grupo de pessoas, que, por atos de fala realizados com a intenção de constituir uma razão protegida para outra pessoa, ou grupo de pessoas, constitui uma razão protegida para outra pessoa, ou grupo de pessoas.¹²⁷ A noção de autoridade se refere a um estado de coisas, portanto: a relação entre um ato de fala realizado por uma pessoa como constitutivo de uma razão protegida para pelo menos uma outra pessoa.

1.4. Tese da pretensão de autoridade

Expliquei a noção de autoridade em RAZ, e como ela dá a estrutura normativa das fontes do direito. Com esses elementos já tenho condições de explicar a última das teses mais importantes do exclusivismo raziano, qual seja, a tese de que o direito necessariamente tem pretensão de autoridade (legítima) – que, segundo GERALD POSTEMA, “*is the foundation of Raz’s theory of the nature of law*”¹²⁸. “*The law claims our allegiance and obedience. Every legal system claims authority*”, diz RAZ¹²⁹. Assim como fiz com a tese das fontes, vou inicialmente desconsiderar o elemento de necessidade¹³⁰ da tese e vou me concentrar no que significa a pretensão de autoridade em si. Autoridade, vimos, é a habilidade de constituir razões preemptivas por meio de atos diretivos. Tem autoridade aquele cujas diretivas constituem razões preemptivas para outras pessoas. Nesse sentido, a afirmação de que alguém é uma autoridade é uma afirmação de natureza *normativa*. Mas o que significa *ter pretensão* autoridade? E o que significa dizer que *o direito* tem pretensão de autoridade? Que tipo de afirmação seria essa?¹³¹

fazer a distinção entre orientação e conformidade que mencionei na nota 108 acima. Sobre como o direito não exige comportamentos por orientação, e sim apenas conformidade, cf. TAL, p. 30.

¹²⁷ TAL, p. 29: “A person’s authority was explained by reference to his utterances: he has authority if his utterances are protected reasons for action, i.e. reasons for taking the action they indicate and for disregarding (certain) conflicting considerations. The law has authority if the existence of a law requiring a certain action is a protected reason for performing that action; i.e. a law is authoritative if its existence is a reason for conforming action and for excluding conflicting considerations.”

¹²⁸ POSTEMA, Gerald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. New York: Springer, 2011. p. 354. MICHAEL MOORE chega a afirmar que a teoria do direito de RAZ pode ser resumida nessa tese. Cf. MOORE, Michael S. “Authority, Law, and Razian Reasons”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, p. 837: “Raz’s general jurisprudence – his theory of law – can be easily stated in his familiar formula: it is the essence of law that it claim legitimate authority for itself.”

¹²⁹ TAL, p. ix.

¹³⁰ Vou discutir a noção de necessidade no tópico 1.5.

¹³¹ MARGARET MARTIN chega a afirmar que a tese é tão elusiva e difícil de definir que se assemelha aos horóscopos publicados em jornais: “When we work to understand what precisely Raz means when he argues that all law claims authority, things quickly become complicated. The elusive nature of this central thesis is

Como passo inicial para compreender a ideia de que o direito tem pretensão de autoridade, diz RAZ, “[w]e need to establish first that the law claims that the existence of legal rules is a reason for conforming behaviour”¹³². E, segundo ele, “not merely a claim that legal rules are reasons”, mas também “the claim that they are exclusionary reasons for disregarding reasons for non-conformity”¹³³. Ou seja, o direito tem a pretensão de que regras jurídicas sejam razões protegidas. Mas esse esclarecimento inicial é menos esclarecedor do que tem a pretensão de ser. De início, devemos entender o que RAZ quer significar quando se refere aqui ao “direito”. Por “direito” é possível e comum fazer referência a um grupo de normas – as regras jurídicas. Quando RAZ fala que todo direito é determinado por fontes, ele usa o termo “direito” para designar exatamente isso. E regras jurídicas, como vimos anteriormente, são razões protegidas. Isso significaria que um grupo de razões protegidas (o direito enquanto regras jurídicas) tem a pretensão de que elas mesmas (as regras jurídicas, que são razões protegidas) sejam razões protegidas¹³⁴. O que não é uma afirmação totalmente vazia apenas porque também traz consigo a dificuldade de entender como razões protegidas têm pretensões. Isso sugere que a noção de direito aqui não esteja fazendo referência a um grupo de normas, e provavelmente que a noção de regra jurídica também não esteja sendo usada em seu sentido primário, como razões protegidas.

Articulando melhor a ideia inicial, RAZ nos convida a olhar para a *atitude de oficiais*¹³⁵ do sistema jurídico. Ele pede que imaginemos uma situação onde [i] uma diretiva jurídica determina que *p*; [ii] tanto juízes quanto cidadãos reconhecem que não há qualquer razão – fora a diretiva – para que se decida *p* nessa situação; e [iii] os juízes decidem *p*. Segundo RAZ, “[t]he way to interpret the fact that conformity is required even

part of the reason for its popularity – it functions like a horoscope in a newspaper in the sense that it seems to be specific and meaningful, but in fact it is sufficiently ambiguous that there is a little something for everyone.” (MARTIN, Margaret. *Judging Positivism*. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 62)

¹³² TAL, p. 30.

¹³³ TAL, p. 30.

¹³⁴ Essa afirmação parece bem próxima do seguinte trecho de TAL, p. 33: “The law presents itself as a body of authoritative standards and requires all those to whom they apply to acknowledge their authority.”

¹³⁵ A noção de oficial é abrangente, querendo significar todas as pessoas que atuam em instituições do Estado, especialmente em funções que possuem alguma competência decisória. Por exemplo, juízes, legisladores, governadores, etc. Porém, para RAZ os principais oficiais são os juízes, que são “the authentic representatives, the mouthpiece of the law” (RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 131). E ainda em *ibidem*: “Judges, if anyone, take the law as it claims it should be taken. They more than anyone acknowledge the law at its own estimation. To understand legal statements we should interpret them as meant by those who take them and accept them at face value, those who acknowledge the law in the way it claims a right to be acknowledge.” MICHAEL MOORE interpreta RAZ no mesmo sentido. Cf. MOORE, Michael S. “Authority, Law, and Razian Reasons”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, p. 837: “The animistic-sounding idea of law *claiming* something is unpacked by Raz along familiar Hartian lines. It is the behavior and beliefs of *judges* within some purported legal system that is crucial in determining whether it is truly a legal system.”

in the absence of other reasons for it is that the law itself is presented as such a reason”¹³⁶. Suponho que ele enxerga essa situação como algo comum na prática jurídica, mas esse não é o ponto principal. Todos os outros exemplos de expressão da pretensão de autoridade dados por RAZ também se referem às atitudes dos oficiais. Ele menciona o fato de oficiais manifestarem opiniões sobre como outras pessoas *devem* agir, *demandando obediência* às suas opiniões e às opiniões de outros oficiais, o que fazem usando *termos morais* como direitos, deveres, obrigações, transgressões (*wrongdoing*), culpa, etc.¹³⁷; menciona o fato de oficiais designarem outros oficiais e a si mesmos como “autoridades”; menciona o fato de oficiais considerarem a opinião de outros oficiais como *justificações* para as suas ações.¹³⁸ E RAZ também indica atitudes que *não expressam* pretensão de autoridade, como, por exemplo, a determinação por um oficial de que alguém seja preso, sem que isso seja justificado na ideia de que esse alguém é culpado de alguma violação a qualquer dever; a determinação por um oficial de que seja tirado dinheiro de alguém, sem que isso seja justificado na ideia de que essa pessoa tem obrigação de pagar; um grupo de oficiais simplesmente ameaça os cidadãos de que caso não se comportem de *p* maneira, vão sofrer consequências desagradáveis; nenhum oficial considera os atos dos outros oficiais como justificações para as suas opiniões.¹³⁹

O importante é perceber que a noção de pretensão de autoridade faz referência a atos – que são fatos sociais como, por exemplo, o ato de edição de uma lei, que resulta em um

¹³⁶ TAL, p. 30.

¹³⁷ TMF, p. 26: “[Legal authorities] claim to impose duties and to confer rights. Courts of Law find offenders and violators guilty or liable for wrongdoing.”; BAI, pp. 111-112: “[T]he law claims to have legitimate moral authority. This explains why the law is presented in moral terms. The fact that legal and moral terminology overlap and that terms such as authority, duty, obligation, right, and liberty are common to both has been a source of much confusion and contributed to various mistakes. On the one hand it leads many to assume that as the law can be described as a system of rights and duties it must be merely one part of morality. [...] The significance of the shared terminology is different. It does not attest to what the law is but to what it aspires to be. It is an expression of the fact that the law necessarily claims legitimate authority. It follows, of course, that where a legal system is in force many, most notably its officials, believe that claim to be justified. What does not follow is that it is justified.”

¹³⁸ EPD, pp. 215-216: “The claims the law makes for itself are evident from the language it adopts and from the opinions expressed by its spokesmen, i.e. by the institutions of the law. The law’s claim to authority is manifested by the fact that legal institutions are officially designated as ‘authorities’, by the fact that they regard themselves as having the right to impose obligations on their subjects, by their claims that their subjects owe them allegiance, and that their subjects ought to obey the law as it requires to be obeyed (i.e. in all cases except those in which some legal doctrine justifies breach of duty).”

¹³⁹ TMF, p. 27: “[T]ry to imagine a situation in which the political authorities of a country do not claim that the inhabitants are bound to obey them, but in which the population does acquiesce in their rule. We are to imagine courts imprisoning people without finding them guilty of any offence; damages are ordered, but no one has a duty to pay them. The legislature never claims to impose duties of care or of contribution to common services. It merely pronounces that people who behave in certain ways will be made to suffer. And it is not merely ordinary people who are not subjected to duties by the legislature: courts, policemen, civil servants, and other public officials are not subjected by it to any duties in the exercise of their official functions either.”

texto, ou um julgamento – com pretensão de criar razões protegidas, que são praticados por indivíduos considerados oficiais jurídicos. Não é uma afirmação sobre o sistema jurídico ou sobre normas; sequer é uma afirmação normativa. Dizer que o direito tem pretensão de autoridade significa fazer referência a atos de oficiais realizados com a intenção¹⁴⁰ de criar um direito ou impor um dever a uma comunidade, os quais pressupõem a crença¹⁴¹ dos oficiais de que possuem autoridade para tanto. Fica claro, portanto, que, ao dizer que o direito alega que regras jurídicas são razões protegidas, RAZ usa “direito” para significar os oficiais jurídicos¹⁴², e “regras” como os fatos sociais diretivos de oficiais, cuja expressão normativa é a de uma razão protegida apenas caso a autoridade seja legítima. Em outras palavras, ele afirma que os atos dos oficiais expressam a crença – que pode ser sincera ou não – de que seus próprios atos, ou atos de outros oficiais, possuem efetivamente a qualidade normativa de razão protegida – crenças estas que podem estar equivocadas sobre essa qualidade normativa¹⁴³. O trecho a seguir deixa a ideia clara:

“[W]e can say that the law makes certain claims for itself. Given that it is institutionalized, in that its norms can be changed and applied by institutions, and given that the institutions *make certain statements and perform other speech acts in the course of their official actions*, we can identify the presuppositions of those statements and actions. So that if a legal institution or official says: I hereby grant you a right to this and that (thus purporting to confer those rights on those people), *this reveals that it presupposes that it has the normative power to grant such rights*. If it turns out – as it does – that it is in the nature of law to have institutions which can purport to grant rights to people, it follows that it is in the nature of law to *claim entitlement to confer rights on people*. That would mean that the law holds itself subject to certain normative standards. Though whether and to what degree it succeeds in living up to them is another matter.”¹⁴⁴

¹⁴⁰ BAI, p. 2: “[J]udges are not merely people some of whose decisions have the force of legally binding judgements. They are people whose decisions are legally binding partly because they render them intending that they be binding. Legislators are not merely people whose pronouncements make law. They make law only when they act with the intention to set binding rules. The same is true of a host of other legal officials: their acts have legal effect only if they are intended to be binding.”

¹⁴¹ TMF, p. 65: “What is it to claim authority or to accept that someone has authority over one? It means to believe that one has legitimate authority, or that that person has authority over one.”

¹⁴² Cf. BAI, pp. 38-39: “We do refer to the law as imposing requirements and duties, conferring rights and privileges, and so on. Such expressions are unexceptional. The law’s actions, expectations, and intentions are its in virtue of the actions, expectations, and intentions of the people who hold legal office according to law, that is we know when and how the actions, intentions, and attitudes of judges, legislators, and other legal officials, when acting as legal officials, are to be seen as the actions, intentions, and expectations of the law. They, acting as officials, express the demand and the expectation that people be aware of the law and that they be guided by it.” Cf. também BAI, p. 93 (trecho exatamente igual); TMF, p. 70: “The law requires, permits and claims what the organs of government, acting lawfully, and in particular the courts, say that it does.”

¹⁴³ Como falarei novamente adiante, afirmar essa possibilidade já envolve uma posição normativa. A ideia de que autoridades efetivas – que explicarei no tópico 5.2.1 – podem não ser legítimas se sustenta em última análise em um julgamento moral.

¹⁴⁴ BAI, p. 2, grifos meus. Como o trecho deixa claro, a pretensão de autoridade não é exatamente a afirmação explícita de que os oficiais possuem autoridade, e sim uma crença pressuposta que se manifesta nos atos. Nesse sentido, cf. SMITH, Dale. “Must the Law be Capable of Possessing Authority?”. *Legal*

Por exemplo, quando um juiz fala em sua sentença “A tem *direito* a *p* em virtude da Lei nº X, razão pela qual B tem *obrigação* de *p* em favor de A, e, portanto, *condeno* B a *p* em favor de A”, é possível afirmar que ele está pressupondo que o legislador que editou a Lei nº X tem autoridade para constituir direitos e obrigações, e, a meu ver, também está pressupondo que ele próprio tem autoridade para condenar alguém – autoridade deste juiz que também é reconhecida por eventual outro juiz que se recuse a julgar nova ação sobre o mesmo objeto, recusa esta sob a alegação de que a sentença do primeiro juiz transitou em julgado. A autoridade dos oficiais é algo que se pressupõe em atitudes como a menção ao ato de outro oficial para justificar a afirmação sobre a existência de um direito ou obrigação, a condenação de alguém, o endosso ao texto de uma lei que estabelece direitos e obrigações à população, etc. Autoridades agem, como diz RAZ, “*under the guise of legitimacy*”¹⁴⁵.

1.5. Necessidade, natureza e essencialidade

Ao articular a tese das fontes e a tese da pretensão de autoridade, vimos que RAZ afirma que elas são elementos “necessários” do direito. Toda norma jurídica *necessariamente* é determinada por fontes; todo sistema jurídico *necessariamente* tem pretensão de autoridade. Como veremos no tópico 2, RAZ também afirma que quer explicar a “natureza” do direito, ou, como fala também, suas “propriedades essenciais”. Não quero discutir essas ideias a fundo. Primeiro, porque isso fugiria do escopo deste argumento. Segundo, porque não penso que seja importante para entender as posições substantivas de RAZ. Terceiro, porque o próprio RAZ não discute a fundo essas noções. Vou, portanto, apenas sinalizar as dificuldades que essas noções sugerem, e mostrar como RAZ responde a essas dificuldades.

Theory, v. 18, 2012, p. 89: “[Raz] bases his contention that the law necessarily claims authority not on explicit assertions by officials that the law possesses authority but rather on what we might call “the authority facts”—the fact that officials regard themselves as having the right to impose obligations on their subjects, the fact that they treat their subjects as being obligated to obey the law, and so on.” SMITH chega a afirmar que o conceito de autoridade não seria nem dos oficiais, e sim do teórico – no caso, RAZ.

¹⁴⁵ BAI, p. 128: “What makes mere de facto authorities different from people or groups who exert naked power (e.g. through terrorizing a population or manipulating it) is that mere de facto authorities claim, and those who have naked power do not, to have a right to rule those subject to their power. They claim legitimacy. They act, as I say, under the guise of legitimacy.” Cf. também RAZ, Joseph. “Introduction”. in: RAZ, Joseph (ed.). *Authority*. New York: New York University Press, 1990. pp. 1-19, p. 3: “Here lies the difference between naked power and *de facto* authority. *De facto* authority comes under a mantle of legitimacy. It claims the right of an authority.” Os trechos fazem referência à noção de autoridade *de facto*, que é uma noção distinta da – embora relacionada com a – noção de autoridade que estou discutindo neste tópico. Explicarei essa noção no tópico 5.2.1.

Há muitos autores que discutem e criticam essa noção de necessidade utilizada por RAZ, bem como os elementos relacionados de natureza e propriedades essenciais.¹⁴⁶ Como afirma BRIAN BIX, “reference to ‘essence’ and ‘necessity’ must strike a slightly discordant note to modern ears. [...] What is such metaphysical language doing in a discussion of a social institution?”¹⁴⁷. Ao falar em “linguagem metafísica”, BIX quer significar que essas noções de necessidade, natureza e propriedade essencial evocam ideias filosóficas complexas, como as ideias de necessidade lógica ou essências platônicas, o que sugere que RAZ esteja assumindo compromissos filosóficos fortes e provavelmente incompatíveis com a natureza do seu objeto de estudo – o direito.¹⁴⁸

EUGENIO BULYGIN também se mostra intrigado com relação ao uso dessas noções por RAZ. Ele menciona um trecho onde RAZ afirma que “[i]t may be an essential property of real tennis that it is the ball game first developed in France in the fourteenth century”¹⁴⁹, e indaga como uma propriedade essencial ou verdade necessária pode ser extraída de um fato contingente¹⁵⁰. BULYGIN afirma que uma maneira de compreender essa afirmação de RAZ seria entendê-la como uma afirmação analítica – ou seja, como uma necessidade conceitual –, mas isso, segundo ele, seria uma interpretação muito branda das suas ideias¹⁵¹. Ele sugere que RAZ entende que o direito tem propriedades essenciais independentemente do conceito que o designa, como se houvesse uma essência que nosso conceito de direito simplesmente identifica, e não constitui. Afirma BULYGIN:

“Uma coisa tem propriedades essenciais per se, independentemente do conceito usado para identificá-la? Essa parece ser a opinião de Raz. Tenho sérias dúvidas a respeito deste ponto. Quais são as propriedades necessárias da coisa que observo neste momento? Se a identificamos como uma luminária, então a propriedade de iluminar é essencial e o material de que está feita resulta accidental. Mas, se a identificamos como um objeto de bronze, então o material do qual está feita resulta essencial, e a sua capacidade de iluminar, accidental. É duvidoso que existam propriedades essenciais ou necessárias de uma coisa, independentes do conceito usado para identificar essa coisa. Se por “natureza” entendemos o conjunto de todas

¹⁴⁶ Por exemplo, cf. PRIEL, Dan. “Jurisprudence and Necessity”. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 20, n. 1, 2007, pp. 173-200.

¹⁴⁷ BIX, Brian. “Raz on Necessity”. *Law and Philosophy*, v. 22, 2003, pp. 539-540.

¹⁴⁸ Ele, contudo, não acredita que a noção de RAZ seja relacionada com essas ideias, e sim, “talvez”, com o que ele chama de necessidade wittgensteiniana ou hegeliana, fazendo alusão a WITTGENSTEIN e HEGEL. *Ibidem*, pp. 555-556. Falarei sobre essa noção de necessidade sugerida por BIX também no tópico 5.

¹⁴⁹ BAI, p. 22, n. 7.

¹⁵⁰ BULYGIN, Eugenio. “Raz e a Teoria do Direito. Comentários sobre “Pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz”. in: RAZ, Joseph [et. al.]. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 114. COLEMAN sugere o mesmo problema em COLEMAN, Jules. “The architecture of Jurisprudence”. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 2, 2011, pp. 69-70, mas aceita a possibilidade de necessidades sustentadas em contingências em *ibidem*, p. 77.

¹⁵¹ BULYGIN, Eugenio. “Raz e a Teoria do Direito. Comentários sobre “Pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz”. p. 114.

as propriedades essenciais ou necessárias de uma coisa, então, parece razoável sustentar que é somente em virtude de nossos conceitos que as coisas têm uma natureza [...].”¹⁵²

No trecho BULYGIN parece sugerir, portanto, que uma coisa somente tem propriedades essenciais em relação a um conceito. Isso parece sugerir, ainda, que quando ainda não existia o conceito de direito, o direito não tinha propriedades essenciais. Creio que essa é a distinção entre a posição dele e a de RAZ.

RAZ afirma que não possui discordância fundamental em relação a BULYGIN, o que sugere que aceite que as propriedades essenciais sejam de natureza analítica¹⁵³. Propriedades essenciais, diz ele, são aquelas que constituem a “identidade” de uma coisa; elas são essenciais para a preservação da identidade da coisa, e sem as quais a coisa deixa de ser o que é¹⁵⁴. Mas, aí diverge RAZ, isso não significa que apenas exista direito – e, portanto, que apenas tenha propriedades essenciais –, na medida em que exista o conceito de direito. Como RAZ explica, é plenamente possível que exista um sistema jurídico em uma sociedade que não possui o conceito de sistema jurídico, desde que nessa sociedade exista ao menos o conceito de regra, ou seja, haja a atitude interna em relação às diretivas de determinadas instituições, muito embora sem reconhecer essas diretivas como “jurídicas”.¹⁵⁵ Nesse sentido, o conceito de direito seria mais parecido com o conceito de “padrão de vida” (*standard of living*) do que com o conceito de “presente” (*gift*), visto que o primeiro é aplicável a sociedades que não o possuem, enquanto o segundo somente pode ser operativo em um contexto onde a pessoa que dá o presente se reconhece como dando um presente¹⁵⁶. E isso sugere que o direito tenha, de fato, propriedades essenciais independentes do conceito.

Mas disso não se conclui, contudo, que o direito tenha propriedades essenciais independentemente de nós, ou do que fazemos, como são os conceitos de água ou ouro. O direito é algo *constituído por nossas práticas*. Ele tem propriedades essenciais à luz dessas práticas¹⁵⁷, embora essas práticas não precisem envolver sua própria conceitualização.

¹⁵² *Ibidem*, p. 113.

¹⁵³ RAZ, Joseph. “Teoria e Conceitos. Réplica a Alexy e Bulygin”. in: RAZ, Joseph [et. al.]. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 124.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 125.

¹⁵⁵ BAI, pp. 36-41 e 93-96 (parte substancial dos trechos é idêntica). Cf. especialmente p. 95: “People are not guided by [rules] unless they are aware of them as rules. But, and that is the crucial point, they need not be aware of rules as legal rules in order to be guided by rules which are in fact legal.”

¹⁵⁶ BAI, p. 95.

¹⁵⁷ RAZ, Joseph. “Teoria e Conceitos. Réplica a Alexy e Bulygin”, p. 126.

Há um porém ainda. RAZ discorda de BULYGIN a respeito da possibilidade de escolha pela teoria do direito de um conceito de direito que seja *melhor* – por exemplo, porque mais “exato” para refletir as práticas jurídicas¹⁵⁸. RAZ afirma que essa abordagem é inadequada porque a teoria do direito não está livre para escolher o conceito que entenda melhor, como se estivesse escolhendo a melhor ferramenta de explicação. A teoria do direito, ao menos o empreendimento no qual RAZ está engajado, tem a pretensão de refletir o conceito de direito que as pessoas usam – ou seja, o entendimento comum sobre o que é o direito. RAZ afirma:

“Eles, os conceitos mesmos, são o que estamos tratando de entender; não são ferramentas de explicação. Se pudéssemos modificá-los à vontade, estaríamos modificando a realidade social que estamos tentando compreender. Tal mudança não teria se constituído em uma explicação da realidade que mudou. Teria mostrado fracasso na compreensão. Às vezes, é mais importante modificar a realidade que entendê-la. Porém, meu artigo não era sobre o que é mais importante, e não versou sobre os modos de modificar a realidade. Só versou sobre a questão de explicá-la.”¹⁵⁹

Como RAZ reiteradamente afirma, parte do que quer explicar é o auto-entendimento (*self-understanding*) da sociedade. Explicar o auto-entendimento significa explicar os conceitos “*that people use to understand features in their own life and in the world around them*”¹⁶⁰. Vou discutir melhor a natureza das explicações de RAZ no tópico 2, e isso permitirá uma melhor compreensão desse ponto. Mas essa resposta de RAZ me leva a crer que a necessidade, natureza ou essencialidade que ele discute é analítica, conceitual, muito embora não acredite que isso seja importante para entendê-lo. Dizer que o direito necessariamente é determinado por fontes, e que o direito necessariamente tem pretensão de autoridade, significa nada muito mais complexo que dizer que algo que não seja determinado por fontes ou que não tenha pretensão de autoridade deixa conceitualmente de ser direito.

¹⁵⁸ BULYGIN expressa essa visão em BULYGIN, Eugenio. “Raz e a Teoria do Direito. Comentários sobre “Pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz”. p. 117.

¹⁵⁹ RAZ, Joseph. “Teoria e Conceitos. Réplica a Alexy e Bulygin”, pp. 127-128.

¹⁶⁰ BAI, p. 75. Segundo RAZ, explicações da racionalidade humana em geral são necessariamente explicações do auto-entendimento humano. Cf. EGR, pp. 44-45.

CAPÍTULO II - O EXCLUSIVISMO RAZIANO E A TEORIA DO DIREITO

2. Sucesso da teoria do direito: entendimento e relatividade das boas explicações

Segundo RAZ, para ser bem sucedida, a teoria do direito – considerando-se como teoria do direito o empreendimento no qual ele está engajado – deve satisfazer dois critérios: deve consistir em proposições *necessariamente verdadeiras* sobre a natureza do direito, e deve *explicar* o que o direito é¹⁶¹. Na verdade, podemos dividir esses critérios de sucesso em três, e não apenas dois, elementos principais: verdade, necessidade e explicação.

Afirmar no tópico 1.5 que os elementos de necessidade, natureza e essência são de certa forma relacionados, envolvendo a noção de necessidade analítica. Mas RAZ diz que a teoria do direito tem por função principal explicar a *natureza* do direito¹⁶², e ele divide a explicação da *natureza* do direito, que afirma ser a função primária da teoria do direito, e a explicação do *conceito* de direito, que seria a sua função secundária¹⁶³. Isso parece contraditório com o que falei no tópico 1.5. A meu ver, sua afirmação de que o objeto principal da teoria do direito se refere à natureza do direito tem relação com a sua ideia de que explicar o conceito envolve mais do que explicar a natureza do que é designado pelo conceito: envolve explicar a natureza do conceito, com a articulação de suas propriedades essenciais; explicar o entendimento envolvido no domínio completo do conceito, que supõe o entendimento completo das características essenciais; explicar as condições mínimas de posse do conceito, que é o requisito mínimo para que se possa falar que alguém partilha o conceito em questão; e explicar as habilidades envolvidas na posse mínima do conceito¹⁶⁴. O didático exemplo que RAZ dá para explicar essa relação é do

¹⁶¹ BAI, p. 17: “[A] theory of law is successful if it meets two criteria: First, it consists of propositions about the law which are *necessarily* true, and, second, they *explain* what the law is.”

¹⁶² BAI, p. 17. Esse é um ponto não sobre a semântica do termo “teoria do direito”, e sim uma delimitação que o RAZ faz do objeto de sua teoria. Ou seja, ele não quer significar que “teoria do direito” deve ser sempre usado para designar a investigação sobre a natureza do direito, e sim que ele discutirá a teoria do direito como a teoria que explica primariamente a natureza do direito.

¹⁶³ BAI, p. 24.

¹⁶⁴ Cf. BAI, pp. 21-22: “Following this line of thought I will maintain that an explanation of a concept has four parts:

- (1) Setting the condition for the knowledge involved in complete mastery of the concept, which is the knowledge of all the essential features of the thing it is a concept of.
- (2) Explaining the understanding involved in complete mastery of the concept.
- (3) Explaining the conditions for minimal possession of the concept, that is those, essential or non-essential, properties of what the concept is a concept of, knowledge of which is necessary for the person to have the concept at all, however incomplete his or her mastery of it may be.

triângulo equilátero. Ter domínio completo do conceito de triângulo equilátero envolve saber que ele se aplica aos mesmos objetos designados pelo conceito de triângulo equiângulo, ou seja, os dois conceitos possuem as mesmas características essenciais, embora se apliquem aos objetos que designam de diferentes maneiras, por diferentes razões. Essas diferentes razões se percebem nas condições mínimas de posse: é possível que alguém saiba que um triângulo equilátero possui necessariamente todos os lados iguais sem saber que também possui todos os ângulos iguais. Nesse caso há a posse do conceito de triângulo equilátero justamente pela compreensão das condições mínimas de posse, embora não haja domínio completo do conceito. É pela distinção entre as condições mínimas de posse que os conceitos diferem, portanto¹⁶⁵.

Dessa forma, é possível dizer que RAZ articula uma explicação dos conceitos na medida em que aprimoramos nosso entendimento das características essenciais daquelas coisas são designadas pelos nossos conceitos¹⁶⁶. Em linhas gerais, a explicação começa pela compreensão do conceito e, sendo compreendido o que ele designa, articula-se a natureza dessa coisa designada pelo conceito, aumentando-se o entendimento a respeito do próprio conceito pelo atingimento de seu domínio completo¹⁶⁷.

“*Explanations are inert. They do not create or modify the object that they explain*”¹⁶⁸, diz RAZ. O empreendimento no qual RAZ entende estar engajado é o de explicações que ele denomina “teóricas” (*theoretical*) ou filosóficas. Essas são explicações que diferem de explicações comuns porque são *mais profundas*: elas buscam uma articulação mais sistemática, mais abrangente, dos conceitos explicados, algo apto não apenas a guiar o uso correto dos conceitos, mas também melhorar o *entendimento*

(4) Explaining the abilities required for minimal possession of the concept. The first condition determines what the concept is a concept of. But all of them together determine the identity of the concept.”

¹⁶⁵ BAI, p. 21: “This is where the two concepts (of equilateral and equiangular triangles, in the example) differ. They differ in the minimal conditions for their possession. For, of course, someone who does not know that the concept of equiangular triangles applies only to triangles with equal sides may still have (an incomplete mastery of) that concept. But if he does not know that it applies to all and only triangles of equal angles then he does not have the concept at all.”

¹⁶⁶ Sobre a relação entre a explicação da natureza de algo e do conceito que o designa, cf. BAI, pp. 18-24.

¹⁶⁷ BAI, p. 31: “Is it not our aim to study the nature of law, rather than our culture and its concept of law? Yes and no. We aim to improve our understanding of the nature of law. The law is a type of social institution, the type that is picked up – designated – by the concept of law. Hence in improving our understanding of the nature of law we assume an understanding of the concept of law, and improve it.” E também BAI, p. 24: “[E]xplaining a concept is close to explaining the nature of what it is a concept of (see the first condition of concept identity above), and yet why the two tasks differ (see the other conditions).” Cf. também BIX, Brian. “Raz, Authority, and Conceptual Analysis”. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 50, 2006, pp. 313.

¹⁶⁸ BAI, p. 303.

(*understanding*)¹⁶⁹, que, para RAZ, é um tipo de conhecimento mais profundo, que envolve saber como o objeto analisado se relaciona com seus elementos constituintes e com seu contexto¹⁷⁰. Elas não são, contudo, explicações “completas”, e sim apenas *relativamente mais completas* que explicações comuns. Mas essa completude é relativa a que?

Ao articular três critérios de sucesso – verdade, necessidade de explicação –, RAZ já sugere que a verdade é apenas parte da tarefa. De fato, ele deixa claro que uma das lições de HART é que “*a verdade não é suficiente*” para uma teoria do direito. Segundo ele, uma *boa* teoria do direito certamente será verdadeira, mas o fato de ser verdadeira não é suficiente para que seja considerada boa. Uma boa teoria deve ser também *adequada* ou *apropriada*, e isso significa entender o *propósito* de se articular a teoria¹⁷¹. Explicações são “*offered in reply to specific questions reflecting a puzzle or a difficulty which is indicated in the question, or understood from its context*”¹⁷².

Explicações teóricas são mais completas *à luz do propósito da explicação*¹⁷³. Segundo ele, “[*a*]n explanation is a good one if it consists of true propositions that meet the concerns and the puzzles that led to it, and that are within the grasp of the people to whom it is (implicitly or explicitly) addressed”. RAZ quer chegar aqui na ideia que ele denomina de “relatividade das boas explicações” (*the relativity of good explanations*)¹⁷⁴, ou seja, o fato de as explicações serem sensíveis ao contexto (*context-sensitive*)¹⁷⁵. Segundo ele, não existe “*a*” explicação correta do conceito do direito – uma única

¹⁶⁹ Cf. BAI, p. 74. Também em BAI, pp. 55-56: “Hence, while some ordinary explanations of a concept may aim at making people competent users of it, a philosophical explanation has different aims. It assumes that they are competent users, and it aims at improving their understanding of the concept in one respect or another.” Também BAI, p. 98: “Theory aims at understanding. By and large, only bad theory can lead to change.” Cf. também RAZ, Joseph. “Teoria e Conceitos. Réplica a Alexy e Bulygin”. in: RAZ, Joseph [et. al.]. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 127-128.

¹⁷⁰ A melhor definição de “entendimento” que encontrei na obra de RAZ está em BAI, p. 314: “Understanding a matter is a kind of knowledge, call it knowledge in depth, which differs from other kinds of knowledge in consisting in knowing how its object relates to its constituents and to its context, and in an ability to put this knowledge to use (picking out instances of concepts, following in action the implications of a proposition, etc). Understanding is knowledge which is rich and dense enough to be mostly implicit, that is knowledge which outstrips its possessor’s ability to articulate it. Interpretations help us reach such understandings.”

¹⁷¹ Cf. BAI, p. 93: “I want to emphasize two lessons we should learn from Hart here. First, that truth is not enough. A good theory of law is, of course, true. But it is not a good theory just because it is true. Even inadequate accounts – such as those proceeding from an external point of view – can be true. What makes them inadequate is that they miss the purpose of a theory of law, they miss its point.” BAI, p. 57: “The appropriateness, aptness, or success of explanations presupposes their truth. But the truth of an explanation is not enough to make it a good explanation.” Também em BAI, p. 97.

¹⁷² BAI, p. 74.

¹⁷³ BAI, p. 74.

¹⁷⁴ BAI, p. 57.

¹⁷⁵ BAI, p. 55.

explicação que possa ser considerada a correta de forma *não contextual*. É possível que existam diversas explicações alternativas e ao mesmo tempo adequadas do conceito de direito, e a adequação de uma ou outra irá variar de acordo com o contexto – especialmente de acordo com as questões que a teoria se dispõe a resolver e com os interesses do público a quem a explicação é endereçada. Afirmar RAZ:

“There is no uniquely correct explanation of a concept, nothing which could qualify as *the* explanation of the concept of law. There can be a large number of correct alternative explanations of a concept. Not all of them will be equally appropriate for all occasions. Appropriateness is a matter of relevance to the interests of the expected or intended public, appropriateness to the questions which trouble it, to the puzzles which confuse it. These vary, and with them the appropriateness of various explanations. [...] To be good it has also to be appropriate, that is (1) responding to the interests of its public and (2) capable of being understood for what it is by its public (should they be minded to understand it).”¹⁷⁶

Explicações, portanto, são contextuais: elas são endereçadas a específicas perguntas, problemas, preocupações e públicos. Isso as torna efêmeras, e mostra que a teoria do direito é uma tarefa sem fim (*never-ending*): elas mudam e se desenvolvem de acordo com esse contexto, e a existência de explicações alternativas, ou o surgimento de novas explicações, não necessariamente indica falha das alternativas ou das anteriores¹⁷⁷. E isso também esclarece porque as explicações teóricas são apenas relativamente completas: nem todas as verdades necessárias são *importantes* para explicar a natureza do direito¹⁷⁸. A teoria do direito não é, e talvez nem poderia ser, um empreendimento com a pretensão de listar todas as características essenciais do direito, e sim apenas aquelas essenciais à luz de um específico contexto. RAZ afirma:

“While the law has many essential features we are not aware of all of them. They come to light as we find reason to highlight them, in response to some puzzle, to some bad theory, or to some intellectual preoccupation of the time. The study of jurisprudence is never-ending,

¹⁷⁶ BAI, p. 57, grifos no original. No mesmo sentido, cf. BAI, p. 10: “Nothing in my approach implies that there is one best theory of the nature of law. On the contrary, it strongly suggests the possibility that while many theories are badly defective, there may well be more than one possible (ie ones which have not necessarily been developed and advanced by anyone) adequate theory.”

¹⁷⁷ BAI, pp. 3, 57 e 98. Para RAZ, não apenas as explicações da teoria do direito são uma tarefa sem fim, mas também explicações filosóficas em sentido geral, especialmente aquelas relacionadas com a ação humana. Cf. EGR, p. 45: “Claims of philosophical success are not to be seen as claims of philosophical finality. The ever open possibility of conceptual change is but one reason for the conclusion that the thought that the task of philosophical explanation can be discharged once and for all is illusory.”

¹⁷⁸ Cf. SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. pp. 9-10: “It is important to note that when philosophers ask about the nature of an object, they do not care about every property that it possesses necessarily. It is necessarily true, for example, that every piece of knowledge is identical with itself and that the number 3 is not married to the number 7. But their inquiry into the nature of knowledge or numbers does not seek to discover and catalog all these properties because, although necessary, they are also uninteresting. They are uninteresting in part because they are not distinctive of the entities in question. Everything is identical to itself and is incapable of marrying the number 7. When asking about the nature of law, for example, we want to know which properties law necessarily possesses in virtue of being an instance of law and not a game, social etiquette, religion, or some other thing.”

for the list of the essential properties of law is indefinite. There is neither point in nor possibility of listening to them all. We explore them not just because they are true but because they answer to a current concern.

This makes for cycles of novelty, and explains one reason for theories going out of fashion, without having been refuted.”¹⁷⁹

É importante ressaltar que essa não é uma ideia excêntrica de RAZ. Ao menos em linhas gerais, outros importantes autores concordam que o sucesso de uma teoria depende de alguma forma do propósito do empreendimento, das perplexidades que o impulsionam e das questões que tem a pretensão de responder. HART, por exemplo, começa *The Concept of Law* afirmando que qualquer resposta à pergunta “o que é o direito?” deveria ser postergada até que fiquem claras as perplexidades que provocam aquele que faz a indagação ou tenta responder à questão¹⁸⁰, e, logo em seguida, apresenta as suas célebres *questões persistentes*¹⁸¹ – ou seja, as perplexidades que impulsionam a sua teoria.

Entendo que essas questões são importantes para compreender a própria perspectiva de RAZ sobre sua teoria do direito, ou seja, *suas pretensões ao articular suas teses e o conceito de direito que elas explicam*. Não acredito que ele tenha a pretensão de dar “a” explicação de algo que seria um único conceito de direito disponível, e, à luz da visão de RAZ sobre a teoria, creio que há um ônus argumentativo a ser superado na defesa de entendimento diverso – ou seja, de que a teoria dele tem pretensões mais ambiciosas. E essa discussão no mínimo sugere a seguinte pergunta: quais problemas RAZ quer resolver? Em outras palavras, as teses do exclusivismo raziano são respostas a quais perguntas, quais

¹⁷⁹ BAI, pp. 97-98. No mesmo sentido, BAI, p. 57: “If there were a complete explanation it would consist of the minimal finite list of essential features of the concept, possession of which entails possession of all its essential features. There need not be such explanations regarding all concepts. There is certainly no reason to aspire to provide them. They may resemble telephone directories in being long lists devoid of interest. Explanations are of puzzling or troubling aspects of concepts, and they are therefore almost always ‘incomplete’.” Cf. também BAI, 68: “Moreover, it is virtually always the case that explanations are not exhaustive. They point to one or another essential feature of the concept explained, and leave many others unmentioned (and untailed).”

¹⁸⁰ HART, TCL, p. 5: “Plainly the best course is to defer giving any answer to the query ‘What is law?’ until we have found out what it is about law that has in fact puzzled those who have asked or attempted to answer it, even though their familiarity with the law and their ability to recognize examples are beyond question. What more do they want to know and why do they want to know it? To *this* question something like a general answer can be given.”

¹⁸¹ HART, TCL, p. 13. As questões persistentes são: [i] em que sentido o direito se distingue ou relaciona com ordens sustentadas por ameaças? [ii] em que sentido obrigações jurídicas se distinguem ou se relacionam com obrigações morais? [iii] o que são regras e em que medida o direito se relaciona com regras? STEPHEN R. PERRY resalta que as três questões persistentes colocadas por HART mostram que a principal preocupação de sua teoria é em articular um conceito de direito que responda ao *problema da normatividade*, problema esse que se relaciona com dois fatos básicos da prática jurídica: o fato de o discurso jurídico ser repleto de termos normativos como “dever” e “obrigação”, e o fato de oficiais do sistema terem a pretensão de constituir obrigações para os cidadãos que eles não teriam se não fosse o direito. PERRY, Stephen R. “Hart’s Methodological Positivism”. in: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart’s Postscript*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 330.

preocupações ou perplexidades, e endereçadas a qual público?

3. Sobre o que a teoria de Raz não trata: como o juiz deve decidir

Antes de me contextualizar as teses de RAZ à luz dos problemas que elas têm a pretensão de resolver, creio ser importante, diria até essencial, explicar quais problemas ele *não* está preocupado em resolver. A melhor forma de fazer isso, a meu ver, é contrastar sua posição com as pretensões da teoria do direito de RONALD DWORKIN.

Para DWORKIN o direito é o esquema de direitos e responsabilidades que justificam a coerção estatal¹⁸². Isso significa basicamente que perguntar pelo direito significa perguntar pelas considerações que justificam que em caso concreto C um juiz determine que A tem obrigação de *p* em favor de B – ou, em outras palavras, o direito é formado pelas considerações que tornam verdadeiras proposições específicas do tipo “A tem obrigação jurídica de *p* em favor de B”. A essas considerações DWORKIN dá o nome de “fundamentos do direito” (*grounds of law*)¹⁸³, que são basicamente as considerações que devem ser relevantes para o juiz ao decidir casos concretos, ou mesmo para qualquer cidadão ao decidir o que deve fazer – em resumo, para determinar os direitos e obrigações de qualquer pessoa. Disso se conclui que DWORKIN, ao designar algo como direito, o faz com a finalidade de demarcar algo que os juízes devem seguir ao julgar¹⁸⁴. Dizer que algo não é direito significa dizer que esse algo não deve ser considerado pelo juiz ao raciocinar sobre

¹⁸² DWORKIN, LEP, pp. 92-94. Muito embora DWORKIN apresente essa como a concepção mais geral e abstrata da noção de direito, ele também afirma que sua teoria não depende da aceitação dessa concepção mais geral. Cf. *Idem*, p. 93.

¹⁸³ DWORKIN, LEP, p. 4: “Everyone thinks that propositions of law are true or false (or neither) in virtue of other, more familiar kinds of propositions on which these propositions of law are (as we might put it) parasitic. These more familiar propositions furnish what I shall call the “grounds” of law.”

¹⁸⁴ É importante ressaltar que a caracterização de algo como fundamento (*ground*) do direito não é algo conclusivo ou absoluto a respeito da questão sobre como o juiz deve decidir. DWORKIN afirma que devemos analisar o direito não apenas na dimensão dos fundamentos (*grounds*), mas também da força (*force*) dos fundamentos. Para ele, os fundamentos possuem força apenas *prima facie*, que pode ser rejeitada em casos excepcionais. Cf. DWORKIN, LEP, p. 110 (grifos no original): “[L]aw provides a justification *in principle* for official coercion. There is nothing absolute in that statement of the concept. It supposes only that in a flourishing legal system the fact of law provides a case for coercion that must stand unless some exceptional counterargument is available. [...] Any full theory of law, however, must be much more concrete. It must say much more about the kind of exceptional circumstance that might defeat law’s case for coercion even in a flourishing system, more about when, if ever, officials may properly ignore the law, and more about what residuary obligations, if any, arise when they do. A full political theory of law, then, includes at least two main parts: it speaks both to the *grounds* of law – circumstances in which particular propositions of law should be taken to be sound or true – and to the *force* of law – the relative power of any true proposition of law to justify coercion in different sorts of exceptional circumstance.” A mesma ideia de que o direito tem força *prima facie*, podendo ser desconsiderado em circunstâncias excepcionais, está presente no trecho que transcrevo a seguir, que acompanha a nota 186.

as razões que justificam conclusões sobre os direitos e deveres das partes. E é importante ressaltar que a fixação do que é o direito é estabelecida antes de o juiz julgar, e não depois; não é mera descrição do que o juiz considerou ao decidir, e sim fixação do que deve *orientar o juiz ao decidir*. Quando DWORKIN afirma que considerações morais são também direito, ele quer significar que um juiz, ao decidir um caso concreto, deve se orientar não apenas pelas razões independentes de conteúdo das fontes, mas também por razões morais, dependentes de conteúdo – ou, em outras palavras, que “*in many circumstances moral facts figure among the basic truth conditions of propositions of law*”¹⁸⁵. DWORKIN, por exemplo, afirma que “[w]e do not treat even those laws we regard as perfectly valid and legitimate as excluding and replacing the background reasons the framers of that law rightly considered in adopting it. We rather regard those laws as creating rights and duties that normally trump those other reasons. The reasons remain, and we sometimes need to consult them to decide whether, in particular circumstances, they are so extraordinarily powerful or important that the law’s trump should not prevail”¹⁸⁶.

Segundo DWORKIN, portanto, a moralidade faz parte das condições de verdade de proposições sobre os direitos e deveres das partes. Razões dependentes de conteúdo são razões que devem ser consideradas pelos juízes ao decidirem, e isso significa que essas razões são jurídicas. Mas a questão que se coloca é: a tese das fontes é contrária a essa conclusão? Ao defender que o direito deve ser apenas aquele estabelecido pelas fontes, RAZ estaria afirmando que juízes não devem considerar razões dependentes de conteúdo ao julgar um caso concreto, e sim apenas as razões independentes de conteúdo? Muito embora possa parecer uma afirmação contraintuitiva, o fato é que o exclusivismo raziano não é contrário à posição de DWORKIN.

RAZ não discorda de DWORKIN a respeito de como os juízes devem decidir, ao menos não em termos gerais¹⁸⁷. Ao longo de toda a sua obra, RAZ repetidamente insiste que, ao articular a tese das fontes, sua preocupação não está em responder à questão sobre como o juiz deve decidir. Ele não nega que o recurso de juízes a considerações morais seja um dado comum da prática judicial de todos os sistemas jurídicos tidos como casos

¹⁸⁵ DWORKIN, JIR, p. 225.

¹⁸⁶ DWORKIN, JIR, p. 206.

