

DANIEL PEIXOTO MURATA

**EM MEIO À TEMPESTADE: VALORAÇÃO E DESCRIÇÃO NA
TEORIA DO DIREITO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Ronaldo Porto Macedo Júnior

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2018**

DANIEL PEIXOTO MURATA

**EM MEIO À TEMPESTADE: VALORAÇÃO E DESCRIÇÃO NA
TEORIA DO DIREITO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Ronaldo Porto Macedo Júnior

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2018**

DANIEL PEIXOTO MURATA

**EM MEIO À TEMPESTADE: VALORAÇÃO E DESCRIÇÃO NA
TEORIA DO DIREITO**

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Prof. Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2018**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Murata, Daniel Peixoto

Em Meio à Tempestade: Valoração e Descrição na Teoria do Direito / Daniel Peixoto Murata ; orientador Ronaldo Porto Macedo Júnior -- São Paulo, 2018.
205

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Joseph Raz. 2. Ronald Dworkin. 3. Interpretação. 4. Metodologia. 5. Teoria do Direito. I. Porto Macedo Júnior, Ronaldo, orient. II. Título.

A dissertação só foi possível graças ao apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). O projeto de ingresso no programa de mestrado foi revisado e submetido à FAPESP, que concedeu bolsa regular de mestrado para desenvolvimento da pesquisa, nos termos do PROCESSO nº 2016/06243-0, cuja vigência abrange de 01/07/2016 até 30/06/2018. Registro meu agradecimento à FAPESP pelo apoio à pesquisa. As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade minha e não necessariamente refletem a visão da FAPESP.

Daniel Peixoto Murata

**EM MEIO À TEMPESTADE: VALORAÇÃO E DESCRIÇÃO NA
TEORIA DO DIREITO**

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Prof. Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior.

Data de Aprovação: _____

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____ . Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____ . Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____ . Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Existem alguns mitos no mundo acadêmico que persistem ainda hoje. Talvez um dos mais deletérios deles seja a ideia do pesquisador solitário, que produz seu trabalho longe do mundo e então emerge da clausura com um texto. Nada poderia estar mais distante da realidade, ao menos, da minha realidade. Essa dissertação não existiria sem o apoio de muitas pessoas. Sou profundamente grato a elas.

Primeiramente, agradeço ao prof. Ronaldo Porto Macedo Jr pela valiosa orientação na dissertação, bem como pelas longas conversas e provocações filosóficas. Este trabalho seria impossível sem sua ajuda. Seu rigor acadêmico impediu diversas vezes que esse trabalho saísse dos trilhos, bem como me auxiliou a compreender melhor o que eu mesmo queria dizer e não sabia como. Tenho a sorte de poder trabalhar já a um bom tempo com o prof. Ronaldo, desde minha iniciação científica elaborada no PET Sociologia Jurídica (SESU/MEC) em 2012. Pelas minhas contas, desde então fui monitor de nove disciplinas ministradas por ele, entre monitorias de graduação e de pós-graduação, e acompanhei cinco edições de seu Grupo Interinstitucional de Filosofia e Teoria do Direito, fora as matérias de graduação e pós-graduação oferecidas por ele nas quais eu fui aluno. Eu literalmente lhe devo minha formação.

Os professores Thomas Bustamante e Noel Struchiner, que arguíram a versão provisória da dissertação no exame de qualificação, também contribuíram decisivamente. De maneira honesta, clara e modesta, ambos apontaram diversos aspectos que poderiam ser melhorados. O prof. Thomas tem parte importante na história dessa dissertação. Em 2015, quando estava no programa de pós-doutorado da USP, ele organizou uma edição do grupo de estudos do prof. Ronaldo, na qual lemos a primeira parte do *The Morality of Freedom* e o livro à época recém lançado *Shared Authority*, de Dimitrios Kyritsis. Ali pude elaborar pela primeira vez minha inquietação com os argumentos de Joseph Raz. Espero poder continuar debatendo com os professores Thomas e Noel por um bom tempo ainda.

Tive a oportunidade também de discutir algumas das ideias da dissertação com outros professores que contribuíram com insights, sugestões bibliográficas ou provocações. O prof. John Gardner, quando estive em São Paulo, gentilmente reservou um dia para discutir comigo e com um amigo alguns dos temas dos trabalhos que desenvolvíamos. O prof. Kenneth Himma contribuiu enviando por e-mail vários artigos que foram fundamentais para a redação do terceiro capítulo da dissertação. Desde meu intercâmbio durante a graduação na University

of Glasgow, venho contando com um enriquecedor diálogo com o prof. Marco Goldoni, que provavelmente deve discordar de boa parte dos argumentos que levanto aqui.

Caio Ribeiro, Jacqueline Abreu, Guilherme Bandeira, Marco Antônio Alberto e Henrique de Castro leram integralmente as versões preliminares dos capítulos da dissertação e contribuíram com comentários e correções. Horácio Neiva, também um leitor assíduo de Raz, fez a gentileza de me dar uma cópia impressa de seu mestrado. O quinto capítulo da minha dissertação incorpora muitos elementos de sua crítica ao pensamento raziano. Juliana Ruiz discutiu comigo diversas ideias da dissertação e me auxiliou com a formatação da versão final. Marília Lessa, Maria Luciano, Bárbara Simão, Carla Henriete, Pablo Lago, Isadora Almeida, Beatriz Camões, André Coletto e Filipe Gaspari discutiram pontualmente ou de maneira mais geral vários dos argumentos que levanto. Em 2016, pude discutir com os alunos do PET-Sociologia Jurídica e do Grupo Interinstitucional de Filosofia e Teoria do Direito o livro *Judging Positivism*, de Margaret Martin. As discussões sobre o livro com os alunos foram importantes para o desenvolvimento de muito do que apresento aqui.

Finalmente, agradeço à minha família pelo apoio e compreensão, e à Laís Yokota pelo estímulo constante e paciência. Certa vez ela teve de suportar uma explicação de mais de uma hora sobre o pensamento de Raz. Não consigo pensar em prova de amor maior do que ouvir o parceiro falar por tanto tempo sobre filosofia analítica.

Como não poderia deixar de ser, erros e imprecisões são de minha inteira responsabilidade. Os críticos mais habilidosos que detectarem problemas ou levantarem questionamentos sobre o que digo na dissertação podem ficar tranquilos. Em meu próximo trabalho responderei a todas as suas inquietações, ou não.

“Hell is empty and all the devils are here.” – William Shakespeare

“Um homem ficará aprisionado em uma sala com uma porta destrancada que se abre para dentro enquanto não lhe ocorrer que ele pode puxar a porta em vez de empurrá-la.” – Ludwig Wittgenstein

RESUMO

A presente dissertação é uma investigação sobre o papel dos juízos valorativos morais na teoria do direito de Joseph Raz. Seguindo o esquema de Julie Dickson, divido a investigação em três tópicos. O primeiro tópico é sobre a necessidade ou não da avaliação moral na determinação do direito. O segundo tópico é sobre a necessidade ou não de se reconhecer o direito como um fenômeno moralmente justificável para conseguir explicá-lo adequadamente. O terceiro tópico é sobre a necessidade ou não de as consequências morais figurarem como critério de sucesso de uma teoria do direito. Raz se posiciona negativamente nesses três tópicos. A sua visão sobre o papel da teoria do direito, que deveria elencar os elementos imprescindíveis na formulação de um conceito capaz de explicar a natureza do fenômeno jurídico, não postula nem a necessidade de argumentos morais na identificação do direito, nem um papel para as consequências morais de se adotar ou não uma teoria. A sua visão sobre como funcionam diretivas jurídicas, a partir de razões que excluem outras considerações do balanço de razões do agente, permite que ele sustente que a identificação do direito exclua considerações morais. A sua teoria da autoridade legítima, focada em um ideal normativo, permite que as autoridades de fato falhem em estar à altura de suas pretensões.

Argumento que Raz está equivocado nas três respostas. A hipótese contra Raz que sustentarei pode ser sintetizada em três proposições: (1) o direito, por ser uma prática argumentativa em toda sua extensão, demanda que sejam feitas avaliações morais para sua determinação. (2) A sua teoria da autoridade é inconsistente com sua teoria da razão prática e insuficiente para reivindicar correção em relação às teorias rivais, o que na prática permite respostas diferentes à questão da justificação moral. (3) O direito pode não possuir uma essência ou natureza aferível por meio de conceitos, de modo que é possível que as consequências morais de se adotar uma teoria contem como critério para o sucesso da própria teoria. Por trás das respostas razianas apresentadas acima, argumento que existem dois vícios filosóficos a meu ver sanados em minhas três proposições inspiradas no pensamento de Ronald Dworkin: o essencialismo, consistente na atribuição de uma essência ao direito, e o arquimedianismo, consistente em uma tentativa de o teórico se colocar externamente ao próprio objeto de investigação.