¹⁸⁷ Ou seja, RAZ não discorda da tese de que considerações morais devem orientar juízes ao decidir, mas isso não significa que concorde com a tese de que a ideia de integridade seja o valor que deve orientar a adjudicação.

paradigmáticos de direito¹⁸⁸, aceita que a questão se eles deveriam fazer isso ou não é moral, e ainda acredita que seja até mesmo necessário seguir critérios morais para que seja possível obedecer ao direito, como explicarei abaixo. A tese das fontes, portanto, não é uma resposta à questão sobre como os juízes devem decidir: com ela, RAZ não quer afirmar a tese empírica de que Cortes apenas aplicam considerações que se conformam à tese das fontes, tampouco a tese normativa de que deveriam fazê-lo – aliás, ele considera que, em termos normativos, é sensata a ideia de que Cortes devem ir além do direito e seguir considerações morais¹⁸⁹. A tese apenas afirma que [i] tão somente as considerações que se conformam a ela são *jurídicas*, enquanto todas as demais são *extra-jurídicas*; e [ii] quando juízes decidem de acordo com considerações extra-jurídicas, estão usando de sua *discricionariedade*¹⁹⁰ para *criar* direito, e não aplicar. É o que JOHN GARDNER denomina de uma tese “normativamente inerte”¹⁹¹. De fato, RAZ afirma que todos os grandes autores da tradição positivista não estavam interessados nesse problema também:

“[N]one of the great positivist legal philosophers interested in problems of identity regarded their inquiries as designed to further this purpose. Positivist jurisprudence conceived the problem of identity as a descriptive problem of general jurisprudence. They wanted to find criteria for identifying the laws of any legal system; they were not interested in the correct or desirable solution to any set of specific legal problems. Bentham, Austin, Gray, The American Realists, Kelsen, Hart [... t]hey were pursuing a different goal. The attempt to achieve a reasonable and systematic solution to a set of related legal problems of the type

¹⁸⁸ No mesmo sentido, cf. COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 125: “[N]o one denies that morality figures in legal discourse. All the parties to the debate, including Dworkin and the proponents of both inclusive and exclusive legal positivism, agree that there is, as it were, a “surface grammar” of moral language in law that needs to be explained.”

¹⁸⁹ RAZ afirma em EPD, p. 334, que “[o]bservation of judicial practice, at least in the countries that I am familiar with [...] provides strong grounds for the additional contention that it is sound moral practice, which is followed in many legal systems, to require the courts to engage in moral reasoning”. RAZ, Joseph. “Dworkin: A New Link in the Chain”. *California Law Review*, v. 74, n. 3, 1986. p. 1112: “Dworkin is rightly critical of theories of adjudication which advocate that courts should not engage in moral argument. He joins Kelsen, Hart and other legal positivists in arguing that such a judicial policy is not merely undesirable, it is impossible to pursue.” Em CLS, pp. 214-215, RAZ afirma que, ao articular a tese das fontes, “it is not claimed that all the considerations which courts recognize and apply are facts identifiable without recourse to moral argument. The only claim is that of the considerations which courts legitimately recognize only those conforming to the above condition are legal considerations. Courts do and are entitled to act on extra-legal considerations as well”. Em EPD, p. 223, afirma: “[...] Judges' decisions, all their decisions, are based on considerations of political morality. [...] This does not mean that every time judges apply statutes they consider and re-endorse their faith in representative democracy, or in some other doctrine of political morality from which it follows that they ought to apply these statutes. It merely means that they present themselves as believing that there is such a doctrine. Their decisions are moral decisions in expressing a moral position. A conscientious judge actually believes in the existence of a valid doctrine, a political morality, which supports his action. If I interpret Dworkin's first leading idea correctly and it is as stated above, then I fully share it.” Cf. também EPD, pp. 207-208, onde afirma que cortes agem com base em considerações jurídicas e extra-jurídicas.

¹⁹⁰ TAL, p. 75: “[B]y the sources thesis courts have discretion when required to apply moral considerations.”

¹⁹¹ GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 23: “[A tese das fontes] is itself normatively inert. It does not provide any guidance at all on what anyone should do about anything on any occasion.”

enumerated is a possible aim of a legal theorist. It is not, however, an aim that has been important in the history of jurisprudence.”¹⁹²

Não apenas a divergência entre RAZ e DWORKIN, mas também o próprio debate entre positivistas exclusivos e inclusivos não tem qualquer pretensão ser relevante para a questão a respeito de como os juízes devem decidir. Trata-se apenas de um debate a respeito de [i] *como nomear* – se “direito”/“jurídicos” ou não – os critérios morais que os juízes normalmente usam, e até mesmo estão justificados a usar, em decisões; e [ii] *como descrever* – *aplicando* ou *criando* direito – o que os juízes estão fazendo.¹⁹³ Como SCOTT SHAPIRO bem aponta, aceitando que se trata apenas do que ele denomina de “problema de rótulo” (*labelling problem*), “the immediate outcome of this debate [entre positivistas exclusivistas e inclusivistas] does not affect what judges should do; it only concerns how to describe what they are doing”¹⁹⁴, ou seja, “*for the inclusive legal positivist, judges are applying legal norms; for the exclusive legal positivist, they are creating legal norms*”¹⁹⁵. E a mesma visão é reiterada por ele em texto escrito com DAVID PLUNKETT:

“Some philosophers have worried that general jurisprudence consists of nothing more than verbal disputes, such as whether debates about the nature of law are really about what ‘law’ means (or should mean), without any further, deeper philosophical issues at stake. They wonder what, if anything, separates positivists from antipositivists once we strip away talk of ‘law’ (and related terms like ‘legal’) and instead focus on what all sides agree are substantive philosophical issues (e.g., the issue of how judges should decide cases). We take seriously the possibility that certain disputes within general jurisprudence are merely verbal, just as we take this possibility seriously for many disputes in philosophy.”¹⁹⁶

¹⁹² TAL, pp. 84-85. Segundo Raz, esses autores estavam interessados em responder ao “problema da identidade” (*the problem of identity*), sobre o qual falarei no tópico 13. Uma resposta a esse problema envolveria entender a relação entre eficácia e validade, entre direito e estado e entre criar e aplicar o direito. Sobre a importância de entender a relação entre criação e aplicação, cf. também RAZ, Joseph. “Dworkin: A New Link in the Chain”. *California Law Review*, v. 74, n. 3, 1986. p. 1117: “Much of legal theory can be seen as an attempt better to understand what a court takes from the law and what it gives to it, where the application of the law stops and judicial discretion begins, what the boundary is between the law the court finds and the law it creates.” HANS KELSEN, um dos autores citados por RAZ no trecho, afirma que a tarefa de determinar o que o juiz deve fazer é pertinente à política do direito, e não à ciência do direito, que é o que ele entende estar fazendo. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, especialmente capítulo 8.

¹⁹³ Sobre o debate com DWORKIN, RAZ afirma em EPD, p. 225: “It is important to realize that the disagreement I am pursuing is not about how judges should decide cases. In commenting on Dworkin’s second leading idea I expressed doubts regarding his view on that. But they are entirely irrelevant here. So let me assume that Dworkin’s duty of professional responsibility is valid and his advice to judges on how to decide cases is sound. We still have a disagreement regarding what judges do when they follow his advice. We assume that they follow right morality, but do they also follow the law or do they make law? My disagreement with Dworkin here is that, in saying that they follow pre-existing law, he makes the identification of a tax law, for example, depend on settling what a morally just tax law would be, i.e. on the very considerations which a tax law is supposed to have authoritatively settled.”

¹⁹⁴ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 274.

¹⁹⁵ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 274, grifos no original.

¹⁹⁶ PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott. “Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry”. *Ethics*, v. 128, October 2017, p. 67. SHAPIRO e PLUNKETT não apresentam uma opinião conclusiva a respeito da questão, apenas sugerindo a possibilidade.

JOHN FINNIS também ressalta a ausência de implicações práticas das teorias positivistas sobre como o juiz deve decidir, o que, segundo ele, tornaria o debate uma mera e infrutífera disputa de demarcação sobre os termos “direito” ou “sistema jurídico”¹⁹⁷. E ele vai além:

“No truth about law, I suggest, is systematically at stake in contemporary disputes between exclusive and inclusive legal positivists. The central dispute is not worth pursuing. Provided one makes oneself clear and unambiguous to one's readers, it matters not at all whether one defines positive law as (all and only) the pedigreed standards or instead as (all and only) the standards applicable by judges acting as such. Either definition has its advantages and inconveniences.”¹⁹⁸

Partindo dessa ideia de que a teoria do direito não teria implicações práticas¹⁹⁹ – que ele denomina de “implicações internas” (*internal implications*) – para a questão sobre como os juízes devem decidir, DAVID ENOCH chega até mesmo a afirmar que a teoria do direito sequer seria interessante. Segundo ele, uma das formas de uma meta-teoria ser interessante seria pelo fato de ter implicações para o discurso objeto. A teoria do direito, contudo, não teria qualquer implicação para o que ele denomina de o “projeto jurídico” (*the legal project*), que seria justamente a dimensão do que o direito determina ou do que seria bom que o direito determinasse²⁰⁰. Ele afirma:

“If jurisprudence makes a difference to the legal project, it's not going to be easy to see how. The suggestions that come most naturally to the novice seem clearly wrong, and it's a part of our role in teaching jurisprudence to show that this is so: Sure, Hart and Dworkin may differ with regard to the best account of what's going on when a judge exercises (some kind of) discretion, but it's not at all clear that what you should do as a judge in such cases depends on whether Hart or Dworkin are right. Sure, positivists and (some) non-positivists differ on whether sufficiently unjust norms can be legally valid, but the question whether you should obey them will receive its (highly context-dependent) answer regardless of which side is right about legal validity. Whether there is a rule of recognition, and if so what it is in a specific jurisdiction, whether there is a Kelsenian Grundnorm and what the relations are between it and the constitution of a specific country – we can discuss these questions, of course, but it's not at all clear that the answers will have any implications to questions in normative constitutional theory, like whether we should have – let alone whether we do have – a court with the power for judicial review. And so on.”²⁰¹

É importante ressaltar que RAZ não apenas diz que a tese das fontes não diz nada

¹⁹⁷ FINNIS, John. “On the Incoherence of Legal Positivism”. *Notre Dame Law Review*, v. 75, n. 5, 2000, p. 1603. BRIAN LEITER também caracteriza o debate como um “problema de demarcação” Cf. LEITER, Brian. “The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 4, 2011, pp. 663–677.

¹⁹⁸ FINNIS, John. “On the Incoherence of Legal Positivism”. v 75, 5, *Notre Dame Law Review* (2000), pp. 1597-1611. p. 1605.

¹⁹⁹ Essa, na verdade, é apenas uma dentre as razões articuladas no texto de ENOCH.

²⁰⁰ ENOCH, David. “Is General Jurisprudence Interesting?”, pp. 27-30 (May 1, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2601537>

²⁰¹ ENOCH, David. “Is General Jurisprudence Interesting?”, pp. 28-29 (May 1, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2601537>

sobre como os juízes devem decidir. Ele vai além: diz que, para que a *obediência ao direito* seja possível, é *necessário* que os juízes decidam com base em outras considerações, especialmente morais, e não apenas de acordo com as fontes – o que não necessariamente significa que os juízes devam obediência ao direito. Essa ideia, ao menos de uma forma mais abstrata, é recorrente nos textos de RAZ, mas a sua melhor articulação é vista em “*On the Autonomy of Legal Reasoning*”²⁰², argumento que penso ser válido apresentar de forma breve.

A noção de “obediência ao direito” é usada por RAZ para significar a ideia de que cada caso deve ser decidido para uma das partes litigantes; não cabe ao juiz se abster de julgar²⁰³. RAZ assume isso como um truísmo. Ao mesmo tempo, ele também assume o truísmo de que o direito é intimamente relacionado com a atividade de instituições jurídicas, e disso decorreria a conclusão de que o “núcleo do direito” (*the core of the law*) é formado pela intenção dos agentes atuando em nome das instituições²⁰⁴. O fato de o direito ser formado, ao menos em seu núcleo, pela ação intencional dos agentes institucionais conduziria à conclusão de que o direito muitas das vezes – senão sempre – contém padrões conflitantes ou indeterminados, assim como são os objetivos e crenças de cada agente ocupando alguma posição autoritativa nas instituições jurídicas²⁰⁵. Seguindo-se apenas as considerações que pela tese das fontes são consideradas “direito”, torna-se inviável para o juiz decidir por uma ou outra parte, justamente porque quase sempre estará diante de considerações indeterminadas ou conflitantes.

Com base nesse raciocínio, RAZ rechaça o que ele chama de “doutrina formalista” (*formalist doctrine*), que significa basicamente a crença de que o raciocínio baseado apenas em fontes tem aptidão para gerar respostas adequadas a casos concretos²⁰⁶. O raciocínio jurídico deve envolver mais que o raciocínio sobre fontes, portanto: deve envolver considerações morais²⁰⁷. A partir dessas conclusões é que RAZ articula três noções importantes: “raciocínio sobre o direito” (*reasoning about the law*), que se reflete na pergunta “qual é o direito existente sobre esse caso?”; “raciocínio conforme o direito” (*reasoning according to the law*), refletido na pergunta “como deve esse caso ser decidido

²⁰² EPD, pp. 326-340.

²⁰³ EPD, p. 331.

²⁰⁴ EPD, p. 330.

²⁰⁵ EPD, pp. 330-331.

²⁰⁶ EPD, p. 330.

²⁰⁷ Em EPD, p. 332, RAZ afirma que “it follows from the sources thesis-as we have just seen-that there is much more to legal reasoning than applying the law, and the rest, which I will call as I did all along reasoning according to law, is-arguably-applying moral considerations.”

conforme o direito?"; e "raciocínio considerados todos os fatores" (*reasoning all things considered*), que se expressa pela pergunta "como deve o caso ser decidido se considerados todos os fatores?"²⁰⁸.

O raciocínio *sobre o direito* por definição é uma atividade que busca estabelecer a existência e conteúdo de considerações apenas por fontes, sem recurso a considerações morais. Nesse sentido, pode-se dizer que é um raciocínio "autônomo"²⁰⁹, não sendo a pergunta "qual é o direito existente sobre esse caso?" uma questão moral, e sim apenas uma indagação a respeito do *conteúdo do direito*, noção que para RAZ não possui implicação prática. Como dito, as conclusões extraídas desse raciocínio quase nunca são suficientes para que o juiz possa decidir um caso, e, mesmo que fossem, isso não significaria que o juiz deve assim decidir. Já os outros dois raciocínios – *de acordo com o direito e considerados todos os fatores* – não são autônomos, ou seja, *são raciocínios essencialmente morais*, com a *pretensão de responder a uma questão moral*, qual seja, "como o juiz deve decidir?"²¹⁰. A diferença entre o raciocínio de acordo com o direito e o raciocínio considerados todos os fatores estaria no fato de que o primeiro *parte das premissas extraídas do raciocínio sobre o direito* – das fontes – e vai além delas, mas *ainda assim guiado por elas e, portanto, pelo direito*²¹¹. Como ele diz, é usual que o próprio direito oriente as cortes a aplicar considerações extra-jurídicas, dando o exemplo de suposta lei italiana que determine às cortes que apliquem direito da comunidade européia²¹². Neste caso, contudo, o raciocínio ainda é guiado pelas premissas mais fundamentais obtidas no raciocínio *sobre o direito*, e é possível que esse direcionamento seja moralmente inaceitável. Em resumo, é possível que as conclusões do raciocínio de

²⁰⁸ EPD, p. 328 n. 1.

²⁰⁹ EPD, p. 332: "According to the sources thesis, reasoning about what is the law is autonomous." Cf. também EPD, pp. 334 e 340, e BAI, pp. 376-379.

²¹⁰ EPD, p. 209: "Clearly, a theory of adjudication is a moral theory. It concerns all the considerations affecting reasoning in the courts, both legal and non-legal. In pronouncing which extralegal considerations have force and how much weight is due to them, it is engaged in moral argument. When the doctrine of the nature of law is identified with a theory of adjudication, it becomes itself a moral theory. The question what is the law of England is identified with the question which considerations should courts rely upon. This is clearly a question of political morality, at least inasmuch as it concerns the content of one or the other of the extralegal considerations." E também EPD, pp. 327-328: "Surely the question how courts should decide cases is a moral issue. Some people see it as a moral issue because the very question 'how should one act?' is moral. But one need not take this view in order to regard the question 'how should courts act?' as moral. Clearly, courts' decisions affect both defendants or accused and plaintiffs in substantial ways, and every decision by one person which significantly affects the fortunes of others is, whatever else it may be, a moral decision. A body which is duty-bound to take such decisions only after careful deliberation dearly ought to reason morally."

²¹¹ BAI, pp. 378-379, grifos no original: "I expect that it is now clear why we need to distinguish reasoning *to* the conclusion that the law as it exists at a certain time has a certain content, from reasoning *from* premises that the law, as it exists at a certain time, has a certain content."

²¹² EPD, p. 333.

acordo com o direito sejam contrárias às conclusões do raciocínio considerados todos os fatores; trata-se de um raciocínio moral, mas que pode levar a resultados moralmente incorretos²¹³.

RAZ não discorda de DWORKIN a respeito de como os juízes devem decidir, portanto, muito embora discorde da afirmação de que considerações morais sejam direito. E disso se conclui que *a exclusão de RAZ não é a negação da inclusão de DWORKIN*. A exclusão de considerações morais do conjunto de normas que são “direito” ou “jurídicas” não significa que devem ser excluídas do raciocínio prático de juízes, o que, por sua vez, indica que a demarcação de algo como direito não tem implicações práticas; do fato de algo ser “direito” não se segue que esse algo deva orientar qualquer decisão em detrimento de considerações morais. Em outras palavras, a simples demarcação de algo como “direito” para RAZ não é algo que deve orientar qualquer pessoa em qualquer sentido prático, ao passo que, para DWORKIN, é o critério que determina o que o juiz deve decidir. E isso, a meu ver, é uma das coisas mais significativas a se entender sobre o positivismo exclusivista raziano, porque indica que os conceitos usados pelos autores são distintos. O que pode parecer algo óbvio, especialmente à luz da notória controvérsia sobre a natureza criterial ou interpretativa dos conceitos, mas que vou argumentar que é mais complexa do que parece. A diferença aqui não está no fato de que para DWORKIN as considerações morais devem ser chamadas de “direito” e para RAZ não, o que significaria que estão simplesmente utilizando critérios distintos para designar algo como direito. A diferença é mais profunda. São diferentes conceitos de direito, operativos em diferentes contextos, articulados à luz de propósitos distintos, um prático e outro não.

4. Conceitos de direito

Uma das grandes controvérsias da teoria do direito contemporânea se relaciona com a natureza *do conceito* de direito. Foi DWORKIN quem postulou que o direito seria o que denomina de um “conceito interpretativo” (*interpretive concept*)²¹⁴. RAZ, por outro lado,

²¹³ EPD, p. 333 e 340. Cf. também em EPD, p. 328: “In saying that legal reasoning includes reasoning about how, according to law, courts should decide cases, I mean to indicate a task which should not be confused with that of deciding what courts should do about the case before them. Sometimes courts ought to decide cases not according to law but against it. Civil disobedience, for example, may be the only morally acceptable course of action for the courts.”

²¹⁴ A noção de conceito interpretativo postulada por DWORKIN não é idêntica, mas é inspirada na ideia de WALTER BRYCE GALLIE de “conceitos essencialmente contestados” (*essentially contested concepts*). Cf.

seria defensor da ideia de que o conceito de direito é *criterial*. Um dos problemas da teoria do direito contemporânea, senão o principal deles, seria entender quem está certo nessa discussão, o que pressupõe que haja conflito entre as posições. E, como expliquei acima, os autores de fato utilizam conceitos distintos. Mas quero argumentar que o problema não é real ou interessante porque, a bem da verdade, a melhor interpretação do que os autores querem defender mostra que não há real conflito em suas posições. Retratar suas posições como conflitantes envolve interpretar seus argumentos de forma equivocada.

Para DWORKIN, o direito seria um conceito interpretativo. Isso significa que o conceito de direito é partilhado na medida em que participantes da prática se engajam em uma atividade de interpretação de exemplos paradigmáticos da prática à luz de um propósito que atribuem a ela. Ele toma a existência do que denomina de “desacordos teóricos” (*theoretical disagreements*) como evidência²¹⁵ de que o direito seria um conceito interpretativo, pois afirma que a teoria positivista seria incapaz de acomodar a existência desses desacordos em sua explicação criterial do conceito de direito.

RAZ, por sua vez, articula um argumento engenhoso e sofisticado para demonstrar que é possível acomodar a existência de desacordos teóricos em relação a conceitos criteriais. Em linhas gerais, ele afirma que o fato de pessoas divergirem sobre os critérios de aplicação de um conceito não revela que o conceito partilhado não é criterial, pois os critérios que constituem o conceito não são de natureza individual – não são simplesmente o que cada pessoa pensa que é ao aplicar o conceito –, e sim socialmente partilhados. Ainda, ele afirma que os critérios de aplicação de um conceito normalmente são complexos, e é possível que pessoas diverjam por possuírem apenas conhecimento mínimo do conceito. Dessa forma, a mera existência de desacordos teóricos não seria razão para acreditar que o direito é um conceito interpretativo, portanto.

GALLIE, Walter B. “Essentially Contested Concepts”. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, 1956, pp. 167-198.

²¹⁵ Na verdade, em *Law’s Empire* a alegação é mais forte: a existência de desacordos teóricos não é apenas evidência da natureza interpretativa do conceito, mas sim algo que *constitui* o direito como conceito interpretativo. Seria justamente o fato de existência de uma *prática argumentativa* – que expressa o que ele denomina em *Law’s Empire* de “atitude protestante” – em situações de desacordo a respeito do conceito de direito que tornaria o direito um conceito interpretativo. Nesse sentido, a existência de desacordos teóricos seria fato *necessário e suficiente* para afirmar a existência de um conceito interpretativo. Creio que a posição de DWORKIN a respeito do que constitui a natureza interpretativa de conceitos muda, e isso fica claro ao menos em *Justice for Hedgehogs*, onde as noções de “prática argumentativa”, “atitude interpretativa” e “atitude protestante”, noções centrais de *Law’s Empire* para a caracterização de um conceito como interpretativo, não são mencionadas sequer uma vez. É apenas mencionada a ideia de “prática interpretativa”, mas sem referência a desacordos. Desacordos teóricos seriam suficientes para se afirmar o uso de um conceito interpretativo, mas não necessários. A questão é interessante, mas não creio que seja muito importante, ao menos não para os fins desta discussão.

O argumento de RAZ, contudo, é apenas um argumento que defende a *possibilidade* de uso criterial de um conceito em um contexto onde existam desacordos teóricos. Ele tem natureza meramente negativa: simplesmente nega que o fato da existência de desacordos teóricos seja *suficiente* para se concluir pela natureza interpretativa de um conceito mencionado em determinada controvérsia. Não é um argumento que demonstra ser necessária a operação criterial do conceito de direito em qualquer situação de uso. É possível que, muito embora o fato da existência de um desacordo teórico não seja suficiente para afirmar a natureza interpretativa de um conceito, outras razões apontem para isso.

A resposta mais evidente à objeção de RAZ a partir da teoria de DWORKIN é apontar para as situações de desacordo teórico comuns na prática jurídica e entender por meio de qual lógica elas operam, se interpretativa ou criterial. Em outras palavras, é necessário entender quais tipos de argumentos são considerados como aptos a resolver as disputas sobre o conceito de direito. SCOTT HERSHOVITZ bem aponta essa questão:

“Raz makes a persuasive case that theoretical disagreement can be accounted for from within a theory that takes the concept of law to be constituted by shared criteria. But the appeal of Dworkin’s alternative view – which takes the content of the concept of law to be constituted by the best interpretation of the practice in which it is employed – rests on more than the kinds of disagreement that arise in application of the concept. It rests also on a picture of how those disagreements are resolved. If the correct criteria for application of a concept were determined by the criteria that people who think they understand the concept generally share, then one might expect that disagreements would best be resolved with surveys, but that is not how it normally goes. Raz is alive to this concern and tries to deflect it. He observes that even if statistical evidence would settle the contours of a concept, appealing to it would not be the only way of arguing for a necessary feature the concept. One also could point to clear cases or agreed upon conceptual connections (pp. 70–1). And this is surely right, but it is also true that survey data would be competent evidence in every case; indeed it would be the gold standard. This makes it curious that it is so rarely appealed to, and puzzling that, in law at least, people with views that are known to be outliers are not uniformly dismissed, but are often invited to plead their case on non-statistical grounds. So while Raz may show that his approach can accommodate the existence of theoretical disagreement, it is far from clear that he has the best of the argument over the nature of the concept of law.”²¹⁶

De fato, se analisarmos os casos que DWORKIN apresenta como evidências de uso interpretativo do conceito de direito, creio ser plausível aceitar a sua interpretação da situação. São casos concretos, onde juízes argumentam pela melhor resposta à controvérsia

²¹⁶ HERSHOVITZ, Scott. “Review of *Between Authority and Interpretation*, by J. Raz.” *Mind*, v. 121, n. 483, 2012, p. 837. As páginas referidas no curso da citação são relativas a BAI. Acredito que a observação de HERSHOVITZ é essencialmente correta no que tange à necessidade de observação dos argumentos aptos a resolver a controvérsia, mas também entendo que ele exagera ao dizer ser estranho o fato de pesquisas de usos raramente serem utilizadas em resposta a controvérsias sobre o conceito de direito. A meu ver, isso não é algo estranho, pois até mesmo em casos mais evidentes de uso criterial não é normal se apelar para pesquisas sobre usos.

jurídica que lhes é posta para julgamento e pautam seus argumentos não por regras de uso compartilhados, e sim por considerações morais. Em outras palavras, os juízes estão buscando entender o que o direito, se adequadamente compreendido, requer no caso concreto, buscando enxergá-lo à sua melhor luz. E isso parece sugerir que DWORKIN está certo, e que o direito, no final das contas, seria um conceito interpretativo. Mas, especialmente à luz do que explicado no tópico 3, isso convida outra questão: o conceito referido por DWORKIN, utilizado pelos juízes em seus exemplos de casos concretos, é o conceito que RAZ tem a pretensão de explicar como criterial?

“*Concepts are how we conceive aspects of the world, and lie between words and their meanings, in which they are expressed, on the one side, and the nature of things to which they apply, on the other*”²¹⁷, diz RAZ. Conceitos não são palavras, e é possível, até mesmo comum, que a mesma palavra seja usada para designar diferentes conceitos e explicar diferentes fenômenos em diferentes contextos de uso. Compreender um conceito pressupõe entendê-lo em operação. Isso é algo que HART já ressaltava desde *Definition and Theory in Jurisprudence*, onde alerta que a explicação de um conceito envolve a elucidação de seu contexto de uso, dos fenômenos aos quais se aplica, algo que se perde quando nos perguntamos simplesmente “o que é o direito?”²¹⁸ de forma totalmente descontextualizada. Sobre esse ponto, afirma RAZ:

“A claim that (the concept) C is defined by conditions *i* to *n*, may be true even if there are statements, properly made with the use of (the word) “c”, that show that it is proper to use “c” even when those conditions are not met. Such counter-examples may damage claims about the meaning of “c”, but my discussion (like many others in philosophy) is not about the meaning of any word, and need not be affected by the existence of the counter-example unless it shows a use of “c” in a context relevant to the thesis about C. [...] There is a wide range of phenomena that “c” is properly used to talk about; its boundaries will not be agreed to by all, but theoretical considerations may help to delineate some of its boundaries. However, in advancing theses that determine the content of a concept C one is identifying a

²¹⁷ BAI, p. 19.

²¹⁸ HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 21: “Questions such as those I have mentioned, ‘What is a State?’, ‘What is law?’, ‘What is a right?’, have great ambiguity. The same form of words may be used to demand a definition or the cause or the purpose or the justification or the origin of a legal or political institution.” E *idem*, p. 26: “Long ago Bentham issued a warning that legal words demanded a special method of elucidation, and he enunciated a principle that is the beginning of wisdom in this matter, though it is not the end. He said we must never take these words alone, but consider whole sentences in which they play their characteristic role. We must take not the word ‘right’ but the sentence ‘You have a right’, not the word ‘State’, but the sentence ‘He is a member or an official of the State’. His warning has largely been disregarded and jurists have continued to hammer away at single words.” KEVIN TOH bem ressalta a importância dessa ideia em Hart, chamando isso de “princípio do contexto” (*context principle*). Cf. TOH, Kevin. “Erratum to: Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy”. *Law and Philosophy*, v. 34, 2015, pp. 337-340.

range that is both unified and significant in its role in life, and in the intellectual challenges that it presents. That may well leave out perfectly legitimate uses of “c” [...].”²¹⁹

Por “direito” é possível fazer referência a normas específicas, a uma instituição social, a um sistema normativo, às condições de verdade da resposta a um caso específico ou até mesmo à própria resposta ao caso.²²⁰ Creio que essa distinção é extremamente importante para entender a teoria do direito de RAZ e os problemas que ela tem a pretensão de resolver, inclusive sua relação com outras teorias, como a de DWORKIN.

Muito embora JOHN FINNIS o critique por aparentemente não perceber essa distinção²²¹, o próprio DWORKIN, já em *Law's Empire*, aceita ser possível falar na noção de direito em diversos sentidos, e a compreensão do sentido em uso “*depend on the question we are trying to answer, our audience, and the context in which we speak. We need not deny that the Nazi system was an example of law, no matter which interpretation we favor of our own law, because there is an available sense in which it plainly was law*”²²². E, a partir de *Justice in Robes*, articula expressamente a diferença entre diversos conceitos de direito, os quais seriam adequados à luz de propósitos específicos. Ele identifica ao menos quatro conceitos de direito distintos e seus respectivos propósitos: o conceito doutrinário (*doctrinal concept*), que é articulado com o propósito de responder à questão “como o juiz deve decidir?”; o conceito taxonômico (*taxonomic concept*), que tem a pretensão de delimitar um conjunto de critérios como jurídico e separá-lo de outros critérios morais,

²¹⁹ RAZ, Joseph. “Comments on the Morality of Freedom”. *Jerusalem Review of Legal Studies*, v. 14, n. 1, 2016, pp. 175-176.

²²⁰ Em BAI, p. 28 n. 8, em uma discussão sobre as condições de sucesso de uma teoria do direito, RAZ afirma que usará o termo “direito” (*law*) no argumento para se referir ora a um sistema jurídico, ora a uma regra jurídica e ora a um enunciado sobre qual é o direito a respeito de uma questão particular, entendendo que isso seria irrelevante para a discussão. DWORKIN critica a posição expressada nesse trecho, afirmando que uma mesma metodologia seria insuficiente para explicar esses diversos sentidos, havendo especialmente a confusão entre os conceitos doutrinário e sociológico. Cf. DWORKIN, JIR, pp. 227-228. Mas, como argumentarei a seguir, entendo que RAZ também percebe os assuntos como distintos e tem a pretensão de explicar apenas um conceito de direito. Cf. também *idem*, pp. 1-2, a respeito de como o termo “direito” pode se referir a diversas coisas.

²²¹ Cf. FINNIS, John. “On Reason and Authority in Law's Empire”. *Law and Philosophy*, v. 6, 1987, p. 368: “I am concerned only with Dworkin's failure, both when defining vicious semanticism, and when speaking in his own voice, to distinguish between “the law” (of a particular community, the topic of thought by that community's lawyers and judges) and “law” (a topic of thought of anthropologists, sociologists, other historians, moralists and jurists such as Hart, Kelsen and Dworkin). Dworkin treats “the law” and “law” as synonymous, and I fail to see how he can be so indifferent to the manifest difference between the two terms, corresponding to the difference between the two sorts of intellectual enterprise which I have just indicated.”

²²² DWORKIN, LEP, p. 103. Em *ibidem*, DWORKIN chama esse sentido de pré-interpretativo (*preinterpretive*). Sobre a flexibilidade da linguagem e o sentido pré-interpretativo, cf. *idem*, pp. 101-108. No mesmo sentido, afirmando haver um sentido *sociológico* onde o direito nazista era direito, cf. DWORKIN, JIR, pp. 3-4. E também DWORKIN, Ronald. “Hart and the Concepts of Law”. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, pp. 98-99; DWORKIN, Ronald. “Hart's Posthumous Reply”. *Harvard Law Review*, v. 130, 2017, pp. 2125-2126.

costumeiros, ou de qualquer outra natureza; o conceito sociológico (*sociological concept*), que tem a pretensão de explicar um tipo de estrutura social institucional; e o conceito aspiracional (*aspirational concept*), que tem a pretensão de articular normativamente as noções de ideal de legalidade (*ideal of legality*) ou estado de direito (*the rule of law*).²²³ “*Each of these concepts might be said to be a concept of law, and they are plainly interconnected in various ways. But they are nevertheless different concepts from one another, and though they all generate questions about the relation between law and justice, the questions they generate are very different*”²²⁴, diz DWORKIN. Ele chega a ponderar se não seria mais apropriado falar em diferentes usos do mesmo conceito, e não em diferentes conceitos, mas rechaça essa possibilidade. A sua principal razão é que essas distintas formas de uso fazem referência a instâncias igualmente distintas. Por exemplo, “[t]he doctrinal concept collects valid normative claims or propositions, and the sociological concept collects institutions or patterns of behavior”²²⁵.

Uma importante característica que distinguiria os conceitos doutrinário e aspiracional dos conceitos taxonômico e sociológico seria que apenas os dois primeiros são interpretativos, sendo os dois últimos *criteriais*. E, para DWORKIN, nada de importante em termos práticos ou interessante em termos teóricos se extrai da delimitação dos conceitos taxonômico e sociológico de direito²²⁶. A uma, não são conceitos práticos, relevantes para decidir como agir. A duas, são conceitos *criteriais* vagos ou imprecisos, e não haveria propósito em insistir em fronteiras mais precisas desses conceitos²²⁷.

Em resumo, DWORKIN não tem uma teoria metafísica de conceitos, propondo que o

²²³ DWORKIN, JIR, pp. 2-5, 26-33, e 223-240. Agora mencionado apenas três conceitos distintos, mas aceitando que existem vários, cf. também DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 402: “Actually there are several concepts of law, and it is necessary now briefly to distinguish among these. We use “law” in a sociological sense, as when we say that law began in primitive societies; an aspirational sense, as when we celebrate the rule of law; and a doctrinal sense we use to report what the law is on some subject, as when we say that under the law of Connecticut fraud is a tort.”

²²⁴ DWORKIN, JIR, p. 223.

²²⁵ DWORKIN, JIR, p. 263, n. 1. Em *ibidem*, DWORKIN dá um exemplo interessante para indicar como os conceitos fazem referência a coisas distintas, e como isso às vezes é obscurecido pela linguagem de personificação do direito. Ele menciona duas proposições: “the law provides a good living for lawyers” e “the law provides that wills with only one witness are invalid”. Segundo ele, é tentador imaginar que uma mesma entidade – o direito – está sendo referida nas duas situações, mas esse é um equívoco. Cada proposição faz referência a uma coisa diferente.

²²⁶ DWORKIN, JIR, p. 5: “Like the doctrinal concept, but unlike the sociological and taxonomic concepts, a great deal turns on what we take to be the correct conception of the aspirational concept.”

²²⁷ DWORKIN, JIR, pp. 26-27. O que não significa, claro, que esses conceitos não tenham fronteiras. Em *idem*, p. 4, por exemplo, DWORKIN afirma que não seria razoável comparar um sistema jurídico com um pirulito. Ou seja, um pirulito é algo que um sistema jurídico claramente não é.

conceito de direito necessariamente tem natureza interpretativa ou criterial²²⁸, e sim que existem vários conceitos de direito, alguns que *operam como interpretativos* em determinadas situações, o que possibilita que existam contextos onde o conceito interpretativo de direito seja o conceito operativo, que melhor explica a situação, e outros onde o conceito criterial seja o mais adequado.²²⁹ Como afirma DWORKIN, “*concepts serve different kinds of functions in the thought and discourse of people who share and use them*”²³⁰. Até mesmo conceitos que paradigmaticamente operam de forma não interpretativa, como o conceito criterial de “livro”, podem se apresentar em determinada situação como interpretativos²³¹, como, por exemplo, quando nos perguntamos se um livro digital deve ser considerado como “livro” para os fins de imunidade tributária do artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal do Brasil²³². Segundo DWORKIN, “[w]e must accept what Wittgenstein pointed out: that concepts are tools and that we have different kinds of tools in our conceptual toolbox”²³³.

A meu ver, nos casos apontados por DWORKIN, onde o conceito opera como interpretativo, é muito claro que os juízes estão usando o conceito *doutrinário* de direito²³⁴, que é o conceito que se refere ao direito como as condições de verdade da resposta correta ao caso concreto²³⁵. Quando discutem o que é o direito, estão na verdade discutindo o que quais critérios devem seguir. “*For a judge the purpose of determining the validity of a rule*

²²⁸ KENNETH HIMMA chega a conclusões parecidas com as quais estou defendendo neste tópico – ou seja, basicamente a ideia de que os conceitos explicados por DWORKIN e RAZ (e os positivistas em geral) são distintos e, portanto, suas teorias não dialogam –, mas sugere que são diferentes porque os positivistas – inclusive RAZ – estariam realizando “análise conceitual modesta” e DWORKIN estaria realizando “análise conceitual não modesta”, buscando explicar a verdadeira natureza *do conceito* de direito. Pelas razões que explico neste tópico, entendo que a visão de HIMMA é equivocada e DWORKIN não tem a pretensão de explicar a “real natureza” do conceito de direito. Cf. HIMMA, Kenneth Einar. “Immodesty in Dworkin’s Theory: The Lines Dividing Different Kinds of Conceptual Theory of Law”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 203-224.

²²⁹ Nesse sentido, Cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 241-261.

²³⁰ DWORKIN, JIR, p. 223.

²³¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. pp. 164-166.

²³² A questão foi colocada a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 330817 e nº 595676.

²³³ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 160.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 402: “Interpretivism treats the doctrinal concept as interpretive: it treats lawyers’ claims about what the law holds or requires on some matter as conclusions of an interpretive argument, even though most of the interpretive work is almost always hidden.”

²³⁵ Em resposta a texto de FREDERICK SCHAUER sobre HART, DWORKIN afirma “Hart and the Concepts of Law”. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, p. 99): “Schauer says that I have myself concentrated on the question of how judges should decide cases. He must mean that I have concentrated on the doctrinal question about the nature of law, which I have. His description is not misleading. Courtrooms symbolize the practical importance of the doctrinal question and I have often used judicial decisions both as empirical data for and illustrations of my doctrinal claims.”

*is to determine whether or not it is a rule which he really – that is, morally – must take into account in his deliberations (which, as we have seen, are practical). A judge does not, after deciding that a rule is valid, consider whether or not he really ought to obey or apply it: that question is just what the decision has settled*²³⁶, afirma JEFFREY GOLDSWORTHY. E, como visto, isso não implica para DWORKIN na conclusão de que não haja um “sentido disponível” de direito que não seja interpretativo. E não creio que RAZ discorda da conclusão de que os conceitos em discussão na teoria de DWORKIN e na sua são distintos, tampouco estaria preocupado em refutar a natureza interpretativa do conceito doutrinário²³⁷. RAZ bem afirma que “[w]hen in the course of rendering judgment a court interprets the law, it does not interpret the concept of law. It interprets the law as it bears on the issue before it”²³⁸, o que significa nada mais que a afirmação de que a corte não interpreta o conceito criterial de direito sobre o qual RAZ articula sua teoria, e sim o conceito doutrinário de direito, que se refere a como o juiz deve decidir no caso concreto. RAZ deixa bem clara a distinção entre uma teoria da adjudicação – ou seja, uma teoria com pretensão de fornecer uma resposta à, e oferecendo as condições de verdade da, pergunta “como o juiz deve decidir?” – e uma teoria da natureza do direito²³⁹, ressaltando que são empreendimentos muito distintos:

“[Dworkin] thinks that the nature of adjudication shows that courts always presuppose a correct answer to the question ‘How should this case be decided?’ and that this question is the same as the question ‘What is the law which applies to this case?’ [...] The major flaw in this [...] argument is its identification of the two questions. It reflects Dworkin’s view that the only norms by which courts are allowed, according to law, to decide cases are the law of that legal system. Or perhaps the right way to express Dworkin’s view is that what makes norms into the law of a system is that, by law, the courts are allowed to rely on them in deciding cases. The argument about this claim of Dworkin’s has continued since his first major essay. But important as that issue is, it is irrelevant to the debate about the possibility of criterial explanation of the concept of law, for a determination of the content of the law of

²³⁶ GOLDSWORTHY, Jeffrey D. “The Self-Destruction of Legal Positivism”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, 1990, p. 462.

²³⁷ Isso não significa que RAZ reconhece que o conceito doutrinário é interpretativo, tampouco que estou defendendo que o conceito realmente opera como interpretativo nesse tipo de situação. Até acredito que esse seja mesmo o caso, mas meu argumento não supõe isso. Isso também não significa que a explicação doutrinária do direito de DWORKIN, sustentada no valor da integridade, também seja a correta. DWORKIN mesmo concebe uma teoria doutrinária positivista em *Law’s Empire*, pp. 114-150. E existem autores positivistas que discutem justamente esse conceito doutrinário, como, por exemplo, WALDRON, Jeremy. “Normative (or Ethical) Positivism”. in: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart’s Postscript*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 410-433.

²³⁸ BAI, pp. 80-81.

²³⁹ RAZ já teve posição diferente a respeito de DWORKIN, entendendo que sua teoria poderia ser adequadamente descrita como uma teoria sobre natureza do direito. Cf. RAZ, Joseph. “Professor Dworkin’s Theory of Rights”. *Political Studies*, v. 26, n. 1, 1978, pp. 132–137, especialmente p. 136.

this legal system or that and the explanation of the concept of law are very different enterprises.”²⁴⁰

Uma grande evidência dessa distinção, segundo RAZ, estaria no fato de que reconhecemos que Cortes não possuem autoridade para determinar o conceito de direito, muito embora tenham autoridade para determinar o direito que se aplica aos casos. Para ilustrar o ponto ele faz uma analogia com a noção de “compromisso” (*undertaking*)²⁴¹. Suponhamos que surja um caso onde uma Corte tenha que julgar se um compromisso para prestar um serviço é vinculante ou não. Para ele, a Corte tem autoridade para dizer de que forma o direito do seu país considera um compromisso como vinculante, mas não para decidir sobre a própria noção de compromisso *em seu sentido comum*, que possui vida fora do direito²⁴². As decisões da corte podem inclusive se desvirtuar da noção comum de compromisso, mas isso não altera a natureza comum da noção, e sim dá início a um novo sentido, técnico, para o termo²⁴³.

Vale lembrar neste ponto, ainda, que RAZ aceita que a questão a respeito de como os juízes devem decidir o caso concreto seja moral, devendo ser respondida também com base em considerações morais. Nos casos que revelam desacordos teóricos apontados por DWORKIN, os juízes estão discutindo o que devem fazer. O direito é exatamente *aquilo* que devem fazer no caso. Se esse é o critério que orienta a demarcação de algo como direito, então é claro que considerações morais entrarão em jogo.

A diferença entre os conceitos fica ainda mais clara quando nos atentamos para o público para quem a explicação da noção doutrinária de direito de DWORKIN é endereçada. Segundo RAZ, trata-se de público composto principalmente por juristas profissionais, como juízes ou advogados, preocupados com efetivos ou hipotéticos problemas práticos que

²⁴⁰ BAI, pp. 75-76. E também EPD, pp. 202-203: Legal theory in America has always been dominated by the thought that law is just what the courts do. American theorists not only embraced the lawyer's perspective but jumped to the conclusion that all the considerations which courts may use are legal. The most sophisticated and accomplished representative of this tradition is R. M. Dworkin who, in a series of articles during the last fifteen years, developed a theory of law out of a theory of adjudication. In fact he developed a theory of adjudication and regards it willy-nilly and without further argument as a theory of law.”

²⁴¹ No dicionário Oxford, *undertaking* é definido como “and agreement or a promise to do something”. Cf. Oxford Advanced Learner's Dictionary. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1682. Entendo que a noção de compromisso é mais adequada que “acordo”, pois a noção de acordo pode sugerir uma bilateralidade que creio que não é adequada para a situação.

²⁴² BAI, p. 35: “A case may turn on whether or not one person undertook to perform a service for another. Has the law authority to decide what counts as undertaking to do something? Yes and no. The courts have authority to decide when the law of their country would view an action as a binding undertaking. But the notion of an undertaking has life outside the law. And the court has no authority to decide what is an undertaking in that sense.”

²⁴³ BAI, p. 36.

podem ser apreciados por Cortes²⁴⁴. São pessoas que buscam na teoria do direito critérios para decidir como agir. Esse ponto de vista é denominado por ele de “perspectiva do jurista” (*lawyer’s perspective*), que assume a intuição básica de que “[t]he law has to do with those considerations which it is appropriate for courts to rely upon in justifying their decisions”²⁴⁵. Para esse público, que busca o um conceito prático, orientador, de direito, distinções entre direito interno e direito adotado – ou seja, entre critérios jurídicos e critérios de outros sistemas que o direito meramente determina que sejam seguidos –, por exemplo, não são relevantes – salvo quando acabam sendo relevantes em termos práticos em algum sistema jurídico específico²⁴⁶. RAZ acredita que essa é uma posição teórica comum e prestigiada porque muitos dos teóricos do direito são advogados, com audiência principalmente de alunos de direito:

“Most theorists tend to be by education and profession lawyers, and their audience often consists primarily of law students. Quite naturally and imperceptibly they adopted the lawyer's perspective on the law. Lawyers' activities are dominated by litigation in court, actual or potential. They not only conduct litigation in the courts. They draft documents, conclude legal transactions, advise clients, etc., always with an eye to the likely outcome of possible litigation in which the validity of the document or transaction or the legality of the client's action may be called into question. From the lawyer's point of view, the law does indeed consist of nothing but considerations appropriate for courts to rely upon.”²⁴⁷

Fica claro, portanto, que os conceitos explicados pelos dois autores são distintos. Para RAZ, “[i]n large measure what we study when we study the nature of law is the nature of our own self-understanding. [...] It is part of the self-consciousness of our society to see certain institutions as legal. And that consciousness is part of what we study when we inquire into the nature of law”²⁴⁸. E fica claro que o conceito de DWORKIN é prático, voltado para um público interessado em efetivos ou hipotéticos litígios em Cortes. Diz ele que “if we want to study our own self-consciousness we would do much better to turn to fiction, politics, biography, depth psychology, and social science. We reflect on the character of law to know what we must do, not who we are”²⁴⁹.

²⁴⁴ Vale salientar que nem toda perspectiva focada em Cortes é prática. É possível o enfoque em Cortes a partir da perspectiva do sujeito que busca entender o que deve fazer para não ser punido.

²⁴⁵ EPD, p. 199. Essa perspectiva dworkiniana já é ressaltada, e objetada, em RAZ, Joseph. “Professor Dworkin’s Theory of Rights”. *Political Studies*, v. 26, n. 1, 1978, p. 137: “[L]aw is a social institution and should not be looked at from the point of view of the judge alone.”

²⁴⁶ BAI, pp. 189-199.

²⁴⁷ EPD, p. 200. E também EPD, p. 203: “Lawyers' activities, as we saw, revolve, directly or indirectly, round litigation in the courts. From the lawyer's perspective all the considerations pertaining to judicial reasoning are equally relevant. A lawyer has to concern himself not only with legislation and precedent but also with other considerations relevant to judicial reasoning.”

²⁴⁸ BAI, p. 31. Cf também BAI, pp. 97 e 111.

²⁴⁹ DWORKIN, JIR, p. 229.

Mas qual é o conceito, ou os conceitos, que RAZ tem a pretensão de explicar? Creio ser interessante explicar a interpretação que DWORKIN faz da teoria de RAZ, especialmente em vista do fato de ser um conceito, ou conceitos, sem implicações práticas. São duas as sugestões.

4.1. Um conceito sociológico?

DWORKIN afirma que um dos grandes problemas da teoria de RAZ seria a sua falta de distinção entre os possíveis conceitos de direito. Isso faria com que sua metodologia tivesse a pretensão de explicar não apenas o conceito sociológico de direito, mas também o doutrinário, e, dessa forma, falharia como uma explicação adequada para ambos os conceitos²⁵⁰. Como já explicitiei acima, acredito que RAZ não tem a pretensão de explicar o conceito de direito que DWORKIN designa como doutrinário, e acredito que DWORKIN até entende isso – o que ficará mais claro no tópico seguinte –, então vou focar nas razões pelas quais ele lhe atribui um empreendimento sociológico, rechaçando-o como inadequado.

O conceito sociológico de direito é aquele utilizado “*to name a particular type of institutional social structure*”²⁵¹ ou “*to describe a particular form of political organization*”²⁵². “*Sociological positivism holds that moral tests do not figure among the proper tests for distinguishing law from other forms of social or political organization*”²⁵³, diz DWORKIN. Ele fornece alguns exemplos de tipos de questões que são respondidas pelo conceito sociológico de direito e discute a sua importância:

“[W]hat makes a particular structure of governance a legal system rather than some other form of social control, such as morality, religion, force, or terror? [...] The sociological question uses what we might call the sociological concept of law: it refers to law as a kind of social institution. That concept is vague: it has no precise or settled boundaries in ordinary language. We agree that Massachusetts has a legal system but we disagree about whether to call customary commercial practices enforced only by commercial sanctions a form of legal regulation or whether to call a frozen set of rules with no legislative or enforcement mechanisms a legal system. These are verbal not substantive disagreements. Social scientists, of course, need more precise definitions of law for their research and therefore stipulate what they believe to be illuminating definitions for that purpose. It would be a mistake, however, to treat these definitions as attempts to excavate the very concept of law in

²⁵⁰ DWORKIN, JIR, pp. 227-228. Cf. também *idem*, p. 33. Para um contraste entre os conceitos sociológico e doutrinário, cf. DWORKIN, Ronald. “Hart and the Concepts of Law”. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, pp. 97-99.

²⁵¹ DWORKIN, JIR, p. 3.

²⁵² DWORKIN, JIR, p. 223.

²⁵³ DWORKIN, JIR, p. 26.

the sociological sense or to capture the essence of legal systems and structures. Legal systems are not natural kinds, like bismuth and centipedes, that have essences.”²⁵⁴

O conceito sociológico de direito é um conceito criterial vago ou impreciso, e é um equívoco tentar delimitar o conceito de forma mais precisa que os critérios de uso determinam, buscando características essenciais a ele; as suas fronteiras são muito maleáveis para se extrair delas características essenciais.²⁵⁵ Para ilustrar o ponto, DWOKIN dá o exemplo do hipotético relato de antropologistas a respeito de uma estrutura social onde algumas pessoas consideradas oficiais decidem controvérsias com base no que eles descrevem como “o melhor caso moral”, e outros oficiais usam coerção física para fazer com que as decisões sejam obedecidas. Segundo ele, nosso conceito sociológico de direito não dá uma resposta a respeito do status jurídico desse sistema.²⁵⁶ Portanto, o teórico deve apenas reportar que em algumas situações o conceito é indeterminado²⁵⁷.

É possível, claro, que cientistas sociais estipulem definições mais precisas do que aquela que se extrai do conceito sociológico de direito para os fins de suas explicações ou pesquisas, mas não haveria qualquer razão para que juristas ou pessoas comuns assim o façam também, porque, segundo ele, nada se extrai dessa classificação sociológica.²⁵⁸ A posse do conceito sociológico de direito por determinada sociedade sequer seria uma condição necessária para que exista direito nessa sociedade, sendo apenas necessário o conceito doutrinário de direito para que uma prática jurídica se desenvolva²⁵⁹. É nesse sentido que, como DWORKIN afirma no trecho acima transcrito, qualquer disputa que tenha a pretensão de delimitar de forma mais precisa o conceito sociológico seria meramente verbal.

DWORKIN não enxerga o conceito sociológico de direito como importante, e pensa que qualquer pretensão de estabelecer características essenciais a esse conceito seria equivocada, gerando na melhor das hipóteses uma disputa apenas verbal. Segundo ele, essa seria exatamente a natureza do empreendimento de RAZ. Mas, além dessa caracterização, DWORKIN ainda tem outra sugestão a respeito das pretensões teóricas de RAZ, a qual discutirei no próximo tópico.

²⁵⁴ DWOKIN, Ronald. “Hart and the Concepts of Law”. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, pp. 97-98.

²⁵⁵ DWORKIN, JIR, pp. 9, 27, 224, 228 e 232.

²⁵⁶ DWORKIN, JIR, p. 228.

²⁵⁷ DWORKIN, JIR, p. 224.

²⁵⁸ DWORKIN, JIR, pp. 3 e 228.

²⁵⁹ DWORKIN, JIR, pp. 231-232. E também *idem*, p. 4.

4.2. Um conceito taxonômico?

Em seu último argumento sobre o positivismo exclusivista de RAZ²⁶⁰, DWORKIN bem percebe que o projeto de RAZ não seria doutrinário, e sugere que seria mais adequadamente descrito como um projeto taxonômico²⁶¹. O conceito taxonômico tem a pretensão de designar “a collection of discrete rules and other kinds of standards that are legal standards as opposed to moral or customary or some other kinds of standards”²⁶², ou, em outras palavras, “to classify a particular rule or principle as a legal principle rather than a principle of some other kind”²⁶³. Ele fala sobre o que é envolvido nesse empreendimento taxonômico:

“Legal philosophers use this taxonomic concept when they ask whether certain moral principles are also principles of law. The idea of law as a set of discrete standards, which we might in principle individuate and count, seems to me a scholastic fiction. In any case, we do not need that idea in order to address our main question whether and when morality figures in the truth conditions of propositions of law. The principles of arithmetic plainly figure among the truth conditions of some propositions of law – the proposition that Cohen as a legal obligation to pay Cosgrove exactly \$11,422, including interests, for example – but it would be at least odd to say that mathematical rules are also legal principles. The taxonomic question is usually a red herring: the important question is whether and how morality is relevant to deciding which propositions of law are true, not how we label whatever moral principles we do take to be relevant.”²⁶⁴

DWORKIN começa seu argumento citando a leitura que SCOTT SHAPIRO faz de seus argumentos iniciais contra o positivismo hartiano²⁶⁵, os quais, na visão de SHAPIRO, teriam a pretensão de defender a tese *taxonômica* de que princípios morais que normalmente figuram em decisões judiciais seriam também princípios jurídicos²⁶⁶. Esses argumentos iniciais se distinguiriam dos argumentos articulados especialmente a partir de *Law's Empire* a respeito da incapacidade das teorias positivistas de acomodar os desacordos

²⁶⁰ Estou fazendo referência ao texto “The Concepts of Law”, capítulo 8 de *Justice in Robes* e que não havia sido publicado anteriormente. Antes disso, em “Thirty Years On”, publicado originalmente em *Harvard Law Review*, v. 115, n. 6, 2002, pp. 1655-1687, e republicado como o capítulo 7 de *Justice in Robes*, DWORKIN havia feito outra crítica de fôlego ao exclusivismo raziano, mas o tratando sob a perspectiva doutrinária.

²⁶¹ DWORKIN, JIR, pp. 227-240. Em *idem*, p. 227, ele diz que isso teria se tornado plausível principalmente após a leitura do artigo de RAZ “Can There Be a Theory of Law?”, de viés mais metodológico, também citando no decorrer do argumento o texto “Incorporation by Law” para justificar essa plausibilidade.

²⁶² DWORKIN, JIR, p. 4.

²⁶³ DWORKIN, JIR, p. 223.

²⁶⁴ DWORKIN, JIR, pp. 4-5.

²⁶⁵ SHAPIRO, Scott. “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed.” in: RIPSTEIN, Arthur (ed.). *Ronald Dworkin*. New York: Cambridge University Press, 2007. pp. 22-55.

²⁶⁶ Essa descrição que SHAPIRO faz dos argumentos de DWORKIN é realmente endossada por RAZ, que afirma que desde o seu primeiro grande artigo, “The Model of Rules I”, DWORKIN sustentaria a tese de que tudo o que as Cortes devem usar em suas decisões, por essa razão, faz parte do sistema jurídico. Cf. BAI, p. 76: “[P]erhaps the right way to express Dworkin’s view is that what makes norms into the law of a system is that, by law, the courts are allowed to rely on them in deciding cases. The argument about this claim of Dworkin’s has continued since his first major essay.”

teóricos sobre os quais falei acima, algo comum na prática jurídica. Para SHAPIRO os argumentos positivistas seriam essencialmente uma refutação bem sucedida dos argumentos iniciais, ditos taxonômicos, e não haveria ainda argumentos positivistas bem sucedidos para responder à tese dos desacordos teóricos. DWORKIN afirma que muito do que articulou em “The Model of Rules I”²⁶⁷ de fato sugere essa interpretação, e que, *fosse esse mesmo o seu ponto, as teorias positivistas seriam respostas pertinentes*, mas diz que seus argumentos posteriores deixaram claro que seu ponto desde o início era relacionado com a discussão doutrinária, e não taxonômica²⁶⁸.

Segundo DWORKIN, seria plausível atribuir a RAZ a defesa de uma tese meramente taxonômica²⁶⁹. Evidência disso seria, por exemplo, a recorrente analogia que RAZ faz entre o direito adotado – ou seja, o direito de outros estados referido pelo direito interno – e a moralidade²⁷⁰. O positivista taxonômico não rejeita que considerações morais possam figurar nas condições de verdade sobre proposições de direito, mas insiste que elas não são “direito”, o que DWORKIN identifica como a posição de RAZ²⁷¹. E, para ele, essa não seria uma discussão importante, porque nenhuma consequência prática se extrai de uma definição a respeito de qual parte das coisas que são relevantes para uma decisão devem ser chamadas de “direito” ou “jurídicas”. Haveria suficiente margem para que essa escolha *essencialmente linguística* seja considerada adequada tanto da perspectiva inclusivista

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, pp. 14-45.

²⁶⁸ DWORKIN, JIR, pp. 233-234. Especialmente p. 234: “I made the doctrinal argument that we cannot understand legal argument and controversy except on the assumption that the truth conditions of propositions of law include moral considerations. I did not mean to make, I said, the fallacious taxonomic argument that everything that figures among those truth conditions should be counted as belonging to a distinct set of rules or principles called legal.” Em *idem*, p. 264, n. 6, DWORKIN afirma que pode ter contribuído para uma interpretação taxonômica do seu argumento quando afirmou em “The Model of Rules I” que o direito seria formado não apenas por regras, mas princípios também. Porém, ressalta que o caráter não doutrinário de sua teoria já teria ficado claro em “The Model of Rules II”. Os dois argumentos foram republicados como os capítulos 2 e 3 de *Taking Rights Seriously*.

²⁶⁹ DWORKIN, JIR, pp. 236 e 238. Cf. também *idem*, p. 30.

²⁷⁰ DWORKIN, JIR, p. 236. Sobre a analogia, cf. Cf. BAI, pp. 193-194 e 201; TAL, pp. 46, 83, 101-102, 149.

²⁷¹ DWORKIN, JIR, p. 238: “So Raz’s “exclusive” positivism may not after all be doctrinal positivism. He may not wish to defend the thesis that as a conceptual matter legal rights and duties may always be ascertained without moral reflection just by consulting “sources”. He may rather be a taxonomic positivist. An argument leading to a particular conclusion of law typically involves a great variety of propositions: reports about what lawmaking institutions have done, information about parallel lawmaking institutions in other jurisdictions, claims about economic or social or historical facts or about personal circumstances, arithmetical assumptions, moral principles and observations, and so forth. A taxonomic positivist insists on a distinction among all those propositions: a distinction between those that do and those that do not describe “the law” of the jurisdiction in question. An “inclusive” taxonomic positivist says that sometimes – when they have been properly incorporated – moral principles of different sorts count as part of “the law”, and an “exclusive” taxonomic positivist denies this.” Cf. também *idem*, p. 26: “Taxonomic positivism holds that moral principles and legal principles are distinct and therefore that the law does not include any moral principles.”

quanto da exclusivista, muito embora DWORKIN pense, sem grande convicção, que, ao final, a escolha pelo positivismo exclusivista seria melhor²⁷². Mas afirma que “*the controversy is depressing on its own. It is sad that the important jurisprudential tradition of Bentham, Austin, Holmes, and Hart has now settled into a debate over something so scholastic*”²⁷³.

É plausível considerar o empreendimento de RAZ como taxonômico no sentido indicado por DWORKIN. Como expliquei, a tese das fontes é parte de uma explicação sobre um conceito que orienta a demarcação de um conjunto de normas. E as conclusões que extrai dessa demarcação são normativamente inertes. RAZ insistentemente afirma que DWORKIN falha em não diferenciar uma teoria do direito de uma teoria da adjudicação, e em não perceber que a determinação do conteúdo de um ou outro sistema jurídico é diferente de uma explicação da natureza do direito, projeto no qual ele está engajado. E a leitura dos próprios positivistas a respeito da controvérsia entre inclusivistas e exclusivistas, que não possui qualquer implicação prática, é de uma discussão essencialmente taxonômica, meramente verbal – o que DWORKIN sugeriu ser o caso também na discussão do conceito sociológico de direito.

Seria o exclusivismo raziano um empreendimento teórico meramente escolástico, infrutífero, desinteressante, sem propósito, um mero problema de rótulo ou demarcação? Creio que, quando entendidas em seu contexto, no panorama geral da explicação da qual faz parte, as teses de RAZ mostra algo de importante sobre a natureza do direito, ou seja, sobre a natureza da instituição social referida pelo conceito de direito que RAZ tem a pretensão de explicar. Mas, afinal, que conceito é esse?

4.3. Os conceitos de Raz

Ao discutir o conceito de direito doutrinário de DWORKIN, deixei claro o habitat natural do conceito: ele está presente principalmente no discurso sobre como agir em casos efetivos ou hipotéticos a serem adjudicados por Cortes judiciais. Não surpreendentemente, os exemplos de uso dados por DWORKIN são argumentos de juízes em casos concretos, onde argumentam pela resposta correta. Como disse, compreender um conceito pressupõe entendê-lo em operação. E creio que esse é um bom começo também para discutir o

²⁷² DWORKIN, JIR, pp. 238-239.

²⁷³ DWORKIN, JIR, p. 240.

conceito que RAZ tem a pretensão de explicar. Qual seria o habitat natural desse conceito? Onde essa distinção que RAZ quer explicar entre o que é ou não é direito ou jurídico está operativa? Quais são os tipos de fenômenos que ele tem a pretensão de explicar? Seria apenas um conceito? RAZ afirma que está preocupado em explicar uma família de conceitos que são usualmente utilizados para designar sistemas normativos e instituições sociais²⁷⁴. De fato, isso fica claro quando ele mostra situações de usos comuns onde nos apoiamos no conceito (ou nos conceitos) que ele tem a pretensão de explicar:

“The distinction between the legal and the non-legal is part and parcel of those of our practices which determine the concept of law. We know that the regulations of a golf club are not a legal system, and that independent states have legal systems. I know that an Act of the British Parliament is legally binding, but a resolution of my neighbours to deny any non-resident access to our street has no legal validity. And so on.”²⁷⁵

É importante entender sobre o que estamos falando quando fazemos esse tipo de distinção entre regras jurídicas e não jurídicas. Parece claro que estamos delimitando conjuntos de normas. O que está envolvido nesse tipo de afirmação é a suposição de que exista um grupo de normas denominadas “jurídicas” com características suficientemente peculiares a ponto de separá-las de outras normas. Há algo de intuitivo, e muito plausível, na ideia de que diversos tipos de regras – como, por exemplo, princípios de aritmética, regras de xadrez, regras de etiqueta, regras de clubes particulares, convenções de condomínio, etc. – não são jurídicas. Como reconhece DWORKIN, “*it would be at least odd to say that mathematical rules are also legal principles*”²⁷⁶ – muito embora seja claro que essas considerações possam vir a figurar nas condições de verdade de eventual decisão de

²⁷⁴ Cf. RAZ, Joseph. “Can There be a Theory of Law?” in: GOLDING, Martin B.; EDMUNDSON, William A. (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2005, p. 336: “I am, of course, asserting here that the concept of a rule, or a variant of it, is not a concept of a type of the social phenomena we take the law to be, that it is not any kind of concept of law. Of course, the word ‘law’ designates, among other things, rules or norms, and the concept of a rule probably emerged from a concept of a law which did not separate natural law from customary practices, nor either of them from a normative law. But these features are not sufficient to make it a concept of law, of the family that ‘our’ concept of law is a paradigm of, for I take it to be paradigmatic that a family of concepts designates types of normative systems, and of social institutions rather than a single norm or rule. Once we accept that concepts of law are concepts of normative systems/social institutions, it is easy to see that the fact that individuals in such societies did possess the concept of a rule does not show that they had a rudimentary grasp of some concept of law, unless the concept existed at the time.” Ressalto que esse parágrafo foi removido da versão do mesmo texto republicada em BAI.

²⁷⁵ BAI, p. 28. Cf., no mesmo sentido, BAI, p. 35: “Perhaps it is no exaggeration to say that any issue, from astrophysics to economics to biblical exegesis, can be relevant to some legal decision or another. This would not show that any of those studies are part of American law in America and of Chinese law in China.”

²⁷⁶ DWORKIN, JIR, pp. 4-5: “The principles of arithmetic plainly figure among the truth conditions of some propositions of law – the proposition that Cohen as a legal obligation to pay Cosgrove exactly \$11,422, including interests, for example – but it would be at least odd to say that mathematical rules are also legal principles.”

um caso concreto em uma Corte judicial²⁷⁷. Também é intuitivo dizer que existem obrigações morais que não são obrigações jurídicas²⁷⁸, ou que o direito pode não existir em uma comunidade, enquanto que a moralidade não pode deixar de existir²⁷⁹. Essa mesma noção também parece estar operativa quando falamos que o direito estrangeiro, mesmo que adotado por referência, não faz parte do direito interno, ou que contratos particulares não fazem parte do direito²⁸⁰. RAZ também dá o exemplo da hipotética lei que determina que a legislação seja interpretada em conformidade com as determinações do Papa e as ideias de KANT, o que não faria com que as determinações do Papa ou as ideias de KANT sejam considerados como parte do sistema jurídico²⁸¹.

Outro contexto comum de uso do conceito de direito que RAZ se mostra disposto a explicar é o que se apresenta quando falamos que leis ou sistemas jurídicos perversos são realmente direito. É perfeitamente inteligível a afirmação de que a Alemanha nazista possuía um sistema jurídico, ou que a Portaria 1.129 do Ministério do Trabalho do Brasil, que flexibilizou o conceito de trabalho escravo e dificultava a sua fiscalização, é jurídica²⁸². *“I believe, for example, that there have been, maybe there are, viciously racist legal systems, which lacked all legitimate authority: that is, legal systems whose lack of legitimacy casts no doubt on their character as legal systems (and of course they did claim legitimate authority, and were thought to have such authority by many whose racism blinded them to the wickedness of their law)”*²⁸³, diz RAZ.

Acredito que esse mesmo conceito também está operativo em discursos de comparação entre instituições sociais, *“surveying the different forms of social organization*

²⁷⁷ É curioso perceber como o sentido não doutrinário da pergunta é tão evidente quando nos indagamos a respeito de regras matemáticas, ao contrário do que acontece com considerações morais. A própria pergunta “regras matemáticas são jurídicas?” já parece estranha. Talvez isso seja evidente porque, no caso das regras matemáticas, a dúvida doutrinária sequer faz sentido.

²⁷⁸ BAI, pp. 200 e 380.

²⁷⁹ BAI, pp. 199-200.

²⁸⁰ BAI, pp. 193-194: “UK and USA statutes give legal effect to company regulations, to university statutes, and to many other standards without making them part of the law of the United Kingdom or the United States. Conflict-of-law doctrines give effect to foreign law without making it part of the law of the land. Such references make the application of the standards referred to legally required, and rights and duties according to law include thereafter rights and duties determined by those standards. But they do not make those standards part of the law. They no more become part of the law of the land than do legally binding contracts, which are also binding according to law and change people’s rights and duties without being themselves part of the law of the land.” Cf. também BAI, p. 201; TAL, pp. 46, 83, 101-102, 149.

²⁸¹ BAI, p. 194.

²⁸² Um exemplo estrangeiro usual de uma lei perversa é o Fugitive Slave Act, dos Estados Unidos. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 410.

²⁸³ BAI, p. 113.

in different societies”²⁸⁴. É o conceito utilizado quando RAZ afirma que o direito é uma instituição social no coração da organização política, sendo foco de atitudes de identificação e alienação dos cidadãos da comunidade²⁸⁵, ou mesmo quando afirma que o direito é uma instituição com pretensão de autoridade, em detrimento de instituições sociais que funcionam mediante ameaça de uso de força física²⁸⁶. É o conceito “*which singles out legal systems from other normative and social institutions and practices*”²⁸⁷, pertinente a uma tipologia de instituições sociais, portanto²⁸⁸. Essa tipologia seria construída com base em propriedades que entendemos como essenciais para os tipos de instituições em questão²⁸⁹. Ou seja, explicar a natureza do direito seria explicar as propriedades essenciais de um tipo de instituição social, o que, segundo RAZ, sugeriria que essa explicação seria *parte das ciências sociais*²⁹⁰, inclusive sendo guiada por critérios que pautam a construção de teorias nas ciências sociais²⁹¹. Isso não significa que a classificação dos tipos de instituições e suas características essenciais seja guiada por considerações como fecundidade teórica, simplicidade de apresentação, simplicidade dedutiva ou computacional, ou elegância, o que seria o caso se estivéssemos falando de um conceito estipulado por acadêmicos para finalidades específicas, como, por exemplo, a facilitação de sua pesquisa. A identificação de uma instituição social como direito é parte da autoconsciência da nossa sociedade, e o conceito de direito que RAZ quer explicar é aquele que “*people use to understand features in their own life and in the world around them*”²⁹². “*The identification of a certain social institution as law is not introduced by sociologists, political scientists, or some other academics as part of their study of society. It is part of*

²⁸⁴ BAI, pp. 11 e 25.

²⁸⁵ BAI, p. 195. Cf. também BAI, pp. 102-103.

²⁸⁶ RAZ, Joseph. “The Morality of Obedience”. *Michigan Law Review*, v. 83, n. 4, 1985, pp. 736-737.

²⁸⁷ BAI, p. 80.

²⁸⁸ BAI, p. 29.

²⁸⁹ BAI, p. 29.

²⁹⁰ É interessante perceber como em TAL, p. 177, RAZ parece distinguir as explicações de juristas e teóricos do direito das explicações das ciências sociais, de sociólogos e cientistas políticos: “Lawyers and legal theorists have paid little attention to the law’s indirect functions. Sociologists and political scientists have great interest in them but found them a very elusive factor, difficult to pinpoint and quantify. There can be little doubt that our understanding of law will remain partial and deficient until the social sciences succeed in tackling more fully the problems involved in assessing the indirect functions of the law.” Em CLS, p. 189, RAZ também faz essa distinção, mas diz que o problema da identidade de sistemas jurídicos deve ser resolvido por considerações jurídicas e também por considerações de outras ciências sociais: “The identity of legal systems depends on the identity of the social forms to which they belong. The criterion of identity of legal systems is therefore determined not only by jurisprudential or legal considerations but by other considerations as well, considerations belonging to other social sciences.”

²⁹¹ BAI, p. 31: “What then is an account of the nature of law, of its essential properties? We are trying, I have suggested, to explain the nature of a certain kind of social institution. This suggests that the explanation is part of the social sciences, and that it is guided or motivated by the considerations which guide theory construction in the social sciences.”

²⁹² BAI, p. 75.

*the self-consciousness of our society to see certain institutions as legal. And that consciousness is part of what we study when we inquire into the nature of law*²⁹³, diz RAZ.

O conceito que está operativo nas situações que RAZ toma como paradigmáticas não é um conceito técnico-acadêmico, introduzido por cientistas sociais ou cientistas políticos, portanto, e sim um conceito socialmente corrente, utilizado quando reconhecemos que determinadas instituições são jurídicas. Da mesma forma, não é um conceito da perspectiva do jurista, ou seja, não é forjado por decisões judiciais, utilizado por advogados em seus argumentos em casos judiciais, tampouco utilizado por cidadãos para decidir sobre como agir, diferentemente de conceitos como obrigação, dever, contrato, propriedade, ou até mesmo de direito como resposta ao caso concreto.²⁹⁴ Em outras palavras, não é um conceito prático, utilizado na aplicação do direito, e sim *para pensar sobre o direito*, no reconhecimento do direito como uma forma distinta de organização social e, portanto, essencial para a compreensão da vida social – não apenas da nossa sociedade, mas de outras também²⁹⁵.

Isso não significa que esse conceito de sistema jurídico não possa eventualmente figurar em decisões judiciais e assumir um aspecto prático. RAZ dá o exemplo de sistemas jurídicos que se utilizam das fronteiras estabelecidas por esse conceito de direito para fins práticos como, por exemplo, estabelecer alguma distinção para a aplicação de direito estrangeiro²⁹⁶. Mas, RAZ ressalta, isso não altera a natureza do direito, e sim apenas o conteúdo do direito em determinado sistema, criando um conceito técnico de sistema jurídico, o que seria de interesse do jurista praticante, mas não para uma pessoa preocupada em entender o direito enquanto instituição social. Segundo RAZ, portanto, os desvios do conceito comum potencialmente presentes na prática jurídica não negam a natureza do conceito, e sim são exceções, exceções estas caracterizadas como conceitos de sistema jurídico justamente à luz de seu caso normal. Para ilustrar a ideia, RAZ faz uma analogia com relógios de plástico, que somente são reconhecidos como relógios em virtude da

²⁹³ BAI, p. 31.

²⁹⁴ TAL, p. 78: “The term ‘a legal system’ is not a technical legal term. It may occasionally figure in courts’ decisions, but any term can appear there. Although it is occasionally used in legal argument, it has not the character of a technical legal term such as ‘floating charge’ or ‘fee simple’ or ‘consideration’. Nor is the concept important to the day-to-day administration of law, as are the concepts of contract, ownership, right, duty, and the like. The term is primarily used in thinking about the law, not in the actual use and application of the law. It is commonly used in books of jurisprudence or comparative law, not in books about property law, torts, or copyright.”

²⁹⁵ BAI, p. 96.

²⁹⁶ BAI, pp. 11 e 195.

existência dos relógios normais.²⁹⁷

A forma distinta de operação do conceito que RAZ tem a pretensão de explicar se mostra evidente quando percebemos que é um conceito que pode inexistir em uma sociedade onde exista uma forma de organização social que seria designada por esse conceito como um sistema jurídico, como expliquei no tópico 1.5. DWORKIN, inclusive, discute essa ideia, concordando com RAZ que seria possível haver direito em uma sociedade que não possui o conceito de direito raziano²⁹⁸. Partindo do pressuposto de que essa noção que RAZ pretende explicar seria o conceito sociológico de direito – aquele usado quando as pessoas reconhecem o sistema jurídico como uma forma distinta de organização social –, DWORKIN afirma que é plenamente possível que determinada comunidade possua o conceito doutrinário de direito sem que possua o conceito sociológico – e o mesmo argumento, creio, se aplica ao conceito taxonômico de direito. O inverso, contudo, não lhe parece verdadeiro, muito embora reconheça que essa seria uma questão a ser respondida pelo conceito sociológico de direito, e não pelo seu conceito doutrinário, e muito embora pense que seja apenas uma questão acadêmica e sem maiores propósitos além do interesse filosófico.²⁹⁹

Creio que essa breve exposição já sugeriu que como entendo a teoria de RAZ. Ele não quer explicar o conceito de direito operativo para o jurista preocupado com o resultado de um caso concreto, e sim uma perspectiva social. É a perspectiva de alguém que está preocupado em entender o direito enquanto um elemento da dimensão social, enquanto uma distinta forma de organização de uma comunidade política.

A meu ver, o primeiro grande passo é entender que ele discute o que enxerga como uma noção mais geral de sistema jurídico. “*The nature of law is explained primarily by explaining what are legal systems*”³⁰⁰, afirma RAZ. O fato de explicar o conceito de sistema jurídico, e não apenas o direito enquanto condições de verdade do caso concreto, configura-se como a grande distinção de sua teoria para a de DWORKIN, pois deixa claro o caráter não prático de seu empreendimento. Tanto isso é verdade que ambos os autores concordam que o conceito de RAZ é irrelevante para a existência do direito em sua dimensão prática.

²⁹⁷ BAI, p. 12.

²⁹⁸ Segundo RAZ, DWORKIN estaria comprometido com a ideia de que isso seria impossível, visto que, para DWORKIN, o direito é uma prática interpretativa que existe apenas em sociedades que estão conscientes da natureza da prática e, portanto, do conceito de direito. Cf. BAI, pp. 39 e 94.

²⁹⁹ DWORKIN, JIR, pp. 231-232. E também *idem*, p. 4.

³⁰⁰ TAL, p. 148.

Mas, como vimos, a distinção entre conceitos práticos e não práticos não é o fim da história. É possível que existam diversos conceitos não práticos de direito. DWORKIN identifica dois – o sociológico e o taxonômico –, e afirma que são não apenas irrelevantes em termos práticos, mas também desinteressantes em termos teóricos. E entendo que sua distinção esteja essencialmente correta – muito embora discorde que sejam desinteressantes em termos teóricos. A meu ver, o segundo grande passo para compreender RAZ envolve a distinção entre os conceitos taxonômicos e sociológicos que ele discute. Para compreender essa distinção, contudo, é necessário entender os diferentes problemas que ele tem a pretensão de responder e localizar as diferentes respostas que ele dá. Creio que somente é possível entender plenamente a tese das fontes e a tese da pretensão de autoridade quando entendemos que elas são respostas a problemas distintos, relacionados com conceitos distintos. É o que vou explicar agora.

CAPÍTULO III - A PRETENSÃO DE AUTORIDADE EM CONTEXTO

5. Argumentos pela pretensão de autoridade

Afirmei que as principais teses de RAZ somente são compreendidas à luz dos problemas que têm a pretensão de responder, e que cada resposta se relaciona com um conceito de direito específico. Vou começar explicando a tese da pretensão de autoridade. Já explicitiei a tese em linhas gerais no tópico 1.4, e agora vou apresentar os argumentos que justificam a aceitação da tese e sinalizam o problema que ela tem a pretensão de responder.

Como discuti no tópico 1.4, a pretensão de autoridade se manifesta em ações de oficiais. Para saber se em determinada comunidade oficiais expressam a pretensão de autoridade, basta verificar suas ações e as correspondentes intenções e crenças manifestas. Isso faz com que alguns autores acreditem ser necessário dizer que RAZ não está simplesmente fazendo uma generalização empírica. POSTEMA, por exemplo, afirma que a tese da pretensão de autoridade “*understood as an empirical generalization about what people say (out loud or in their hearts) could hardly bear the theoretical weight he loaded on it*”³⁰¹. Isso não significa que a teoria de RAZ não tenha qualquer compromisso empírico, claro. Na medida em que afirma que uma teoria da natureza do direito que não explique casos paradigmáticos de sistema jurídico – ele dá os exemplos do direito francês ou o americano – não é adequada³⁰², creio que ele se compromete com a afirmação empírica de que a pretensão de autoridade está presente nas ações dos oficiais dessas comunidades. Mas o ponto é que ele se compromete com mais que isso. RAZ não afirma que a pretensão de autoridade é algo que pode existir ou não em um sistema jurídico, e sim que é uma característica *necessária* – o que, como discuti no tópico 1.5, entendo como necessidade *conceitual* – para que se possa falar na existência de um sistema jurídico; onde não existe a pretensão de autoridade dos oficiais, igualmente não existe um sistema jurídico. Em outras palavras, haveria uma conexão conceitual entre a noção de sistema jurídico e a noção de pretensão de autoridade. A questão que se coloca é: o que justifica essa afirmação conceitual?

³⁰¹ POSTEMA, Gerald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. New York: Springer, 2011. p. 354.

³⁰² BAI, p. 171: “Any characterization which will fail to apply to the law of France, or of the United States, for example, will be defective just in virtue of this fact (though still possibly better than all known alternatives).”

BRIAN BIX chega a afirmar que o ponto não é argumentado por RAZ³⁰³, o que sugere que é simplesmente aceito como um truísmo, “*perhaps a more Wittgensteinian (or Hegelian) notion, a necessity relative to a society and a time or a ‘way of life’*”³⁰⁴. No mesmo sentido – em tese de doutoramento orientada justamente por BIX –, YI TONG articula essa ideia e explica o caráter necessário da tese da pretensão de autoridade à luz da noção de necessidade de WITTGENSTEIN desenvolvida em *On Certainty*. Segundo ele, para WITTGENSTEIN existiriam certas proposições empíricas que expressam certezas e são imunes a dúvidas, e essas proposições seriam condição de possibilidade de qualquer jogo de linguagem. Em outras palavras, colocar em dúvida essas proposições significaria colocar em dúvida o próprio quadro de referência a partir do qual nossos julgamentos se tornam verdadeiros ou falsos.³⁰⁵ E esse seria o caráter necessário da alegação de que o direito tem pretensão de autoridade. Ele afirma:

“That law claims authority does not require a further proof; it is not validated via a further argument. Not because our intellectual or philosophical powers fall short, but because it is not something we could *argue for*. We have reached the bedrock of our reasoning. Even if we were to produce arguments for it, they will not be more evident than the claim that law claims authority. Such a claim is rather grounded in the way our legal practices operate, in our ways of acting or being conditioned to act in relation to those practices in the legal institution. Thus, what we can do is to *describe* the *manifestations* of such a necessity claim, in connection with our experience and relevant facts.”³⁰⁶

De fato, RAZ pouco argumenta por essa tese que é tão importante para seu empreendimento teórico, mas acredito que essa analogia com a noção de necessidade de WITTGENSTEIN é exagerada. RAZ apresenta argumentos para justificar essa ideia, e não creio que são justificações triviais, algo que sequer necessitaria ser mencionado de tão óbvio que é, e cuja verdade não pode ser questionada. A meu ver, são dois os argumentos de RAZ que justificam a ideia de que a pretensão de autoridade é uma característica essencial do direito.

5.1. A terminologia moral do direito

O primeiro é um argumento que se relaciona com a linguagem na qual o direito é

³⁰³ BIX, Brian. “Raz on Necessity”. *Law and Philosophy*, v. 22, 2003. p. 538.

³⁰⁴ BIX, Brian. “Raz on Necessity”. *Law and Philosophy*, v. 22, 2003. pp. 555-556.

³⁰⁵ TONG, Yi. *Conceptual Analysis in Jurisprudence: an Essay in Methodology*. University of Minnesota Ph.D. dissertation, 2016. pp. 118-135. Extraído de: University of Minnesota Digital Conservancy, <http://hdl.handle.net/11299/185121>.

³⁰⁶ TONG, Yi. *Conceptual Analysis in Jurisprudence: an Essay in Methodology*. University of Minnesota Ph.D. dissertation, 2016. pp. 138-139, grifos no original. Extraído de: University of Minnesota Digital Conservancy, <http://hdl.handle.net/11299/185121>.

apresentado. RAZ aceita como um truísmo o fato de o direito ser apresentado em linguagem moral/normativa³⁰⁷. Não apenas textos legislativos, decisões judiciais e diversas outras ações oficiais são expressados por meio de termos como direitos, deveres, obrigações, permissões, pena, culpa, etc., mas também até mesmo os cidadãos, professores de direito, sociólogos, etc., inclusive quando não aceitam a validade moral do direito, falam sobre o direito utilizando linguagem moral/normativa. Segundo RAZ, o fato de o direito e a moralidade partilharem da mesma terminologia seria evidência de que o direito tem pretensão de autoridade. Afirma ele:

“[T]he law claims to have legitimate moral authority. This explains why the law is presented in moral terms. The fact that legal and moral terminology overlap and that terms such as authority, duty, obligation, right, and liberty are common to both has been a source of much confusion and contributed to various mistakes. On the one hand it leads many to assume that as the law can be described as a system of rights and duties it must be merely one part of morality. At the other extreme the common terminology of law and morality may have encouraged Bentham in his view that statements of rights and duties are not normative statements at all. He attempted to analyse their meaning in relation to command, or to sanction. Many others have followed in his steps. The significance of the shared terminology is different. It does not attest to what the law is but to what it aspires to be. It is an expression of the fact that the law necessarily claims legitimate authority.”³⁰⁸

É importante entender a visão de RAZ sobre a semântica do discurso jurídico, ou seja, sobre o significado de termos normativos como “obrigação”, “direitos”, “deveres”, etc. quando usados em contextos jurídicos – por exemplo, quando um juiz afirma em uma decisão que “X tem obrigação de p”. RAZ denomina de “tese semântica” a concepção de que esses termos não teriam o significado avaliativo comum ao discurso moral, tendo um sentido descritivo³⁰⁹. Dessa descrição mais geral ele distingue, sem pretensão exaustiva, três tipos mais específicos: [i] termos como “direitos morais” ou “deveres morais” não teriam sentido ou seriam contradições em termos; [ii] “direitos”, “deveres”, “obrigações”, etc. teriam dois tipos distintos de significados, um avaliativo e outro não avaliativo, sendo que tais termos seriam usados em contextos morais de forma avaliativa e usados em contextos jurídicos de forma não avaliativa; [iii] o significado de termos como “obrigação

³⁰⁷ PRN, p. 169: “We all use normative language in describing the law. We all (a few philosophers excluded) regard it as consisting of rules, i.e. norms, as explained above. Many people who do not accept the natural law view of the necessary morality of law, indeed many who reject it, are happy to apply normative language to the law.” Cf. também CLS, pp. 230, 234-238; PRN, pp. 154-171; TAL, pp. xi, 39, 156, 158, 307-308; TMF, p. 26; BAI, pp. 5, 111-112.

³⁰⁸ BAI, pp. 111-112. Cf. também BAI, p. 2: “If it turns out – as it does – that it is in the nature of law to have institutions which can purport to grant rights to people, it follows that it is in the nature of law to claim entitlement to confer rights on people.”

³⁰⁹ TAL, pp. 37-38. Cf. também TAL, pp. 295-296. Raz também fala sobre a tese semântica reducionista de que “‘has a duty’ and all other normative terms just mean ‘has been threatened’, etc.”, ou seja, “the semantic view that normative terms generally are to be explained in terms of threats and coercion”. Cf. TMF, p. 28 n. 15.

jurídica” não seria uma função do significado dos seus termos componentes. Essa tese semântica seria especialmente associada à tradição positivista, visto que adotada de uma maneira ou outra por positivistas como JEREMY BENTHAM, JOHN AUSTIN, OLIVER WENDEL HOLMES e ALF ROSS³¹⁰ – e, como discutirei melhor no tópico 8.3.1, por HART também –, pensando-se inclusive ser conclusão necessária à luz da aceitação de outras duas teses, quais sejam, a de que a identificação do direito deve ser feita com base apenas em fatos sociais, independentemente de considerações morais – ou seja, a tese das fontes –, e a de que o mérito moral do direito seria algo contingente, dependendo do conteúdo do direito de cada sistema específico – que ele denomina de tese moral. Contudo, como aponta RAZ, “[t]he three theses are logically independent and one is free to accept any one of them while rejecting the others”³¹¹.

RAZ menciona duas outras teses semânticas, estas associadas à tradição do direito natural: [i] termos como “obrigação”, “direitos”, “deveres”, etc. teriam o mesmo significado em contextos morais, jurídicos ou normativos em geral; e [ii] afirmações jurídicas seriam afirmações morais³¹².

RAZ, seguindo especialmente KELSEN, rejeita as teses semânticas normalmente associadas à tradição positivista, alinhando-se à tradição do direito natural e adotando uma semântica *anti-reducionista*: termos como “obrigação”, “direitos”, “deveres”, etc. podem ter o mesmo significado em contextos morais, jurídicos ou normativos em geral, embora possam não carregar sua força moral plena em certas situações de discurso³¹³. Para RAZ, ao menos na boca dos oficiais, esses termos possuem o mesmo significado e força que possuem no contexto moral³¹⁴. Segundo ele, “*the law claims to be morally binding and [...] on the whole only people who accept that claim, people who accept at least that it is morally permissible to apply the law (to tax people, to determine their property rights, or their right in and to employment, to imprison them, etc), serve in the authorities that make and apply the law*”³¹⁵. RAZ até especula se esse fato – a necessária expressão de crença

³¹⁰ TAL, p. 296.

³¹¹ TAL, p. 296. Também em TAL, pp. 38-39.

³¹² TAL, p. 158.

³¹³ É o caso dos enunciados desengajados, sobre os quais falarei no tópico 6.

³¹⁴ RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 131. Cf. também HART, TCL, p. 105. HART muda de posição em escritos posteriores, sugerindo a ideia de que mesmo na boca do juiz não se afirma a existência de uma razão, mas creio ser seguro afirmar que em *The Concept of Law* era essa a ideia.

³¹⁵ BAI, p. 331. No mesmo sentido, cf. BAI, p. 234: “Since to understand the law we must understand the way the law understands itself, that is the way its officials and others who accept its legitimacy understand it,

moral dos oficiais no direito – seria insuficiente para garantir a semântica moral do discurso jurídico, mas rechaça essa hipótese como artificial e meramente forjada³¹⁶. Isso não exclui a possibilidade de que oficiais sejam hipócritas ou insinceros a respeito da autoridade moral do direito, mas mostra que, ainda que não acreditem na sua autoridade, *agem e falam* como se acreditassem³¹⁷. Em resumo, conclui RAZ:

“There are to be sure reasons on which claims about other people's duties and rights can be based which are neither moral reasons nor the speaker's self-interest or preferences. But none of them nor any combination of them is likely to explain the widespread use of normative language in legal discourse. I find it impossible to resist the conclusion that most internal or committed legal statements, at any rate those about the rights and duties of others, are moral claims.”³¹⁸

Se as ações dos oficiais expressam a intenção de criar direitos, deveres, obrigações, etc., isso significa que são ações com pretensão de impacto moral vinculante para toda a comunidade. E se oficiais *agem* com pretensão moral de criar direitos, obrigações, etc. para a comunidade, isso sugere, como afirma RAZ, que *agem* com pretensão de autoridade – pois, como expliquei no tópico 1.3, esse poder normativo é característico de autoridades práticas. O uso da linguagem moral, portanto, aponta para crenças e atitudes de natureza moral dos oficiais, ainda que insinceras ou dissimuladas.

5.2. *Direito e autoridade de facto*

O segundo argumento pela tese da pretensão de autoridade é mais direto, mas igualmente se sustenta em um truísmo. RAZ assume que necessariamente todo sistema jurídico efetivo possui autoridade *de facto*. E, segundo ele, do fato de o sistema possuir autoridade *de facto* seria possível concluir que tem pretensão de autoridade. “*I will assume that necessarily law, every legal system which is in force anywhere, has de facto authority.*

we must understand it as it would be understood by people who see it as ethically justified, at least in the sense that it is ethically right to obey it, and therefore we must understand it as if it were so justified.”

³¹⁶ RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 131: “It is possible that while judges believe that legal obligations are morally binding this is not what they say when they assert the validity of obligations according to law. It may be that all they state is that certain relations exist between certain people and certain legal sources or laws. Their belief that those relations give rise to a (moral) obligation may be quite separate and may not be part of what they actually say when asserting obligations according to the law. But such an interpretation seems contrived and artificial.” Vale ressaltar que, no parágrafo seguinte a esse trecho, RAZ usa a pretensão de autoridade como razão para que a terminologia normativa do direito seja considerada em seu sentido moral. RICHARD HOLTON critica essa posição de RAZ. Para HOLTON, quando juízes afirmam a existência de uma obrigação jurídica eles não estão afirmando a existência de uma obrigação moral, havendo apenas a implicação – no sentido de PAUL GRICE – de que acreditam que estão moralmente legitimados a agir. Cf. HOLTON, Richard. “Positivism and the Internal Point of View”. *Law and Philosophy*, v. 17, 1998, pp. 613-614.

³¹⁷ BAI, p. 278; EPD, p. 219.

³¹⁸ TAL, pp. 307-308.

*That entails that the law either claims that it possesses legitimate authority or is held to possess it, or both*³¹⁹, afirma RAZ.

A bem da verdade, como é possível perceber, no argumento ele sugere que o fato de o direito possuir autoridade *de facto* não implica necessariamente na conclusão de que possui pretensão de autoridade, podendo significar apenas que é tido como possuidor de autoridade pelos cidadãos, sem que as autoridades expressem em seus atos essa pretensão. Em outro texto, contudo, RAZ afirma que a noção de autoridade prática supõe pretensão de autoridade³²⁰. Ele articula o exemplo de uma sociedade onde as ações das autoridades não expressam pretensão de autoridade, e afirma que “*if such a society were to exist we would not regard it as being governed by authority. It is too unlike the political institutions we normally regard as authorities*”³²¹. Em outras palavras, conceitualmente não reconheceríamos como autoridade alguém que não expressa em suas ações a pretensão de autoridade.

Creio que este argumento sinaliza com mais clareza que o anterior o propósito da tese da pretensão de autoridade; para compreendê-lo, é necessário compreender a noção de autoridade *de facto* e sua relação com a noção de autoridade legítima.

5.2.1. Autoridade legítima e autoridade de facto

Vimos que a noção de autoridade é uma noção *prática*, normativa. Ter autoridade significa ter o poder normativo de constituir obrigações – ou seja, razões protegidas – para uma comunidade política, e a afirmação de quem alguém possui autoridade é um julgamento normativo, do qual se seguem consequências normativas – por exemplo, que duas diretivas devem ser tratadas de certa forma na deliberação prática de agentes. Essa, porém, não é uma análise do significado de “X tem autoridade sobre Y”, pois, como diz RAZ, “*the phrase is often used to refer to de facto authorities*”³²². Mas no que consiste a noção de autoridade *de facto* (também chamada de autoridade efetiva)? Explica RAZ:

“Authority in general can be divided into legitimate and de facto authority. The latter either claims to be legitimate or is believed to be so, and is effective in imposing its will on many over whom it claims authority, perhaps because its claim to legitimacy is recognized by

³¹⁹ EPD, p. 215.

³²⁰ TMF, pp. 26-28.

³²¹ TMF, p. 27.

³²² TMF, p. 65.

many of its subjects. But it does not necessarily possess legitimacy.”³²³

A noção de autoridade *de facto* não é normativa. A afirmação de que alguém é uma autoridade *de facto* é uma afirmação fática, que não possui qualquer implicação prática direta. Ela é uma noção que se refere a um complexo de fatos ou relações sociais – ou seja, ela se reduz a esses fatos. Um desses fatos é a noção de controle, poder ou influência. É uma autoridade *de facto* quem exerce controle sobre parcela significativa de determinada comunidade. Isso não significa, contudo, que simples controle ou influência seja suficiente. É possível exercer controle por meio de coerção, ou seja, mediante o uso de força bruta, de ameaças e violência. Uma autoridade *de facto*, contudo, é alguém que exerce controle “*under the guise of legitimacy*”³²⁴: autoridades *de facto* se distinguem do simples uso de força na medida em que expressam em suas ações pretensão de autoridade *legítima*³²⁵ – ou seja, pretensão de autoridade real, normativa. Como explica RAZ, “[a] *person needs more than power (as influence) to have de facto authority. He must either claim that he has legitimate authority or be held by others to have legitimate authority. There is an important difference, for example, between the brute use of force to get one’s way and the same done with a claim of right*”³²⁶. E a afirmação de que existe essa pretensão, como expliquei no tópico 1.4, pode ser reduzida a mais uma série de fatos: a ação da pretensa autoridade expressando a intenção manifesta – que pode ser dissimulada – de que sua diretiva constitua uma razão protegida, e a crença – que pode ser sincera ou não – da pretensa autoridade de que ela tem esse poder normativo, crença esta que também é expressada quando outros oficiais – juízes, por exemplo – aplicam as diretivas e as tratam

³²³ EPD, p. 211. Para outra visão sobre a distinção entre os fenômenos, cf. ROSEN, Arie. “The Normative Fallacy Regarding Law’s Authority”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 76: “‘Rightful authority’ (also: ‘legitimate authority’) refers to a *moral* phenomenon. It describes a morally justified power to guide the behavior of another, a power which also commands morally justified obedience.