Palavras-chave

Joseph Raz; Ronald Dworkin; Interpretação; Metodologia; Teoria do Direito; Tese da Separabilidade; Julgamento Moral; Arquimedianismo; Essencialismo.

MURATA, Daniel. *In the Middle of the Tempest: Evaluation and Description in Legal Theory*. 205 pp. Master Degree. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018

ABSTRACT

This dissertation is an investigation about the role of evaluative judgments in the legal theory of Joseph Raz. Following Julie Dickson's scheme, I divide the investigation in three topics. The first topic is about the need or not of moral evaluation in determining what the law is. The second topic is about the need or not of recognizing law as a morally justifiable phenomenon in order to properly explain it. The third topic is about the need or not of the moral consequences in figuring as criteria of success of a given legal theory. Raz answers negatively these three topics. His view about the role of legal theory, which is supposed to pick up the essential elements in the elaboration of a concept capable of explaining the nature of the legal phenomenon, does not postulate the need for moral arguments in the identification of law, nor a role for the moral consequences of adopting or not a given theory. His view about how legal directives work, through reasons that exclude other considerations from the agent's balance of reasons, allows him to maintain that the identification of law must exclude moral considerations. His theory of legitimate authority, focused on a normative ideal, allows that the authorities *de facto* fail in being what they claim to be.

I argue that Raz is wrong in all three answers. The hypothesis against Raz that I will argue for can be summarized in three propositions: (1) law, as an argumentative practice in all of its extension, demands moral evaluations in order to be determined. (2) Raz's theory of authority is inconsistent with his theory of practical reason and insufficient to claim superiority over rival theories, which in practice allows for different answers regarding the moral justification question. (3) Law might not possess an essence or nature assessable through concepts, so that is possible for the moral consequences of adopting a theory to figure as criteria for the success of the theory itself. Behind the razian answers presented above, I argue that exist two philosophical vices that are in my view driven away in my three propositions inspired in Ronald Dworkin's thought: essentialism, consistent in the attribution of an essence to law, and archimedianism, consistent in the theorist's attempt to place himself externally to the object of investigation.

Keywords

Joseph Raz; Ronald Dworkin; Interpretation; Methodology; Legal Theory; Separability Thesis; Moral Judgment; Archimedianism; Essentialism.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1	1
JUÍZOS DE VALOR E FILOSOFIA DO DIREITO	1
1 – Introdução: A Teoria do Direito e os Desafios Metodológicos	1
2 – Três Perguntas sobre o Papel dos Juízos de Valor	5
3 – Joseph Raz como Fio Condutor da Investigação	8
4 – Justificativas da Investigação: por que Raz?	18
5 – Vícios Filosóficos: Essencialismo e Arquimedianismo	21
5.1- Essencialismo	22
5.2- Arquimedianismo	25
CAPÍTULO 2	33
A TEORIA DO DIREITO DE JOSEPH RAZ	33
1 – Joseph Raz: uma apresentação esquemática de seu pensamento	33
2 – O que é a filosofia do direito para Joseph Raz?	36
3 – A teoria das razões de Joseph Raz: razões exclusionárias ou preemptivas	46
4 – A Teoria da Autoridade de Joseph Raz	57
5 – O positivismo jurídico raziano e a tese das fontes sociais	73
CAPÍTULO 3	80
ANÁLISE DA TESE DA PREEMPÇÃO - A IMPOSSIBILIDADE DE RAZÕES EXCLUSIONÁRIAS	80
1 – Introdução: recapitulação da tese da preempção	80
2 – Argumentos fenomenológicos	83
2.1- Regras Práticas e Promessas	83
2.2- Defesas razianas: escopo, razões auxiliares, dependência e dupla-contagem	85
2.3- O caso do teste psicológico: o sentimento de receio	91
2.4 - A comparação entre ordens e pedidos	92
3- Argumentos Funcionais	93
3.1 - Processos Decisórios e Raciocínio Prático	93
3.2 - Regras e seu Funcionamento	95
3.3 - Regras como Generalizações, Particularismo Sensível e Ceticismo sobre as Regras	96
4 – Implicações para o Positivismo Jurídico Raziano (I): Tese da Avaliação Moral	101
4.1 - Consequências da inexistência de razões exclusionárias	101
4.2 - Raciocínio Jurídico e Autonomia	104
4.3 - A alternativa de Dworkin para o raciocínio jurídico	109
4.4 - Avaliação Moral e Arquimedianismo: balanço provisório	113