“De facto authority” (also: “effective authority”) refers to a *social* relationship in which one party is in a position to guide the practical reasoning of another, based on the latter’s belief that obedience is legitimate.” Como ficará claro a seguir, a definição de autoridade *de facto* de ROSEN se distingue da definição de RAZ na medida em que supõe que o comandado também acredite na legitimidade da pretensa autoridade. Para RAZ, muito embora esse seja o caso típico ou normal de autoridade *de facto*, não seria errado falar em autoridade *de facto* em uma situação onde a crença do comandado não exista – ou seja, onde ele obedeça por simples medo ou qualquer outro fator que não a crença na legitimidade –, desde que o comandante expresse em suas ações a pretensão de autoridade.

³²⁴ BAI, p. 128. Cf. também TAL, p. 29, n. 1; TMF, pp. 26, 27-28, 46; BAI, p. 133; EPD, p. 357, n. 2: “[I]t is the claim of legitimacy that is a condition of the possession of de facto authority”.

³²⁵ A qualificação “legítima” pode ser considerada até mesmo redundante, não servindo para qualificar de qualquer maneira a noção (normativa) de autoridade, e sim apenas para fins de desambiguação em relação à noção de autoridade *de facto*. A qualificação “*de facto*”, esta sim, muda o sentido do termo “autoridade”: mostra que ele está sendo usado para se referir a fatos, embora somente seja possível compreender totalmente os fatos caso haja compreensão do sentido normativo do termo, como explicarei a seguir.

³²⁶ TAL, p. 9.

como razões protegidas³²⁷. Em situações normais, a afirmação de que alguém é uma autoridade *de facto* também supõe a crença daqueles que estão sujeitos à autoridade – os cidadãos da comunidade política – de que ela é legítima – e, conseqüentemente, a afirmação de que a motivação de sua conformidade às diretivas é essa crença na legitimidade –, embora seja possível afirmar a existência de uma autoridade *de facto* em situações onde apenas há pretensão de autoridade e o seu controle não é motivado pela crença na sua legitimidade³²⁸. O caso típico, com diz ARIE ROSEN, é aquele de “*domination in which obedience is motivated by a sense of the moral appropriateness of obedience*”³²⁹. A noção de autoridade *de facto* se refere, portanto, a hábitos de obediência ou mera conformidade, crenças, atitudes, etc.

Referindo-se a noção de autoridade *de facto* apenas a fatos – ou seja, sendo uma noção com pretensão de refletir um estado de coisas fático, especialmente crenças na legitimidade de uma pretensa autoridade, e não tendo qualquer conteúdo normativo –, é certo que ela *nada tem a dizer* sobre a legitimidade de qualquer autoridade *de facto*. Como argumenta ARIE ROSEN:

“If we consider the phenomenon of *de facto* authority it is clear that it is connected to a moral belief (or, in Raz’s case, a claim to moral appropriateness), and not to morality proper. Despite the connection between them, the phenomena of *de facto* authority and rightful authority do not always overlap. The source of the potential disjunction is in the possibility of divergence in opinions regarding rightful authority. Although moral truth and moral beliefs can coincide, it is uncontroversial that they can come apart as well.”³³⁰

É claro que um argumento moral poderia estabelecer que o fato de alguém estar em posição de autoridade *de facto* seria suficiente para lhe conferir legitimidade³³¹, mas o ponto é que essa conclusão dependeria de um argumento moral independente, não suposto pela própria noção de autoridade *de facto*. Esse é um ponto importante de se entender: a afirmação *fática* de que alguém é uma autoridade *de facto* é compatível tanto com a posição *moral* de que é *possível* que não seja legítima, quanto com a posição moral de que a sua legitimidade – ou ilegitimidade, no caso dos anarquistas – *necessariamente* decorre do fato de ser uma autoridade efetiva. Ela é uma noção moralmente *neutra*. Tendo em vista

³²⁷ TAL, p. 29: “The law enjoys effective authority, as we saw it, if its subjects or some of them regard its existence as a protected reason for conformity.”

³²⁸ TMF, p. 65. Cf. também EPD, p. 357, n. 2: “[D]e facto authorities are characterized by their claim to have [a right to rule], a claim that is typically acknowledged, sometimes unjustifiedly acknowledged, by at least some of the population they govern.”

³²⁹ ROSEN, Arie. “The Normative Fallacy Regarding Law’s Authority”. p. 76.

³³⁰ *Ibidem*, p. 77. Ressaltando que a noção de crença aqui é algo fático, parte da realidade social e passível de descrição, cf. também *idem*, p. 88.

³³¹ Em TMF, p. 26, RAZ trata essa visão como “hobbesiana”, em alusão a THOMAS HOBBS.

que RAZ endossa o primeiro tipo de posição moral – como vimos, sua justificação da legitimidade de autoridades práticas é instrumental –, conclui-se ser possível para RAZ afirmar que alguém é uma autoridade *de facto* e, ao mesmo tempo, negar a sua legitimidade. Essas são situações de existência *mera* autoridade *de facto*, como diz RAZ³³².

Isso não significa, contudo, que a noção de autoridade *de facto* seja completamente desvinculada da noção de autoridade legítima. Como ficou claro, falar na existência de uma autoridade *de facto* envolve falar em crenças e atitudes, ainda que meramente dissimuladas, na legitimidade da autoridade. Em outras palavras, o conteúdo dessas crenças é explicado pela noção normativa de autoridade. E se esse é o caso, a noção de autoridade legítima tem o que RAZ denomina de “prioridade explanatória” sobre a noção de autoridade *de facto*: a compreensão da primeira é necessária para explicar a segunda, visto que suposta em sua explicação. Ou seja, não é possível explicar autoridades *de facto* sem a prévia explicação de autoridades legítimas, muito embora seja possível explicar autoridades legítimas sem a noção de autoridades *de facto*, e muito embora seja possível afirmar a existência de uma autoridade *de facto* que não seja uma autoridade legítima. “[T]he concept of legitimate authority has explanatory priority over that of a mere *de facto* authority. The latter presupposes the former but not the other way around”³³³, diz RAZ.

Minha intenção era demonstrar qual problema a tese da pretensão de autoridade tem por objetivo responder, e em relação a qual conceito de direito ela se refere. Até aqui, creio ter ficado claro que a tese tem relação com a noção de autoridade *de facto*. A pretensão de autoridade é um elemento necessário para caracterizar esse tipo de autoridade. E também acredito ter ficado claro que a noção de autoridade *de facto* não é normativa, e que sequer é suposta pela explicação da noção de autoridade legítima. É uma noção que aponta principalmente para crenças e atitudes, o que mostra sua conexão com o argumento da terminologia moral do direito explicado o tópico 5.1. A meu ver, esses elementos já sinalizam com alguma clareza a minha compreensão da questão. Mas, antes de adentrar na discussão específica, creio ser importante retomar alguns conceitos de HART, pois serão importantes para a continuidade do meu argumento. São eles os conceitos de ponto de vista

³³² EPD, p. 357, n. 2: “By normal usage mere *de facto* authorities, authorities who rule over their subjects but do not have a right to rule, are included among authorities.” Cf. também BAI, p. 128: “My suggestion was that even the notion of a *mere de facto* authority (i.e. one that exercises power over its subjects, but lacks the right to it) involves that of legitimacy.”

³³³ BAI, p. 129. No mesmo sentido, cf. TMF, p. 27: “[T]he notion of a *de facto* authority cannot be understood except by reference to that of legitimate authority.” E também TAL, pp. 8, 9, 28-29; TMF, pp. 46 e 65; BAI, pp. 128-129 e 133.

interno e externo, bem como o conceito de aceitação.

6. Retomando Hart: aceitação e os pontos de vista interno e externo

Já em *Definition and Theory in Jurisprudence* HART denominou de “a grande anomalia da linguagem jurídica” (*the great anomaly of legal language*) o que ele percebeu como a impossibilidade de se definir noções jurídicas e morais em termos de elementos do “mundo dos fatos” – ele menciona estados psicológicos, comportamentos habituais, expectativas, influência no comportamento etc.³³⁴. Isso não significa que, quando falamos sobre noções jurídicas, não podemos fazer referência a esse tipo de fato, mas sim que podemos observar o direito e noções correlatas – como, por exemplo, regra, obrigação, etc. – sob dois pontos de vista distintos: o interno e o externo. Na verdade, a tese é mais forte: não apenas é possível entender o direito sob essas duas perspectivas, mas sim necessário que a distinção seja levada em conta para que o direito – ou qualquer forma de estrutura social – seja plenamente compreendida³³⁵.

Creio que a melhor forma de entender a distinção é entender a razão pela qual ela foi articulada – ou seja, entender qual teoria ou tradição teórica ela teve a pretensão de refutar, ou, ao menos, expor como insuficiente. A distinção foi articulada para criticar teóricos reducionistas³³⁶ como BENTHAM, AUSTIN, HOLMES e os realistas americanos e

³³⁴ HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 25. Cf. também p. 23: “[... W]e are puzzled by a different and more troubling anomaly. The first efforts to define words like ‘corporation’, ‘right’, or ‘duty’ reveal that these do not have the straightforward connection with counterparts in the world of fact which most ordinary words have and to which we appeal in our definition of ordinary words. There is nothing which simply ‘corresponds’ to these legal words, and when we try to define them we find that the expression we tender in our definition specifying kinds of persons, things, qualities, events, and processes, material or psychological, are never precisely the equivalent of these legal words, though often connected with them in some way.”

³³⁵ HART, TCL, p. v: “Indeed, one of the central themes of the book is that neither law nor any other form of social structure can be understood without an appreciation of certain crucial distinctions between two different kinds of statement, which I have called ‘internal’ and ‘external’ and which can both be made whenever social rules are observed.”

³³⁶ Por reducionista quero significar basicamente a explicação de um fenômeno de um tipo por meio de fenômenos de outros tipos. Pode-se dizer que existem diferentes tipos de reducionismo. Um exemplo de reducionismo é a tentativa de explicação de fenômenos mentais a partir de fenômenos físicos, como se não houvesse nada mais nos fenômenos mentais que resistisse explicação ou ficasse de fora ao serem explicados em termos de fenômenos físicos. Uma distinção comum é entre reducionismo *analítico* e *não analítico*. Uma redução é analítica quando ela explica o que determinado termo significa, como, por exemplo, quando se explica que “solteiro” *significa* “homem não casado”. Uma redução é não analítica quando algo é explicado por meio de seus elementos constitutivos, como, por exemplo, a explicação de que água é H₂O. Uma redução também pode ser *eliminativa* ou *não eliminativa*. Ela é eliminativa quando se afirma que a categoria que é reduzida em sentido não analítico é *nada mais que os seus elementos constitutivos*, e é não eliminativa quando o objeto reduzido é entendido como algo mais que os seus elementos constitutivos. Fazendo um paralelo com as posições conservativas e eliminativas em ontologia, o eliminativo diz que não existe o objeto

escandinavos, especialmente ALF ROSS³³⁷. Por questão de espaço, não vou apresentar a teoria de tais autores, e sim apresentar, a título de exemplo, argumentos mais gerais que podem ser enquadrados nessa tradição de pensamento, ao menos da forma como HART a interpretou e contra a qual articulou seus argumentos³³⁸. Teóricos reducionistas teriam a pretensão de explicar a noção *normativa* de regra por meio de elementos *fáticos* como ameaças, hábitos de obediência, medo de sofrer sanções, previsões de aplicação de sanções e sentimentos de compulsão. Segundo essa tradição, a afirmação de que uma regra existe, ou de que alguém tem uma obrigação, poderia ser traduzida como [i] uma afirmação fática mais complexa, no sentido de que pessoas, por medo de retaliação, usualmente obedecem a um soberano que lhes ameaça causar algum mal pela não obediência, sendo a noção de soberano igualmente reduzida a fatos mais simples, como o fato de alguém ser normalmente obedecido e normalmente não obedecer a ninguém; ou [ii] um julgamento probabilístico sobre a possibilidade de alguém sofrer uma consequência desagradável em virtude de não cumprir a vontade de autoridades; ou ainda [iii] uma afirmação de que um agente experimentou um sentimento de compulsão que o levou a executar determinada ação. Para HART, contudo, que esses fatos não são *nem suficientes e nem necessários* para a verdade de uma afirmação do tipo “X tem obrigação de p”, afirmação que *expressa a aplicação de uma regra* – entendendo-se regra aqui como uma *razão*. Por exemplo, a afirmação de quem alguém tinha o dever de se apresentar para serviço militar continua verdadeira mesmo caso esse alguém tenha fugido e não tenha qualquer expectativa, possibilidade ou medo de ser descoberto e punido pelo descumprimento da regra³³⁹, ou mesmo que não tenha qualquer *sentimento de compulsão* ou *sinta qualquer pressão* a se apresentar para o serviço militar³⁴⁰.

A comparação entre hábitos – um dos elementos da explicação reducionista de AUSTIN eram hábitos de obediência, como dito acima – e regras é uma das melhores

água, e sim apenas H₂O, enquanto que o conservativo diz que, embora água seja constituída por H₂O, *existe* o objeto água.

³³⁷ Em TCL, p. 290, HART afirma que BENTHAM, AUSTIN e HOLMES adotam teorias preditivas de obrigação; em TCL, pp. 290-291, afirma que ROSS adota uma teoria de obrigação como sentimentos de compulsão. No mesmo sentido, criticando os realistas escandinavos, cf. HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. pp. 161-169. Vale mencionar que ALF ROSS, em sua resenha de *The Concept of Law*, não concorda com a crítica de HART de que sua teoria não leva em conta o ponto de vista interno. Cf. ROSS, Alf. “Review of The Concept of Law by H. L. A. Hart.” *Yale Law Journal*, v. 71, n. 6, 1962, pp. 1185-1190. Ele insiste, contudo, que a atitude de aceitação envolve sentimentos de compulsão. Cf. *idem*, p. 1188.

³³⁸ Ou seja, apesar de me parecer correta, não quero me comprometer com a interpretação de HART de que tais autores são realmente reducionistas.

³³⁹ HART, TCL, p. 84.

³⁴⁰ HART, TCL, pp. 87-88. Cf. também p. 57.

formas que HART encontra para articular a distinção³⁴¹. Segundo ele, o direito, e especialmente a noção de regra, não podem ser explicados apenas pela noção de hábito, porque hábitos são meras regularidades de comportamento. Onde existem regras, a regularidade de comportamento é vista como *correta*, como um critério a partir do qual condutas podem ser avaliadas, criticadas etc. A diferença entre as situações fica clara quando percebemos que quem não segue um hábito não sofre críticas e demandas por conformidade ao padrão. No caso das regras, ao contrário, a sua existência seria acompanhada pelo que HART denominou de uma “atitude crítica reflexiva” (*critical reflective attitude*) ou “aceitação” (*acceptance*) em relação a tais regularidades de comportamento, atitude esta que “*should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of ‘ought’, ‘must’, and ‘should’, ‘right’ and ‘wrong’*”³⁴². Da perspectiva de tais pessoas, os participantes da prática jurídica – ou de qualquer prática guiada por regras –, regras são *razões*: elas são um *sinal para* (*signal for*) crítica, e não um *sinal de que* (*sign that*) críticas ocorrerão³⁴³. As relações que são estabelecidas do ponto de vista interno, portanto, são de *justificação*.

Disso que falei é possível interpretar que o ponto de vista interno se reduz à atitude de aceitação e aos comportamentos que a caracterizam, mas isso é um equívoco. Aceitação é uma noção criada para resolver o problema mais geral da *existência* de regras sociais³⁴⁴, e, de forma mais específica, o problema da existência de um sistema jurídico em uma determinada comunidade³⁴⁵, sobre o qual falarei mais adiante³⁴⁶, e essas são questões *empíricas*. Aceitação, para HART, é a *expressão empírica* do ponto de vista interno, ou, em outras palavras, *o aspecto externo do aspecto interno*. Ela é a noção que HART usa para fazer referência a regras, um elemento normativo, no discurso externo. Enunciados internos e comportamentos são formas de expressar o ponto de vista interno, mas essas expressões não se confundem com ele. A relação entre o ponto de vista e a atitude de aceitação não é constitutiva, de objeto e *fundamento*, e sim de objeto e *evidência*: minhas atitudes de crítica aos comportamentos dos outros, de reconhecimento de suas críticas, etc.,

³⁴¹ HART, TCL, pp. 55-57.

³⁴² HART, TCL, p. 57.

³⁴³ HART, TCL, p. 90.

³⁴⁴ Cf. especialmente HART, TCL, pp. 55-57.

³⁴⁵ HART, TCL, pp. 112-117.

³⁴⁶ Cf. tópicos 7 e 8.

são evidência de que adoto um específico ponto de vista (interno), mas não se confundem com o ponto de vista em si. O ponto de vista interno é o conteúdo *normativo* expressado pela atitude, pelos usos das regras em situações de justificação, crítica, etc., os quais são *atos*.

Uma das formas mais paradigmáticas de usar as regras e expressar o ponto de vista interno é por meio da linguagem. HART chama de “enunciados internos” (*internal statements*) aqueles que se relacionam de alguma forma com regras; segundo ele, a principal função desses enunciados é *aplicativa*, em contraste com os “enunciados externos” (*external statements*), cuja função é *descritiva*.³⁴⁷ Dizer que “X tem obrigação de p” significa aplicar uma regra geral, pressuposta pela afirmação, a uma situação específica. Afirmações de validade são do mesmo tipo: quando se afirma que uma regra jurídica é válida, tal afirmação pode ser traduzida como a conclusão de que a regra dita válida satisfaz critérios estabelecidos por outra regra – sua célebre “regra de reconhecimento” (*rule of recognition*)³⁴⁸ –, a qual está apenas pressuposta na afirmação. Como dito, é traço característico desse tipo de enunciado que seja formulado com o uso de termos *normativos* como “obrigação”, “dever”, “proibição”, “permissão” e afins.

O argumento da situação do assaltante (*gunman situation*) e a célebre distinção entre “ser obrigado” e “ter uma obrigação” é ilustrativo sobre os pontos de vista e como eles são refletidos nos distintos tipos de enunciados³⁴⁹, muito embora a sua principal importância não seja usualmente compreendida. O argumento é normalmente interpretado da seguinte maneira: na situação do assaltante não há uma regra que justifique a ordem do assaltante; não havendo regra, não há obrigação – em sentido normativo –; não havendo obrigação, não há aspecto interno. Mas creio que isso não explica bem o que HART queria significar. O propósito dele era contestar a ideia de que a prática jurídica seria equivalente à situação do assaltante, embora em maior magnitude, o que, por sua vez, significaria que a noção de obrigação, comum na prática jurídica, seria explicada como uma ordem sustentada por ameaças – ou seja, de forma reducionista. HART começa seu argumento afirmando que a plausibilidade dessa ideia estaria no fato de a palavra “obrigação” ser usada também na situação do assaltante. Mas, segundo HART, a questão é que, na situação do assaltante, a

³⁴⁷ HART, TCL, pp. 102-103. RAZ faz uma outra distinção entre enunciados diretos e indiretos, onde os diretos são enunciados internos e os indiretos são enunciados externos que se referem a crenças ou atitudes normativas (internas). Cf. CLS, pp. 49 e 238.

³⁴⁸ HART, TCL, pp. 94-110.

³⁴⁹ Cf. HART, TCL, pp. 82-84.

palavra obrigação aparece em *outro sentido*, distinto do sentido normalmente utilizado por juízes, por exemplo – ou seja, do sentido que causa perplexidade e que uma teoria do direito deve explicar. Dizer que alguém “foi obrigado” (*was obliged*) a entregar seus bens a um assaltante mediante ameaça é uma afirmação com condições de verdade diferentes da afirmação de que alguém “tinha uma obrigação” (*had an obligation*). A primeira seria uma afirmação sobre *crenças, atitudes e motivos* que ensejaram, em sentido *causal*, uma ação, ou seja, “*the statement that a person was obliged to obey someone is, in the main, a psychological one referring to the beliefs and motives with which an action was done*”³⁵⁰. Dizer que alguém “foi obrigado” é uma afirmação externa, a qual tem a pretensão de descrever fatos não normativos. Para esse tipo de afirmação seja considerada verdadeira ou não, crenças e motivos de um determinado agente seriam *necessários e suficientes*. A afirmação “*X tem obrigação de p*”, ao contrário, seria uma afirmação de um “tipo muito diferente”, e para que esse segundo tipo de afirmação seja verdadeira, a existência de fatos sobre crenças e motivos de um agente *não seria suficiente e sequer necessária*³⁵¹. A distinção entre essas duas frases e suas condições de verdade explicita a distinção entre os pontos de vista. É importante ver como HART articula o contraste entre os pontos de vista:

“When a social group has certain rules of conduct, this fact affords an opportunity for many closely related yet different kinds of assertion; for it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the ‘external’ and the ‘internal points of view’. [... W]hatever the rules are, whether they are those of games, like chess or cricket, or moral or legal rules, we can if we choose occupy the position of an observer who does not even refer in this way to the internal point of view of the group. Such an observer is content merely to record the regularities of observable behaviour in which conformity with the rules partly consists and those further regularities, in the form of the hostile reaction, reproofs, or punishments, with which deviations from the rules are met. [...]

If, however, the observer really keeps austerely to this extreme external point of view and does not give any account of the manner in which members of the group who accept the rules view their own regular behaviour, his description of their life cannot be in terms of rules at all, and so not in the terms of the rule-dependent notions of obligation or duty. Instead, it will be in terms of observable regularities of conduct, predictions, probabilities, and signs. For such an observer, deviations by a member of the group from normal conduct will be a sign that hostile reaction is likely to follow, and nothing more. His view will be like the view of one who, having observed the working of a traffic signal in a busy street for some time, limits himself to saying that when the light turns red there is a high probability that the traffic will stop. He treats the light merely as a natural *sign that* people will behave in certain ways, as clouds are a *sign that* rain will come. In so doing he will miss out a whole dimension of the social life of those whom he is watching, since for them the red light is not merely a sign that others will stop: they look upon it as a *signal for* them to stop, and so a reason for stopping in conformity to rules which make stopping when the light is red a

³⁵⁰ HART, TCL, p. 83.

³⁵¹ HART, TCL, p. 83.

standard of behaviour and an obligation. To mention this is to bring into the account the way in which the group regards its own behaviour. It is to refer to the internal aspect of rules seen from their internal point of view.”³⁵²

A meu ver, como já sinalizei, o ponto de vista interno é relacionado ao que pode ser denominado de *atos normativos* e suas *relações de justificação*. O ponto de vista externo, a seu turno, é relacionado a *atos não normativos*³⁵³ e *relações de causalidade, probabilidade e motivação*³⁵⁴. Articulando outras distinções esclarecedoras para compreender as diferenças entre os pontos de vista, PEDRO MÚRIAS afirma que “*esta distinção assemelha-se às distinções entre “perspectiva sociológica” e “perspectiva normativa”, entre “explicação” e “justificação” ou mesmo, embora a exigir mais cuidados, entre “descrição” e “prescrição”*”³⁵⁵.

Creio que a forma como HART apresenta os pontos de vista em *Problems of The Philosophy of Law*, onde ele os denomina de forma distinta, é evidência de que a explicação acima articulada reflete as suas intenções. No texto, eles são apresentados como o “ponto de vista *preditivo*” (*the predictive standpoint*) e o “ponto de vista *normativo*” (*the normative standpoint*)³⁵⁶, e a oposição entre os elementos da explicação de cada perspectiva é claramente entre o chamei aqui de fatos normativos e não normativos, além de os propósitos de cada discurso serem de estabelecimento de relações de justificação e causalidade respectivamente. HART também afirma que o problema de teorias

³⁵² HART, TCL, pp. 89-90.

³⁵³ Uma forma mais comum ou convencional de colocar a questão seria por meio da dicotomia *atos e valores, normas* etc., ou mesmo da dicotomia *facticidade e validade*. Mas, como já discuti no tópico xx, Raz aceita a existência de fatos normativos, além dos não normativos.

³⁵⁴ Penso que discutir motivações é discutir um tipo de relação causal. Falar sobre motivações é falar sobre relações de causalidade entre atitudes e crenças, que creio que são noções externas para fazer referência o ponto de vista interno.

³⁵⁵ MÚRIAS, Pedro. “As Perspectivas Interna e Externa da Normatividade”, 2006, p. 1. Disponível em: <<http://muriasjuridico.no.sapo.pt/Interna-externa-normativ.pdf>>. Em *idem*, p. 8, MÚRIAS afirma que o discurso externo se orienta pela ideia de causalidade, o que também entendo como correto. Embora não concorde com a íntegra do texto de MÚRIAS, entendo que é um argumento muito esclarecedor a respeito da distinção entre os pontos de vista interno e externo, o qual segue uma linha similar à que estou defendendo aqui. Outro texto esclarecedor e que segue linha similar é D’ALMEIDA, Luis Duarte. “The Grounds of Law”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 165-202.

³⁵⁶ Cf. HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. pp. 92-93: “[T]o take a simple example, if the law requires under penalty that persons of a certain age shall report for military service, then such persons have, or are ‘under’, a legal duty to do so. [...] However, even the above simple situation can be viewed from two very different standpoints that give rise to apparently conflicting analyses of duty. From one of these (the predictive standpoint), reporting for military service is classified as a duty simply because failure to report renders likely certain forms of suffering at the hands of officials. From the other standpoint (the normative standpoint), reporting for military service is classified as a duty because, owing to the existence of the law, it is an action which may be rightly or justifiably demanded of those concerned; and failure to report is significant not merely because it renders future suffering likely but also because punishment is legally justified even if it does not always follow disobedience.” HART também se refere ao ponto de vista externo como *preditivo (predictive point of view)* em TCL, p. 291.

reducionistas seria que elas suprimem o “aspecto normativo” do direito, prejudicando o entendimento não apenas do direito, mas também de qualquer forma de estrutura social normativa³⁵⁷, e que uma das tarefas centrais da teoria do direito seria explicar “*the normative force of propositions of law*”³⁵⁸. Sobre o ponto de vista externo, afirma ele que o seu discurso seria “*ordinary or 'scientific', fact-stating or predictive discourse*”³⁵⁹, e os enunciados característicos de tal perspectiva são “*‘I was obliged to do it’, ‘I am likely to suffer for it if...’, ‘You will probably suffer for it if...’, ‘They will do that to you if...’*”³⁶⁰. O elemento externo que hábitos compartilham com regras, por exemplo, são *regularidades de comportamento*, regularidades que podem inclusive ser descritas de uma perspectiva behaviorista, que ele chama de “ponto de vista externo extremo” (*extreme external point of view*)³⁶¹, o qual não leva em conta a intencionalidade dos agentes, e sim apenas o “comportamento físico externamente observável” (*externally observable physical behavior*)³⁶². Perceba, porém, que o ponto de vista externo não se restringe a tais comportamentos, porque, como já dito, o contraste não está entre o externamente observável e sentimentos, crenças, motivações etc., que, embora sejam fenômenos subjetivos, também são fatos como os externamente observáveis. O ponto de vista externo pode se referir a tais fatos subjetivos. Como dito, a noção de aceitação é justamente uma noção pertinente ao discurso externo, articulada com a pretensão de refletir nesse discurso o aspecto interno. “*Statements made from the external point of view may themselves be of different kinds. For the observer may, without accepting the rules himself, assert that the group accepts the rules, and thus may from outside refer to the way in which they are concerned with them from the internal point of view*”³⁶³, diz HART.

Para que fique totalmente clara a minha posição, vamos voltar à situação do assaltante. Existe ponto de vista interno na situação do assaltante? Espero que o argumento até aqui já tenha sugerido que essa pergunta, sem as devidas qualificações, sequer faz sentido. Uma afirmação do tipo “*ele foi obrigado a entregar seus bens para o assaltante*”, feita por um terceiro, não *expressa* a adoção de um ponto de vista interno, tendo em vista

³⁵⁷ HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 13.

³⁵⁸ HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 18.

³⁵⁹ HART, TCL, p. 99.

³⁶⁰ HART, TCL, p. 90. HART dá outros exemplos de tipos de afirmações que podem ser feitas do ponto de vista externo em TCL, p. 291.

³⁶¹ HART, TCL, p. 89.

³⁶² HART, TCL, p. 57. Cf. também HART, TCL, p. 56: “Chess players do not merely have similar habits of moving the Queen in the same way which an external observer, who knew nothing about their attitude to the moves which they make, could record.”

³⁶³ HART, TCL, p. 89.

que se refere a fatos como crenças, motivações etc., mas esse terceiro pode ter um ponto de vista interno sobre a situação: ele pode avaliar que o sujeito ameaçado *agiu bem* ao entregar sua carteira, porque tinha razões prudenciais para tanto. O próprio sujeito ameaçado *expressa* um ponto de vista interno ao entregar sua carteira, pois sua ação expressa a crença em razões prudenciais – o que mostra que o ponto de vista interno não é expressado apenas por meio de linguagem, de enunciados internos, mas também, e talvez principalmente, por meio de ações. O que distingue a situação do assaltante da situação do direito não é a presença ou não de um ponto de vista interno, e sim a noção de *autoridade*. O ponto de HART não era de que a situação do assaltante não possui ponto de vista interno, e sim que somente conseguimos entender a diferença entre a situação do assaltante e os comandos do direito a partir a diferença que se encontra apenas *no* ponto de vista interno. O ponto de vista interno não é uma noção relacionada apenas com regras³⁶⁴, e sim com normatividade – com *razões*.

A meu ver, a lição mais importante a se extrair dessa distinção de HART é que as duas perspectivas são *irredutíveis*, o que significa que os elementos que figuram na explicação de uma perspectiva são distintos e não podem ser reduzidos aos elementos que figuram na explicação da outra³⁶⁵. Uma perspectiva não pode ser explicada pela outra, portanto. Essa conclusão não é universalmente aceita na teoria do direito. Importantes autores, como, por exemplo, ANDREI MARMOR e SCOTT SHAPIRO, entendem HART como um reducionista: o ponto de vista interno poderia ser explicado por meio de recursos do ponto de vista externo, como atitudes, crenças, sentimentos etc., chegando SHAPIRO a afirmar que HART comete um erro de categoria ao entender que regras seriam apenas práticas sociais de aceitação³⁶⁶. Vejo essa como uma interpretação profundamente equivocada, a qual contraria frontalmente as intenções de HART e, pior, torna

³⁶⁴ Há quem diga que o ponto de vista interno é o ponto de vista interno *à regra*. Se isso significa apenas uma referência à normatividade, então não vejo problemas ou diferenças em relação ao meu argumento. O que deve ficar claro é que o ponto de vista não se refere apenas a regras, e sim a razões de qualquer natureza.

³⁶⁵ HART, TCL, p. 91: “One of the difficulties facing any legal theory anxious to do justice to the complexity of the facts is to remember the presence of both these points of view and not to define one of them out of existence. Perhaps all our criticisms of the predictive theory of obligation may be best summarized as the accusation that this is what it does to the internal aspect of obligatory rules.”

³⁶⁶ MARMOR, Andrei. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011. pp. 35-59; MARMOR, Andrei. “Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 209-229, especialmente pp. 214-217; SHAPIRO, Scott. “What is the Internal Point of View?”. *Fordham Law Review*, v. 75, 2006, pp. 1157-1170; SHAPIRO, Scott. *Legality*. Oxford: Oxford University Press, 2011. pp. 102-105. JULES COLEMAN não afirma que HART é reducionista, mas afirma que “ocasionalmente” comete o erro de categoria de confundir práticas com regras. Cf. COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 77-78.

completamente sem sentido postular a necessidade dos dois pontos de vista. Ela não é totalmente implausível, contudo, especialmente em vista de algumas noções que HART usa para explicar o ponto de vista interno, como a noção de aceitação, ou mesmo da sua explicação de obrigações a partir de grande pressão social por conformidade³⁶⁷, e de alguns conceitos que foram trazidos à discussão por outros teóricos, como as noções de RAZ de compromisso (*commitment*) ou desengajamento (*detachment*) em relação ao ponto de vista³⁶⁸.

Em síntese, entendo que o ponto de vista interno é o ponto de vista que se relaciona a fatos normativos e, portanto – como expliquei no tópico 8.3.2 –, o seu elemento mais básico é a noção de razão. Noções como regras, obrigações, direitos, etc., em determinadas situações são concebidas e apresentadas no discurso em uma relação que se pode denominar *lógica ou interna* com a noção de razão³⁶⁹, e essa noção não é redutível a quaisquer elementos não normativos. Conhecer³⁷⁰ um ponto de vista interno significa nada

³⁶⁷ STEPHEN PERRY afirma que HART dá uma explicação externa de obrigações, apenas descrevendo os elementos de aceitação, pressão social, etc., mas não explicando a noção em sentido normativo. Cf. PERRY, Stephen R. “Hart’s Methodological Positivism”. in: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001. especialmente pp. 331-336.

³⁶⁸ Cf. CLS, p. 238; TAL, pp. 140-143, 153-159; PRN, pp. 170-177; BAI, pp. 100, 113-114; EPD, p. 270. Segundo RAZ, os enunciados internos podem ser comprometidos (*committed*) ou desengajados (*detached*). Como vimos, sendo internos, não são enunciados fáticos, e, portanto, não são enunciados sobre crenças ou atitudes, e sim enunciados jurídicos sobre os direitos e deveres que as pessoas possuem, sobre as normas que são válidas, etc. Quando o enunciado é comprometido, isso significa que o sujeito está realmente *expressando a crença* na existência da norma – ou seja, no fato normativo. Quando é desengajado, ao contrário, há a pressuposição, em virtude do contexto da fala, de que o agente não acredita na sua afirmação normativa, ou não se compromete com a sua verdade. O sujeito simplesmente *assume a validade* da norma a partir do que RAZ chama de *ponto de vista do homem jurídico* (*the point of view of the legal man*), mas não endossa moralmente essa assunção; o “homem jurídico” é um hipotético sujeito que aceita a validade (moral) de *todas* as normas do sistema, e *apenas delas*. TAL, pp. 140-143. Para explicitar esse ponto de vista, RAZ dá o clássico exemplo do vegetariano (PRN, 173-174). Ele nos convida a imaginar uma situação onde um vegetariano está prestes a comer carne por engano, mas é alertado por um amigo que não é vegetariano. O amigo diz “você não pode comer isso!”. O que RAZ quer mostrar com esse exemplo é que a fala do amigo não é comprometida – ele não é vegetariano e não acredita que é errado comer carne –, mas não é exatamente um relato sobre crenças e atitudes de pessoas sobre regras que existem – por exemplo, a crença do vegetariano na regra moral de que seria proibido comer carne. Ela é uma fala feita do ponto de vista do vegetariano, mas não comprometida com a verdade desse ponto de vista.

³⁶⁹ Cf. RAZ, Joseph. “Introduction”. in: RAZ, Joseph (ed.). *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 138: “In the numerous discussions of the nature of rules the one subject that is rarely discussed is the relation between rules and reasons. Yet the relations between these notions must be clarified if the nature of rules is to be illuminated. What ought to be done, all things considered, is to perform that action for which there is an undefeated reason for action. Since there is no doubt that rules are relevant to what ought to be done, there must be a logical relation between rules and reasons.”

³⁷⁰ Uma das críticas de MÚRIAS a HART é a de que o ponto de vista interno não necessariamente seria acompanhado da atitude de aceitação. Em outras palavras, seria possível *compreender* um ponto de vista sem aceitá-lo, sem se comprometer com ele. Isso seria demonstrado pelo argumento de RAZ a respeito da possibilidade de enunciados desengajados. Cf. MÚRIAS, Pedro. “As Perspectivas Interna e Externa da Normatividade”, 2006, pp. 7-8. Creio que RAZ não concordaria com a forma como MÚRIAS interpreta seu argumento. Como visto, o ponto de RAZ não era fazer uma distinção entre atitudes relacionadas a um mesmo ponto de vista, e sim entre pontos de vista; para RAZ, seu argumento demonstraria que existem *três* pontos de

mais que enxergar razões e relações de justificação, ou, em outras palavras, significa reconhecer que circunstâncias são relevantes para tornar correta a prática de uma ação. Por exemplo, se alguém me ordena p e vejo essa ordem ela própria como uma razão para p , então se pode dizer que eu *conheço* o ponto de vista interno onde essa fala é autoritativa. Esse meu conhecimento pode se manifestar de diversas maneiras, especialmente por meio do que HART denominou de aceitação. A noção de aceitação, portanto, é *externa*, ou seja, pertinente ao discurso externo. A ideia de que obrigações geralmente são sustentadas em grande pressão por conformidade segue o mesmo raciocínio: a grande pressão social não constitui a obrigação, e sim é elemento que serve de *evidência* para o teórico fazer a afirmação *externa* de que em sociedade X *existe* a regra A e ela é vista como constitutiva de uma obrigação. Perceba que os usos podem ser evidência da adoção de um ponto de vista que o agente na verdade não adota, como no exemplo de RAZ do juiz anarquista³⁷¹. Perceba, por fim, que há uma importante assimetria entre as perspectivas: o ponto de vista interno pode ser *expressado* por meio do externo – a aceitação, como dito, é exemplo de uma noção externa de expressão do ponto de vista interno –, mas é impossível entender completamente as noções externas de expressão do ponto de vista interno sem que se entenda primeiro as noções em sua forma interna³⁷². O ponto de vista interno tem *prioridade explanatória* a respeito dessas noções, portanto. O mesmo tipo de prioridade explanatória que existe entre as noções de autoridade legítima e autoridade *de facto* mencionada no tópico 5.2.1.

7. Hart e o problema da existência

Fiz esse retorno a HART porque entendo que esses conceitos que acabei de esclarecer são importantes para compreender a posição de RAZ. Uma das coisas mais importantes,

vista: o interno comprometido, o interno desengajado e o externo. Creio que essa distinção referida por MÚRIAS é mais claramente feita por NEIL MACCORMICK, que distingue entre o aspecto cognitivo e volitivo do ponto de vista interno. O volitivo seria a atitude de aceitação, e o cognitivo seria o conteúdo normativo do ponto de vista. MACCORMICK afirma ser possível compreender o conteúdo cognitivo sem adotar o elemento volitivo. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. With Revised Foreword. Oxford: Oxford University Press, 1994. Especialmente pp. 279 e 287-292. Creio que a ideia de MACCORMICK é essencialmente correta, mas creio que o ponto de vista interno se refere apenas ao que ele entende como conteúdo cognitivo normativo. O conteúdo volitivo, a aceitação, como disse acima, é o aspecto *externo* do aspecto interno, e não *parte* do aspecto interno.

³⁷¹ PRN, p. 148.

³⁷² Cf. HART, TCL, p. 242 (grifo no original): “[T]he descriptive legal theorist must *understand* what it is to adopt the internal point of view and in that limited sense he must be able to put himself in the place of an insider; but this is not to accept the law or share or endorse the insider's internal point of view or in any other way to surrender his descriptive stance.”

que espero ter deixado claro, é a relação entre o ponto de vista interno e a atitude de aceitação.

Voltemos à noção de autoridade *de facto*. À luz do argumento do tópico anterior, creio ter ficado claro que a noção de autoridade *de facto* é pertinente ao discurso *externo*. Ela é o aspecto externo da noção interna de autoridade. Nesse sentido, há um paralelo importante entre essa noção e a noção de aceitação, que, como disse, é o aspecto externo do aspecto interno, normativo, do direito. Ambas as noções fazem referência tanto a regularidades de comportamento quanto a atitudes e crenças relacionadas com essas regularidades. A pretensão de autoridade se relaciona com atitudes e crenças de um grupo específico, os oficiais. E talvez seja justamente o caráter externo da tese que, como disse acima, faz com que alguns autores acreditem ser necessário dizer que RAZ não está simplesmente fazendo uma generalização empírica. Isso ao menos deve sugerir que há uma importante relação entre as noções de pretensão de autoridade e aceitação. E, se esse é o caso, talvez seja instrutivo entender o papel da noção de aceitação na teoria de HART para compreender o papel da pretensão de autoridade na teoria de RAZ.

Como disse no tópico anterior, entendo que a noção de aceitação é o elemento central da resposta ao *problema da existência* das regras sociais e de sistemas jurídicos. Mas o que quer significar a ideia de existência aqui? Como bem aponta HART, a afirmação de que uma regra existe é ambígua³⁷³. A uma, ela pode ser uma afirmação interna, no sentido de que uma regra é válida. A duas, ela pode ser “*an external statement of the fact that a certain mode of behaviour was generally accepted as a standard in practice*”³⁷⁴. Como vimos, HART usa a noção de aceitação para se referir a regras, uma noção normativa, no discurso externo. Afirmar que uma regra existe neste sentido significa afirmar que ela é aceita por determinada pessoa ou comunidade. E quanto a sistemas jurídicos? Talvez seja possível afirmar a sua existência em sentido interno, mas HART parece não aceitar essa hipótese³⁷⁵. Como o interpreto, entendo que sustenta que a afirmação de que um sistema jurídico existe é sempre uma afirmação externa. Afirmar que um sistema jurídico existe,

³⁷³ HART, TCL, pp. 109-110. No mesmo sentido, cf. D’ALMEIDA, Luis Duarte. “The Grounds of Law”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 184-185.

³⁷⁴ HART, TCL, p. 110.

³⁷⁵ LUIS DUARTE D’ALMEIDA interpreta HART de outra forma, aceitando que seria possível uma afirmação interna, do ponto de vista de um sistema jurídico sobre outro – por exemplo, de um sistema jurídico municipal para um internacional –, aceitando a sua validade e formando apenas um sistema. Cf. D’ALMEIDA, Luis Duarte. “The Grounds of Law”. p. 185. Mas, onde HART menciona essa possibilidade, ele está fazendo referência a uma posição de KELSEN, e, a meu ver, a rechaça por ir contra o que chama de visão de senso comum sobre a afirmação de que um sistema jurídico existe. Cf. HART, TCL, pp. 296-297.

para ele, é afirmar que uma regra de reconhecimento existe, o que apenas pode significar que é aceita. Segundo ele, “[t]he assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense ‘exist’ even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact”³⁷⁶. Quando afirmamos que um sistema jurídico existe, diz HART, “we in fact refer in compressed, portmanteau form to a number of heterogeneous social facts, usually concomitant”³⁷⁷. Quais seriam esses fatos?

Para HART, a teoria reducionista de AUSTIN, que ele critica extensamente em *The Concept of Law*, apresentaria como *condições necessárias e suficientes* para afirmar a existência de um sistema jurídico os seguintes elementos: a maioria de um grupo social habitualmente obedece as ordens sustentadas em ameaças de um soberano, o qual não obedece habitualmente a ninguém³⁷⁸. HART, contudo, afirma que esses elementos seriam claramente insuficientes. Primeiro, a noção de obediência, muito embora seja adequada para descrever a relação dos cidadãos comuns com o direito, não seria adequada para caracterizar o dia a dia de criação, identificação e aplicação do direito pelos oficiais do sistema. “[O]beying a rule (or an order) need involve no thought on the part of the person obeying that what he does is the right thing both for himself and for others to do”³⁷⁹, afirma HART. O que ele quer significar aqui é que obediência não envolve aceitação, ou seja, o reconhecimento de que o padrão é uma razão para agir³⁸⁰. Mas juízes, por exemplo, não simplesmente obedecem ao direito quando aplicam a regra de reconhecimento para reconhecer a validade de uma lei; eles aceitam a regra, a usam como um critério, a enxergam como “the right thing both for himself and for others to do”³⁸¹. Em outras palavras, oficiais não se enxergam como assaltantes que dão ordens sustentadas em ameaças.³⁸² Portanto, a regular obediência ao sistema é necessária para que ele exista, mas

³⁷⁶ HART, TCL, p. 110.

³⁷⁷ HART, TCL, p. 112.

³⁷⁸ HART, TCL, p. 100.

³⁷⁹ HART, TCL, p. 115.

³⁸⁰ Acredito que “obediência”, aqui, significa o que chamei abaixo de mera “conformidade”. Cf. tópico 1.3.

³⁸¹ HART, TCL, p. 115.

³⁸² Comentando o propósito de HART em distinguir o direito da situação do assaltante, afirma RAZ: “His point is that to understand society one has to see it as members of that society see it. Legal officials do not see themselves as gunmen writ large. They accept the system. That fact is understood in the society at large. This is not an empirical generalization but a conceptual truth. Law is a public institution the general features of which (i.e., the features which make it law) are known to the public (though the public may not think of them

não é suficiente.³⁸³ Segundo, isso não deve levar à conclusão de que a aceitação é um elemento necessário para todos os membros da comunidade, inclusive os cidadãos. Insistir nisso seria insistir em uma ficção. Para HART, “*a great proportion of ordinary citizens – perhaps a majority – have no general conception of the legal structure or of its criteria of validity*”³⁸⁴. Para que um sistema jurídico exista, basta que os cidadãos obedeçam ao sistema. Disso resultam as duas célebres condições necessárias e suficientes de HART: [i] o sistema deve ser aceito pelos oficiais; e [ii] o sistema deve ser, no mínimo, obedecido por suficiente parcela da população. “*The assertion that a legal system exists is therefore a Janus-faced statement looking both towards obedience by ordinary citizens and to the acceptance by officials of secondary rules as critical common standards of official behavior*”³⁸⁵, diz HART. Em resumo, a tese de HART é a de que enquanto a afirmação de que regras existem em uma sociedade pré-jurídica, ou mesmo a afirmação de que há uma moralidade social em uma comunidade, pressupõem a aceitação generalizada da comunidade, a afirmação de que um sistema jurídico existe pressupõe a aceitação apenas de um grupo específico de pessoas da comunidade, os oficiais do sistema jurídico. É uma tese que coloca atitudes e crenças morais ou normativas³⁸⁶ – que são fatos sociais – como o elemento central para a explicação da existência do direito em determinada comunidade, tese esta impulsionada principalmente pelo propósito de diferenciar a existência do direito da situação do assaltante.

É importante entender que a tese de HART sobre as condições de existência de um sistema jurídico é uma tese externa e, portanto, não normativa. O conceito de sistema jurídico, aqui, é um conceito não prático, assim como o conceito de autoridade *de facto*. Como argumenta LUIS DUARTE D’ALMEIDA, “*Hart’s core aim in The Concept of Law is to offer an account of the “complex social situation” that has to be in place for an external statement that a legal system exists to be true. Hart’s core aim, in other words, is to offer an analysis of external statements of the form “there exists a legal system in community c.”*”³⁸⁷. E, segundo ele, “[*t*]his is the sense in which a sociologist or an historian would use

as the features which account for the legal character of the law).” (Cf. RAZ, Joseph. “The Morality of Obedience”. *Michigan Law Review*, v. 83, n. 4, 1985, pp. 736-737)

³⁸³ HART, TCL, pp. 112-113.

³⁸⁴ HART, TCL, p. 114.

³⁸⁵ HART, TCL, p. 117.

³⁸⁶ Estou diferenciando atitudes e crenças normativas de morais porque, como explicarei no tópico 8.3.1, HART e RAZ divergem a respeito da natureza moral da aceitação.

³⁸⁷ D’ALMEIDA, Luis Duarte. “The Grounds of Law”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 185.

*a sentence like that*³⁸⁸. É um tipo de investigação de alguém não preocupado com a resposta correta a um caso hipotético ou efetivo sob julgamento de uma Corte, uma investigação que envolve apenas fatos puros, históricos, sociais, e que se preocupa em explicar atitudes de aceitação, e não estabelecer uma relação de justificação.³⁸⁹ É um discurso externo, “*analogous to the statements of sociologists or anthropologists whose goal is to describe the mores of a community without thereby expressing their own commitments to those mores*”³⁹⁰, como diz KEVIN TOH. Em outras palavras, um argumento que pode ser considerado “*an essay in descriptive sociology*”³⁹¹, e que nada tem a dizer a respeito dos fundamentos do direito que preocupam DWORKIN³⁹². Nesse sentido, a teoria de HART realmente é uma visão de puro fato (*plain fact view*), mas não no sentido que DWORKIN lhe atribui³⁹³ – ou seja, de que os fundamentos do direito seriam determinados apenas por fatos sociais –, e sim em um sentido trivial. Vale enfatizar, como faz D’ALMEIDA, que “*it is neither necessary nor likely that the content of what each participant would give as her considered internal statement of the group’s rule coincides exactly with the content of what a sociologist would describe, on the basis of the group’s convergent practice, as the rule that the group “has”*”³⁹⁴.

STEFAN SCIARAFFA faz um ponto similar ao afirmar que HART possui duas teorias conceitualmente distintas, uma de sistemas jurídicos e outra de conteúdo jurídico, ambas sustentadas na noção de regra de reconhecimento. Segundo SCIARAFFA, a noção de regra de reconhecimento possui dois aspectos em sua teoria do direito, um interno e outro

³⁸⁸ D’ALMEIDA, Luis Duarte. “The Grounds of Law”. p. 173. Cf., no mesmo sentido, *idem*, pp. 172, 190 e 194.

³⁸⁹ Nesse sentido, cf. FINNIS, John. “On Reason and Authority in Law’s Empire”. *Law and Philosophy*, v. 6, 1987, p. 368. E também FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 21: “[Dworkin’s] debate with ‘positivists’ such as Hart and Raz miscarries, because he fails to acknowledge that their theoretical interest is not, like his, to identify a fundamental ‘test for law’ in order to identify (even in the most disputed ‘hard’ cases) where a judge’s legal (moral and political) duty really lies, in a given community at a given time. Rather, their interest is in describing what is treated (i.e. accepted and effective) as law in a given community at a given time, and in generating concepts that will allow such descriptions to be clear and explanatory, but without intent to offer solutions (whether ‘right answers’ or standards that would if properly applied yield right answers) to questions disputed among competent lawyers.”

³⁹⁰ TOH, Kevin. “Some Moving Parts in Jurisprudence”. *Texas Law Review*, v. 88, 2010, p. 1288.

³⁹¹ HART, TCL, p. v.

³⁹² D’ALMEIDA, Luis Duarte. “The Grounds of Law”. p. 173. Cf., no mesmo sentido, *idem*, pp. 171-174, 185, 190. DWORKIN, aliás, reconhece o contraste entre as posições do sujeito engajado de forma prática com o direito – por exemplo, juízes – e do sociólogo ou historiador, como já discutido no tópico 4. Ele reconhece essa possibilidade de interpretação externa da teoria de HART, e como ela realmente envolve um projeto muito distinto do seu, em DWORKIN, Ronald. “Hart’s Posthumous Reply”. *Harvard Law Review*, v. 130, 2017, pp. 2099-2100 e 2103. Cf. também DWORKIN, LEP, pp. 13-14.

³⁹³ DWORKIN, LEP, pp. 6-11.

³⁹⁴ D’ALMEIDA, Luis Duarte. “The Grounds of Law”. p. 190.

externo. O externo, que seria a teoria de sistemas jurídicos, é o aspecto da regra enquanto prática social, o qual faz referência à convergência dos oficiais na aceitação de determinados critérios de reconhecimento. Em outras palavras, é a concepção externa sobre as condições de existência de um sistema jurídico mencionada acima. O aspecto interno, por sua vez, seria o que faz referência aos determinantes de conteúdo do sistema, ou seja, aos fundamentos do direito no sentido dworkiniano.³⁹⁵ SCIARAFFA afirma que as duas teorias são distintas na medida em que é possível aceitar uma e refutar a outra, isto é, uma não implica logicamente a outra:

“As mentioned above, the first aspect is the rule of recognition qua the convergent practice among a legal system’s officials of treating more or less the same complex standard as the system’s criteria of legal validity. The second aspect of the rule is the rule of recognition qua the abstract object that the system’s officials converge in accepting. According to Hart’s legal theory, the particular abstract object that is the object of official convergence among a legal system’s officials is the rule that determines what counts as valid law in the system. It is important to recognize that the Hartian theories of a legal system and legal content are conceptually distinct. Moreover, one does not directly imply the other. It is one thing to say that a legal system exists only if its officials converge sufficiently in the criteria of legal validity that they accept, and it is another to say that the laws of a legal system are all and only those norms that are specified by the criteria of validity that the officials converge upon.”³⁹⁶

D’ALMEIDA e SCIARAFFA divergem principalmente a respeito da adoção ou não por HART da tese do fato social, ou seja, a tese de que os fundamentos do direito seriam constituídos apenas por fatos sociais. Como vimos, D’ALMEIDA entende que HART nada diz sobre os fundamentos do direito, e SCIARAFFA entende que HART adota a tese, mas que isso não teria qualquer implicação para a sua teoria da existência de sistemas jurídicos³⁹⁷. Tendo a concordar com D’ALMEIDA nesse ponto, mas essa é uma questão que não importa para os fins do meu presente argumento.

O que importa neste momento é entender que a noção de aceitação é utilizada por HART no discurso externo, elaborada para solucionar um problema externo – o problema da existência –, impulsionado por preocupações externas, preocupações estas paradigmaticamente associadas à sociologia, por exemplo. RAZ bem ressalta que defender que a aceitação de oficiais é necessária para afirmar a existência de um sistema jurídico não significa defender que a presença dessa atitude é *boa ou desejável*, que os oficiais

³⁹⁵ SCIARAFFA, Stefan. “Explaining Theoretical Disagreement and Massive Decisional Agreement: The Justificatory View”. *Problema*, v. 6, 2012, pp.165–189, pp. 168-173.

³⁹⁶ SCIARAFFA, Stefan. “Explaining Theoretical Disagreement and Massive Decisional Agreement: The Justificatory View”, p. 171.

³⁹⁷ D’ALMEIDA expressamente aborda esse entendimento de SCIARAFFA, e o rechaça. Cf. D’ALMEIDA, Luis Duarte. “The Grounds of Law”. pp. 196-201.

devem manifestar essa atitude³⁹⁸. O positivismo, nesse sentido, preocupa-se em explicar o direito de forma externa, a partir de convergências de aplicação. É nesse sentido que acredito que HART definiu casos claros ou fáceis como casos onde há consenso geral – um fato social de aceitação generalizada ao menos dos oficiais – sobre a instanciação de uma regra³⁹⁹, e nesse sentido que JULIANO MARANHÃO também sustenta ser a base objetiva do positivismo as instâncias consensadas de aplicação das regras⁴⁰⁰. Mas é nesse sentido, e à luz desses mesmos problemas e propósitos, que devemos entender a tese da pretensão de autoridade de RAZ e o conceito de direito que ele tem a pretensão de explicar?

8. Raz e o problema da existência

Apresentei o problema da existência de HART para iluminar os problemas e preocupações de RAZ.⁴⁰¹ Agora é a hora de mostrar que RAZ realmente se preocupa com tais problemas e partilha dos mesmos objetivos. Para investigar se o caminho até agora traçado é fiel às suas pretensões, um bom começo é verificar o propósito que ele atribui à tese em um dos seus principais argumentos sobre ela, aquele que mencionei no tópico 5.2. Afirma RAZ:

“The significance of this feature is both in its distinctive character as a method of social organization and in its distinctive moral aspect, which brings special considerations to bear on the determination of a correct moral attitude to authoritative institutions. This is a point missed both by those who regard the law as a gunman situation writ large and by those who, in pointing to the close connection between law and morality, assume a linkage inconsistent

³⁹⁸ Cf. RAZ, Joseph. “The Morality of Obedience”. *Michigan Law Review*, v. 83, n. 4, 1985, p. 737 (grifos no original): “Hart does indeed say that acceptance of the rule of recognition by officials is a necessary feature of law. But he neither says nor implies that it is desirable that they or other members of the community should have this attitude. To say so is, according to Hart, not to *explain* the concept of law but to *commend* the existence of law and to commend obedience to it wherever it exists. For all we know from Hart’s theory of law he may be a radical anarchist who regards any attitude of normative allegiance as thoroughly immoral.”

³⁹⁹ HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 106: “The clear cases are those in which there is general agreement that they fall within the scope of a rule”.

⁴⁰⁰ MARANHÃO, Juliano S. A. “Por que teorizar sobre a teoria do direito?” in: RAZ, Joseph [et. al.]. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 25.

⁴⁰¹ KEVIN TOH acredita que essa é a base mais importante a partir da qual RAZ teoriza e a partir da qual suas posições devem ser compreendidas. Cf. TOH, Kevin. “Some Moving Parts in Jurisprudence”. *Texas Law Review*, v. 88, 2010, p. 1288: “This theory of law forms arguably the most important part of the backdrop for Raz’s own theorizing about the nature of law. Moreover, I believe, we can domesticate many of the sometimes striking and surprising claims that Raz makes by determining how exactly such claims mark Raz’s departures from the benchmarks provided by Hart’s legal theory.” Cf. também *idem*, pp. 1284-1285. A mesma interpretação parece ser a de MICHAEL MOORE, que afirma que RAZ desenvolve sua visão sobre o conceito de direito e a pretensão de autoridade principalmente em reação a essa teoria de HART. Cf. MOORE, Michael S. “Authority, Law, and Razian Reasons”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, pp. 837-838.

with it.”⁴⁰²

A tese, portanto, teria duas funções principais: [i] afastar a ideia de que a situação do assaltante reflete na íntegra a situação do direito; e [ii] afastar um elo entre direito e moral inconsistente com a pretensão de autoridade e, portanto, com a natureza do direito. O primeiro ponto parece evidentemente consistente com o que argumentei até o momento. Como disse, a noção de aceitação foi introduzida por HART para explicitar a compreensão normativa do direito por seus participantes – ao menos pelos oficiais – e, portanto, diferenciá-lo da situação do assaltante. Vou discutir essa hipótese de forma mais detida adiante, mas, por ora, quero discutir o segundo ponto, que talvez sugira uma interpretação distinta sobre o propósito da tese da pretensão de autoridade.

8.1. Normatividade do direito

É possível interpretar que RAZ quer significar que a tese da pretensão de autoridade tem por propósito afirmar que o direito não é necessariamente moral, o que refutaria a ideia de que o direito tem conexão conceitual necessária com a moralidade. A tese afirmaria que o direito tem *apenas pretensão de autoridade*, o que significaria conseqüentemente que não possui necessariamente autoridade legítima. Em outras palavras, a tese da pretensão da autoridade mostraria que a autoridade do direito seria contingente, dependendo do conteúdo do sistema jurídico, e que muitos casos que assumimos como paradigmáticos de sistemas jurídicos podem ser – e provavelmente são – ilegítimos.⁴⁰³ Essa, a meu ver, é uma interpretação profundamente equivocada. Mas antes de adentrar no ponto central do equívoco, é necessário fazer um esclarecimento sobre o significado de “direito” aqui.

Se por direito se quer referir a regras jurídicas, é claro que o direito não pode falhar em ser moral, se por moral se quer significar normativo, válido, vinculante – o sentido que geralmente é utilizado por RAZ. Regras, como vimos, são *razões* protegidas, e regras que não são razões protegidas não são na verdade regras, e sim meros textos, atos diretivos, etc.

⁴⁰² EPD, p. 237.

⁴⁰³ Entendo que essa interpretação é equivocada, mas não completamente implausível, especialmente à luz do seguinte trecho de EPD, p. 216: “Does the fact that the law claims authority help us understand its nature in any way, beyond the sheer fact that the law makes this claim? If of necessity all legal systems have legitimate authority, then we can conclude that they have the features which constitute the service conception of authority. But it is all too plain that in many cases the law’s claim to legitimate authority cannot be supported. There are legal systems whose authority cannot be justified by the normal justification thesis or in any other way. Can it not be argued that, since the law may lack authority, a conception of authority cannot contribute to our understanding of what it is, except by showing what it claims to be?”

– e, como bem aponta SHAPIRO, é um erro de categoria dizer que regras são atos diretivos, práticas sociais, etc.⁴⁰⁴. Normas não expressam pretensão normativa; elas *são* normativas. Pessoas, sim, expressam a pretensão de que seu ponto de vista normativo, que justifica suas ações, seja real – ou seja, efetivamente normativo. Logo, se a interpretação sugerida estivesse correta e a tese quisesse afirmar que regras jurídicas podem não ser normativas, ela seria conceitualmente contraditória e confusa. Se são regras, são normativas. E, como disse no tópico 1.4, a tese da pretensão de autoridade não se refere a normas – ou seja, não são normas que expressam a pretensão de autoridade, e sim os oficiais do sistema.

Uma versão mais plausível dessa interpretação seria a de que os atos de oficiais não geram sempre uma obrigação. Aqui mora o ponto central do equívoco. Como vimos, a pretensão de autoridade é um elemento externo, pertinente ao discurso externo. Ela é um elemento da explicação da noção de autoridade *de facto*, uma noção de interesse sociológico, e, como vimos no tópico 8.1, neutra a respeito da normatividade do direito – e, portanto, consistente com o que RAZ designa de visão hobbesiana de que toda autoridade *de facto* é legítima. Ela se relaciona com fatos como hábitos de obediência, atitudes e crenças, sendo que qualquer dimensão normativa da tese não é direta, e sim mediada por atitudes que expressam crenças de conteúdo normativo – e crenças são fatos. A tese da pretensão de autoridade não é uma tese normativa ou moral, portanto. E, sendo esse o caso, ela nada tem a dizer sobre a autoridade dos atos dos oficiais, pois apenas uma tese moral pode fornecer alguma conclusão sobre a normatividade do direito e sua autoridade (legítima).

De fato, o que faz esse papel no pensamento de RAZ é uma tese moral: o trabalho de afirmar que atos de oficiais não são sempre e em si normativos é feito pela tese da justificação normal – ou seja, pela própria concepção de serviço da autoridade. A concepção de serviço afirma que atos com pretensão autoritativa não são legítimos em si, e sim justificáveis de forma instrumental. A simples ideia de que o direito pode falhar moralmente é uma ideia moral, sustentada em um argumento moral.⁴⁰⁵

Vale lembrar também que a tese da pretensão de autoridade de RAZ é uma tese de sua teoria do direito, a qual, como ele mesmo afirma, é moralmente neutra – embora

⁴⁰⁴ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Oxford: Oxford University Press, 2011. pp. 102-105.

⁴⁰⁵ Nessa linha, a própria tese da separação, aparentemente neutra em termos morais, pode se mostrar uma tese moral escamoteada. A afirmação de que a ligação entre direito e moral é contingente, significando que o fato da existência do direito em sentido externo não implica na conclusão de que há uma obrigação de seguir o direito, é uma afirmação moral. Ela não é moral apenas se significar que uma posição sobre a existência do direito externo não supõe, e é compatível com, qualquer resposta sobre a obrigação de seguir o direito.

reconheça ter a dimensão avaliativa explicada no tópico 8.1. O próprio argumento sobre a necessária pretensão de autoridade das autoridades *de facto* em *The Morality of Freedom*, um texto de filosofia moral, é um argumento conceitual, e não moral⁴⁰⁶.

A meu ver, se a tese da pretensão de autoridade tem algo a falar sobre direito e moralidade, esse algo é tão trivial quanto a constatação do tópico anterior de que HART realmente adota a visão de puro fato. Como dito, a tese não é interna, normativa, e sim externa. Disso resulta a trivial constatação de que o direito não é moralidade, ou seja, de que falar sobre o direito nesse sentido externo, que se refere a fatos sociais, não é falar sobre moralidade, isto é, sobre fatos normativos.

8.2. A pretensão de autoridade e o conceito sociológico de direito

Vamos recapitular o argumento. Meu propósito é explicar a tese da pretensão de autoridade, o que acredito que só pode ser feito plenamente à luz dos problemas que ela tem a pretensão de responder, das perplexidades que tem a pretensão de esclarecer, do público que tem a pretensão de informar, e do conceito de direito que ela tem a pretensão de explicar. Inicialmente, apresentei os argumentos que RAZ articula para justificar a tese. Demonstrei que a pretensão de autoridade é o elemento central da explicação da noção de autoridade *de facto*, que é uma noção descritiva, moralmente neutra e, como agora já está claro, pertinente ao discurso externo, característico não de pessoas com preocupações práticas, e sim com preocupações teóricas associadas paradigmaticamente às atividades de sociólogos, antropólogos, etc. A pretensão de autoridade se refere a fatos não normativos, quais sejam, atitudes que expressam crenças – que podem ser insinceras – de autoridades em sua legitimidade moral. Minha estratégia então foi apresentar uma noção da teoria de HART que entendo similar à pretensão de autoridade – a atitude de aceitação –, entender os problemas que HART teve a pretensão de resolver com ela e o conceito de direito envolvido na discussão, e, dessa forma, trazer luz aos problemas de RAZ e ao seu conceito de direito. Como disse, a atitude de aceitação é o elemento central da explicação da existência do direito, sendo o direito aqui entendido em sentido sociológico, como uma noção descritiva, moralmente neutra e pertinente ao discurso externo. Aceitação é uma noção geral que se refere a atitudes de oficiais e cidadãos que expressam crença na normatividade do direito. A afirmação de que existe direito – nesse sentido sociológico – em determinada

⁴⁰⁶ TMF, pp. 26-28. Cf. tópico 1.3.

comunidade é verdadeira onde existe ao menos a atitude de aceitação dos oficiais e a obediência dos cidadãos. E esse conceito de direito é relevante para discussões sociológicas, especialmente para entender a relação entre o direito e instituições que regulam comportamentos mediante o uso de força e ameaças – ou seja, especialmente para esclarecer a distinção entre o direito e a situação do assaltante de ordens sustentadas em ameaças, uma das grandes perplexidades que impulsionou HART⁴⁰⁷. Como diz RAZ:

“Hart does not spell out but takes for granted that we all know that the difference between an institution resting on acceptance and one resting on the threat of resort to physical force is relevant to many human concern. Clearly whether one wishes to judge (morally or otherwise) the behaviour of the officials, or to judge the viability of the institution, or to judge its likely response to various contingencies, one would be greatly influenced by whether it rests on acceptance or on force.”⁴⁰⁸

A meu ver, resulta claro da discussão deste capítulo que a pretensão de autoridade é nada mais que a aceitação específica dos oficiais. Em outras palavras, a pretensão de autoridade é o aspecto externo do ponto de vista interno dos oficiais. Dizer que o direito necessariamente tem pretensão de autoridade é dizer que oficiais necessariamente expressam aceitação do direito. E, como falei no tópico 8, uma das razões de RAZ para articular a tese da pretensão de autoridade é a diferenciação entre o direito e a situação do assaltante, mesma preocupação que impulsionou HART a articular sua resposta ao problema da existência. Creio, portanto, que a pretensão de autoridade é o elemento central da resposta de RAZ ao problema da existência dos sistemas jurídicos, sendo parte da explicação do mesmo conceito *sociológico*, externo, de direito discutido por HART, e não dos fundamentos do direito ou de sua normatividade, questões pertinentes ao que DWORKIN denomina de conceito doutrinário, interno, de direito. Isso se evidencia pela própria forma com que RAZ introduz a noção de pretensão de autoridade em sua teoria do direito, conectando a existência do direito com a noção de autoridade *de facto*, uma noção externa, de interesse sociológico; e isso dá sentido à afirmação de RAZ de que sua explicação da natureza do direito “*is part of the social sciences, and that it is guided or motivated by the considerations which guide theory construction in the social sciences*”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ A primeira das três questões persistentes que HART se dispôs a explicar é: “How does law differ from and how is it related to orders backed by threats?” (HART, TCL, p. 13) É interessante notar que JOHN FINNIS critica HART por ter formulado mal duas das três questões persistentes e as substituiu por outras duas que entende mais importantes e adequadas, mas mantém como importante a questão persistente de HART que transcrevi. Cf. FINNIS, John. “How Persistent are Hart’s ‘Persistent Questions’?”. in: D’ALMEIDA, Luis Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (eds.). *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013. pp. 227-236.

⁴⁰⁸ RAZ, Joseph. “The Morality of Obedience”. *Michigan Law Review*, v. 83, n. 4, 1985, p. 737.

⁴⁰⁹ BAI, p. 31.

Creio que a natureza sociológica do conceito discutido por RAZ também fica clara ao perceber como ele compara sua explicação do direito com outras teorias. Em uma resenha de *A Theory of Law*, de PHILIP SOPER, RAZ afirma que a teoria de SOPER apresenta o direito como uma instituição de administração de sanções de forma organizada, o que é feito por oficiais que agem com base na crença de que suas ações são legítimas e avançam os interesses dos cidadãos. RAZ afirma que, ao contrário do que SOPER parece supor, essa explicação é essencialmente uma explicação positivista do direito, como a sua, pois coloca como condições de existência o fato de oficiais deterem o poder em determinada comunidade, e também a crença dos oficiais de que esse poder é legítimo. E, como lembra RAZ, crenças são fatos não normativos. Ou seja, trata-se de explicação que tem como condições de verdade apenas fatos sociais.⁴¹⁰ Como é fácil perceber, a teoria de SOPER parece explicar um conceito de direito muito parecido em linhas gerais com o explicado por HART: é um conceito externo, relacionado com hábitos de obediência e atitudes que expressam crença na normatividade dos atos oficiais; um conceito positivista, como disse RAZ. Mas no que essa explicação difere da sua? RAZ escreve:

“Compare, for example, Soper’s theory of law with my views on the matter (which he regards as a species of positivism). I am not the first to have argued that “the law claims authority. The Law presents itself as a body of authoritative standards.” Soper’s theory seems to differ from my view in two respects. First, he claims whereas I do not that a system of rules is a legal one only if the people in authority believe in the claim to authority which the law makes. Second, he attributes to those in authority, and I do not, the belief that they govern in the interest of all. [...] He agrees that ordinary common sense is unlikely to deny a legal system that status on the ground that its officials are all too often hypocritical in their profession of belief in the value of the system they operate. It would be readily admitted on the one hand that a legal system all of whose officials are entirely and systematically hypocritical is a most unlikely possibility, and on the other hand that it is more than likely that in many countries some legal officials are hypocritical. Either way, whether it is an essential feature of law that its officials believe in its value or merely that they claim that they do, both properties are on the factual side of the fact/value distinction.”⁴¹¹

RAZ articula três ideias importantes nesse trecho: ele ressalta que as condições de verdade de ambas as explicações são fácticas, o que mostra o caráter externo, sociológico, do conceito explicado; mostra que afirmar que o direito tem pretensão de autoridade significa afirmar que as ações dos oficiais expressam sua crença na legitimidade moral do direito – a crença na legitimidade moral do direito é um dos elementos da teoria de SOPER, e ele não afirma que suas teorias são diferentes nesse aspecto –; e mostra que afirmar que o direito tem *mera* pretensão de autoridade envolve abrir espaço para que a crença expressada por essa pretensão não seja sincera. E a natureza externa, sociológica do

⁴¹⁰ RAZ, Joseph. “The Morality of Obedience”. *Michigan Law Review*, v. 83, n. 4, 1985, pp. 739-740.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 740.

conceito em discussão, expressada pelos dois primeiros traços⁴¹², também é ressaltada por RAZ ao comentar a teoria de HART. Ao comentar a interpretação de GERALD POSTEMA da teoria de HART, onde seria atribuída a HART a posição de que a validade (normatividade) da regra de reconhecimento seria derivada do fato da sua aceitação por oficiais⁴¹³, RAZ rechaça a interpretação, afirmando que HART apenas está preocupado em descrever externamente as práticas de aceitação, e não em afirmar a validade ou normatividade da regra de reconhecimento:

“It is worth noting that Postema goes on to misinterpret Hart. He alleges that Hart regarded the validity of rules of recognition as resting solely on their social acceptance. But as you will know Hart denied that it is right to talk of the validity of rules of recognition. They merely exist, and to say that they do is no more than to say that they are accepted. In *The Concept of Law* he never said that the fact that they were accepted gives anyone reason to follow them. That they are accepted entails, of course, that those who accept them think that they are binding, and take themselves to have reason to follow them. But it does not follow that that reason is the fact of their acceptance. That – the fact of their acceptance – makes them into legal rules, but it does not necessarily constitute a valid reason for following them.”⁴¹⁴

A pretensão de autoridade é parte da explicação da noção sociológica de direito. O que, em comparação com a noção de autoridade, poderia ser designado, para fins de desambiguação, como direito *de facto*. Ela é uma tese sobre a necessidade de aceitação dos oficiais para que seja possível afirmar, em sentido externo, que existe direito em uma comunidade, e não simples instituição que controla pessoas por meio de coerção, ou seja, mediante o uso de força bruta, de ameaças e violência.

Mas a pretensão de autoridade é apenas um novo nome para a condição de aceitação de HART? A tese simplesmente reitera que a aceitação dos oficiais é uma condição necessária para se afirmar a existência do direito (no sentido sociológico)? Creio que não, e é importante entender em que medida a pretensão de autoridade – a aceitação de RAZ – é diferente da aceitação de HART, e no que ela altera as condições de verdade da afirmação

⁴¹² Há uma pequena diferença, contudo. Como será discutido no tópico seguinte, a aceitação de HART não expressa uma crença na legitimidade moral da autoridade dos oficiais.

⁴¹³ POSTEMA, Gerald J. “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”. in: GEORGE, Robert P (ed.). *The Autonomy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1996, pp 79-118, p. 84 (grifos no original): “[M]ost contemporary advocates of the Autonomy Thesis reject Hart’s view that the validity of the rules defining the boundaries of law’s domain (‘rules of recognition’) rest *simply* on official acceptance of them, their *reasons* for their acceptance being entirely irrelevant.”

⁴¹⁴ BAI, p. 381. Cf. também TAL, pp. 311-312; e, ressaltando que a normatividade jurídica explicada pelo positivista é mera descrição de aceitação, RAZ, Joseph. “The Morality of Obedience”, p. 738: “If the appropriate legal sense of normativity means a moral obligation to obey the law then anyone who says that belief in an obligation entails its existence is indeed guilty of confusing belief with reality. But he could hardly be accused of neutrality on the issue whether such an obligation exists. If, on the other hand, the legal sense of normativity is that the law is normative because it rests on acceptance, and not on force, then the theorist is neutral but far from confusing belief with reality he is at pains to keep them apart.”

de que existe um sistema jurídico em uma comunidade.

8.3. A aceitação de Hart e Raz

Duas são as principais diferenças entre a aceitação de HART e RAZ. A primeira está na natureza da crença expressada pela atitude: RAZ afirma, e HART nega, o caráter moral da aceitação dos oficiais. Em outras palavras, para HART a atitude de aceitação não expressa uma crença moral. A segunda está no conteúdo normativo expressado pela atitude: para HART são razões peremptórias, e para RAZ são razões protegidas.

8.3.1. Razões morais e razões jurídicas

Como vimos, uma pessoa aceita uma regra para HART quando ele acredita que a regra é uma razão e, portanto, usa a regra para guiar sua conduta, avaliar, criticar e justificar ações próprias ou de terceiros, etc. Mas HART não acredita que essa razão seja moral, tampouco que isso seria afirmado no discurso jurídico. Explica KEVIN TOH que “*according to Hart a person can accept a law, in the sense of thinking that there are reasons to act as that law says, while thinking that morally speaking he ought not to accept that law*”⁴¹⁵. Acredito que são dois os principais argumentos dele para justificar essa posição. Em *The Concept of Law*, ele afirma que existem diversas razões para que o direito seja aceito, muitas delas não morais, sendo inclusive concebível a situação do sujeito que acredita ser moralmente errado obedecer ao direito, mas, mesmo assim, continua obedecendo. Ele escreve:

“[I]t is true that the coercive power of law presupposes its accepted authority. But the dichotomy of 'law based merely on power' and 'law which is accepted as morally binding' is not exhaustive. Not only may vast numbers be coerced by laws which they do not regard as morally binding, but it is not even true that those who do accept the system voluntarily, must conceive of themselves as morally bound to do so, though the system will be most stable when they do so. In fact, their allegiance to the system may be based on many different considerations: calculations of long-term interest; disinterested interest in others; an unreflecting inherited or traditional attitude; or the mere wish to do as others do. There is indeed no reason why those who accept the authority of the system should not examine their conscience and decide that, morally, they ought not to accept it, yet for a variety of reasons continue to do so. [...]

Those who accept the authority of a legal system look upon it from the internal point of

⁴¹⁵ TOH, Kevin. “Some Moving Parts in Jurisprudence”. *Texas Law Review*, v. 88, 2010, p. 1293. TOH concorda com HART que essa é uma situação plausível. Segundo ele, nossa psicologia moral tem espaço para que uma pessoa aceite dois conjuntos inconsistentes de obrigações.

view, and express their sense of its requirements in internal statements couched in the normative language which is common to both law and morals: ‘I (You) ought’, ‘I (he) must’, ‘I (they) have an obligation’. Yet they are not thereby committed to a *moral* judgment that it is morally right to do what the law requires.”⁴¹⁶

De todo modo, como já afirmei, aqui HART ainda sustenta que a aceitação expressa a crença de que o que deve ser feito é a coisa certa tanto para o juiz quanto para outros⁴¹⁷. Em *Essays on Bentham* o argumento é diferente⁴¹⁸. A atitude de aceitação manifestaria crença não na coisa certa para o juiz e para os outros, e sim um tipo específico de razão apenas para o juiz, que ele chama de “razão jurídica autoritativa” (*authoritative legal reason*)⁴¹⁹⁻⁴²⁰. Afirmar a existência de uma obrigação jurídica teria significado diferente de afirmar a existência de uma obrigação moral. Afirmações jurídicas, diferentemente das morais, seriam não cognitivistas⁴²¹, e fariam referência a dois aspectos: um fático, caracterizado pela existência de uma prática; outro expressivo, fazendo referência à atitude de aceitação do falante, e não a razões morais – e, a bem da verdade, não a razões *tout court*. Nesse sentido, quando um juiz condena alguém, por exemplo, o que ele faz não é afirmar que existe uma razão moral para isso, sequer que existe ou existia uma razão para que o condenado agisse conforme seu julgamento, e sim apenas que existe uma “razão

⁴¹⁶ HART, TCL, p. 203, grifos no original. Contra esse argumento, RICHARD HOLTON objeta que, muito embora seja possível que razões dessa natureza não moral sejam *causalmente* responsáveis pela aceitação, elas não são as razões que são mencionadas ao justificar a aceitação. Em outras palavras, essas não seriam razões normativas que juízes mencionariam para justificar a sua aceitação do sistema jurídico ou a aplicação de uma regra em um caso específico. Cf. HOLTON, Richard. “Positivism and the Internal Point of View”. *Law and Philosophy*, v. 17, 1998, p. 603.

⁴¹⁷ HART, TCL, p. 115.

⁴¹⁸ HART expressamente aceita que a sua posição é alterada, até mesmo contradizendo a sua posição inicial, e especula que isso pode causar perplexidade, mas, mostrando desconforto com a situação, afirma que não possui compreensão plena do assunto para articular uma posição melhor. Cf. HART, EOB, p. 267: “[I] am vividly aware that to many it will seem paradoxical, or even a sign of confusion, that [...] I should argue that judicial statements of the subject’s legal duties need have nothing directly to do with the subject’s reasons for action. [...] This is to whittle down the notion of acceptance of the legislator’s enactments as reasons for action to something very different from what I represented it to be when I first introduced it [...] I do not think I have at present a sufficient grasp of many complexities which I suspect surround this issue [...]”

⁴¹⁹ HART, EOB, p. 160.

⁴²⁰ O fato de HART entender que a razão é apenas *para o juiz* faz RAZ especular que seria uma razão de interesse pessoal e criticar essa ideia, como será visto a seguir. Cf. também o contraste feito por RAZ para explicar a posição de HART entre “aceitação fraca”, aquela onde o sujeito apenas acredita que ele mesmo tem razão para seguir a regra, e “aceitação forte”, onde o sujeito acredita que ele e outros possuem razão para segui-la. RAZ afirma que a aceitação fraca é equivalente à noção de regra pessoal – ou razão de interesse pessoal –, e acredita que essa noção é insuficiente para dar conta da posição do juiz, que deve ao menos fingir aceitar a regra de forma forte. Cf. TAL, p. 155, n. 13. Aqui, contudo, a sua posição ainda não é expressamente a que será apresentada abaixo, no sentido de que a aceitação forte é *moral*. Sobre o contraste entre aceitação fraca e forte e o debate entre RAZ e HART, cf. MOORE, Michael S. “Authority, Law, and Razian Reasons”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, p. 838.

⁴²¹ Sobre a visão não cognitivista de HART, cf. BAI, pp. 51-52; TAL, p. 307. Outro termo para interpretações não cognitivistas de discursos normativos é “expressivismo”. KEVIN TOH interpreta HART como um expressivista. Cf. TOH, Kevin. “Hart’s Expressivism and His Benthamite Project”. *Legal Theory*, v. 11, n. 2, 2005. pp. 75-123.

jurídica autoritativa” para que ele próprio demande a ação do sujeito e force conformidade em caso de não obediência. Segundo HART, quando o juiz assume sua posição oficial, encontra uma prática de adjudicação firmemente estabelecida, onde se espera que o juiz decida não segundo sua visão do mérito moral sobre cada caso, e sim segundo essa prática; sua visão do mérito moral seria irrelevante para seu ofício, portanto, podendo ser favorável, desfavorável, ou até mesmo inexistente⁴²². O que o juiz faz ao julgar é simplesmente expressar sua aceitação a essa prática, não supondo que haja qualquer razão (moral) para tanto, tampouco que a prática resulta em quaisquer razões para os litigantes. O que não significa que juízes e cidadãos nunca acreditem que haja razões morais para aceitar o direito, mas apenas que essa crença é contingente, que não é expressada quando um juiz afirma “X tem obrigação jurídica de p”⁴²³. “[J]udges, in speaking of the subject’s legal duty, may mean to speak in a technically confined way”⁴²⁴, diz HART.

Como SCOTT SHAPIRO aponta, a posição de HART conduz à conclusão de que “*if X is legally obligated to do A, it does not follow that X ought to do A, or even has a reason to do A. It merely entails that some legal official is authorized to demand that X does A and extract performance if X is not willing to comply*”⁴²⁵. E, segundo JOHN FINNIS, “[t]hat position can be reformulated as the claim that the central case of law, as also of adjudication, involves no proposing, not even a pretended proposing, of reasons for the subject’s deliberation and action”^{426, 427}.

Essa estranha posição de HART é articulada em explícito contraste à posição de RAZ⁴²⁸. Apesar de em seus textos mais antigos concordar com HART a respeito da

⁴²² HART, EOB, pp. 158-159.

⁴²³ *Ibidem*, pp. 160-161 e 266.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 266.

⁴²⁵ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 102. Em *idem*, pp. 114-115, SHAPIRO bem aponta a ironia de a teoria de HART, que começou também buscando refutar a ideia kelseniana de que o direito seria dirigido apenas ao juiz, terminou em uma volta a KELSEN. E Raz critica a posição, chamando-a de uma “volta kelseniana”. Cf. RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 131.

⁴²⁶ FINNIS, John. *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 250.

⁴²⁷ A posição de HART é extensamente criticada. JULES COLEMAN afirma que “it would be odd for law to hold that it is justified in enforcing its directives through coercive means yet remain agnostic as to whether its directives bear on what we have moral reason to do” (COLEMAN, Jules. “The architecture of Jurisprudence”. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 2, 2011, p. 78). RICHARD HOLTON concorda: “This might seem surprising. To accept the law is to think that its demands are justified. How can one both think that one morally ought not accept the law, and yet still think that its demands are justified? There is indeed something odd about Hart’s argument.” (HOLTON, Richard. “Positivism and the Internal Point of View”. *Law and Philosophy*, v. 17, 1998, p. 603)

⁴²⁸ HART, EOB, pp. 153-161 e 265-268. Na discussão, HART especula que a diferença entre as posições seria decorrente da visão cognitivista de RAZ sobre o discurso normativo. Mas não creio que esse seja o caso.

possibilidade de aceitação não moral⁴²⁹, RAZ altera sua opinião a partir principalmente de *The Purity of the Pure Theory*⁴³⁰, defendendo que a aceitação dos oficiais necessariamente expressa uma crença moral, que, como já dito, pode ser insincera.⁴³¹ Ou seja, os oficiais necessariamente agem com pretensão de autoridade legítima – e, portanto, moral. HART bem caracteriza a posição de RAZ ao afirmar que “[o]n his view a judge’s statement about legal rights and duties express moral approval and make a moral claim though the approval may be pretence and the claim may be insincere”⁴³².

Já apresentei alguns dos argumentos de RAZ para essa visão no tópico 5.1, mas é interessante verificar como ele responde aos argumentos de HART em objeção à sua tese. Para RAZ, as principais diferenças entre as posições se explicam pela rejeição de Hart a três ideias: [i] “dever” e “obrigação” significam a mesma coisa em contextos morais ou jurídicos; [ii] juízes que aceitam a regra de reconhecimento o fazem por acreditar, ou fingir acreditar, que obrigações jurídicas são obrigações morais; e [iii] o fato de uma pessoa ter uma obrigação jurídica significa que possui uma razão para cumprir a obrigação.⁴³³ O que é problemático na rejeição dessas três ideias? Quanto à terceira, se rejeitada, “*it follows either that it is not wrong to fail to fulfil one’s duty or that acting wrongly is not something one has a reason not to do*”⁴³⁴. Isso desvirtua completamente a noção de obrigação e deixa inexplicada a razão pela qual alguém que viola uma obrigação jurídica é condenável. Lembremos que, para HART, a atitude de aceitação envolvia o reconhecimento de que o critério aplicável era a coisa certa para o juiz e para outros, o que justificava *críticas*,

Mesmo uma visão não cognitivista pressupõe espaço para normatividade, dando sentido ao importante papel do discurso moral que HART ressaltava em *The Concept of Law*.

⁴²⁹ Cf. PRN, pp. 147-148; TAL, pp. 154- 155; CLS, p. 235.

⁴³⁰ RAZ, Joseph. “The Purity of the Pure Theory”. *Revue Internationale de Philosophie*, v. 35, n. 138, 1981, pp. 441-459. Embora essa mudança já fosse sinalizada em TAL, capítulo 2, como bem aponta HART em HART, EOB, pp. 156-157.

⁴³¹ É interessante perceber que a famosa crítica de JOHN FINNIS no primeiro capítulo de *Natural Law and Natural Rights*, de 1980, está justamente no fato de que, muito embora HART e RAZ reconhecessem a necessidade do ponto de vista interno para a explicação do direito, eles errariam ao não determinar esse ponto de vista da forma adequada, aceitando que o ponto de vista interno do direito poderia ser constituído por razões prudenciais, até mesmo pelo ponto de vista do anarquista. Cf. FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 13-15. Para ele, o ponto de vista adequado seria justamente o moral, muito embora entenda que o termo “moral” não seja linguisticamente mais apropriado. *Ibidem*, p. 15. Em outras palavras, RAZ eventualmente adotou o mesmo entendimento de FINNIS.

⁴³² HART, EOB, p. 157.

⁴³³ RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 129.

⁴³⁴ RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 131. É claro que HART poderia argumentar que essa consequência não se segue da sua rejeição, mas isso simplesmente significaria que os dois autores estão usando a noção de razão de maneiras distintas, e que HART não compreendeu exatamente as implicações de sua tese. O fato é que, como a exposição do seu argumento demonstrou, ele realmente sugere isso.

reconhecimento de que críticas recebidas são justificadas, etc., e, como o próprio HART reconhece, sua nova posição desvirtua completamente esse aspecto normativo. Como bem aponta JEFFREY GOLDSWORTHY, “*it fails to account for those aspects of law which Hart himself relies on to refute Austinian reductivism*”⁴³⁵.

Em relação à segunda tese, como RAZ reconhece, ela depende da aceitação – ou seja, da não rejeição – da terceira⁴³⁶. Mas, aceita a terceira, o raciocínio de RAZ para que a segunda se siga é o seguinte: uma pessoa pode aceitar uma regra sem que tenha alguma visão sobre as razões que justificariam sua adoção, mas deve ao menos acreditar que tais razões existem, e deve ao menos compreender quais tipos de razões justificariam o tipo de regra que aceita; juízes aceitam regras que impõem obrigações e deveres, conferem direitos, etc., e, quando as usam em suas decisões, as aplicam a terceiros; minhas razões de interesse pessoal justificam que eu aceite que *devo* fazer algo, mas as *minhas* razões de interesse pessoal não justificam que *outros* devam fazer algo, ou que possuem obrigação de fazer algo; razões que justificam esses direitos e obrigações apenas podem ser morais.⁴³⁷

RAZ afirma:

“Judges who accept the rule of recognition accept a rule which requires them to accept other rules imposing obligations on other people. They, therefore, accept a rule that can only be accepted in good faith for moral reasons. They, therefore, either accept it for moral reasons or at least pretend to do so.”⁴³⁸

E, quanto à primeira, RAZ até especula que sua rejeição poderia estar correta, mas, como já disse no tópico 5.1, seria uma tese artificial e minimamente plausível apenas caso

⁴³⁵ GOLDSWORTHY, Jeffrey D. “The Self-Destruction of Legal Positivism”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, 1990, p. 454.

⁴³⁶ RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 130

⁴³⁷ RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 130. Cf. também TAL, p. 307: “The crucial point is that much legal discourse concerns the rights and duties of others. While one can accept the law as a guide for one's own behaviour for reasons of one's own personal preferences or of self-interest one cannot adduce one's preferences or one's self interest by themselves as a justification for holding that other people must, or have a duty to, act in a certain way. To claim that another has to act in my interest is normally to make a moral claim about his moral obligations.”

⁴³⁸ RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 130. Cf. também BAI, p. 278: “Why must those involved in making or applying the law believe in its moral acceptability? Because the law purports to determine or reflect (moral) rights and duties of its subjects. One cannot purport to do so unless one believes, or makes as if one believes, that one's actions indeed have the moral effect they purport to have.” JEFFREY GOLDSWORTHY resume bem a racionalidade do terceiro e segundo pontos de RAZ: “Demands and criticisms should express or imply the existence of some point – some *reason* – for acting which is discernible by those to whom they are addressed. This is why, as Raz points out, the self-interest of the speaker does not suffice. Demands that people act otherwise than in accordance with their own self-interest are normally interpreted as moral demands because it is generally assumed that there are good reasons to act morally.” (GOLDSWORTHY, Jeffrey D. “The Self-Destruction of Legal Positivism”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, 1990, p. 455)

as duas últimas teses fossem rejeitadas⁴³⁹.

Dessa forma, a tese da pretensão de autoridade estabelece como condição para afirmar a existência de um sistema jurídico em determinada comunidade que os oficiais do sistema expressem em suas ações a crença na autoridade legítima, moral, do direito. Mas, como visto, isso não implica que os oficiais de fato acreditem na autoridade moral do direito. Afirmar a existência de um sistema jurídico não compromete o teórico com a afirmação de que os juízes acreditam nessa autoridade moral. Ela apenas implica na conclusão de que os oficiais agem *como se* acreditassem, muito embora seja muito provável que alguns sejam hipócritas e insinceros, e também muito improvável que todos sejam. Portanto, embora seja um estado de coisas improvável, para RAZ é conceitualmente possível a existência de um sistema jurídico onde inexista qualquer crença em sua autoridade legítima por qualquer membro da comunidade, desde que haja a mera pretensão de autoridade dos oficiais expressando essa crença.

8.3.2. Razões peremptórias e razões protegidas

Mas qual exatamente é o conteúdo normativo – se é que faz sentido em falar em conteúdo normativo na segunda fase de HART – expressado pela atitude de aceitação dos oficiais? Muito embora o positivismo busque entender o conceito externo, sociológico, de direito, preocupando-se apenas em descrever atitudes de aceitação, é certo que a compreensão da teoria em sua plenitude pressupõe a compreensão do conteúdo normativo expressado pela atitude. Como disse HART – ao menos em *The Concept of Law* –, somente pode entender o que é aceitar uma regra quem entende o ponto de vista interno e, portanto, o que é uma *razão*⁴⁴⁰. E tanto HART – inclusive em sua segunda fase – quanto RAZ oferecem explicações sobre o conteúdo normativo da aceitação dos oficiais.

A meu ver, em *The Concept of Law* a explicação do ponto de vista interno de HART e de sua noção (interna) de regra era simplesmente a de razão (normativa), e seu discurso apontava para uma explicação da noção de razão simplesmente como uma consideração que conta a favor da ação. É fácil perceber como essa concepção é incompleta: a partir dela

⁴³⁹ RAZ, Joseph. “Hart on Moral Rights and Legal Duties”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984, p. 131.

⁴⁴⁰ Cf. HART, TCL, p. 242.

não é possível distinguir o tipo de razão que é uma regra de outros tipos de razões⁴⁴¹, e, já intuitivamente, a partir de constatações muito básicas, conseguimos perceber que nem toda razão é uma regra, e que nem todas as razões operam da mesma maneira. Por exemplo, e à luz da discussão do tópico 1.3, o fato de um amigo me pedir ajuda é uma razão para ajudá-lo, embora o pedido não seja uma regra. Regras e pedidos são razões, mas eles parecem operar de formas distintas em nosso raciocínio prático e, portanto, parecem ser razões de tipos distintos.

Como já dito no tópico 1.3, grande parte do esforço de RAZ foi uma tentativa de dar maior concreção ao ponto de vista interno, e foi justamente a partir das discussões dele que HART elaborou melhor a sua concepção do ponto de vista interno. Em *Essays on Bentham*, HART sustenta que regras jurídicas seriam razões peremptórias⁴⁴². Isso significa que elas não seriam razões de grande peso, ou sequer razões para ação, pois aceita-las como razões para ação envolveria aceitar que são razões para deliberação do agente sobre como agir. A natureza peremptória das razões significaria que a autoridade tem intenção de evitar qualquer deliberação por parte do agente. Afirma HART:

“[T]he expression of the commander's will that an act be done is intended to preclude or cut off any independent deliberation by the hearer of the merits pro and con of doing the act. The commander's expression of will therefore is not intended to function within the hearer's deliberations as a reason for doing the act, not even as the strongest or dominant reason, for that would presuppose that independent deliberation was to go on, whereas the commander intends to cut off or exclude it. This I think is precisely what is meant by speaking of a command as 'requiring' action and calling a command a 'peremptory' form of address.”⁴⁴³

RAZ critica essa visão, que equivaleria à ideia de que a pessoa sujeita à autoridade renunciaria ao seu próprio julgamento⁴⁴⁴. Para ele, a intenção da autoridade, e o propósito da relação autoritativa, não seria evitar qualquer deliberação, e sim orientar a ação. Nesse sentido, não seria relevante para a autoridade como o sujeito pensa, e sim como age, não havendo nada de errado em refletir sobre os méritos da diretiva, desde que a obediência à autoridade não seja condicional a essa deliberação.⁴⁴⁵ As razões do direito não são

⁴⁴¹ Para uma objeção nesse sentido muito citada na teoria do direito, cf. WARNOCK, Geoffrey, J. *The Object of Morality*. London: Methuen & Co. Ltd., 1971. pp. 61–65. Cf. também SHAPIRO, Scott. *Legality*. Oxford: Oxford University Press, 2011. pp. 103-104.

⁴⁴² HART, EOB, pp. 252-255. Sobre a noção de razão peremptória de HART, cf. COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 120-121. E para uma comparação entre as razões peremptórias de HART e as protegidas de RAZ, cf. *ibidem*, pp. 122-123.

⁴⁴³ HART, EOB, p. 253.

⁴⁴⁴ TMF, p. 38-40.