CAPÍTULO 4	115
ANÁLISE DA TESE DA JUSTIFICAÇÃO NORMAL – O DIREITO E SUA LEGITIMIDADE	115
1 – Introdução: recapitulação da tese da justificação normal	115
2 – Problemas Internos	117
2.1 - A ideia de razão correta: Raz e Direito Natural	118
2.2 - Tensão entre Preempção e Justificação Normal: divergências metodológicas	121
2.3 - Alcance da Autoridade Legítima: o que está dentro da reivindicação de autoridade?	124
3 – Teorias da Autoridade e seus Impactos na Teoria do Direito	130
3.1 - Justificação Normal e Autonomia e a relação com a justificação moral	131
3.2 - Conceitos Rivais de Autoridade	132
3.3 - Teorias da Autoridade e Teorias do Direito	138
4 – Implicações para o Positivismo Raziano (II): Tese da Justificação Moral	141
CAPÍTULO 5	144
ANÁLISE CONCEITUAL EM RAZ – NATUREZA DO DIREITO E DESACORDOS CONCEITUAIS	144
1 – Introdução: recapitulação da análise conceitual nos moldes razianos	144
2 – A relação problemática entre conceito e natureza	151
2.1 - O problema do acesso epistêmico	152
2.2 - Mudanças conceituais e natureza do direito	154
2.3 - Interlúdio: abandonado a ideia de “natureza”	156
3 – Desacordos no direito: conceitos criteriosais e interpretativos	158
3.1 - O argumento de Dworkin sobre desacordos e o papel do conceito doutrinal	158
3.2 - A defesa raziana dos conceitos criteriosais	162
3.3 - Encruzilhadas metodológicas: Raz versus Dworkin	166
4 – Implicações para o Positivismo Raziano (III): filosofia do direito como interpretação	170
4.1 - Consequências morais benéficas e interpretação do conceito doutrinal	170
4.2 - Essencialismo e Arquimedeanismo na análise conceitual raziana	173
CONCLUSÃO	176
TEORIA DO DIREITO APÓS A TEMPESTADE	176
1 – Um modelo de teoria naufragado	176
2 – Horizontes mais promissores	179
BIBLIOGRAFIA	183

CAPÍTULO 1

JUÍZOS DE VALOR E FILOSOFIA DO DIREITO

1 – Introdução: A Teoria do Direito e os Desafios Metodológicos

Na peça *A Tempestade*, de William Shakespeare, o mago Próspero, com a ajuda do espírito Ariel, ilude os tripulantes de um navio ao fazê-los acreditar que a embarcação estava em chamas e sendo destruída pela tempestade que dá nome à obra teatral. A revelação, ao final da narrativa, de que o navio estava intacto vem como uma surpresa que muda a percepção que os personagens têm do mundo ao seu redor. Os tripulantes do navio viam uma coisa e tinham uma apreensão da realidade. Miranda, a filha de Próspero que observava de longe a tempestade, via outra, mas não tinha a perspectiva dos marinheiros e nem de seu pai, que invocara o fenômeno. Por fim, o próprio mago possuía uma terceira percepção, por ter conjurado a tempestade. O fato de sermos espectadores de toda a narrativa permite que saibamos que a visão de Próspero é a correta sobre a tempestade. No entanto, o que ocorreria em nossa interpretação se a existência de magia e espíritos na obra shakespeariana fosse ambígua? Se não soubéssemos ao certo se Próspero realmente tem poderes ou se apenas acredita que tem, saber quem tem a compreensão da realidade no caso seria uma questão muito mais complexa.

A metáfora nos é particularmente instrutiva. Um dos problemas centrais na filosofia do direito é o papel dos julgamentos valorativos em nossa percepção sobre o que é o direito. Positivistas em geral argumentam que juízos valorativos de caráter moral não constituem nosso conceito de direito, enquanto críticos do positivismo, como Ronald Dworkin, assumirão posição contrária. A presente dissertação analisará as respostas que o positivista Joseph Raz fornece à questão dos juízos valorativos. Raz será, para nós, como Próspero na versão ambígua da peça shakespeariana. Ele afirma controlar a tempestade, e em termos menos

metafóricos, ter definido (e excluído) os juízos valorativos morais da definição do conceito de direito. A pergunta é: será isso verdade?