⁴⁴⁵ TMF, p. 39: “Understood literally, this explanation is, however, implausible. Surely what counts, from the point of view of the person in authority, is not what the subject thinks but how he acts. I do all that the law requires of me if my actions comply with it. There is nothing wrong with my considering the merits of the law or of action in accord with it. Reflection on the merits of actions required by authority is not

peremptórias, portanto, e sim razões protegidas – sobre as quais já tratei no tópico 1.3 e entendo desnecessário reiterar aqui. Segundo RAZ, as atitudes dos oficiais que caracterizam a pretensão de autoridade expressam a crença de que o direito constitui essas razões, portanto.

ARIE ROSEN, contudo, apresenta um argumento interessante contra a ideia de que a noção de autoridade de RAZ, que resulta na visão de que o direito constitui razões protegidas, seria um bom reflexo do ponto de vista interno da prática jurídica. Segundo ROSEN, RAZ estaria cometendo uma “falácia normativa”⁴⁴⁶: ele estaria desenvolvendo uma concepção *normativa* de autoridade legítima – e, de fato, RAZ não nega que sua concepção de serviço é um argumento moral – e atribuindo a crença nessa concepção aos participantes da prática jurídica⁴⁴⁷. Por exemplo, seria a mesma situação de um filósofo que articula uma teoria moral abrangente sobre como viver uma boa vida, sobre os direitos e deveres que temos em relação aos outros, sobre como exercer poder político, etc., e afirma que essa é a concepção moral de determinada comunidade. Como ROSEN aponta, contudo, não só é fato que existe um grande número de concepções sobre autoridade na literatura sobre o assunto⁴⁴⁸, assim como é possível que cada pessoa tenha a sua própria concepção, ainda que não articulada, mas que orienta sua atitude em relação às autoridades. Disso ele conclui que RAZ deveria explicar a autoridade do direito e o seu ponto de vista interno a partir da noção de autoridade *de facto*, e não a partir de sua concepção de autoridade legítima, o que entendo que quer significar que a explicação deveria ser abstrata o suficiente para abarcar todas as concepções de autoridade legítima possíveis. Para ele, essa noção envolveria simplesmente “*a sense of the moral appropriateness of obedience*”⁴⁴⁹. Em resumo, ao dar o conteúdo de razão protegida à pretensão de autoridade dos oficiais, RAZ sido específico demais.

Acredito que existem formas de responder à objeção, mas não vou me engajar na discussão. Vamos supor que ROSEN esteja correto. De fato, quanto mais concreta e detalhada a explicação de uma perspectiva interna, mais partidária e potencialmente divergente do uso comum ela será. A questão é saber o nível de concreção necessário para

automatically prohibited by any authoritative directive, though possibly it could be prohibited by a special directive to that effect.”

⁴⁴⁶ ROSEN, Arie. “The Normative Fallacy Regarding Law’s Authority”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 79.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, pp. 80-86.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, pp. 78-79.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 76.

que a explicação resolva os problemas que a teoria se dispôs a elucidar. HART entendeu – e eu creio que estava certo – que a mera noção abstrata de normatividade – de razão – já seria suficiente para o seu propósito de explicar o ponto de vista interno expressado ao menos pelos oficiais de um sistema jurídico e, dessa forma, diferenciar o direito de uma instituição de controle por meio de coerção. E não sei em que medida a noção de razão protegida seria necessária para a explicação de RAZ.

É possível que a explicação de RAZ seja específica demais. Isso pode conduzir à conclusão de que sua descrição do ponto de vista interno dos participantes é equivocada, descreve mal a realidade e, portanto, não descreve o ponto de vista dos participantes das instituições sociais que tomamos como casos paradigmáticos de sistemas jurídicos. Poderia conduzir também à conclusão de que não existem sistemas jurídicos nos moldes explicados por RAZ. Mas o ponto é que isso não muda o caráter externo de sua teoria. RAZ não está falando das razões que os participantes possuem, dos seus direitos e obrigações, do que a prática requer, do que o juiz ou qualquer pessoa deve fazer, e sim apenas interpretando a compreensão dos participantes da prática na qual se engajam.

8.3.3. Comportamentos característicos da pretensão de autoridade

Assim como parte da explicação da noção de aceitação está na descrição dos comportamentos característicos que expressam essa atitude – por meio dos quais o teórico externo consegue constatar que os sujeitos adotam o ponto de vista interno –, interpreto que RAZ também apresenta alguns comportamentos característicos da pretensão de autoridade além daqueles mencionados por HART – quais sejam, críticas, pressão por conformidade, reconhecimento de que as críticas e pressão são justificadas etc.

Lembre-mos do argumento de RAZ que apresentei no tópico 1.4. Ele pede para olharmos para a atitude de juízes em uma situação de julgamento específica: onde o direito determina que p ; onde nem eles e nem os litigantes enxergam quaisquer razões além do direito para fazer p , e, mesmo assim, o juiz decide que p . Essa atitude apontaria que o juiz enxerga o direito como uma razão. Mas, como disse, o direito é uma razão protegida, e RAZ reconhece que essa situação apenas mostra o direito como uma razão. O mesmo comportamento pode ser encontrado na situação onde um amigo atende ao pedido de outro.

Acredito que a atitude mais determinante dos oficiais para expressar a natureza

protegida das razões jurídicas é a atitude de conformidade ao direito mesmo em uma situação onde o juiz acredita que o balanço de razões apontaria para outra solução. Como diz RAZ, “*the subjects accept that they should obey even if their personal belief is that the balance of reasons on the merits is against performing the required act*”⁴⁵⁰. É a situação de reconhecimento de que a diretiva é “*binding even if mistaken*”⁴⁵¹. “*It expresses itself in saying that our hands are tied; or that we can see that reason points one way, but we are bound, by our allegiance to our superiors, or by our promises, to act another way*”⁴⁵², diz RAZ. Perceba que a explicação aqui não é normativa: ela não se sustenta na afirmação de que a diretiva é uma razão, que efetivamente se encontra em oposição ao balanço correto de razões, etc., e sim baseada em atitudes e crenças – a crença do oficial a respeito do balanço de razões pode até estar (moralmente) equivocada.

Mas acredito que isso não significa que apenas pode manifestar a aceitação da autoridade quem forma um julgamento prévio sobre o mérito de razões e entende que a diretiva da autoridade não reflete o resultado desse julgamento. Ele simplesmente nega que o reconhecimento da autoridade apenas seria possível em situações nas quais o agente não possui qualquer visão sobre o mérito da questão⁴⁵³, mas não que seria impossível quando não possui uma visão de mérito. A expressão de reconhecimento da autoridade também existe em situações onde o agente entende que sequer deve deliberar ou agir de acordo com as razões dependentes aplicáveis à situação. Em outras palavras, o agente entende que não deve abrir deliberação⁴⁵⁴. Como RAZ afirma, “*we sometimes think, for example, in the presence of superior orders, that it is not for us to act on the ordinary reasons which apply to the case. That task was assigned to our commanders, and that is precisely what it is to be under someone's command*”⁴⁵⁵.

Vale reiterar, isso não significa que o agente entenda que está fazendo algo

⁴⁵⁰ TMF, p. 40. Acredito que essa explicação é muito parecida com a explicação de FREDERICK SCHAUER sobre a existência de regras. Segundo ele, para se constatar que existe uma regra para um agente é necessário verificar situações de recalcitrância, onde ele acredita que a regra aponta o resultado errado, mas ainda assim resiste ao ímpeto de seguir o que entende como moralmente correto – ou, em suas palavras, a justificação da regra. Cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

⁴⁵¹ TAL, pp. 108-109. Cf. também TAL, p. 113.

⁴⁵² RAZ, Joseph. “Facing Up”. p. 1165. RAZ designa esses elementos como demonstrações “fenomenológicas” da presença de razões protegidas. Para outros argumentos fenomenológicos, cf. PRN, pp. 38-45 e 74-75.

⁴⁵³ TMF, p. 40.

⁴⁵⁴ BAI, p. 394: “The limits on the intelligibility of the claim that a norm exists are transgressed when every occasion for its application is also an occasion for its modification or repeal.” Cf. também CLS, p. 235: “One accepts a rule of conduct if one behaves according to it as a rule, if it is one’s regular policy to do so. One does not accept a rule if one reconsiders the merits of conforming to it on every occasion to which it applies.”

⁴⁵⁵ RAZ, Joseph. “Facing Up”. p. 1165.

moralmente errado – lembremos, a pretensão de autoridade expressa uma crença moral –, pois “*an authority is legitimate only if there are sufficient reasons to accept it, i.e. sufficient reasons to follow its directives regardless of the balance of reasons on the merits of such action*”⁴⁵⁶. Quando um juiz menciona atos de outros oficiais – leis ou decisões judiciais –, que são fatos sociais, como justificção para condenar alguém a *p* até mesmo em situações onde sua visão de mérito determina não *p*, o faz por entender que os atos constituem razões independentes de conteúdo. O agente acredita na validade *do sistema*.⁴⁵⁷ Ele acredita na sua autoridade moral.

9. A esquizofrenia do positivismo de atitude moral

Do quanto exposto, ficou claro que RAZ é o que pode ser chamado, de acordo com RICHARD HOLTON, de um “positivista de atitude moral” (*moral attitude positivist*)⁴⁵⁸. O positivista de atitude moral é aquele que afirma, como RAZ, que, para que se fosse afirmar a existência de um sistema jurídico em determinada comunidade, os oficiais do sistema devem expressar com suas ações uma atitude moral em relação ao direito. Ou seja, eles devem expressar pretensão de autoridade. E isso, como vimos, significa explicar o direito de forma externa, a partir de fatos sociais. Para HOLTON, contudo, isso parece gerar um paradoxo para os participantes, especialmente os juízes:

“[I]s it a position that legal officials could themselves embrace? If they must, of necessity, take a moral attitude to the law, then doesn’t this preclude them from thinking that the law might not be moral – doesn’t it preclude them from being positivists? A criticism along these lines is urged by Jeff Goldsworthy. It doesn’t quite amount to a refutation of moral attitude positivism. But if it were true, the moral attitude positivist would be forced to the unhappy conclusion that legal officials are bound to be misguided about the true nature of law. There would be, to adapt Michael Stocker’s memorable phrase, a kind of schizophrenia of positivist legal theory. There can be no happy resolution of the difficulty by distinguishing distinct but consistent perspectives, in the way that a sociologist of religion might, in her professional life, study Christianity from an observer perspective, whilst remaining a Christian in her personal life. Such a combination will not be possible since, if the schizophrenia charge against moral attitude positivism is true, the perspectives will not simply be distinct but inconsistent. Moral attitude positivism could not be, in Postema’s term, a participant theory: a theory held by participants to describe or justify their own behaviour. At best it would find its place as an observer theory: a theory held by observers who were describing the social delusions of the participants.”⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ TMF, p. 40.

⁴⁵⁷ TAL, pp. 150-153. Cf. também HOLTON, Richard. “Positivism and the Internal Point of View”. *Law and Philosophy*, v. 17, 1998, pp. 608; GOLDSWORTHY, Jeffrey D. “The Self-Destruction of Legal Positivism”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, 1990, p. 462-463.

⁴⁵⁸ HOLTON, Richard. “Positivism and the Internal Point of View”. p. 597.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 598-599.

O argumento pode ser resumido da seguinte maneira: segundo o positivista de atitude moral, participantes, especialmente os juizes, devem expressar uma atitude moral em relação ao direito, o que significa que devem tomar o direito como determinado em alguma medida pela moralidade. Em outras palavras, para o participante, dizer que algo é direito é fazer uma afirmação moral, o que conduz à conclusão que as condições de verdade da afirmação são compostas ao menos em parte por fatos normativos. Mas as condições de verdade da afirmação de que algo é direito da perspectiva do positivista de atitude moral são compostas por fatos sociais apenas. Isso faz com que as perspectivas não sejam apenas distintas, mas também incompatíveis, e faz com que um juiz não possa descrever sua própria perspectiva por meio dessa teoria, salvo se não adotar uma atitude moral em relação ao direito, coisa que deveria fazer segundo o positivista de atitude moral. E, como mencionado no trecho transcrito, JEFFREY GOLDSWORTHY faz uma objeção nas mesmas linhas, afirmando não ser possível simplesmente distinguir os pontos de vista, pois o externo pressuporia o interno⁴⁶⁰.

Creio que a objeção simplesmente não percebe a diferença que estou tentando explicar neste capítulo. De fato, as perspectivas são inconsistentes. E, de fato, caso o juiz escolha adotar a perspectiva do positivista de atitude moral por qualquer razão que seja, estará falando sobre um “direito” diferente do que aquele que usa para orientar suas decisões. Mas isso apenas significa que o juiz estará adotando uma perspectiva diferente, com propósitos diferentes, discutindo questões diferentes e falando sobre “direitos” diferentes. A mesma situação ocorre com os conceitos de autoridade legítima e autoridade *de facto*. Do fato de existir um conceito que faça referência apenas a atitudes e crenças sobre autoridades legítimas não se segue que falar sobre esse conceito reduza a noção normativa a fatos sociais ou cause qualquer esquizofrenia.

O fato de a teoria externa de HART e RAZ ser um discurso sobre fatos sociais não torna o direito do participante – o ponto de vista interno – algo dependente apenas de fatos sociais. Ao contrário, o positivismo de atitude moral se esforça em deixar claro que o ponto de vista interno é moral, que tem prioridade explanatória⁴⁶¹, e afirma que o direito deve ser entendido por meio desse ponto de vista⁴⁶². Um conjunto de ordens sustentadas

⁴⁶⁰ GOLDSWORTHY, Jeffrey D. “The Self-Destruction of Legal Positivism”, p. 451.

⁴⁶¹ EPD, p. 297.

⁴⁶² BAI, p. 234: “[T]o understand the law we must understand the way the law understands itself, that is the way its officials and others who accept its legitimacy understand it, we must understand it as it would be understood by people who see it as ethically justified, at least in the sense that it is ethically right to obey it, and therefore we must understand it as if it were so justified.”

em ameaças sem qualquer autoridade moral não é direito no sentido do participante, portanto.

Ao dizer que o direito tem pretensão de autoridade, estabelece-se no ponto de vista interno um vínculo entre direito e autoridade legítima. O direito para o participante é um sistema normativo, e não um mero conjunto de fatos sociais. E isso mostra que para entender nossa sociedade, e qualquer outra governada pelo direito, é importante entender que o seu maior instrumento de controle social não é visto na dimensão da compreensão social como exercício de pura força, como uma organização mafiosa, e sim como exercício de autoridade.

CAPÍTULO IV – A TESE DAS FONTES EM CONTEXTO

10. Argumento da autoridade

Discutida a tese da pretensão de autoridade, os problemas que ela tem a pretensão de responder e o conceito de direito que esclarece, agora pretendo seguir o mesmo caminho com a tese das fontes, explicada em linhas gerais no tópico 1.1. Essa sequência não foi accidental. Como veremos neste capítulo, RAZ possui diversos argumentos para justificar seu endosso à tese das fontes, mas o mais famoso deles, aquele que normalmente é referido como o pilar do exclusivismo raziano, é sustentado justamente na tese da pretensão de autoridade. É o que se convencionou chamar de “argumento da autoridade”⁴⁶³. JULES COLEMAN chega a afirmar que a tese das fontes “*is not a premise offered as part of an interpretation of legal practice. Instead, it is the conclusion of an argument whose central premises include a claim about the nature of law: namely, that law claims to be a legitimate authority*”⁴⁶⁴.

O argumento da autoridade é apresentado no célebre artigo *Authority, Law and Morality*⁴⁶⁵. Segundo RAZ, como já expliquei no tópico 5.2, o direito possui autoridade *de facto*, e disso se conclui que tem pretensão de autoridade. Isso, por sua vez, tornaria possível concluir que o direito deve ao menos ser o tipo de coisa *capaz* de possuir autoridade⁴⁶⁶ – como ele afirma, “*whatever else the law is it must be capable of possessing authority*”⁴⁶⁷. E, para RAZ, não faz sentido atribuir autoridade a algo que não satisfaça ao menos dois requisitos que ele entende não morais: [i] ser apresentado como a visão de alguém sobre como algum sujeito deve agir; e [ii] ter a existência e conteúdo identificáveis

⁴⁶³ Para uma descrição detalhada e crítica do argumento da perspectiva de um positivista inclusivo, cf. WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 123-140. A objeção mais importante de WALUCHOW é a de que é concebível que a autoridade tenha acesso às razões dependentes, mas não ao mesmo conjunto que seria aplicável aos cidadãos. Ou seja, há situações onde o conjunto de razões dependentes que estão à disposição da autoridade não é igual ao conjunto das razões dependentes aplicáveis ao caso. Para outra visão crítica de um positivista inclusivo, cf. COLEMAN, Jules. “The architecture of Jurisprudence”. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 2, 2011, pp. 59-61.

⁴⁶⁴ COLEMAN, Jules. “The architecture of Jurisprudence”. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 2, 2011, p. 52.

⁴⁶⁵ Originalmente publicado em *The Monist*, v. 68, n. 3, 1985, pp. 295-324, e republicado em *Ethics in the Public Domain*.

⁴⁶⁶ Em EPD, p. 216. RAZ sugere no texto que essa necessária capacidade conceitual contrastaria com a possibilidade moral de não possuir autoridade legítima, o que, para ele, é evidentemente o caso de muitas instituições sociais que tomamos como exemplos de sistemas jurídicos. Como já afirmei, todavia, é importante entender que a afirmação dessa possibilidade somente pode ser baseada em um argumento moral.

⁴⁶⁷ EPD, p. 215.

independentemente das razões que justificam essa visão sobre como agir⁴⁶⁸.⁴⁶⁹ O direito deve ser o tipo de coisa capaz de satisfazer esses dois requisitos, portanto. E, segundo ele, isso seria uma razão para aceitar a tese das fontes, porque apenas as normas estabelecidas por fontes satisfariam os dois requisitos. Ele argumenta:

“A legal system may lack legitimate authority. If it lacks the moral attributes required to endow it with legitimate authority then it has none. But it must possess all the other features of authority, or else it would be odd to say that it claims authority. To claim authority it must be capable of having it, it must be a system of a kind which is capable in principle of possessing the requisite moral properties of authority. These considerations, I shall argue, create a weighty argument in favour of the sources thesis.”⁴⁷⁰

Especialmente depois da discussão do capítulo 3, espero que já seja relativamente claro que a tese, nos moldes como formulada, pode ser mais bem esclarecida. RAZ termina sugerindo que o direito e suas normas devem possuir os dois requisitos não morais, e essa conclusão se sustenta principalmente na premissa de que o direito tem pretensão de autoridade e, portanto, deve ser capaz de satisfazer essa pretensão. A primeira dúvida que surge é: aquilo que deve satisfazer esses requisitos é a mesma coisa ou entidade que tem pretensão de autoridade? MARGARET MARTIN ressalta a dificuldade em interpretar o argumento, que salta da pretensão de autoridade *de oficiais* para requisitos *do sistema jurídico ou suas normas*⁴⁷¹. A meu ver, o argumento pode ser traduzido da seguinte maneira: oficiais expressam pretensão de autoridade por meio de suas ações. Isso, como vimos, significa que, ao agirem, expressam a crença de que seus atos constituem obrigações – isso deve ser entendido como a crença de que constituem razões protegidas⁴⁷². Sendo esse o caso, seus atos devem ser o tipo de coisa capaz de constituir uma obrigação moral para terceiros.

Como bem ressaltado por KENNETH HIMMA, isso parece gerar um problema: para um anarquista, atos de oficiais – de qualquer pessoa, na verdade – são incapazes de constituir obrigações para terceiros, o que conduziria à conclusão de que não são o tipo de coisa capaz de ser autoritativa⁴⁷³. A mesma racionalidade se aplica até mesmo a quem aceite a

⁴⁶⁸ Em outras palavras, a noção de visão sobre como outra pessoa deve agir em determinada situação pressupõe que essa visão é o resultado de um julgamento sobre o balanço correto das razões que se aplicam à situação. Falei melhor sobre isso adiante.

⁴⁶⁹ EPD, p. 218.

⁴⁷⁰ EPD, p. 215.

⁴⁷¹ MARTIN, Margaret. *Judging Positivism*. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 64.

⁴⁷² RAZ articula um argumento alternativo para a natureza da crença expressada pelos atos de oficiais em EPD, p. 220.

⁴⁷³ Ou seja, a posição anarquista demonstraria que não existe uma capacidade não moral que todos reconhecem e que pode ser contingentemente verdadeira ou falsa. Cf. HIMMA, Kenneth Einar. “Law’s Claim of Legitimate Authority”. in: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart’s Postscript*. Oxford: Oxford University

possibilidade de autoridade legítima, mas duvide da legitimidade de X sistema jurídico; os atos de ofícios desse X sistema seriam incapazes de constituir obrigações. É importante esclarecer que, ao qualificar como “não moral” a natureza dos requisitos para ser autoritativo, RAZ quer significar que esses requisitos expressam inteligibilidade conceitual. Em outras palavras, a ideia de que X pessoa é uma autoridade pode ser moralmente equivocada para um anarquista, mas ao menos é inteligível. Ele entende bem que a noção de autoridade se refere à capacidade de criar obrigações para terceiros por meio de atos com intenção de fazê-lo. Um anarquista que negue que essa capacidade possa ser instanciada – ou seja, que negue que atos de uma pessoa sejam capazes de constituir obrigações para terceiros – sustenta esse julgamento em razões morais, mas tanto anarquistas quanto não anarquistas entendem a natureza desse julgamento porque partilham o conceito de autoridade. A ideia de que uma pedra tem autoridade, ao contrário, não faz qualquer sentido, pois, obviamente, pedras não são o tipo de coisa capaz de ação intencional⁴⁷⁴. “*The statement that a normative system is authoritatively binding on us may be false, but at least it makes sense, whereas the claim that a set of propositions about volcanoes authoritatively determines what we ought to do does not even make sense*”⁴⁷⁵, diz RAZ. Os requisitos não morais de Raz são esses elementos de inteligibilidade básicos da afirmação “X é uma autoridade”, como, por exemplo, a capacidade de se comunicar⁴⁷⁶. A afirmação de que uma pedra não possui capacidade de ser autoritativo não é um julgamento moral – ao menos não na boca de pessoas em sã consciência, que compreendem as noções em questão, etc. –, e sim o reconhecimento de que sequer em um nível básico essa alegação é inteligível. E, para RAZ, se o direito falha em ser autoritativo, essa falha não é equivalente à falha de pedras. Julgar que X sistema jurídico – ou seja, os atos dos oficiais que expressam a intencionalidade de X sistema – não possui autoridade é fazer um julgamento moral.

Mas por qual razão essa falha não seria conceitual? RAZ afirma que nosso conceito de autoridade é moldado especialmente por nossas práticas jurídicas. Segundo ele, “*given*

Press, 2001. p. 277. No mesmo sentido, cf. COLEMAN, Jules. “The architecture of Jurisprudence”. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 2, 2011, pp. 59-60.

⁴⁷⁴ É claro que é possível imaginar alguém com crenças místicas sobre pedras ou outros objetos que lhe faça acreditar que esses objetos orientam comportamentos. O jogo de búzios, ritual relacionado com religiões africanas, consiste no lançamento de conchas ou outros objetos em um tabuleiro e, a partir da configuração dos objetos no tabuleiro, algumas conclusões sobre como agir são extraídas. Mas o fato é que até mesmo nessa situação não há a suposição de que os objetos em si estão dando alguma orientação, e sim que há algum ser divino capaz de ação intencional responsável pela configuração que se constitui no tabuleiro. Esse ser é que orientaria comportamentos a partir de suas ações intencionais.

⁴⁷⁵ EPD, p. 217.

⁴⁷⁶ EPD, p. 218.

*the centrality of legal institutions in our structures of authority, their claims and conceptions are formed by and contribute to our concept of authority. It is what it is in part as a result of the claims and conceptions of legal institutions*⁴⁷⁷. O conceito é moldado pelas pessoas que atuam em nome do direito na prática jurídica, ou seja, os oficiais. Atribuir falha conceitual ao direito em relação ao conceito de autoridade equivale a dizer que os oficiais, ao agirem com pretensão de autoridade, estão manifestando crenças conceitualmente confusas. E isso significa atribuir falta de habilidade de uso a pessoas cujo próprio uso contribui centralmente para constituir o conceito, o que, para RAZ, é algo evidentemente equivocado.⁴⁷⁸

Tendo chegado a essas conclusões, RAZ passa a elencar os dois requisitos básicos que já mencionei acima⁴⁷⁹. Como diz ele, “*a directive can be authoritatively binding only if it is, or is at least presented as, someone's view of how its subjects ought to behave*”, e “*it must be possible to identify the directive as being issued by the alleged authority without relying on reasons or considerations on which directive purports to adjudicate*”⁴⁸⁰. Mas o que o faz concluir que esses requisitos são necessários? RAZ recorre à analogia do

⁴⁷⁷ EPD, p. 217.

⁴⁷⁸ DALE SMITH chama essa ideia de “argumento de apoio” (*supporting argument*) do argumento da autoridade. Cf. SMITH, Dale. “Must the Law be Capable of Possessing Authority?”. *Legal Theory*, v. 18, 2012, pp. 74-75. Ele contesta o argumento, defendendo a possibilidade de confusão conceitual dos oficiais. Chega a sugerir, inclusive, que a confusão poderia ser em relação ao próprio conceito de direito, embora não explore o argumento a fundo. *Ibidem*, p. 76. Também defendendo a possibilidade de falhas conceituais dos oficiais, cf. HIMMA, Kenneth Einar. “The Instantiation Thesis and Raz’s Critique of Inclusive Positivism”. *Law and Philosophy*, v. 20, 2001, pp. 61–79.

⁴⁷⁹ Existem outros requisitos não normativos, conceituais, para que algo possa ser, ou falhar em ser, uma autoridade. Como mencionei, a possibilidade de se comunicar é um dos requisitos não morais para ser uma autoridade, por exemplo. Mas RAZ apenas menciona esses dois requisitos porque, em sua visão, já são suficientes para demonstrar a inviabilidade de outras teorias do direito que rejeitam a tese das fontes. São elas a tese da coerência e a tese da incorporação, que são na visão de RAZ as posições endossadas por DWORKIN e os positivistas inclusivos respectivamente. Ele as caracteriza em linhas gerais em EPD, pp. 210-211: “The incorporation thesis: All law is either source-based or entailed by source-based law. The coherence thesis: The law consists of source-based law together with the morally soundest justification of source-based law.” RAZ discute cada tese e sua incompatibilidade com os dois requisitos de inteligibilidade em EPD, pp. 220-226 e 226-230. Vale ressaltar que, muito embora não seja teoria diretamente criticada por RAZ, a tese da incorporação como articulada por ele também descreve em linhas gerais uma posição positivista exclusivista da teoria do direito, o positivismo lógico-inclusivo, teoria de JULIANO MARANHÃO. Para uma defesa da posição lógico-inclusiva, cf. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo Jurídico Lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. Muito embora não diretamente tratado por RAZ – ou seja, apenas enfrentado indiretamente, por meio do argumento que RAZ entende refutar o positivismo inclusivista –, o inclusivismo lógico é expressamente objetado por ANDREI MARMOR. Cf. MARMOR, Andrei. *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 69-70. A objeção de MARMOR é refutada por MARANHÃO em *idem*, pp. 129-132. RODRIGUEZ e NAVARRO também refutam o argumento de MARMOR, mas sob outra abordagem. Cf. RODRIGUEZ, Jorge; NAVARRO, Pablo. “Interpretação jurídica e sistematização do direito” in: MACEDO JR., Ronaldo Porto [org. et al]. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 63-90.

⁴⁸⁰ EPD, p. 218

mediador⁴⁸¹, já discutida no tópico 1.3, para ilustrar de que maneira uma autoridade desempenha a sua função.

Como já explicado, autoridades para RAZ possuem uma função mediadora: elas devem aumentar a conformidade dos cidadãos às razões dependentes. Ou seja, autoridades devem contribuir para que aqueles que estão sujeitos a elas ajam da forma moralmente correta em maior medida. Isso é feito por meio de diretivas que orientam os sujeitos sobre como agir; autoridades são bem sucedidas na medida em que a obediência às suas diretivas faz com que os cidadãos ajam em maior conformidade às razões dependentes do que se tentassem fazer isso por meio de seu próprio julgamento sobre as razões. Resultam desse quadro as três teses que formam a concepção de serviço da autoridade de RAZ: [i] como autoridades devem agir (tese da dependência): as diretivas das autoridades devem ser resultado de um julgamento sobre as razões dependentes – pois essa é a melhor forma de aumentar a conformidade dos cidadãos a elas –; [ii] como as diretivas das autoridades devem ser tratadas, ou qual força normativa possuem (tese da preempção): a diretiva da autoridade deve excluir as razões que a diretiva tem a pretensão de refletir, pois desconsiderar a diretiva⁴⁸² derrota o ponto de se ter uma autoridade, e agir com base na diretiva e nas razões dependentes equivale a contar duplamente a força das razões; [iii] como a legitimidade de autoridades é justificada (tese da justificação normal): autoridades são (tão mais) legítimas na medida em que a obediência às suas diretivas aumenta a conformidade dos sujeitos às razões dependentes.

Os dois requisitos de inteligibilidade resultam de forma natural dessa concepção. O primeiro requisito é expressão da tese da dependência. Ao dizer que a diretiva deve *ao menos ser apresentada* como um julgamento sobre como os sujeitos *devem* agir, o requisito quer significar principalmente duas coisas. Primeiro, ao menos como é apresentada, a diretiva não é simplesmente uma ordem que satisfaz os interesses pessoais da autoridade, como uma ordem de um gângster que só considera o seu próprio bem, e sim o reflexo das razões que se aplicam ao sujeito. Segundo, essa forma de apresentação pode ser enganosa; a autoridade pode se apresentar como se estivesse agindo à luz das razões morais que se aplicam aos sujeitos, mas estar efetivamente agindo de acordo com seus

⁴⁸¹ EPD, pp. 212-215. Cf. também TMF, pp. 41-42.

⁴⁸² Desconsidera uma diretiva não apenas quem decide sem sequer refletir sobre ela, mas também quem condiciona a obediência a ela com base no seu julgamento sobre as razões dependentes – e, portanto, sem dar qualquer peso a ela.

interesses pessoais e meramente fingindo agir de acordo com as razões dependentes.⁴⁸³

O segundo requisito, creio, é mero reflexo da ideia trivial de que diretivas são atos de autoridades. Para compreender isso, basta verificar o exemplo que RAZ dá a respeito do que constituiria uma violação a esse requisito. Ele pede que imaginemos a seguinte situação: um mediador é requisitado a decidir uma controvérsia; há apenas uma decisão justa para o caso, mas as partes não sabem qual é; o mediador escolhe essa única decisão justa; o mediador apresenta sua decisão para as partes apenas informando que é a decisão justa.⁴⁸⁴ O que RAZ quer demonstrar é que as partes, tendo apenas a informação de que a decisão é justa, efetivamente não possuem qualquer informação sobre qual decisão o mediador tomou e, portanto, sua decisão é imprestável. Argumenta RAZ:

“Suppose that an arbitrator, asked to decide what is fair in a situation, has given a correct decision. That is, suppose there is only one fair outcome, and it was picked out by the arbitrator. Suppose that the parties to the dispute are told only that about his decision, i.e. that he gave the only correct decision. They will feel that they know little more of what the decision is than they did before. They were given a uniquely identifying description of the decision and yet it is an entirely unhelpful description. If they could agree on what was fair they would not have needed the arbitrator in the first place. A decision is serviceable only if it can be identified by means other than the considerations the weight and outcome of which it was meant to settle.”⁴⁸⁵

O que RAZ parece acreditar ser equivocado é a ideia de que, ao se indagar sobre o que uma autoridade determinou, o procedimento para estabelecer isso seria: [i] decidir a coisa moralmente correta a se fazer com base no balanço de razões; e então [ii] atribuir esse resultado à autoridade. Essa preocupação se mostra evidente quando verificamos o segundo argumento que ele articula para defender a necessidade dos requisitos não morais, chamado de “argumento alternativo” (*alternative argument*). RAZ oferece ao leitor duas teses sobre autoridades que são mais simples e fracas do que a concepção de serviço e suas três teses: [i] autoridades agem por razões, e sua legitimidade depende do grau de sucesso com que fazem isso; [ii] autoridades fazem diferença prática, ou seja, produzem alguma mudança nas razões dos sujeitos. RAZ afirma que a primeira premissa também comprovaria a necessidade do primeiro requisito de inteligibilidade. Da segunda premissa, por sua vez, seria possível extrair um requisito um pouco mais fraco, mas que ainda tornaria forçosa a aceitação da tese das fontes: a existência e conteúdo de uma diretiva não pode depender *apenas* das razões que a justificariam. Ou seja, ainda que as razões dependentes tenham contribuição na identificação do conteúdo da diretiva, alguma outra

⁴⁸³ EPD, p. 219. Vale lembrar que esses dois elementos estão em harmonia com os discutidos no tópico 8.3.1.

⁴⁸⁴ EPD, p. 219.

⁴⁸⁵ EPD, p. 219.

condição além das razões dependentes é necessária, pois, do contrário, autoridades não fariam diferença alguma. E a mesma racionalidade faz com que não se possa aceitar que a existência de uma lei simplesmente derive da existência de outra.⁴⁸⁶ Em resumo, a preocupação aqui é a mesma: a ideia de que alguém possa ponderar razões, chegar a uma conclusão moral e, pelo simples fato de essa ser a conclusão (do ponto de vista dessa pessoa) moralmente correta, atribuir essa visão à autoridade.

As objeções às outras teses sobre a natureza do direito, contra as quais Raz estabelece as condições de inteligibilidade, também se sustentam nessa ideia. Relativamente à posição de DWORKIN, a denominada “tese da coerência”, como vimos, RAZ a articula como a ideia de que o direito seria composto pelo que resulta das fontes e *mais* a melhor justificação moral dessas fontes. Segundo ele, essa tese violaria os dois requisitos de inteligibilidade porque a melhor justificação moral do direito não é resultado da visão de qualquer pessoa sobre como outros devem agir, tampouco pode ser identificada de forma independente dessas razões – ela simplesmente é composta por essas razões.⁴⁸⁷ E ela também viola o requisito de inteligibilidade do argumento alternativo, pois faz a existência de normas (a melhor justificação moral) depender apenas e tão somente da existência de outras (as normas determinadas por fontes)⁴⁸⁸. É importante entender que a melhor justificação moral do direito determinado por fontes por hipótese pode ter sido pensada por alguém em algum momento, mas isso é contingente; não é isso que a torna a melhor justificação moral. O resultado da aceitação a tese da coerência, segundo RAZ, é que “[m]uch of the law of any country may, according to Dworkin, be unknown. Yet it is already legally binding, waiting there to be discovered”⁴⁸⁹. Em síntese, a melhor justificação moral das fontes não é *o resultado de um julgamento* sobre como outras pessoas devem agir. “The law is the product of human activity because if it were not it could not be an outcome of a judgment based on dependent reasons, that is, it could not provide reasons set by authority”⁴⁹⁰, diz RAZ.

O mesmo tipo de objeção é voltado contra a tese dos positivistas inclusivos, a denominada “tese da incorporação”. RAZ a descreve como a ideia de que tudo o que pode ser derivado do direito é direito. No curso de sua discussão, RAZ ataca explicitamente

⁴⁸⁶ EPD, p. 220.

⁴⁸⁷ EPD, pp. 224-225.

⁴⁸⁸ EPD, p. 225.

⁴⁸⁹ EPD, p. 224. Criticando DWORKIN a respeito desse mesmo aspecto, cf. “Dworkin: A New Link in the Chain”. *California Law Review*, v. 74, n. 3, 1986, pp. 1108-1109.

⁴⁹⁰ EPD, p. 227.

apenas a inclusão tudo o que é *implicado* (*entailed*) pelo direito positivo, o que poderia sugerir que ele ataca a posição lógico-inclusiva – ou seja, que todas as consequências *logicamente* derivadas do direito positivo seriam direito –, mas ele direciona seu ataque explicitamente aos positivistas inclusivos, o que me faz concluir que, com seu argumento, RAZ quer fazer referência à moralidade que é aparentemente incorporada ao direito em cláusulas como, por exemplo, a proibição de punição *cruel* da 8ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos⁴⁹¹, ou o dever de respeito à *dignidade da pessoa humana* dos artigos 1º, III, e 226, § 7º, da Constituição do Brasil – de todo o modo, seu argumento também se aplica à incorporação de consequências lógicas. Para ilustrar o ponto ele dá o exemplo de Betty, uma hipotética astrofísica que demonstra que a teoria do Big Bang está certa se, e apenas se, algumas equações tiverem certa solução, solução esta que eventualmente vem a ser provada. O que RAZ quer sugerir é que, muito embora a verdade da hipótese do Big Bang seja consequência lógica de sua descoberta, não se pode considerar que Betty provou a hipótese, tampouco que acreditava nela.⁴⁹² O argumento se aplica também à incorporação de princípios morais do positivismo inclusivo: do fato de uma cláusula mencionar um conceito moral não se segue que as próprias razões morais que são evocadas pelo conceito são incorporadas ao direito, visto que “[p]eople do not believe in all that is entailed by their beliefs”⁴⁹³ – e, pela mesma razão, também não seriam incorporadas as consequências lógicas. Uma evidência do equívoco de se atribuir ilimitadamente crenças com base em implicações seria o fato de que em muitas situações, quando tomamos conhecimento das consequências de nossas crenças, preferimos abandonar as crenças a aceitar as consequências⁴⁹⁴. Em outras palavras, muito embora o legislador possa acreditar que punições cruéis não sejam aceitáveis, não se segue que acredite em todas as razões morais que determinam a crueldade de uma punição. “*The limits of the justifiable imputation of directives are no wider [...] than the limits of the imputation of belief*”⁴⁹⁵, diz RAZ. Em resumo, o argumento novamente supõe e ataca a atribuição de autoria de uma diretiva – um fato – a partir de razões morais ou consequências lógicas.

E essa preocupação aparece em outros textos. Por exemplo, RAZ afirma que esse tipo de posição acabaria com qualquer diferença entre o direito ideal e o existente – ou, em

⁴⁹¹ O texto da emenda diz: ““Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted.”

⁴⁹² EPD, pp. 227-228.

⁴⁹³ EPD, p. 228.

⁴⁹⁴ EPD, p. 228.

⁴⁹⁵ EPD, p. 230.

outras palavras, entre moralidade e direito:

“If you regard the Constitution as an uninterpreted jumble of ink scratchings and regard legal theory as designed to give it meaning in accordance with the best moral theory there is, then there is no gap between ideal law and an interpretation of existing law. Under these conditions one can interpret the Constitution to mean anything at all. It can be read to mean the same as Shakespeare’s Hamlet. (If, for example, it has double the number of words as the number of sentences in Hamlet, all you have to do is to read every two words as if they meant one sentence in Hamlet).”⁴⁹⁶

De fato, é muito sensato acreditar que uma decisão – sustentada na crença sobre um curso correto de ação –, que é um ato de uma pessoa ou grupo de pessoas, não pode ser encontrada por simples raciocínio moral – lembremos o argumento de ARIE ROSEN do tópico 8.3.2. O argumento mostra, portanto, que não é plausível atribuir a uma autoridade a autoria de uma diretiva com base simplesmente em uma conclusão sobre as razões morais aplicáveis a uma situação. E não acredito que qualquer autor discordaria disso. Mas a questão é: por que o direito tem relação necessária com diretivas de autoridades? Em outras palavras, por qual razão o reconhecimento de que um critério é jurídico implica na conclusão de que deve ter sua autoria atribuída a uma autoridade e, portanto, ser produto de uma decisão? Do fato de haver autoridade *de facto* onde há direito se segue que autoridades expressam por meio de suas ações a crença de que criam obrigações. Mas autoridades fazem mais que isso, inclusive recorrendo a razões morais, como o próprio RAZ aceita que não apenas é o caso, mas também deve ser. Mesmo se aceitando a concepção de serviço da autoridade e todas as consequências que decorrem dela, a concepção de serviço e a tese da pretensão de autoridade juntas apenas desembocam na conclusão de que existem elementos autoritativos onde existe direito, e não que o direito é necessariamente autoritativo. Esses elementos só desembocam na tese das fontes se já supomos a tese das fontes de início, como afirma POSTEMA:

“‘Necessarily, law claims legitimate authority’: this thesis launches Raz’s argument for ST [i.e., tese das fontes]. We have seen that Raz gave CLT [i.e., tese da pretensão de autoridade] a robust reading, according to which law is said to claim, not just moral legitimacy, but moral *authority*, that is, it claims for itself, as a system, authoritative status. There are two different ways to understand this claim: (1) law claims legitimacy for all of its authoritative elements, and (2) law claims that it is a morally legitimate system of authoritative norms. The key difference that (1) and (2) are meant to highlight is that (2) asserts that it is part of law’s claim that nothing is law unless it is authoritative, while (1) is the weaker thesis that necessarily, law has authoritative elements for which it claims moral legitimacy. Law *is* authoritative (that is, consists only of authoritative directives), according to (2); law *has* authoritative elements, according to (1).

It is possible to run Raz’s argument from either version of the first premise, since the argument merely unfolds and seeks to make intelligible the claim that law claims authority.

⁴⁹⁶ RAZ, Joseph. “Dworkin: A New Link in the Chain”. *California Law Review*, v. 74, n. 3, 1986. p. 1119.

However, the conclusions will be different: ST – all law is source-based – follows from (2), the stronger reading, but (1) yields only the weaker conclusion that there are source-based elements in law. Raz’s argument, seen as an argument for the robust ST, does not itself *support* a choice between these two readings; it *presupposes* one. ST as a foundational claim about the nature of law – that is, not only as a necessary truth, but a truth around which our understanding of law and legal reasoning must be shaped – rests on (2), but (2) begs the very question the argument is supposed to answer. Unless we are already inclined to think of law in exclusive positivist terms, we are not likely to accept (2) without argument.”⁴⁹⁷

A tese das fontes não deriva da aceitação da tese da pretensão de autoridade e da concepção de serviço, portanto. Há uma premissa pressuposta, *não argumentada*, de que nada que não seja autoritativo pode ser direito. RAZ pressupõe uma ligação conceitual entre a noção de direito e a noção de autoridade, algo que não é provado pelo argumento da autoridade acima delineado, e sim que conduz o argumento⁴⁹⁸. E, tendo em vista que RAZ explica autoridades a partir do seu papel mediador, o direito é explicado dessa forma também: o direito teria por *função* fazer a mediação entre as razões dependentes e os sujeitos, e nada que não cumpra essa função pode ser direito⁴⁹⁹. RAZ, inclusive, aceita que seu argumento da autoridade pode ser caracterizado como sustentado em “*a political theory about the function of law*”⁵⁰⁰, seguindo sugestão de DWORKIN⁵⁰¹ – embora

⁴⁹⁷ POSTEMA, Gerald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. New York: Springer, 2011. pp. 375-376, grifos no original.

⁴⁹⁸ COLEMAN afirma que a teoria de RAZ se sustenta, em última análise, no que ele chama de “conceitualismo”. Verdades sobre o direito para RAZ seriam determinadas em última instância pelos conceitos de direito e autoridade. Cf. COLEMAN, Jules. “The architecture of Jurisprudence”. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 2, 2011, pp. 71-73.

⁴⁹⁹ Em BAI, pp. 180-181, RAZ afirma que a “excelência intrínseca” do direito, o que o direito por natureza deve objetivar, é ter autoridade legítima – “it is in the business of telling people what they must do” –, muito embora possa ter outras “virtudes”. Cf. especialmente BAI, p. 180: “It may be thought that the thesis that by its nature the law ought to be moral is empty or trivial, for everyone and everything ought to be moral. But that is not so. To be sure, nothing should be immoral. But it is not the case that the University of Oxford, or the city of Oxford, ought to be moral in the way that the law is. The intrinsic virtue of a university, ie what makes a university into a good university, is excellence in learning, research, and teaching. The intrinsic excellence of a city may be comfort, and the provision of certain services. What makes the law different, what makes its intrinsic excellence a moral excellence, is that it is a structure of authority, that it is in the business of telling people what they must do. Necessarily, the law claims to have legitimate moral authority over its subjects. Hence its intrinsic virtue is to have such authority. To say that is to say that its virtue is to be moral but in a special way, in meeting the conditions of legitimacy. Like cities and universities it too can excel in other ways, including in other moral ways. The possession of moral legitimacy is only its intrinsic excellence, the one it must have, not the only one it may, or ideally should have.” Em BAI, pp. 374-376, contudo, RAZ afirma que o direito não teria uma “tarefa” definidora. Afirma, apenas, que o direito, por sua natureza, deve ser autoritativo, mas, a meu ver, abre espaço para aceitar que tenha outras tarefas por natureza.⁵⁰⁰ EPD, p. 235.

⁵⁰¹ Nesse trecho, ao comentar a posição de DWORKIN, RAZ faz referência ao argumento articulado em *Taking Rights Seriously*. With a new appendix. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 347: “The important question is not, however, whether Hart or any other particular legal philosopher is committed to the thesis that the test for law must make law reasonably demonstrable. That thesis is connected to a more general theory of law – in particular to a picture of law’s function. This is the theory that law provides a settled, public and dependable set of standards for private and official conduct, standards whose force cannot be called into question by some individual official’s perception of policy or morality. This theory of law’s function acknowledges, as it must, that no set of public rules can be complete or completely precise. But it therefore insists on a distinction between occasions on which the law, so conceived, does dictate a decision

discordando da natureza moral que DWORKIN atribui para essa teoria política, como explicarei no tópico 11. Como diz WALUCHOW, as outras teorias do direito seria refutadas pelo argumento da autoridade de RAZ e sua analogia com o mediador “*only if the sole or overriding function of law is to settle practical controversies about dependent reasons, or if this is a function non-satisfaction of which to a significant degree results in something other than law*”⁵⁰². Mas ele indaga: por qual razão aceitar isso?

11. A função do direito

Para entender e avaliar a atribuição de função autoritativa (mediadora) ao direito feita por RAZ, precisamos entender em que sentido ele faz essa atribuição. Como dizia HART, não podemos nos deixar levar por simples palavras, e sim entender o que se quer significar com elas em seu contexto de uso. O mesmo devemos fazer com relação à noção de “função”. Há situações onde atribuir função a alguma coisa significa dar orientação sobre como utilizá-la – ou seja, a atribuição tem um propósito *prático*, e a noção de função tem sentido *normativo*. Por exemplo, quando um pai diz para seu filho “a função de automóveis é locomoção, e não atropelar pessoas!”, isso equivale a orientar seu filho a dirigir com diligência e evitar acidentes. Em outras palavras, significa dizer como ele deve dirigir. Seria esse o sentido com que RAZ atribui a função de mediação ao direito?

Como já sinalizado no tópico 10, quando RAZ fala sobre o direito no argumento de *Authority, Law and Morality*, o faz de forma ambígua; ora ele faz referência ao direito enquanto prática – especialmente prática dos oficiais –, ora faz referência ao direito enquanto diretivas. Enquanto diretivas, atribuir uma função prática ao direito equivale a dizer como devem ser tratadas. Em outras palavras, equivale a dizer que diretivas devem ser tratadas como razões protegidas, pois só assim cumpririam função autoritativa de mediação. Enquanto prática, atribuir uma função à prática jurídica significa dizer como os atores da prática – especialmente os oficiais – devem agir. Dizer que a função da prática

and occasions on which, in the language of positivists, the judge must exercise his discretion to make new law just because the law is silent. The distinction is vital, on this view of the law’s function, because it is important to acknowledge that when reasonable men can disagree about what the law requires, a judicial decision cannot be a neutral decision of the sort promised in the idea of law. It is more honest to concede that the decision is not, in this case, a decision of law at all.

So the thesis that some more or less mechanical test of pedigree identifies law is in this way connected with a political theory about the point or function of law, and with the theory of judicial discretion that is a necessary part of that theory.”

⁵⁰² WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 133.

jurídica é fazer a mediação entre as razões dependentes e os sujeitos equivaleria a dizer que, ao menos em grande parte de suas ações legislativas, legisladores devem procurar se pautar por essas razões dependentes e editar leis que reflitam o seu juízo a respeito do balanço correto dessas razões; ou dizer que juízes, ao aplicar e criar direito, devem tratar os juízos do legislativo ou precedentes como razões protegidas, ou criar direito fazendo a mediação entre as razões dependentes e os sujeitos. Em relação à prática judicial especificamente equivaleria a dizer como os juízes devem decidir.

Fosse nesse sentido a atribuição de função de RAZ, os argumentos aptos a justificá-la seriam argumentos morais e, portanto, sua posição seria moral. Ainda que não pelo simples fato de a discussão tratar sobre como pessoas devem agir, principalmente pelo caráter das ações que compõem a prática jurídica. E é importante entender que mesmo que ele defendesse sua posição com base em argumentos supostamente não morais – por exemplo, que essas conclusões decorreriam do próprio conceito de direito –, ainda assim sua posição seria moral, embora mal justificada. Na fundação de sua teoria do direito haveria a tese moral de que a prática jurídica em todas as suas manifestações *deve* se desenvolver como o exclusivismo a retrata.

Como vimos ao longo do argumento, especialmente no tópico 3, RAZ não negaria essa conclusão; ao contrário, creio que ele a afirmaria com convicção. Ele reconhece que uma teoria sobre como os juízes devem decidir, uma teoria da adjudicação, é uma teoria moral. Mas, como ficou claro no tópico 3, ele afirma que sua teoria não se propõe a dar respostas sobre como juízes devem decidir; sua teoria não tem propósito prático. E, quando RAZ se refere ao trecho transcrito no tópico anterior⁵⁰³, onde DWORKIN lhe atribui uma teoria política como justificadora de sua atribuição de função, ele expressamente rechaça a interpretação de que essa seria uma teoria política seria de natureza moral. Afirma Raz:

“According to R. M. Dworkin, legal positivists endorse the model of rules because of a political theory about the function of law which they think is to ‘provide a settled public and dependable set of standards for private and official conduct, standards whose force cannot be called into question by some individual official’s conception of policy or morality’. The argument of this article shows that something like Dworkin’s description applies to my argument. But [...] it is misleading to regard the thesis and argument explained here as moral ones. The argument is indeed evaluative, but in the sense that any good theory of society is based on evaluative considerations in that its success is in highlighting important social structures and processes, and every judgment of importance is evaluative.”⁵⁰⁴

O propósito de uma atribuição de função no primeiro sentido discutido, como disse, é

⁵⁰³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. p. 347

⁵⁰⁴ EPD, p. 235.

prático, resultando em um conceito normativo. Aqui, RAZ rechaça que seu propósito seja moral – e, portanto, prático –, e diz que tem por objetivo elaborar uma “boa teoria da sociedade”, cujo sucesso se encontra em destacar estruturas e processos sociais “importantes”. Sendo esse o caso, a teoria política de RAZ é aquela que define “*what is significant and important about central social institutions, i.e. legal institutions*”⁵⁰⁵, e ela justificaria a atribuição de função autoritativa mediadora ao direito. Mas a ideia de importância aqui ainda é pouco esclarecedora. Um julgamento de importância também pode ser um julgamento prático. Voltando ao nosso exemplo inicial, um pai que diz para seu filho “é importante dirigir com segurança” está orientando seu filho sobre como deve dirigir. E uma pessoa que diz que instituições autoritativas são socialmente importantes também pode estar realizando um juízo sobre como sociedades devem ser estruturadas – ou seja, como seus membros, especialmente os detentores de poder político, devem agir.

“*But in claiming that these features are important one is not commending them as good*”⁵⁰⁶, diz RAZ. Por “importante” ele não quer significar que essas características ressaltadas tenham valor e, portanto, que haja alguma razão para estruturar a sociedade de acordo com elas. Essas características são “*central and significant to the way the concept [of law] plays its role in people's understanding of society*”⁵⁰⁷, ou seja, para entender a forma como as pessoas conceitualizam a realidade social. “*Legal theory contributes in this respect to an improved understanding of society*”⁵⁰⁸, diz RAZ. Sua explicação tem a pretensão de explicitar “*the centrality to our social experience of institutions which express what they claim to be the collective and binding judgment of their society as to how people should behave*”⁵⁰⁹. Consequentemente, a verdade da atribuição de função mediadora ao direito “*depends on the fact that the perception of importance of the feature focused upon is shared in our society, that it is shared, among others, by the law-makers themselves*”⁵¹⁰. O que RAZ está fazendo, portanto, é dizer que a atribuição de função autoritativa faz parte da compreensão socialmente partilhada do direito. É a sociedade que atribui essa função, e RAZ apenas descreve esse fato, muito embora faça o juízo avaliativo de que essa atribuição é importante para compreender a forma como a sociedade se compreende – ou seja, sua auto-compreensão. É o mesmo tipo de atribuição de função feita por quem afirma que as

⁵⁰⁵ EPD, p. 236.

⁵⁰⁶ EPD, p. 236.

⁵⁰⁷ EPD, p. 236.

⁵⁰⁸ EPD, p. 236.

⁵⁰⁹ EPD, p. 236.

⁵¹⁰ EPD, p. 237.

câmaras de gás nazistas tinham por função matar pessoas – supondo-se, claro, que esse alguém não aceite as crenças nazistas, assim como eu e, espero, você. Nesse sentido, afirma WALUCHOW:

“How are we to interpret the ascriptions of function made by Raz and attributed to positivists by Dworkin? [...] As for Raz, it is clear that his ascriptions of purpose are descriptive in nature and based not on moral-evaluative ascriptions of worthy purposes but meta-theoretical judgements of importance. According to Raz, exclusive positivism is to be commended, not because it invests law with a morally worthy purpose, but because it helps us in ‘highlighting important social structures and processes’, in ‘trying to sort out what is central and significant in the common understanding of the concept of law’.”⁵¹¹

Mas a questão que se coloca é: quais razões justificam essa atribuição descritiva de RAZ? Se não são razões morais, pois a atribuição não é prática, o que pode justificar a afirmação de que a compreensão social do direito envolve a atribuição de uma função autoritativa de mediação? A meu ver, como disse, RAZ não apresenta uma justificação para essa atribuição no argumento da autoridade; ela simplesmente é suposta. O único esclarecimento que ele dá consiste em indicar que a atribuição não é prática, e sim descritiva da compreensão social do direito. A questão que se coloca é: como justificar a afirmação de que determinado elemento – a função autoritativa, no caso – integra a compreensão social de um conceito?

12. Justificações da tese das fontes: truísmos, relações conceituais e usos linguísticos

RAZ pretende explicar a compreensão social do direito, o que, para ele, significa que a explicação tem a pretensão de refletir as regras que governam o uso do conceito⁵¹². A explicação será verdadeira, portanto, se articular uma regra que realmente reflita a regra para a aplicação do conceito usada pelas pessoas cujo entendimento se pretende explicar. RAZ chama isso de uma explicação *criterial*⁵¹³, que, segundo ele, “(1) states a rule setting out conditions for the (correct) use of a concept; and (2) is a true explanation by virtue of the fact that it is a correct statement of the conditions for the correct use of the concept actually used by those who use it”⁵¹⁴. Mas como articular essa regra de uso? Como estabelecer que a regra que postulo como correta realmente reflete o uso do conceito X, a

⁵¹¹ WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994. pp. 120-121.

⁵¹² Como RAZ afirma em BAI, p. 75, “[t]heir truth or adequacy is tested also by their conformity to the rules governing the use of the concept”.

⁵¹³ Lembremos da oposição entre conceitos criteriosais e interpretativos mencionada no tópico 4.

⁵¹⁴ BAI, p. 60.

despeito de outras explicações em sentido contrário? Segundo RAZ, havendo discordância a respeito da aplicação de um conceito, ela se resolve principalmente pelo recurso a *exemplos claros* – truísmos –, *analogias*, *conexões conceituais*, e pela articulação das implicações que se extraem desses recursos⁵¹⁵.

Para RAZ, truísmos são considerações sobre um conceito que são “*taken by most people to be obviously true and beyond question*”⁵¹⁶, e uma teoria do direito deve se esforçar para acomodar os truísmos, salvo em caso de uma bem-sucedida refutação teórica⁵¹⁷. Da mesma forma entende SCOTT SHAPIRO. Para ele, sendo a teoria do direito um empreendimento de análise conceitual – e, como vimos, esse é o empreendimento de RAZ –, grande parte do trabalho do teórico envolve a coleta de truísmos – verdades autoevidentes, “*statements so unobjectionable that they hardly need mentioning*”⁵¹⁸ – sobre o conceito, e uma teoria é tão mais adequada quanto explique, de forma coerente, um maior ou mais importante número de truísmos.⁵¹⁹⁻⁵²⁰ Em outras palavras, truísmos, verdades paradigmáticas, não possuem caráter absoluto, mas gozam de uma espécie de presunção de legitimidade. Alguns truísmos podem ser contestados e deixados de lado, mas a questão é que isso implica alguma justificação teórica, e, quanto mais importante parecer o truísmo, maior é o ônus; um truísmo muito importante deixado de lado pode reduzir drasticamente o poder explicativo de uma teoria, deixando inexplicada uma característica que pode parecer central. Exemplo clássico desse tipo de situação é encontrado na refutação de HART da ideia de que “o direito é o que o juiz (ou a Corte) diz que é”, geralmente motivada pelo fato de Cortes terem a palavra final, irrecorrível, sobre o

⁵¹⁵ BAI, p. 71: “If you deny that a certain feature is a necessary feature of a concept and I assert that it is, we will proceed by appealing to clear examples, to analogies, or to agreed conceptual connections, and will pursue their implications.” Especificamente sobre explicações por exemplos, cf. BAI, pp. 68-69.

⁵¹⁶ BAI, p. 166.

⁵¹⁷ BAI, p. 166: “[Truism] express many people’s direct reactions to or understanding of the phenomena, an understanding which is open to theoretical challenge, but has to be taken as correct absent a successful theoretical challenge.”

⁵¹⁸ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 19.

⁵¹⁹ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. pp. 13-18. SHAPIRO faz uma analogia entre o trabalho do teórico do direito e o trabalho de um detetive. Os truísmos do teórico do direito seriam equivalentes às pistas para o detetive. A analogia é interessante, mas, a meu ver, não é totalmente apropriada. Pistas são evidências e, nesse sentido, não são constitutivas da realidade que o detetive quer acessar. Os truísmos, ao contrário, são constitutivos do conceito que se quer explicar, muito embora não sejam absolutos. Truísmos podem estar equivocados, mas não parece ser o mesmo equívoco de uma pista que não reflete a realidade dos fatos que se pretende explicar.

⁵²⁰ No mesmo sentido, cf. TOH, Kevin. “Some Moving Parts in Jurisprudence”. *Texas Law Review*, v. 88, 2010, p. 1285: “In devising a philosophical theory of law, we are trying to explain, or account for, certain facts that obviously or uncontroversially seem to be features of communities of people governed or regulated by laws. Such facts together amount to the pretheoretical data, and our goal is to come up with a hypothesis about what law is that best explains those facts.”

direito aplicável a determinado caso. Segundo HART, esse tipo de teoria confunde finalidade com infalibilidade e, no caminho, a noção de erro judicial se perde.⁵²¹ Ou seja, o truísmo de que juízes não são infalíveis e podem errar a respeito do direito aplicável não é acomodado por essa teoria. E, com isso, ficam inexplicados alguns dados comuns da experiência jurídica, como, por exemplo, o fato de decisões até mesmo das cortes de maior hierarquia de cada país serem criticadas por como equivocadas.

Mas truísmos não são o único elemento para a explicação de conceitos. Como disse, RAZ entende que parte importante da explicação de conceitos também se dá pela sua localização em uma *rede conceitual*⁵²². “*The content of concepts is determined in part by the inferential relations that apply to them*”⁵²³, diz RAZ. Aprender “por definição”, estabelecendo relações entre conceitos, é uma parte de como adquirimos entendimento de um conceito⁵²⁴. Entender que algo é uma mesa envolve entender que não é uma cadeira, por exemplo. É a partir dessa articulação coerente entre outros conceitos e truísmos, que conseguimos determinar as fronteiras de nossos conceitos e, dessa forma, nos aprofundarmos na investigação das suas características essenciais. Por exemplo, entender completamente o conceito de triângulo equilátero envolve entender que se aplica às

⁵²¹ HART, TCL, pp. 141-147.

⁵²² BAI, pp. 56-57: “Conceptual explanations not only explain the conditions for correct application of a concept (‘an act of torture is an infliction of pain or suffering for its own sake or to obtain some benefit or advantage’) but also its connections with others (‘torture is worse than murder’). We explain concepts in part by locating them in a conceptual web.” Cf. também BAI, p. 67: “The criteria used in explaining a concept are typically statements about its relation to other concepts, or applications of it to some criterial examples. [...] For the most part there are no canonical explanations for concepts. They can be explained in many ways, using or avoiding various other concepts, or examples.” E também BAI, p. 70: “[W]hen wondering about issues about which we are not clear, much of the time our process is not so much a process of belief revision as of finding out what are the implications of the beliefs we have for the matters we are undecided about. An important part of such deliberation is a process of clarifying to oneself the contours of one’s own concepts. One is committed to them, in the way one is committed to one’s beliefs, but one may not understand them all that well, as one is not always clear about the implications of one’s beliefs. Trying to make up one’s mind on an issue, or trying to sort out whether a view incompatible with one’s own has some merit, is primarily a process of examining the implications of one’s beliefs, and the contours of one’s concepts, an exploration proceeding through a debate about the adequacy of various criterial explanations of them.”

⁵²³ BAI, p. 203.

⁵²⁴ Em BAI, p. 43, RAZ compara o aprendizado *por definição* com o aprendizado *por imitação*: “Concept acquisition often results from a combination of establishing, through explicit explanation or by observing how they are used by others, relations between them and other familiar concepts on the one hand, and learning their use by osmosis, by using them or observing their use, being set right by others when one makes a mistake, or, more commonly, observing through the reactions of others that one’s use of the concept was not altogether happy. Let us call those two ways, often inter-related and not clearly distinguished in practice, learning by definition and learning through imitation. [...] In fact it is reasonable to suppose that all our concepts which have use outside narrowly delimited groups of users and purposes of use are learnt through a combination of both methods. To acquire the concept of red one needs to know that it is a colour concept, that it is a perceptual concept, that nothing can be both red and green all over, and other matters one is likely to learn partly through definitions. To acquire the number concept ‘two’ one needs to know that when two drops of water merge there is only one drop of water there, and to have other knowledge likely to be acquired partly by imitation.”

mesmas coisas que são designadas pelo conceito de triângulo equiângulo – ou seja, esses conceitos se referem a coisas que possuem as mesmas características essenciais –, mas isso não significa que isso seja conhecido por qualquer pessoa que possua o conceito de triângulo equilátero.

De fato, essa metodologia de explicação conceitual reflete o empreendimento de RAZ em defesa da tese das fontes. Os seus argumentos são basicamente articulações de truísmos e relações conceituais, utilizando também evidências de usos linguísticos. Há dois argumentos mais diretos, os dois primeiros que vou explicar a seguir, mas acredito que todos se sustentam em outras relações conceituais mais básicas que mostram, por exemplo, a importância de instituições de aplicação do direito, sua função não apenas de aplicação, mas também de criação, etc. Todos eles, ao final das contas, servem como suporte mútuo para a concepção exclusivista de RAZ.

12.1. Distinções truísticas

Em *Legal Positivism and the Sources of Law*⁵²⁵, RAZ articula um argumento que entendo embrionário da atribuição de função ao direito feita em *Authority, Law and Morality*, mostrando claramente as razões nas quais essa atribuição se sustenta. Segundo RAZ, “*the sources thesis captures and highlights a fundamental insight into the function of law*”⁵²⁶. Para ele, é um truísmo que a vida em sociedade requer, e é facilitada por, padrões de cooperação, coordenação e busca de objetivos comuns entre os seus membros⁵²⁷. Contudo, diferentes pessoas, ou diferentes grupos da população, endossam visões diferentes a respeito de quais esquemas de coordenação, cooperações e objetivos deveriam prevalecer na sociedade. Seria função essencial do direito marcar o ponto onde a visão privada de membros da sociedade se torna a visão da comunidade – ou seja, a visão que se apresenta com a pretensão de vincular a todos –, a despeito de discordâncias ou controvérsias a respeito dessa visão. Para que isso seja possível, diz RAZ, é necessário que o direito forneça padrões publicamente verificáveis de orientação e regulação de comportamentos em sociedade. Ele explica:

“It is an essential part of the function of law in society to mark the point at which a private view of members of the society, or of influential sections or powerful groups in it, ceases to

⁵²⁵ TAL, capítulo 3.

⁵²⁶ TAL, p. 50.

⁵²⁷ TAL, p. 50.

be their private view and becomes (i.e. lays a claim to be) a view binding on all members notwithstanding their disagreement with it. It does so and can only do so by providing publicly ascertainable ways of guiding behaviour and regulating aspects of social life. Law is a public measure by which one can measure one's own as well as other people's behaviour. It helps to secure social co-operation not only through its sanctions providing motivation for conformity but also through designating in an accessible way the patterns of behaviour required for such co-operation.”⁵²⁸

A princípio, é razoável interpretar o argumento como sugerindo que o direito teria por função estabelecer critérios claros, públicos e não controvertidos de orientação. Mas, como vimos no tópico 1.1, RAZ deixa claro que a tese das fontes não tem relação com certeza, e sim com *finalidade*. “[T]he sources thesis does not rest on an assumption that law cannot be controversial”⁵²⁹, diz RAZ. O direito não teria como função fornecer critérios incontestados, muito embora seja verdade que, caso o direito fosse sempre controvertido, a importância do direito enquanto mediador se perderia⁵³⁰. O “momento decisivo” do direito, como diz RAZ, está na passagem do valorativo para o fático⁵³¹. A questão não é a produção de uma certeza, mas sim a transformação de uma discussão moral em uma discussão fática, sobre o ponto de vista de uma autoridade, ainda que esse ponto de vista não seja fácil de determinar. E esse é um elemento essencial para a noção de governo, seja essa noção entendida em sua expressão menos complexa de família, seja ela entendida em sua expressão mais complexa de estado. Em resumo, a função do direito é estabelecer, como questão de fato, um ponto de vista sobre como os membros da comunidade devem agir – atribuição de função, a meu ver, muito similar à função de mediação autoritativa. RAZ esclarece esse ponto logo na sequência do argumento:

“To prevent misunderstanding let me elaborate some of the crucial steps in the argument. Many societies (large or small) have a relatively formal way of distinguishing between expressions of views, demands, etc., and authoritative rulings. Such a distinction is an essential element in our conception of government, be it in a family, in a loosely organized community, or in the state. Not all authoritative rulings are laws, not all systems of such rules are legal systems. But marking a rule as legally binding is marking it as an authoritative ruling. This marking-off of authoritative rulings indicates the existence in that society of an institution or organization claiming authority over members of the society that is holding them bound to conform to certain standards just because they were singled out by that purported authority regardless of whether or not they are justifiable standards on other grounds. Since it is of the very essence of the alleged authority that it issues rulings which are binding regardless of any other justification, it follows that it must be possible to identify those rulings without engaging in a justificatory argument, i.e. as issuing from certain activities and interpreted in the light of publicly ascertainable standards not involving moral

⁵²⁸ TAL, p. 51.

⁵²⁹ EPD, p. 234.

⁵³⁰ EPD, p. 234.

⁵³¹ BAI, p. 115: “I talked of the authoritative endorsement of a standard as the decisive moment because it is the moment in which – to speak metaphorically – value is transformed into fact.”

argument.”⁵³²

Mas o que justifica essa atribuição de função ao direito? RAZ afirma basicamente que ela é a racionalização de uma série de distinções tidas como truísticas na prática jurídica⁵³³. Segundo ele, fazem parte da compreensão comum da experiência jurídica as ideias de que: [i] o direito pode ser não apenas criado, mas também aplicado⁵³⁴; [ii] o direito pode ser determinado, mas também indeterminado⁵³⁵; e [iii] os juízes podem ser avaliados por sua capacidade técnico-jurídica ou por sua prudência moral⁵³⁶, sendo reconhecido socialmente que os critérios de avaliação nas três situações são distintos. RAZ afirma que uma das razões para aceitar a tese das fontes é que ela “*reflects and systemizes several interconnected distinctions embedded in our conception of the law*”⁵³⁷, e, segundo ele, “[i]f, in fact, the sources thesis coincides with the way these distinctions are generally applied, it has explanatory power and is supported to that extent”⁵³⁸. Mas essas distinções truísticas e o seu reflexo – a tese das fontes – apontam para algo mais profundo. Elas apontam para a função autoritativa atribuída ao direito por RAZ. Essas distinções são comuns e truísticas na prática jurídica justamente porque são o reflexo mais superficial da compreensão social de que o direito realiza essa função. “*If the first argument for the sources thesis was that it reflects and systemizes several interconnected distinctions embedded in our conception of the law, the second argument probes deeper and shows that the distinctions and the sources thesis which explicates them help to identify a basic underlying function of the law*”⁵³⁹, diz RAZ.

Mas esse é realmente um argumento de defesa da atribuição de função autoritativa ao direito? É possível – como sugeri – entender que o argumento sobre a função do direito

⁵³² TAL, pp. 51-52.

⁵³³ Do argumento da autoridade até as relações conceituais, busquei articular uma relação de continuidade entre os argumentos. Em outras palavras, busquei mostrar que são diferentes camadas do mesmo argumento, uma sustentando a outra. Há quem entenda que são argumentos distintos. WALUCHOW, por exemplo, afirma que são três argumentos distintos de RAZ, cada um se sustentando por conta própria: o argumento do poder explicativo – ou seja, a ideia de que a tese das fontes explica melhor as relações conceituais comuns à prática jurídica e, por isso, deveria ser acolhida como verdadeira –, o argumento da função de determinação de padrões públicos e certeza, e o argumento da autoridade. Cf. WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994. pp. 113-129.

⁵³⁴ TAL, p. 49. Cf. também CLS, p. 216. Mas o fato de essas categorias serem importantes não significa que seja clara a divisão entre a aplicação e criação do direito. Cf. TAL, p. 94: “The courts, in most cases brought before them, probably neither merely apply an existing law nor do they merely initiate a new law. They may be doing a little of both. But this does not detract from the ability of a clear distinction between applying existing law and creating a new one to shed light on legal processes.”

⁵³⁵ TAL, p. 49. Cf. também CLS, p. 216.

⁵³⁶ TAL, pp. 48-49. E também por sua visão política, como ele afirma em RAZ, Joseph. “Professor Dworkin’s Theory of Rights”. *Political Studies*, v. 26, n. 1, 1978, p. 137.

⁵³⁷ TAL, p. 52.

⁵³⁸ TAL, p. 50.

⁵³⁹ TAL, p. 52.

seria um argumento distinto, que não seria a expressão da racionalidade que está por trás do manejo das distinções conceituais apresentadas por RAZ como truísticas. Ele mesmo afirma no argumento de *Legal Positivism and the Sources of Law* que são dois os argumentos que sustentam a tese das fontes, e que, enquanto o primeiro, das distinções truísticas, mostra que a tese reflete e explica nossa compreensão do conceito de direito, o argumento da função do direito mostraria que existem “boas razões” para aderir a essa concepção.⁵⁴⁰ Contudo, esse trecho torna plausível até a interpretação – a meu ver equivocada pelas razões acima já explicadas – de que a atribuição de função de RAZ é feita em sentido prático: a tese das fontes não seria apenas uma boa explicação, mas também, por esse segundo argumento, uma concepção com boas razões para se adotar.

A relação de dependência entre os argumentos fica clara, a meu ver, em argumento posterior, onde RAZ deixa claro que a razão para a aceitação da tese das fontes é simplesmente a capacidade de explicação de crenças fundamentais comuns – as distinções truísticas – a respeito do conceito:

“The direct argument [para aceitar a tese das fontes] is brief and simple. The common conception of law prevalent in our society is consistent with the sources thesis. Furthermore, the sources thesis explains many fundamental beliefs about law current in our society such as the view that the law is sometimes settled, sometimes unsettled, that the courts sometimes apply pre-existing law and sometimes make new law, etc.”⁵⁴¹

Da mesma forma que em *Legal Positivism and the Sources of Law*, aqui RAZ reafirma que essas distinções truísticas sinalizariam a função social do direito de transformação de uma discussão moral em uma discussão fática, sobre o ponto de vista de uma autoridade, o que seria evidenciado pelo estabelecimento na sociedade do que ele chama de estágios de decisão executivo e deliberativo.

O estágio deliberativo se relacionaria com o debate de considerações morais para o estabelecimento de uma decisão. O estágio executivo, por sua vez, operaria de acordo com a lógica de investigação de fatos, onde não se reabre a argumentação sobre a coisa certa a fazer, e sim se executa o que se deliberou no estágio anterior.⁵⁴²

⁵⁴⁰ Cf. TAL, p. 48: “What are the reasons for accepting the sources thesis? Two arguments combine to support it. The one shows that the thesis reflects and explicates our conception of the law; the second shows that there are sound reasons for adhering to that conception.”

⁵⁴¹ CLS, p. 216.

⁵⁴² CLS, pp. 213-214. EPD, pp. 206-208

12.2. *Moralidade e direito: contra a tese da incorporação*

RAZ tem outro argumento pela tese das fontes voltado especificamente para a tese incorporacionista dos positivistas inclusivos – ou seja, de que a inclusão de termos morais em textos jurídicos implicaria na incorporação da moralidade ao direito, ao menos no âmbito de aplicação de tais normas. Em linhas gerais, ele afirma basicamente que a tese é incoerente e não faz sentido quando consideramos de forma adequada as noções de moralidade e direito⁵⁴³. Em uma entrevista, RAZ dá uma visão geral que entendo simples e esclarecedora a respeito do que significar por moralidade:

“Unlike some people who think of morality as a unified system of principles, I am with those who deny that there is a moral system, but believe that there are considerations that apply to us, and those of them that are basic, underived, cannot be further assessed (as good/bad, desirable/undesirable). Against that background I find little of theoretical interest in subdividing considerations of that kind into moral v. some other kinds. When writing about normativity, as you saw above, I do not mention morality, and write generally about values and normative reasons. When writing about the law I usually accede to the practice of discussing law and morality (using this term), but really having in mind the fact that the law, like all people, practices, institutions and more, can be normatively assessed.”⁵⁴⁴

O que RAZ deixa claro aqui é que moralidade tem relação com normatividade. Em outras palavras, moralidade é a dimensão da normatividade.

Segundo RAZ, um pressuposto da tese incorporacionista é o de que o direito teria poder normativo para atribuir validade à moralidade. Dessa forma, ao ser incorporado um termo moral em uma cláusula jurídica, o conceito moral expresso pelo termo seria validado pelo direito. Em outras palavras, o direito determinaria que, naquela situação da cláusula, a moralidade deve ser obedecida, o que, por sua vez, sugere que em caso de não incorporação a moralidade não deve ser seguida. Mas a questão correta a se perguntar não é como o direito pode incorporar a moralidade, e sim “*how the law can be incorporated within morality and how the existence of the law can impinge on our moral rights and duties*”⁵⁴⁵.

RAZ começa notando que até mesmo juízes são humanos, o que ele fala com a simples pretensão de deixar claro que, sendo juízes agentes com capacidade de ação

⁵⁴³ É importante ressaltar que o ponto não é linguístico. O que ele afirma não é que seria incoerente à luz dos significados comuns de “direito” e “moralidade”, e sim que, considerando-se como “moralidade” o que normalmente se considera na teoria do direito, a tese da incorporação acaba desembocando em uma posição sem sentido.

⁵⁴⁴ RAZ, Joseph. “From normativity to responsibility etc”. *3:AM Magazine*. Interviewed by Richard Marshall. First published: Monday, September 1st, 2014. Disponível em: <<http://www.3ammagazine.com/3am/from-normativity-to-responsibility-etc/>>

⁵⁴⁵ BAI, p. 183.

intencional, a moralidade se aplica a eles de qualquer forma⁵⁴⁶. É simplesmente isso que a noção de moralidade quer significar: razões que se aplicam a qualquer pessoa. O que não significa, claro, que toda razão moral se aplique a toda pessoa – eu, por exemplo, não tenho dever de cuidar dos meus filhos porque não tenho filhos, mas esse é um dever moral que se aplica a quem tem, e se aplicaria a mim caso eu tivesse, ou se aplicará caso venha a ter. “*Morality, unlike the law or the norms governing the university or any other social institution, is not a system of rules. Talking of morality is just a way of talking of some of the reasons that people have. They apply to whomever they address*”⁵⁴⁷, diz RAZ. Disso se conclui, diz ele, que a moralidade não é um ponto de vista como o direito. Mas o que isso significa?

É possível falar sobre o ponto de vista jurídico em dois sentidos: [i] quando estamos discutindo um problema e queremos isolar as razões especificamente jurídicas que se aplicam à situação; e [ii] quando queremos suspender a questão da verdade sobre o ponto de vista jurídico. Fala-se no primeiro sentido quando dizemos “do ponto de vista jurídico, você deve respeitar o contrato, mas, do ponto de vista econômico, é mais vantajoso que descumpra agora, invista o dinheiro em outra coisa e pague indenização depois”. No segundo sentido, simplesmente assumimos como verdadeiro um ponto de vista, embora sem se comprometer com essa verdade, como quando falamos “do ponto de vista do direito [e aqui RAZ quer significar o ponto de vista das autoridades] X tem obrigação de *p*, mas não acredito que X tenha realmente obrigação de *p*”. Em relação à moralidade, contudo, não faz sentido suspender a questão da verdade, pois a moralidade simplesmente é o ponto de vista das razões que realmente se aplicam – ou seja, o ponto de vista que determina a verdade normativa. Não faz sentido falar “do ponto de vista da moralidade você tem obrigação de *p*, mas não acredito que você tenha obrigação de *p*”, a não ser que “moralidade”, aqui, seja usado em algum sentido estipulativo.⁵⁴⁸ Dessa forma, se concebermos o direito como normativamente válido, o direito não pode ser contrastado com a moralidade. Se o direito é válido, o é porque a moralidade assim determina, como, por exemplo, quando as autoridades jurídicas são autoridades legítimas. O que os juízes devem fazer é algo que é sempre determinado por considerações morais, mesmo quando a moralidade dá validade ao direito e permite que ele *altere* as razões que se aplicariam caso não existisse – ou caso não fosse legítimo. “*It is time to abandon the dramatic metaphor of*

⁵⁴⁶ BAI, p. 183.

⁵⁴⁷ BAI, p. 184.

⁵⁴⁸ BAI, pp. 185-186.

*the law excluding morality. What happens – and remember, we are talking here of morally legitimate law only – is that the law modifies the way morality applies to people*⁵⁴⁹, afirma RAZ. Em resumo, o direito não exclui a moralidade, e sim a altera. E a altera porque a própria moralidade assim determina. Ele afirma:

*“This, then, is finally the full answer to the question of why judges are humans too, why they are subject to morality: they would not be subject to the law were they not subject to morality. [...] Here the law is normatively valid, it is so in virtue of a moral principle, and therefore if we take the law to be normatively valid we cannot construe its requirements as constituting a point of view independent of morality, a point of view that represents a separate normative concern that has nothing to do with morality, and then ask whether it recognizes morality as applying to its officials. The boot is on the other foot; the question is whether morality, which applies to all humans simply because they are humans, has room for the law.”*⁵⁵⁰

Essa conclusão gera um aparente problema: como explicar leis que parecem expressamente determinar a incorporação da moralidade, como as noções de crueldade e dignidade já mencionadas no tópico 10? RAZ não nega que leis nesse sentido existam, e aceita até mesmo como algo comum na prática jurídica. *“Surely the law can instruct judges not to follow morality, and it can instruct them to follow it, and it can do either or both in more discriminating ways”*⁵⁵¹, diz ele. O que ele afirma, contudo, é que esses casos são de incorporação meramente aparente. Para ilustrar o ponto, ele faz uma analogia com leis que determinam a aplicação de normas de outro sistema – por exemplo, uma lei brasileira que determine a aplicação de uma lei americana em situação X –, ou com contratos entre particulares. Segundo ele, leis estrangeiras e contratos não passam a fazer parte do sistema jurídico interno pelo simples fato de serem válidos de acordo com esse sistema – ou seja, pelo fato de o sistema determinar que devam ser seguidos.⁵⁵² Para RAZ, a linguagem incorporacionista dessas cláusulas com termos morais não deve ser considerada o fator determinante para estabelecer o que faz parte do sistema ou não; o que deve determinar isso é a noção de sistema jurídico. Ele afirma:

*“[N]ot everything which looks like incorporation is incorporation. [...] The difference between making a standard part of the law and merely giving it some legal effect without making it in itself part of the law of the land does not lie in the language of the ‘incorporating’ legislative measure – [...] it depends in part on our general conception of what a legal system is and how it relates to normative standards outside it, such as foreign law, moral considerations, or the constitution and laws of non-state organizations.”*⁵⁵³

Se a linguagem não é o fator determinante, as situações de incorporação devem ser

⁵⁴⁹ BAI, p. 192.

⁵⁵⁰ BAI, p. 189, grifos no original.

⁵⁵¹ BAI, p. 190.

⁵⁵² BAI, pp. 194-195.

⁵⁵³ BAI, p. 195.

explicadas de forma coerente com as noções de moralidade sistema jurídico. Sendo esse o caso, as aparentes situações de incorporação são, na verdade, situações onde o direito estabelece que determinados âmbitos de deliberação não podem sofrer exclusão de razões dependentes⁵⁵⁴. O direito não valida a moralidade; ele simplesmente deixa claro que as razões morais aplicáveis a determinado âmbito não podem ser alteradas pelo direito. “*References to moral considerations in constitutions are typically not cases of the incorporation of morality but blocks to its exclusion or modification by ordinary legislation*”⁵⁵⁵, diz RAZ.

RAZ conclui que a tese incorporacionista não tem recursos para explicar a distinção entre normas que fazem parte do sistema jurídico e normas ou considerações cuja aplicação é meramente determinada pelo sistema, e também trata as noções de moralidade e direito de forma incoerente, pois a moralidade se aplica de qualquer maneira, e não apenas quando validada pelo direito.⁵⁵⁶

12.3. Direito, efetividade, costumes, e a natureza institucional do direito

Como disse, as distinções truísticas e a distinção entre direito e moralidade formam os argumentos mais diretamente atribuídos por RAZ como justificações da tese das fontes, mas ele se sustenta em outros argumentos mais básicos. Por exemplo, as distinções truísticas se sustentam na ideia de aplicação ou criação do direito por Cortes, no papel de juízes, etc., e, portanto, pressupõem que o direito tenha alguma conexão com essas instituições.

RAZ estabelece a conexão entre direito e instituições com base na relação entre direito e efetividade. Para ele, é um truísmo o fato de identificarmos a existência de um sistema jurídico com a sua efetividade, com o seu impacto no comportamento da comunidade⁵⁵⁷. Disso se pode concluir que, muito embora possamos falar sobre a noção de sistema jurídico sem a pretensão de responder à pergunta sobre a existência ou não de um determinado sistema, é de suma importância para a definição dessa noção que sejam identificadas as características que permitam que um sistema possa ter impacto social. Essa é o que RAZ denomina de “*assunção da primazia do social*” (*assumption of the primacy of*

⁵⁵⁴ BAI, pp. 195-198.

⁵⁵⁵ BAI, p. 196.

⁵⁵⁶ BAI, pp. 201-202.

⁵⁵⁷ TAL, p. 104.

the social)⁵⁵⁸. Mas a relação do direito com seu impacto social não é simples. Para se afirmar a existência de um sistema jurídico não é suficiente apenas constatar que em determinada sociedade seus membros aceitam normas e, portanto, elas produzem impacto no seu comportamento. Essa concepção se mostra incapaz de distinguir o direito de costumes sociais e de dar conta da dimensão institucional do direito. Costumes se tornam direito apenas quando são reconhecidos por instituições jurídicas. RAZ afirma que “*although both laws and social practices guide behaviour, this is no reason to amalgamate the two*”⁵⁵⁹.

12.4. Definição de “Cortes” e sistemas de discricionariedade absoluta

Vimos que direito não é costume, e, portanto, a existência de um sistema jurídico pressupõe suporte institucional. Como já dito no tópico 4, RAZ aceita a “intuição básica” de que o direito tem relação com o que as Cortes fazem. Mas isso significa que o direito é o que as Cortes decidem que é? De acordo com RAZ, “*our intuitive understanding of the nature of courts of law as a political institution*”⁵⁶⁰ mostra que esse não é o caso.

Para RAZ, são três as características truísticas de cortes: [i] elas resolvem litígios; [ii] a resolução de litígios se dá por meio de determinações autoritativas; e [iii] em suas operações, Cortes são guiadas ao menos parcialmente por considerações autoritativas.⁵⁶¹ As duas primeiras RAZ entende que, de tão evidentes, sequer é necessário justificar. A última, contudo, ele justifica nos convidando a olhar para o que ele entende como a sua negação, qual seja, uma situação de arbitragem onde o mediador “*is instructed merely to judge the merits of the case and to issue a just judgment, without being bound to follow any authoritative positivist standard*”⁵⁶², ou, em dimensão institucional, um “sistema de discricionariedade absoluta” (*system of absolute discretion*)⁵⁶³, onde a única orientação que

⁵⁵⁸ TAL, p. 104.

⁵⁵⁹ TAL, pp. 86-87.

⁵⁶⁰ EPD, p. 206.

⁵⁶¹ EPD, p. 205.

⁵⁶² EPD, p. 205.

⁵⁶³ PRN, pp. 137-141; TAL, pp. 111-112; EPD, pp. 205-206. É importante notar que, muito embora a ideia de decisão por discricionariedade absoluta esteja presente nos três trechos citados, o argumento de EPD é distinto dos argumentos de PRN e TAL. Em PRN e TAL, RAZ sugeria que o direito é diferente de um sistema de discricionariedade absoluta porque, em um sistema desse tipo, o direito seria incapaz de guiar condutas. Segundo ele, é um dado comum da nossa experiência o fato de as pessoas divergirem sobre qual é a melhor forma de agir, e em um sistema de discricionariedade seria igualmente razoável supor que os juízes decidiriam casos similares de formas muito distintas, perdendo-se a unidade característica de sistemas jurídicos e, portanto, sua capacidade de guiar condutas. Creio que RAZ mudou de posição porque o

as cortes estão obrigadas a seguir é que decidam da forma que entendam *a melhor*⁵⁶⁴.

O que RAZ nos quer fazer perceber com esse hipotético sistema é que, muito embora ele seja um sistema normativo institucional – pois há instituições responsáveis pela determinação autoritativa da situação normativa em disputas entre indivíduos –, esse claramente não é um sistema jurídico. Isto porque, nesse tipo de sistema não há distinção entre criação e aplicação do direito, entre direito determinado e indeterminado, entre prudência e técnica jurídica dos juízes. Segundo RAZ, “*the fact that law consists of considerations enforceable by courts [...] which are authoritative and positivist is suggested by the definition of a legal court, and is supported by the common distinction between the two functions of the courts as law-makers and law-appliers which roughly coincides with the distinction between cases where the law is unsettled and those where it is not*”⁵⁶⁵.

12.5. Direito e Estado

A tese das fontes afirma que toda norma jurídica necessariamente é estabelecida a partir de fontes. Mas isso não significa que toda norma estabelecida por fontes seja parte de qualquer sistema jurídico X, ainda que do ponto de vista do sistema X a norma seja vinculante em determinadas situações – ou seja, ainda que seja válida de acordo com o sistema. Por exemplo, parece no mínimo inadequado falar que contratos entre agentes privados, regras internas de agentes privados – regras de um clube⁵⁶⁶, por exemplo –, normas de outros países cuja aplicação é determinada pelo direito internacional privado interno⁵⁶⁷, etc., são normas que fazem parte do sistema que eventualmente determina a sua vinculação. Essas normas são meramente “direito adotado”, determinado por referência por leis do sistema. “*Quite often the courts have an obligation to apply laws of other legal systems, rules of private associations, and so on, although these were not and do not become part of the legal system*”⁵⁶⁸, diz RAZ. O limite do sistema não está somente na

argumento inicial supunha que Cortes não podiam decidir com base em critérios morais, sob pena inviabilizar sua função de guiar condutas. Mas uma teoria que suponha que Cortes não recorrem a critérios morais é, no mínimo, descritivamente equivocada, como o próprio RAZ reconhece.

⁵⁶⁴ TAL, p. 111.

⁵⁶⁵ EPD, p. 208.

⁵⁶⁶ Cf. BAI, p. 28: “We know that the regulations of a golf club are not a legal system.”

⁵⁶⁷ BAI, p. 201: “We know that Polish law is not part of Greek law just because Greek conflict-of-law rules direct people and courts to follow Polish law on certain occasions.”

⁵⁶⁸ TAL, p. 97.

separação entre fato e valor⁵⁶⁹, portanto. Mas qual é o outro elemento que estabelece esse limite? O que explica a intuitiva conclusão de que o direito de outro país, mesmo quando referido pela nossa legislação, não passa a fazer parte do nosso direito?

Para RAZ, um dos elementos mais importantes para compreender a noção de sistema jurídico e seus limites é a noção de estado – ou, como ele fala algumas vezes de forma mais genérica, uma comunidade política. O estado, segundo ele, é um subsistema – o sistema político – do sistema social compreendido em toda a sua inteireza; e o direito seria um subsistema do sistema político⁵⁷⁰. “*Legal systems are not ‘autarkic’ social organizations. They are an aspect or a dimension of some political system*”⁵⁷¹, diz RAZ. Cada estado tem o seu sistema jurídico, e cada sistema jurídico é vinculado a um estado – sistemas jurídicos são as normas do estado. Nesse sentido, a identidade dos sistemas jurídicos é vinculada à identidade dos estados⁵⁷², razão pela qual uma teoria do direito deve ser baseada ao menos parcialmente em uma teoria do estado – e o contrário também é verdadeiro.⁵⁷³

Segundo RAZ, um dos problemas da teoria do direito de KELSEN foi justamente desconsiderar essa dimensão política e simplesmente identificar a noção de estado com a noção de sistema jurídico, o que resultou em uma incapacidade de responder ao que RAZ denomina de “problema da continuidade” (*problem of continuity*)⁵⁷⁴. Muito embora tenha articulado sua teoria à luz do contexto de necessidades políticas e sociais⁵⁷⁵, HART também teria falhado em dar adequada relevância à noção de estado para a delimitação da identidade de sistemas jurídicos, na medida em que não teria articulado qualquer critério para entender em que medida mudanças nas práticas que constituem a regra de

⁵⁶⁹ Sendo mais claro, entre razões protegidas independentes de conteúdo e razões dependentes de conteúdo.

⁵⁷⁰ TAL, p. 100.

⁵⁷¹ CLS, p. 210.

⁵⁷² CLS, p. 211: “But the law is an aspect of a political system, be it a state, a church, a nomadic tribe, or any other. Both its existence and its identity are bound up with the existence and identity of the political system of which it is a part.”

⁵⁷³ TAL, pp. 98-99. Em BAI, p. 98, RAZ afirma que mudanças no entendimento comum a respeito do conceito de estado e da natureza de comunidades políticas tornaram algumas teorias do direito obsoletas.

⁵⁷⁴ RAZ divide sistemas jurídicos em “sistemas jurídicos momentâneos” (*momentary legal system*) e “sistemas jurídicos não-momentâneos” (*non-momentary legal systems*). A primeira noção concerne aos limites de determinado sistema jurídico em determinado momento. A segunda se refere à ligação entre sistemas jurídicos momentâneos – ou seja, quais sistemas momentâneos formam um único sistema não-momentâneo. Cf. CLS, pp. 34-35. JULIANO MARANHÃO dá a essas categorias os nomes de sistema sincrônico e diacrônico. Cf. MARANHÃO, Juliano S. A. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. pp. 99-100. O problema da continuidade está justamente em entender em que medida e por qual razão um sistema jurídico momentâneo T2 é o mesmo sistema – ou seja, a continuidade do sistema – em relação ao sistema jurídico momentâneo T1, formando um único sistema não-momentâneo.

⁵⁷⁵ EPD, p. 204.

reconhecimento conduzem à quebra de continuidade do sistema⁵⁷⁶. E o próprio RAZ afirma que em *The Concept of a Legal System* não prestou a devida atenção a essa relação, apenas ressaltando a importância da noção de estado para resolver o problema da continuidade, mas não percebendo que isso seria relevante também para determinar os limites dos sistemas jurídicos momentâneos⁵⁷⁷. BENTHAM e AUSTIN teriam percebido essa relação com maior precisão, visto que explicaram o direito primeiro definindo a noção de sistema político para então explicar o direito inserindo-o no contexto desse sistema⁵⁷⁸. O direito seria, portanto, “*a central political institution*”⁵⁷⁹.

Para RAZ, desconsiderar esse aspecto da delimitação dos sistemas jurídicos e entender que normas adotadas compõem o sistema revela não apenas incompreensão da relação entre o sistema jurídico o seu contexto político, mas também implica em desconsideração de uma das funções essenciais do direito que decorre dela, qual seja, dever de manter e dar suporte a outros tipos de organizações sociais⁵⁸⁰. Esse tipo de função se revela em normas que fazem parte do sistema e que determinam a aplicação de normas de outras formas de agrupamento e organização social – recorrendo novamente aos exemplos acima citados, normas de outros estados, contratos entre particulares etc.

12.6. Usos linguísticos: condição linguística e o operador de individuação

Assim como HART se sustentou nos usos dos enunciados “X foi obrigado a *p*” e “X tem obrigação de *p*” para demonstrar a diferença entre o discurso interno e o externo, RAZ também apresenta argumentos baseados em usos linguísticos e conceitos que se expressam mediante o uso de diferentes tipos de enunciados internos ou normativos. Enunciados normativos são enunciados que possuem normas ao menos como parte de suas condições de verdade.⁵⁸¹ Enunciados jurídicos são um tipo de enunciado normativo, pois são

⁵⁷⁶ TAL, p. 98.

⁵⁷⁷ CLS, p. 211.

⁵⁷⁸ EPD, p. 204; TAL, p. 99.

⁵⁷⁹ EPD, p. 204.

⁵⁸⁰ TAL, pp. 101-102.

⁵⁸¹ Isso não significa que se possa confundir um enunciado normativo com normas. Enunciados expressam normas, e não são normas. Cf. TAL, p. 147. Cf. também RAZ, Joseph. “Kelsen’s General Theory of Norms. Critical Study” *Philosophia*, v. 6, 1976, p. 503: “Some authors identify rules, norms, laws, etc., with propositions. Every rule is a normative proposition and every normative proposition is a rule. If Kelsen wished to follow their example as he seems to be doing then he is precluded from claiming that norms or their validity are the product of legislation. Throughout the years Kelsen steadfastly refused to identify propositions with norms but if so then even if it is true as Kelsen maintained that all normative statements are true or false in virtue of norms, i.e., that the truth conditions of all normative statements include

enunciados cuja existência de uma norma jurídica é condição necessária para a sua verdade.⁵⁸² “A statement is a (legal) normative statement if, and only if, the existence of a (legal) norm is a necessary condition for its truth. The existence of the norm may be among the truth conditions of the statement, or it may be a condition for its having a truth value at all”⁵⁸³, diz Raz. Enunciados normativos – jurídicos ou não – podem ter condições de verdade puras – apenas normas –, aplicadas – normas e outros fatos – ou mistas – uma parte do enunciado apenas normas, outra parte normas e outros fatos.