Desde a primeira edição de *O Conceito de Direito (The Concept of Law)*, de H.L.A. Hart, em 1961 (1994), a teoria do direito se tornou cada vez mais sofisticada, valendo-se de uma infinidade de ideias e teorias importadas da filosofia, em especial da filosofia analítica e da linguagem¹. A partir de 1990, surgiram trabalhos que buscavam analisar especificamente as questões metodológicas da teoria do direito². Dentre essas questões, duas são particularmente relevantes: em primeiro lugar, ela precisa explicar duas dimensões do fenômeno jurídico: seus elementos descritivos, ou seja, seus elementos enquanto um tipo de instituição social, e seus elementos normativos, ou seja, o tipo de razões que o direito gera sobre os cidadãos e oficiais (PERRY, 1995, p. 97). Essa dupla dimensão do fenômeno jurídico faz com que sua teoria tenha peculiaridades metodológicas difíceis de conciliar: de um lado, a teoria do direito pretende ser um ramo da filosofia prática, ou seja, da filosofia das razões que temos para agir de determinado modo. De outro, a teoria do direito se aproxima muito das ambições descritivas das ciências sociais, notadamente da sociologia³.

Em segundo lugar, como delimitamos aquilo que deve figurar em uma teoria do direito? Caso a teoria do direito se abra para toda e qualquer característica da prática jurídica em sua ambição descritiva ela se torna incapaz de fornecer alguma explicação coerente, uma vez que estaríamos meramente traduzindo um conjunto enorme de dados em linguagem teórica, sem qualquer ganho explicativo (HALPIN, 2006, p. 87). Para usar a metáfora de Lewis Carroll retomada por Arthur Danto: “um mapa não pode ser uma réplica de um país, ou pelo menos não a ponto de que se nos perdermos em um estaremos perdidos no outro” (DANTO, 2010, p. 64).

¹ O debate metodológico em teoria do direito, inaugurado por Hart e Dworkin (1977) adquiriu relevância internacional, influenciando uma série de outros autores e debates ao redor do mundo. Ilustra-se isso com o recente *Acordes y Desacuerdos*, de Sánchez e Ratti (2012), coletânea organizada com artigos principalmente de autores hispânicos e italianos. No Brasil, destacam-se Macedo Jr. (2012, 2013), Maranhão (2012), Glezer (2010), Bustamante (2015) dentre outros. No México, Flores (2015) é ilustrativo do diálogo internacional que vem se colocando em teoria do direito. Dolcetti e Ratti (2013) ilustram a influência da teoria do direito analítica entre autores italianos.

² Por metodologia designo a fundamentação filosófica ou método de investigação filosófica, não se deve confundir com o sentido de metodologia em pesquisas empíricas. Desde já aponto que utilizo os termos “teoria do direito” e “filosofia do direito” como sinônimos.

³ Ver também Raz (2009i, p. 1): “General theories of law struggle to do justice to the multiple dualities of the law. The law combines power and morality, stability and change, systemic or doctrinal coherence and equitable sensitivity to individual cases, among others. The dualities pose a double explanatory challenge. First, are the concepts commonly used in legal theory adequate to the task of explaining these dualities and the attendant conflicts or tensions in our understanding of the law? Second, to the extent that legal activities are conscious of their own nature, how do these dualities affect the activities and the law?”

Muitos críticos e céticos em relação à teoria do direito argumentam que ela contém uma mácula, um “*dirty little secret*”, conforme John Gardner nos conta (GARDNER, 2001a, p. V), consistente no fato de teóricos do direito implicitamente importarem para dentro de suas teorias as suas posições políticas e ideológicas. Em outras palavras, para esses críticos, nada na teoria do direito é neutro da forma como muitos teóricos afirmam ser. Surge, portanto, um dilema para o teórico do direito: de um lado, ele pode assumir que sua teoria não é neutra em termos de valores, ou seja, de que sua teoria é uma defesa dos ideais do direito ou uma crítica desses mesmos ideais. De outro lado, o teórico pode tentar insistir que tudo que ele faz é descrever o direito, sem assumir qualquer compromisso valorativo (GARDNER, 2001, p. VI). A primeira resposta parece mais realista, mas seria incoerente com o que a maioria dos teóricos do direito diz fazer. A segunda, por outro lado, é implausível uma vez que reconheçamos a impossibilidade de se destacar completamente em relação ao objeto de estudo. Esse dilema nos força a estudar com cuidado o que significa para um teórico do direito fazer um juízo de valor em sua teoria.