Segundo RAZ, alguns enunciados normativos podem acomodar diversos tipos de condições de verdade. O enunciado “legalmente *p*” (*legally p*), formalizado como Lp ⁵⁸⁴ é um dos enunciados que funcionam dessa maneira. Por exemplo, é possível falar que “legalmente é proibido o homicídio no Brasil” ou “legalmente X deve ser condenado por ter assassinado Y” etc. Para RAZ, é condição para uma adequada teoria do direito que respeite o que ele denomina de “condição linguística” (*linguistic condition*): “All legal statements are statable by the use of sentences of the form ‘Legally *p*’”⁵⁸⁵.

Contudo, não é a todo enunciado normativo que podemos prefixar com o que ele chama de “operadores de individuação” (*individuating operator*)⁵⁸⁶ – que seriam uma “classe especial” de enunciados jurídicos geralmente expressado por sentenças como “é uma regra que...” (*it is a rule that...*) ou “existe uma lei que...” (*there is a law that...*)⁵⁸⁷.

reference to the existence or non-existence of certain norms, not every such statement is a description of the content of a norm. Some statements are direct statements of a rule (e.g., 'Respect all persons') others are true because they are entailed by statements of the first kind with or without additional premises (e.g., 'Respect all bipeds' or 'Respect J. Smith'). On this interpretation of Kelsen's view all norms are enacted but not all normative statements state the content of an enactment.”

⁵⁸² Em CLS, pp. 45-49, RAZ afirma que as características principais de enunciados normativos são: [i] tratam sobre normas (ou leis); [ii] são articulados com uso de *linguagem normativa*; [iii] ao contrário de outros enunciados que usam linguagem normativa e são performativos (não comunicam informação, não são passíveis de valor de verdade, e sim apenas válidos ou inválidos), os enunciados normativos são *descritivos, comunicam informação, são verdadeiros ou falsos*; [iv] a *forma geral* de um enunciado normativo pode ser expressa por “*Mp*”, sendo que o *M* é uma *variável* para quaisquer modalidades normativas (*normative modalities*); [v] sempre se referem a um *específico sistema jurídico*; [vi] a *existência* do sistema jurídico referida pelo enunciado *não é afirmada*, e sim *pressuposta* (caso o sistema não exista, o enunciado não é falso, e sim *sem valor de verdade*); [vii] enunciados normativos se referem sempre a *sistemas normativos momentâneos*; [viii] um enunciado *Mp* é *idêntico em significado* a um enunciado “*existe uma norma que Mp*”. Outra característica importante deles é que podem ser *puros, aplicativos* ou *mistos*. Falarei sobre isso a seguir.

⁵⁸³ CLS, p. 49. Cf. ainda TAL, p. 80

⁵⁸⁴ CLS, p. 217.

⁵⁸⁵ EPD, p. 198.

⁵⁸⁶ CLS, p. 219; TAL, p. 147 n. 4, PRN, 183 n. 6.

⁵⁸⁷ CLS, p. 217-219; TAL, p. 147. Cf. especialmente CLS, p. 218-219: “Most legal statements are logically capable of being either pure or applied, i.e. there are logically possible states of affairs which if they obtain the legal statements concerned are both pure and applied. Some legal statements, however, are logically pure.

Isso decorreria do fato de que operadores de individuação necessariamente prefixam o que ele chama de enunciados normativos “logicamente puros” (*logically pure*), o que significa que são tipos de enunciados que apenas podem acomodar condições de verdades puras. Ou seja, se são verdadeiros, o são apenas em virtude de uma norma e não de “fatos aplicativos” (*applicative facts*). Disso decorreria que a tentativa de inclusão de fatos aplicativos no enunciado acaba por alterar o seu valor de verdade. Enquanto “*Existe uma lei no Brasil que estabelece que todas as pessoas maiores de 18 anos devem votar*” seria um enunciado verdadeiro, “*Existe uma lei no Brasil que estabelece que o João deve votar*” seria um enunciado falso.

E a lição a ser aprendida com isso, segundo RAZ, é que a distinção entre os enunciados logicamente puros e os outros enunciados jurídicos reflete a distinção entre o que ele denomina de fatos criadores de direito (*law-creating facts*)⁵⁸⁸, que são as condições de verdade dos enunciados logicamente puros, e fatos aplicativos de direito (*law-applying facts*), que são ou podem ser as condições de verdade dos demais enunciados. A distinção entre os enunciados logicamente puros e os demais refletiria, portanto, a distinção entre a criação e aplicação do direito⁵⁸⁹. O ponto principal da tese é mostrar a vinculação do uso dos operadores de individuação com uma espécie de atos de governo e costumes: os atos criadores de direito (*law-creating acts*), condições de verdade dos operadores de individuação, seriam uma subclasse de atos de governo⁵⁹⁰, e essas seriam as fontes do direito. Isso mostraria de forma clara a distinção entre criação e aplicação e a sua vinculação com fontes.

12.7. Outros truísmos

Além de todos esses truísmos e relações conceituais, ao longo da obra de RAZ é

These are those that if true are pure, those which cannot be made true by ‘applicative facts’. (There are also logically applied statements but we are not concerned with them.)

‘There is a law that *p*’-type statements are logically pure. If true they are pure. They cannot be applied statements. They cannot be made true by facts about legal transactions or by any other facts except those creating or repealing laws.”

⁵⁸⁸ CLS, 220-221.

⁵⁸⁹ CLS, pp. 220-222.

⁵⁹⁰ CLS, p. 221: “The distinction between law-creating and law-applying facts depends not on the generality of the former but on their being either custom or acts of the government in power or of its organs. This bold statement is oversimplified. Governments can make contracts, issue administrative or judicial orders, as well as perform physical actions not creating any norms. Law-creating acts are a subclass of governmental acts. They are the norm-creating acts of the supreme regular governmental authority and the acts creating general rules of other governmental organs.”

possível encontrar uma extensa lista de truísmos que pautam suas conclusões a respeito da natureza do direito e, portanto, formam o pano de fundo total contra o qual a tese das fontes deve ser analisada. Muito embora sejam ideias básicas, não argumentadas, entendo que são importantes de se expor porque não raro RAZ tira conclusões importantes a partir dessas ideias. Por exemplo, RAZ tira a conclusão de existe uma fronteira entre moralidade e direito a partir dos simples fatos de que o direito pode não existir em uma comunidade, enquanto que a moralidade não, e do fato de que existem direitos morais que não são direitos jurídicos⁵⁹¹.

Os truísmos que entendo relevantes são: o direito é uma instituição social⁵⁹²; o direito é produto de atividade humana⁵⁹³; o direito diz o que as pessoas devem fazer⁵⁹⁴; em nossa cultura o conceito de direito está disponível para todos, e a grande maioria das pessoas tem boa compreensão do conceito⁵⁹⁵; onde há direito, há autoridade *de facto*⁵⁹⁶; os oficiais jurídicos não são socialmente vistos como mafiosos, bandidos, assaltantes etc.⁵⁹⁷; o direito é expressado por meio de termos morais, como direitos, deveres, obrigações, autoridade, etc.⁵⁹⁸; autoridades legítimas fazem diferença prática⁵⁹⁹; um estado é a organização política de uma sociedade, é um subsistema normativo do sistema social, e o direito é um subsistema do sistema político⁶⁰⁰; o direito pode ser criado ou aplicado⁶⁰¹; direito não é criado simplesmente por legislação⁶⁰²; existem situações onde o direito é determinado e outras onde é indeterminado⁶⁰³; juízes podem ser avaliados por sua capacidade técnico-jurídica, por sua prudência moral⁶⁰⁴, e por sua visão política⁶⁰⁵, sendo reconhecido socialmente que os critérios de avaliação nas três situações são distintos; juízes são

⁵⁹¹ BAI, pp. 199-200. Esse argumento é criticado por DWORKIN em JRI, pp. 239-240.

⁵⁹² BAI, p. 182.

⁵⁹³ BAI, p. 4; EPD, pp. 227 e 331, n. 5.

⁵⁹⁴ BAI, pp. 7 e 180.

⁵⁹⁵ BAI, p. 39.

⁵⁹⁶ EPD, p. 215.

⁵⁹⁷ RAZ, Joseph. "The Morality of Obedience". *Michigan Law Review*, v. 83, n. 4, 1985, pp. 736-737.

⁵⁹⁸ CLS, pp. 230, 234-238; PRN, pp. 154-171; TAL, pp. xi, 39, 156, 158, 307-308; TMF, p. 26; BAI, pp. 5, 111-112.

⁵⁹⁹ EPD, p. 220.

⁶⁰⁰ TAL, p. 100.

⁶⁰¹ TAL, p. 49; CLS, p. 216. Mas o fato de essas categorias serem importantes não significa que seja clara a divisão entre a aplicação e criação do direito. Cf. TAL, p. 94: "The courts, in most cases brought before them, probably neither merely apply an existing law nor do they merely initiate a new law. They may be doing a little of both. But this does not detract from the ability of a clear distinction between applying existing law and creating a new one to shed light on legal processes."

⁶⁰² BAI, p. 10.

⁶⁰³ TAL, p. 49; CLS, p. 216.

⁶⁰⁴ TAL, pp. 48-49.

⁶⁰⁵ RAZ, Joseph. "Professor Dworkin's Theory of Rights". *Political Studies*, v. 26, n. 1, 1978, p. 137.

humanos e, portanto, sujeitos à moralidade⁶⁰⁶; o direito pode ser valioso e bom, mas também pode ser fonte de mal⁶⁰⁷; o direito pode ser normativamente avaliado⁶⁰⁸; o direito é um sistema normativo que pode não existir em uma comunidade⁶⁰⁹; existem razões, direitos ou deveres morais que não são razões, direitos ou deveres jurídicos⁶¹⁰; o direito tem natureza dual, como fato e como norma (o que é expressado pelos seguintes fatos: podem existir leis boas ou más, sistemas jurídicos legítimos e ilegítimos, não é possível saber qual é o direito de determinada comunidade apenas refletindo sobre o que ele deveria ser, duas pessoas podem discordar sobre o valor moral do direito mesmo concordando sobre o que ele é, o direito tem a pretensão de guiar condutas)⁶¹¹; importa quem são os legisladores, se são adultos ou crianças, se são democraticamente eleitos, se são loucos ou não⁶¹²; o direito tem relação com as considerações que devem orientar cortes ao justificar suas decisões⁶¹³; o direito aceita mera conformidade, ainda que não por obediência ao próprio direito, e sim por outras razões⁶¹⁴.

Mas a questão que se coloca é: como decidir em contraste a quais conceitos a noção de direito deve ser explicada, e quais truísmos devem ser realmente acomodados por uma teoria do direito? Por exemplo, como visto, para RAZ é um truísmo a existência de distinção entre criação e aplicação do direito, muito embora para DWORKIN não seja algo determinante, talvez sequer relevante. A preocupação central de Dworkin, ao contrário, é a solução do caso concreto, cuja investigação não seria o objetivo da teoria do direito para RAZ, ao menos não para estabelecer a natureza daquilo que é designado pelo conceito de direito que tem a pretensão de explicar. WALUCHOW também contesta a natureza truística das distinções de RAZ que discutimos no tópico 12.1, afirmando que elas não justificariam a tese das fontes, e sim seriam truísticas apenas para quem já aceita de início a tese exclusivista⁶¹⁵. Ainda, como ressalta COLEMAN, para RAZ a linguagem utilizada por legisladores, que supõe a inclusão de conceitos morais, é enganosa⁶¹⁶, enquanto que para

⁶⁰⁶ BAI, p. 190.

⁶⁰⁷ BAI, p. 166.

⁶⁰⁸ BAI, p. 374.

⁶⁰⁹ BAI, p. 199-200.

⁶¹⁰ BAI, pp. 10 e 200.

⁶¹¹ BAI, pp. 344-345.

⁶¹² BAI, p. 275.

⁶¹³ EPD, p. 200.

⁶¹⁴ TAL, p. 30.

⁶¹⁵ WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994. pp. 113-114.

⁶¹⁶ BAI, p. 195: “[T]he difference between making a standard part of the law and merely giving it some legal effect without making it in itself part of the law of the land does not lie in the language of the ‘

os positivistas inclusivos é importante⁶¹⁷. Como, então, definir os truísmos e a rede conceitual em relação aos quais um conceito deve ser explicado? Aqui se mostra relevante a natureza contextual das explicações sobre a qual já falei no tópico 2 – o que RAZ denomina de relatividade das boas explicações:

“The pragmatic considerations that distinguish a good explanation from a bad one, considerations of what puzzles the addressees of the explanation, what they are or are not interested in, and of their capacities to understand, are among the considerations guiding the choice of concepts to be used, and examples to refer to in good explanations.”⁶¹⁸

Em resumo, precisamos entender quais são os propósitos, preocupações e perplexidades de RAZ. Precisamos entender quais são os problemas ele tem a pretensão de resolver, em qual contexto opera o conceito que ele tem a pretensão de explicar e, dessa forma, qual é o interesse do público para quem a explicação é endereçada. Afinal de contas, como disse no tópico 11, é possível que, muito embora RAZ esteja defendendo o exclusivismo por razões conceituais e defendendo que se trata de mera explicação da compreensão comum do conceito de direito, esse conceito esteja sendo apresentado como o pertinente a um contexto de uso prático, orientador, e isso não apenas alteraria a natureza da investigação, mas também mostraria que suas razões para a defesa da tese são pobres e equivocadas. É necessário entender em relação a qual conceito de direito RAZ apresenta a tese das fontes como elemento essencial. É o que vou explicar agora.

13. O problema da identidade dos sistemas jurídicos

Ao sugerir as diferenças entre os conceitos explicados por RAZ e DWORKIN no tópico 4, preparando o espírito do leitor para intuir as diferenças que ficariam mais clara nos capítulos seguintes, afirmei que o público principal para quem a explicação do conceito doutrinário de direito seria endereçada seria composto por juristas interessados em casos práticos – ou seja, um público interessado no direito enquanto conceito prático, orientador. Da perspectiva dessas pessoas – que RAZ denomina de “perspectiva do jurista” –, o direito

incorporating’ legislative measure—that it depends in part on our general conception of what a legal system is and how it relates to normative standards outside it, such as foreign law, moral considerations, or the constitution and laws of non-state organizations.”

⁶¹⁷ COLEMAN, Jules. “The architecture of Jurisprudence”. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 2, 2011, p. 57: “Inclusive legal positivism allows us to credit the surface syntax of legal discourse whereas exclusive legal positivism requires that we treat the surface syntax as misleading with regard to its underlying semantics. Thus, the way to defend inclusive legal positivism is first to defend positivism and then to argue that inclusive legal positivism is the better version of the two because it provides the more satisfying explanation of the syntax of legal discourse.”

⁶¹⁸ BAI, p. 67.

entra em questão basicamente como aquilo que deve ser considerado pelo juiz ao decidir, e as discussões acerca do conceito operam de acordo com essa lógica de busca da resposta certa.

RAZ não discorda que a perspectiva de juízes, advogados e juristas profissionais em geral, os quais se focam na operação do judiciário, é importante e, inclusive, deveria ser objeto de estudo próprio⁶¹⁹. Mas, ele afirma, “[t]he law is of interest to students of society generally”⁶²⁰. “[T]he law is important to people other than lawyers, and I do not mean important in establishing their legal liabilities. It is an important social institution and there is an interest in understanding its nature as a distinctive social institution”⁶²¹, diz RAZ, e é para essas pessoas, que procuram o direito *olhando para a sociedade*, e não para casos concretos, que ele quer articular o conceito de direito. Essa perspectiva ele denomina de “abordagem institucional”⁶²², e, a partir dela, “in working out a theory of law we are explicating our own self-understanding of the nature of society and politics”⁶²³. Segundo ele, “the concept of law [...] single out a form of political organization with central features that make it a major factor in understanding all societies in which it is to be found”⁶²⁴. Isso não significa, claro, que advogados, juízes, ou juristas profissionais em geral não se utilizem desse conceito – ou seja, não utilizem “direito” nesse sentido –, e sim que não é o sentido prático usado por eles em sua prática jurídica. Juristas em geral, assim como qualquer pessoa, também falam sobre o “direito” dessa perspectiva, quando se referem a práticas ou instituições políticas⁶²⁵.

De que maneira essa perspectiva seria diferente da perspectiva do jurista? Dessa perspectiva, “the doctrine of the nature of law can and should be concerned with explaining law within the wider context of social and political institutions”⁶²⁶. O que RAZ quer sugerir é que, quando nos afastamos dos detalhes dos casos concretos e procuramos o direito a partir da perspectiva da sociedade como um todo, algumas características se tornam mais importantes à luz desse contexto social. Por exemplo, disputas e debates que

⁶¹⁹ EPD, p. 203.

⁶²⁰ EPD, p. 204. Em CLS, p. 210, RAZ chega a afirmar que uma discussão sobre os limites do direito envolveria elementos da “sociologia teórica” (*theoretical sociology*).

⁶²¹ BAI, p. 11.

⁶²² EPD, pp. 203-208.

⁶²³ BAI, p. 97.

⁶²⁴ BAI, p. 87.

⁶²⁵ Como RAZ afirma em BAI, p. 28, é um sentido “fairly stable, used by lawyers, politicians, bureaucrats, and lay people, in a whole variety of contexts, always in the same way, always referring to the same set of practices and institutions”.

⁶²⁶ EPD, p. 208.

ocorrem no legislativo – pelos oficiais –, e em torno dele – por civis interessados –, a respeito da aprovação ou não de um texto de lei; a importância da eleição de parlamentares que votam as leis; a forma como o executivo opera e lida com as leis, etc.; são elementos que parecem muito mais importantes quando olhamos para a sociedade, elementos que tornam intuitiva a concepção exclusivista. É dessa perspectiva que a relação entre direito e estado se torna importante.

O conceito de direito que opera nessa perspectiva, a meu ver, é o conceito de direito enquanto *sistema jurídico* – ou, como RAZ e HART às vezes falam, “sistema jurídico municipal” (*municipal legal system*). “*The nature of law is explained primarily by explaining what are legal systems*”⁶²⁷, afirma RAZ. É o conceito que determina o que faz parte ou não do direito, mostrando que o direito estrangeiro, contratos e até a moralidade não fazem parte do sistema⁶²⁸; é o conceito a partir do qual “*it would be at least odd to say that mathematical rules are also legal principles*”⁶²⁹, como bem aponta DWORKIN; e é o conceito que torna relevante as distinções truísticas de RAZ, como, por exemplo, a distinção entre criação e aplicação do direito. Inclusive, ao discutir a distinção entre fatos criadores e aplicadores de direito no contexto do argumento do operador de individuação, RAZ deixa claro o contraste entre as perspectivas:

“The conception of the law-creating facts I am advocating [...] is a political conception of law for it rests not on any technical or formal legal distinction but on the political role of the institutions and norms concerned. Its political character explains why some legal theories were indifferent to its existence. Many legal theorists are lawyers by training and outlook. Their theoretical interests are the clarification of concepts and techniques which play a role in the work of an attorney or a judge. From the point of view of the practising lawyer the distinction between law-applying and law-creating facts is of minor importance. There are in various legal systems legal regulations depending on this or similar distinctions such as differences in the way of establishing the existence of laws and of other facts. Different rules of construction may apply to statutory instrument or to private documents, etc. But these are relatively minor and local differences. The legal philosophers who made a lot of the distinction between law-applying and law-creating facts are, not surprisingly, those who rose above the narrow horizon of the practising lawyer and his preoccupations. They were concerned in locating law and legal institutions in the wider context of the social and political life of a society. Here the distinction comes into its own. Law-creating acts are among the political events in the life of the society and they are enmeshed in the *political* life of the society in a way which differs significantly from other events.”⁶³⁰

Lembremos que, segundo RAZ, esse conceito de sistema jurídico que discute não é um conceito técnico, forjado na operação das cortes e relevante para suas decisões, e sim

⁶²⁷ TAL, p. 148.

⁶²⁸ BAI, p. 195.

⁶²⁹ DWORKIN, JIR, p. 5.

⁶³⁰ CLS, pp. 221-222, grifos no original.

um conceito para *pensar sobre o direito*⁶³¹. Lembremos também que é um conceito que não precisa estar presente em uma comunidade para que haja direito nela⁶³².

É esse conceito – o conceito de sistema jurídico – que preocupava a tradição positivista referida por RAZ⁶³³, não interessada na resposta à questão “como o juiz deve decidir?”⁶³⁴. Ao invés disso, “*they hoped to formulate a test that would enable them to determine whether any two laws belong to the same legal system or not*”⁶³⁵. Trata-se do que RAZ denomina de “problema da unidade formal” (*problem of the formal unity*) ou “problema da identidade” (*problem of identity*)⁶³⁶ dos sistemas jurídicos, que é justamente a busca de um critério para se afirmar quando uma lei pertence a um determinado sistema e qual conjunto de leis constitui esse sistema⁶³⁷. Como RAZ explica, “[*t*]he question of its identity is the question which reasons are legal reasons or to put it more precisely: which reasons are legal reasons of one and the same legal system”⁶³⁸. A unidade material do

⁶³¹ TAL, p. 78.

⁶³² BAI, pp. 36-41 e 93-96. Cf. também DWORKIN, JIR, pp. 4 e 231-232.

⁶³³ TAL, pp. 84-85. Como será visto adiante, RAZ afirma que essa tradição de teóricos se engaja com a questão a respeito da identidade ou unidade dos sistemas jurídicos. Em EPD, p. 252, RAZ afirma que esse problema tem a pretensão de explicar a unidade sistêmica do direito: “What is it that makes a legal system into a system rather than a haphazard collection of legal rules? To this ancient question there are two kinds of answer. The first refers to the criteria of membership in the system which determine what belongs to it and what does not. These criteria determine the formal unity of the system. They are presupposed by any discussion of what may be called material unity.”

⁶³⁴ TAL, p. 78: “Legal philosophers have persistently attempted to explain why we think of laws as forming legal systems, to evaluate the merits of this way of thinking about the law and to make it more precise by explicating the features that account for the unity of legal systems.” A mesma ideia está presente em RAZ, Joseph. “Legal Principles and the Limits of Law”. *The Yale Law Journal*, v 81, n. 5 (1972), p. 823: “Most people tend unreflectively to assume that laws belong to legal systems. “Most educated people,” writes H. L. A. Hart, “have the idea that the laws in England form some sort of system, and that in France or the United States or Soviet Russia and, indeed, in almost every part of the world which is thought of as a separate ‘country’ there are legal systems which are broadly similar in structure in spite of important differences.” This includes for most people the assumption that laws differ from non-legal rules and principles. There are, for example, moral rules and principles, social customs, constitutions and regulations of voluntary associations, and so on, which are not laws. Many legal philosophers have tried to justify this common assumption. Various criteria have been offered for demarcating the limits of law, for testing whether or not a particular standard belongs to a particular legal system.”

⁶³⁵ TAL, p. 80.

⁶³⁶ RAZ chama de “problema da identidade” para evitar confusão em relação ao problema da unidade material. Cf. TAL, p. 79: “To distinguish the problem of formal unity from that of material unity, I shall call the former the problem of the identity of legal systems.”

⁶³⁷ CLS, p. 1. Aqui RAZ também fala em “problema da pertença” (*problem of membership*). A relação entre tais problemas seria: primeiro, encontram-se os critérios para se afirmar quando uma norma pertence a um sistema; desses critérios seria possível derivar os critérios de identidade, ou seja, os critérios para se afirmar quais leis formam um sistema. Sobre o problema da unidade e pertença, cf. também EPD, p. 252: “What is it that makes a legal system into a system rather than a haphazard collection of legal rules? To this ancient question there are two kinds of answer. The first refers to the criteria of membership in the system which determine what belongs to it and what does not. These criteria determine the formal unity of the system.”

⁶³⁸ CLS, p. 212. Cf. também CLS, p. 1: “What are the criteria which determine the system to which a given law belongs? These are the criteria of membership, and from them can be derived the criteria of identity, answering the question: which laws form a given system?” E também TAL, p. 79: “The identity of the

sistema seria dada pelas específicas regulações de cada sistema, ou seja, pelo detalhamento do que cada sistema específico, com suas específicas instituições, requer: “[t]he material unity of a legal system consists in its distinctive characteristics; it depends on the content of its laws and on the manner in which they are applied”⁶³⁹. Em contraste, o problema da identidade se relacionaria com “the all-pervasive principles and the traditional institutional structure and practices that permeate the system”⁶⁴⁰. Ou seja, o conceito de sistema jurídico, para RAZ, refere-se a um *conjunto* cujos elementos básicos são normas⁶⁴¹, e entender o conceito envolve entender por qual razão *agrupamos* normas como “jurídicas” – envolve entender o que constitui esse conjunto, o que *unifica* os seus elementos. “A legal system is not a haphazard collection of norms. It is a system because its norms, as it were, belong together. They are interrelated in a special way”⁶⁴², diz RAZ.

RAZ afirma que positivistas como JOHN AUSTIN e KELSEN sustentavam suas respostas ao problema da identidade no que ele denomina de “princípio da origem” (*principle of origin*), o qual critica extensamente⁶⁴³. Por princípio da origem ele quer significar a ideia de que o critério de pertença de uma norma a um sistema seria determinado pela sua *origem comum*. AUSTIN encontraria a noção de origem no conceito de soberano; KELSEN, na norma fundamental⁶⁴⁴. Para determinar se uma norma pertenceria a um sistema ou não, apenas seria necessário verificar se seria possível remeter a norma a essa origem. RAZ acredita que o princípio da origem é equivocado, aceitando que a resposta ao problema da identidade seria dada especialmente pela regra de reconhecimento hartiana, a qual ele acolhe com algumas modificações – chegando a denominar essa ideia de “princípio do reconhecimento autoritativo” (*principle of authoritative recognition*)⁶⁴⁵. Mas a questão importante a se considerar neste ponto não é a sua resposta, e sim a natureza do problema. Suas preocupações não são práticas, o conceito não é relevante para como os juízes devem decidir, e o público para quem a explicação interessada não olha o direito da

system is found in the criterion or set of criteria that determines which laws are part of the system and which are not.”

⁶³⁹ TAL, p. 79.

⁶⁴⁰ TAL, p. 79.

⁶⁴¹ BAI, pp. 5-6: “References to rules are references to units of content. Given the size and complexity of a legal system it is not surprising that we have ways of referring to aspects or parts of it. We do so at a variety of levels of complexity, with rules being a basic unit (though obviously one can also refer to an aspect or a part of a rule). When referring to doctrines, for example, we take in view a body of rules united by some fundamental features (eg governed by one set of rules of responsibility or of remedies) or dealing with some degree of coherence with a certain subject matter.”

⁶⁴² TAL, p. 123.

⁶⁴³ CLS, pp. 18, 95, 99, 108 e 190.

⁶⁴⁴ TAL, p. 79.

⁶⁴⁵ CLS, p. 190.

perspectiva dos casos concretos. É o conceito operativo da perspectiva de quem olha para a sociedade buscando entendimento da sua estrutura, onde o direito aparece como elemento central da organização social. Diz RAZ:

“The law is, however, not merely a set of guides for court decisions. It is a political institution of great importance to the working of societies and to their members. From this point of view a British person cannot say ‘Polish law is my law’ just because it will be followed by British courts when their conflict-of-law rules direct them to do so. The distinction between standards that the courts have to apply and those that are the law of the land is vital to our ability to identify the law as the political institution it is.”⁶⁴⁶

Essas conclusões, é claro, convidam uma pergunta: por que importa entender o direito em sua dimensão política? Em outras palavras: por que importa o conceito de sistema jurídico? Afinal, não é pelo simples fato de existir socialmente um conceito, um sentido disponível de uso de uma palavra, que isso o torna automaticamente objeto relevante de estudo filosófico. Como vimos nos tópicos 4.1 e 4.2, DWORKIN, por exemplo, entende que nada de importante se extrai dos conceitos de direito em sentido não prático; os únicos conceitos importantes seriam os conceitos práticos – o doutrinário e o aspiracional –, por meio dos quais pessoas estabelecem seus direitos e obrigações – ou seja, estabelecem o que devem fazer. E, de fato, a importância desses conceitos práticos parece clara.

A meu ver, RAZ dá pelo menos três razões para teorizar sobre o conceito de sistema jurídico. A primeira, muito simples, é a percepção intuitiva de que a noção de sistema jurídico é importante o suficiente para merecer ser objeto de estudo aprofundado. Ele chama isso de “assunção da importância dos sistemas jurídicos municipais” (*assumption of the importance of municipal law*). Em resumo, trata-se da ideia de que o *entendimento*, por si, é importante, embora possa não ser a coisa mais importante⁶⁴⁷. Afirmar RAZ:

“[T]he assumption of the importance of municipal law [...] reflects our, or at least my, intuitive perception that municipal legal systems are sufficiently important and sufficiently different from most other normative systems to deserve being studied for their own sake. They are, or are part of, a form of social organization which is both important and different from most others and which therefore should be made an object of a separate study. Obviously, in part the investigation of municipal systems is designed to compare and contrast them with other normative systems.”⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ BAI, p. 199.

⁶⁴⁷ Em artigo onde discute sua metodologia e seus propósitos, RAZ afirma que seu propósito é meramente de explicação, muito embora reconheça que um propósito normativo, de mudança, possa ser melhor. Cf. RAZ, Joseph. “Teoria e Conceitos. Réplica a Alexy e Bulygin”. in: RAZ, Joseph [et. al.]. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 128.

⁶⁴⁸ TAL, p. 105.

A segunda razão, também referida por outros autores positivista⁶⁴⁹, é a função de ancorar a discussão doutrinária. Em outras palavras, a função é delimitar algo a partir do qual a pergunta “isso deve ser obedecido?” pode ser adequadamente articulada. Mas isso, como ele entende importante ressaltar, não torna esse conceito de sistema jurídico um conceito moral. Em resenha crítica à livro de PHILIP SOPER, onde o autor parte da suposição de que a separação metodológica entre as questões as tornaria completamente desconectadas, RAZ ressalta esse ponto:

“If the identity and content of the law of a country cannot be determined by reference to the opinions and conduct of the population, the legal profession and the legal institutions of that country, then we are as far from knowing what we ought to do as we ever were. [...] We ought to establish the prominent features of law as a political system before we can decide whether it ought to be obeyed.

The methodological separateness of the question “what is the law?” from the question “ought it to be obeyed?” does not mean that the answer to the first does not advance the second. On the contrary, the first must be separate from the second in order to advance it. As I mentioned at the outset, Soper’s mistake is to think that if the questions are separate they are unconnected. For him the view that one can provide a theory of what the law is without advance commitment to a particular answer to the question “ought it to be obeyed?” means that the theory of law is not in any way tied to the normative quest. This is a deep mistake. A theory of what the law is strives to identify its central, prominent, important features. What makes a feature prominent or important or central is inescapably and inevitably an evaluative question. It is important if it bears on what matters. In large measure it is precisely the fact that certain features are relevant to what one ought to do which marks their importance.

It is crucial to remember, however, that we can and often do know that a feature of a scheme or an institution is relevant to its evaluation without knowing whether it makes it good or bad. The fact that primary education is compulsory is recognised by all as important to its evaluation, regardless of whether they take it to be one of the strengths or a weakness of our educational arrangements.”⁶⁵⁰

A terceira razão, por fim, é o valor intrínseco do direito como foco de atitudes de identificação – ou alienação – e, conseqüentemente, fator importante na constituição da identidade de indivíduos da comunidade política, visto ser o direito central para a constituição dessa comunidade. Como diz Raz, “*so long as the law maintains its place at the heart of the political organization of society and remains a focus of attitudes of identification and alienation, the distinction has an importance way beyond any legal technicalities*”⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ JOHN GARDNER, por exemplo, afirma que essa discussão, que delimita o direito em sentido não prático, meramente demarcatório, teria prioridade lógica em relação à discussão doutrinária – a qual, como ele diz, também tem seu conceito de direito prático, moralmente carregado, o que não precisa ser negado por qualquer positivista. Cf. GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 51-53.

⁶⁵⁰ RAZ, Joseph. “The Morality of Obedience”. *Michigan Law Review*, v. 83, n. 4, 1985, pp. 734-735.

⁶⁵¹ BAI, p. 195. Cf. também BAI, p. 103: “In large measure its importance derives from the fact that our perception of ourselves, of who we are, depends among other things on our ability to identify with communities we live in, on our ability to belong to these communities in the full sense of the word. In as

Fiz esse longo caminho contextualizando as teses que compõem o exclusivismo raziano, expondo suas perplexidades, seus objetivos, o público para quem a explicação é principalmente endereçada, a importância da explicação, o contexto normal de uso do conceito explicado e, conseqüentemente, seu modo de operação. À luz desse contexto, podemos finalmente fazer a RAZ a pergunta: o que é o direito?

14. Uma concepção política: o direito como voz autoritativa da comunidade

Qual significado especial é articulado quando, ao invés de se falar simplesmente “X deve fazer *p*”, fala-se “*Legalmente*, X deve fazer *p*”? Para RAZ, o segundo tipo de enunciado diz *algo mais* que o primeiro⁶⁵²: ele comunica que a diretiva é autoritativa em uma comunidade. Em outras palavras, diz que a diretiva constitui parte da voz autoritativa de uma comunidade política. O que isso quer dizer?

Cada membro de uma comunidade política pode ter sua visão sobre como as pessoas da comunidade devem agir, mas essas visões particulares claramente possuem um status distinto das diretivas jurídicas. Essa diferença não está no fato de as visões particulares representarem a visão de uma minoria; a maioria da população pode convergir a respeito de determinada visão sobre como agir em determinada situação e, ainda assim, essa não ser uma diretiva jurídica. A diferença também não está na importância das condutas determinadas; as ações que o direito determina podem ser importantes, mas também triviais.⁶⁵³ Segundo RAZ, a diferença está no fato de as diretivas jurídicas serem as leis de uma comunidade política e, portanto, um elemento central da sua constituição. Como já dito no tópico 12.5, direito e estado são mutuamente dependentes e constitutivos. “[P]olitical communities are societies which decide how their own members should conduct themselves”⁶⁵⁴, diz ele. Comunidades políticas, por meio dos seus agentes – os

much as the law belongs to a kind of standard which is a standard of a community in one of these ways it can have intrinsic value.”

⁶⁵² RAZ também afirma que esses enunciados dizem menos que os normativos não qualificados, pois enunciados jurídicos podem ser desengajados, como expliquei no tópico 6. Cf. BAI, p. 100. A meu ver, isso é um equívoco. Todos os enunciados normativos podem ser desengajados, e não apenas os qualificados pelo “legalmente” ou qualquer termo jurídico. Portanto, a possibilidade de desengajamento dos enunciados jurídicos não é algo particular desse tipo de enunciado e, nesse sentido, é incorreto falar que dizem menos que enunciados normativos não qualificados.

⁶⁵³ BAI, p. 101.

⁶⁵⁴ BAI, p. 101. Cf. também BAI, p. 224: “Political societies are societies in which acknowledged authorities are empowered to act for the society, and in particular to decide how the people in that society should behave in matters where there may be disagreements on principles or conflicts of interest among members of the society.”

oficiais –, dizem como seus membros devem agir, e essas diretivas claramente não são dadas com a intenção de que sejam consideradas pelos seus membros como conselhos, pedidos ou simples ameaças.

Para RAZ, sistemas jurídicos – o direito – representam a voz autoritativa da respectiva comunidade política que ajudam a constituir – e que os constituem. O conceito genérico de comunidade política, do qual o conceito de estado é uma instância, aplica-se apenas a sociedades onde é possível discernir entre critérios que expressam a visão da comunidade sobre como seus membros devem agir e critérios pessoais de cada um deles⁶⁵⁵. *“Where the distinction is to be found the law represents the voice of the community, those of its standards which express its decisions as to the conduct of people”*⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ BAI, p. 102.

⁶⁵⁶ BAI, p. 102.

CONCLUSÃO

Pretendi expor o positivismo raziano no habitat natural onde, a meu ver, ele foi criado para estar. No caminho sugeri que sua teoria dialoga bem, ao menos em relação a alguns problemas, com a tradição positivista que integra, mas não se comunica com teorias como a de RONALD DWORKIN que recorrem ao direito como conceito prático e o identificam com as considerações que o juiz deve seguir.

As duas principais teses de RAZ, a meu ver, representam o esforço de responder a dois problemas distintos – o problema da existência e o problema da identidade –, problemas enfrentados especialmente pela tradição positivista. Um dos objetivos da dissertação foi justamente mostrar o diálogo de RAZ com essa tradição. Sugeri que o conceito de direito relacionado com o primeiro problema é essencialmente sociológico e se refere especialmente a uma prática social de controle da comunidade política por meio da ação de oficiais que expressam a crença, sincera ou não, de que possuem autoridade legítima. Sugeri, ainda, que o conceito de direito relacionado com o segundo problema é um conceito político, usado para olhar para a sociedade e suas estruturas como um todo, e que expressa a ideia de que o direito é a voz autoritativa da comunidade. Argumentei que ambos os conceitos não são práticos e, portanto, não são articulados com pretensão de solucionar problemas ou orientar ações, e sim apenas para refletir como a sociedade se auto-compreende – ou seja, com propósito de entendimento da dimensão social. Por fim, não argumentei em que medida os conceitos são ligados ou não, questão sobre a qual não tenho convicção. Em outras palavras, apesar de estar acolhendo em certa medida a sugestão dworkiniana de que a teoria de RAZ operaria por meio do uso de dois conceitos, um sociológico e outro taxonômico, é possível que essa leitura esteja equivocada, e que as teses das fontes e da pretensão de autoridade sejam elementos distintos da explicação do mesmo conceito.

É possível que essa leitura seja encarada como uma tentativa de tornar cada teoria – ou, ao menos, a teoria de RAZ – e suas respectivas teses certas por definição. Estaria alargando o campo da teoria do direito de forma a acolher como corretas todas as teses possíveis. Pior: o que a princípio pode parecer como a exposição de falsos problemas, ao final pode se revelar uma grave distorção de debates importantes travados na teoria do direito contemporânea. O debate entre DWORKIN e os positivistas, especialmente HART e RAZ, é considerado o fio-condutor da teoria do direito do século passado até hoje. E uma

das consequências da leitura de RAZ que apresentei é que alguns desses debates expressam falsos problemas e, portanto, desacordos espúrios.

Mas creio que há evidências suficientes na própria teoria do direito para ao menos levar essa possibilidade a sério. O argumento da dissertação se sustenta na opinião desses próprios autores, mostrando que, com o passar do tempo, foram percebendo que o âmbito de sua divergência não era aquele que imaginavam. A bem da verdade, não há nenhuma conclusão original nesta dissertação, e sim mera interpretação da leitura desses autores a respeito de suas controvérsias.

O direito é um fenômeno social extremamente complexo. Pessoas falam sobre o direito em diversos sentidos, com perplexidades distintas, com propósitos distintos, em contextos dos mais variados. Creio que, quando nos vemos discutindo sobre coisas tão distintas quanto atitudes e crenças de indivíduos, critérios a seguir em determinado caso concreto, instituições sociais ou conjuntos de normas, devemos parar para refletir e investigar se realmente estamos nos engajando com os mesmos problemas.

De todo modo, esteja certa ou não a leitura que fiz do contexto no qual, e para o qual, as teses de RAZ foram forjadas, creio que o argumento terá atingido seu objetivo se, ao menos, sinalizar a importância de se olhar não apenas para os argumentos de cada teoria, mas também de forma mais profunda para as perplexidades e os objetivos que cada teoria tem a pretensão de endereçar.

BIBLIOGRAFIA

BIX, Brian. “Raz on Necessity”. *Law and Philosophy*, v. 22, 2003. pp. 537–559.

_____. “Raz, Authority, and Conceptual Analysis”. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 50, 2006, pp. 311-316.

BULYGIN, Eugenio. “Raz e a Teoria do Direito. Comentários sobre “Pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz”. in: RAZ, Joseph [et. al.]. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 111-119.

COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. “The architecture of Jurisprudence”. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 2, 2011, pp. 2-80.

D’ALMEIDA, Luis Duarte. “The Grounds of Law”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 165-202.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. With a new appendix. Cambridge: Harvard University Press, 1978 [1ª ed. 1977].

_____. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. “Hart and the Concepts of Law”. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, pp. 95-104.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. “Hart’s Posthumous Reply”. *Harvard Law Review*, v. 130, 2017, pp. 2096-

2130.

ENOCH, David. "Is General Jurisprudence Interesting?", pp. 27-30 (May 1, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2601537>

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FINNIS, John. "On Reason and Authority in Law's Empire". *Law and Philosophy*, v. 6, 1987, pp. 357-380.

_____. "On the Incoherence of Legal Positivism". *Notre Dame Law Review*, v. 75, n. 5, 2000, pp. 1597-1611.

_____. *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011 [1ª ed. 1980].

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

_____. "How Persistent are Hart's 'Persistent Questions'?". *in*: D'ALMEIDA, Luis Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (eds.). *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013. pp. 227-236.

GALLIE, Walter B. "Essentially Contested Concepts". *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, 1956, pp. 167-198.

GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GOLDSWORTHY, Jeffrey D. "The Self-Destruction of Legal Positivism". *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, 1990, pp. 449-486.

GREEN, Leslie. *The Authority of the State*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

HART, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

_____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

_____. *The Concept of Law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 1994 [1^a ed. 1961].

HERSHOVITZ, Scott. “Review of *Between Authority and Interpretation*, by J. Raz.” *Mind*, v. 121, n. 483, 2012, pp. 835-838.

HIMMA, Kenneth Einar. “Law’s Claim of Legitimate Authority”. in: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart’s Postscript*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 271-309.

_____. “The Instantiation Thesis and Raz’s Critique of Inclusive Positivism”. *Law and Philosophy*, v. 20, 2001, pp. 61–79.

_____. “Just ’Cause You’re Smarter than Me Doesn’t Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 1, 2007, pp. 121–150.

_____. “Immodesty in Dworkin’s Theory: The Lines Dividing Different Kinds of Conceptual Theory of Law”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 203-224.

HOLTON, Richard. “Positivism and the Internal Point of View”. *Law and Philosophy*, v. 17, 1998, pp. 597–625.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEITER, Brian. “The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 4, 2011, pp. 663–677.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. With Revised Foreword. Oxford: Oxford University Press, 1994 [1^a ed. 1978].

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

MARANHÃO, Juliano S. A. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. “Por que teorizar sobre a teoria do direito?” in: RAZ, Joseph [et. al.]. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 9-38.

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

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

_____. “Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 209-229

MARTIN, Margaret. *Judging Positivism*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

MOORE, Michael S. “Authority, Law, and Razian Reasons”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, pp. 827-896.

MÚRIAS, Pedro. “As Perspectivas Interna e Externa da Normatividade”, 2006, p. 1. Disponível em: <<http://muriasjuridico.no.sapo.pt/Interna-externa-normativ.pdf>>

PERRY, Stephen R. “Hart’s Methodological Positivism”. in: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart’s Postscript*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 311-354.

PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott. “Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry”. *Ethics*, v. 128, October 2017, pp. 37–68.

POSTEMA, Gerald J. "Law's Autonomy and Public Practical Reason". in: GEORGE, Robert P. (ed.). *The Autonomy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1996. pp 79-118.

_____. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. New York: Springer, 2011.

PRIEL, Dan. "Jurisprudence and Necessity". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 20, n. 1, 2007, pp. 173-200.

RAZ, Joseph. "Legal Principles and the Limits of Law". *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 5, 1972, pp. 823-854.

_____. "Kelsen's General Theory of Norms. Critical Study". *Philosophia*, v. 6, n. 3-4, 1976, pp. 495-504.

_____. "Professor Dworkin's Theory of Rights". *Political Studies*, v. 26, n. 1, 1978, pp. 123-137.

_____. "Introduction". in: RAZ, Joseph (ed.). *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978. pp. 1-17.

_____. *The Concept of a Legal System*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 1980 [1^a ed. 1970].

_____. "Hart on Moral Rights and Legal Duties". *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4, n. 1, 1984. pp. 123-131.

_____. "The Morality of Obedience". *Michigan Law Review*, v. 83, n. 4, 1985, pp. 732-749.

_____. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

_____. "Dworkin: A New Link in the Chain". *California Law Review*, v. 74, n. 3, 1986. pp. 1103-1119.

_____. “Facing Up: A reply”. *Southern California Law Review*, v. 62, n. 3-4, 1989, pp. 1153-1235.

_____. “Introduction”. in: RAZ, Joseph (ed.). *Authority*. New York: New York University Press, 1990. pp. 1-19.

_____. “Morality as Interpretation”. *Ethics*, v. 101, n. 2, 1991. pp. 392-405.

_____. *Ethics in The Public Domain*. Revised edition. Oxford: Oxford University Press, 1995 [1^a ed. 1994].

_____. *Engaging Reason*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *Practical Reason and Norms*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 1999 [1^a ed. 1975].

_____. “Can There be a Theory of Law?” in: GOLDING, Martin B.; EDMUNDSON, William A. (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2005. pp. 324-342.

_____. *The Authority of Law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2009 [1^a ed. 1979].

_____. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. *From Normativity to Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. “Teoria e Conceitos. Réplica a Alexy e Bulygin”. in: RAZ, Joseph [et. al.]. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 121-128.

_____. “From normativity to responsibility etc”. *3:AM Magazine*. Interviewed by Richard Marshall. First published: Monday, September 1st, 2014. Disponível em:

<<http://www.3ammagazine.com/3am/from-normativity-to-responsibility-etc/>>

_____. “Comments on the Morality of Freedom”. *Jerusalem Review of Legal Studies*, v. 14, n. 1, 2016, pp. 169–181.

RODRIGUEZ, Jorge; NAVARRO, Pablo. “Interpretação jurídica e sistematização do direito” in: MACEDO JR., Ronaldo Porto [org. et al]. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 63-90.

ROSEN, Arie. “The Normative Fallacy Regarding Law’s Authority”. in: WALUCHOW, Wilfrid J.; SCIARAFFA, Stefan (eds.). *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 75-100.

ROSS, Alf. “Review of The Concept of Law by H. L. A. Hart.” *Yale Law Journal*, v. 71, n. 6, 1962, pp. 1185-1190

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SCIARAFFA, Stefan. “Explaining Theoretical Disagreement and Massive Decisional Agreement: The Justificatory View”. *Problema*, v. 6, 2012, pp.165–189.

SHAPIRO, Scott. “What is the Internal Point of View?”. *Fordham Law Review*, v. 75, 2006, pp. 1157-1170.

_____. “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed.” in: RIPSTEIN, Arthur (ed.). *Ronald Dworkin*. New York: Cambridge University Press, 2007. pp. 22-55.

_____. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SMITH, Dale. “Must the Law be Capable of Possessing Authority?”. *Legal Theory*, v. 18, 2012, pp. 69-100.

TONG, Yi. *Conceptual Analysis in Jurisprudence: an Essay in Methodology*. University of Minnesota Ph.D. dissertation, 2016. Extraído de: University of Minnesota Digital

Conservancy, <http://hdl.handle.net/11299/185121>

TOH, Kevin. "Hart's Expressivism and His Benthamite Project". *Legal Theory*, v. 11, n. 2, 2005. pp. 75-123.

_____. "Some Moving Parts in Jurisprudence". *Texas Law Review*, v. 88, 2010, pp. 1283-1321.

_____. "Erratum to: Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy". *Law and Philosophy*, v. 34, 2015, pp. 333–368.

WALDRON, Jeremy. "Normative (or Ethical) Positivism". *in*: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 410-433.

WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994.