As preocupações nos colocam a seguinte questão: como poderíamos saber que uma teoria do direito é bem sucedida, como saber se ela explica bem seu objeto? Responder essa pergunta demanda que tenhamos uma resposta para outra pergunta: qual o propósito da teoria do direito? Essa segunda pergunta deve ser levada a sério, uma vez que diferentes propósitos demandam diferentes teorias. Por exemplo, se eu sou um sociólogo da democracia e desejo entender a relação entre regimes democráticos e crescimento econômico, eu posso estipular um *conceito criterial* de democracia, ou seja, um conceito que apresenta critérios razoavelmente definidos para sua correta aplicação (DWORKIN, 2006b, p. 9-10), para conseguir distinguir os países que figurarão em minha pesquisa. Trata-se de uma definição estipulativa. Por exemplo: “é democracia o Estado que possuir eleições não viciadas e regulares, partidos de oposição e imprensa relativamente livre”. Nessa pesquisa hipotética, eu olharia para quais países atendem esses critérios. Por outro lado, uma teoria sobre qual é o *valor* da democracia funcionaria de modo diferente. Seria uma teoria normativa, cujo método de investigação demandaria julgamentos morais.

Para Joseph Raz, “é uma tarefa primordial da teoria do direito aprofundar nosso entendimento da sociedade ao nos ajudar a entender como as pessoas se compreendem” (RAZ, 1995, p. 237, tradução minha⁴). Raz argumenta que diferentemente do que ocorre com

⁴ Todas as traduções de Raz são livres e de minha autoria, exceto se especificado o contrário.

conceitos como “elétron” ou “massa”, nós utilizamos o conceito de direito para *nos* compreendermos, ou seja, é um conceito que figura em nosso mundo de razões. O conceito de direito, pode-se dizer, é construído socialmente e demanda um modelo de análise conceitual distinto, conforme se verá adiante.

Raz argumenta que uma teoria do direito deve se preocupar em identificar e explicar os elementos que compõem a natureza do fenômeno jurídico. Para o autor:

[Uma] teoria do direito fornece uma visão da natureza do direito. A tese que defenderei é que uma teoria do direito é bem sucedida se satisfaz dois critérios: primeiro, se ela consiste em proposições sobre o direito que são *necessariamente* verdadeiras, e, segundo, se elas [proposições] *explicam* o que o direito é (RAZ, 2009c, p. 17).

Nesse sentido, uma teoria do direito é bem sucedida se: (1) apresenta proposições sobre o direito que são necessariamente verdadeiras, no sentido de indispensáveis ao direito e (2) explica efetivamente o que é o direito de modo satisfatório ou adequado. Evidentemente (2) é dependente de (1), porque para uma explicação ser adequada ela deve ser composta por proposições verdadeiras⁵. É importante perceber que uma explicação adequada é composta não apenas por proposições que sejam meramente verdadeiras, mas por proposições que também explicam aquilo que é reconhecido como relevante e característico sobre o direito (RAZ, 1995c, p. 237)⁶. Para Raz, uma teoria do direito deve ser capaz de separar o essencial do contingente, se preocupando com os elementos que são fundamentais a qualquer sistema jurídico, independentemente de circunstâncias específicas de sociedades determinadas. Segundo o autor, essa é a diferença entre a sociologia do direito, preocupada com o contingente e com a explicação de detalhes particulares, em relação à teoria do direito, preocupada com o universal e o necessário (RAZ, 1979e, p. 104)⁷.

Neste ponto, tanto Hart quanto Raz estão em relativo acordo. Segundo Hart, a teoria do direito “é geral no sentido de que não está atrelada a nenhum sistema ou cultura jurídica em particular, mas busca dar uma explicação clarificadora do direito (...)” (HART, 1994, p. 240, tradução minha). A teoria de Hart, por exemplo, elenca a distinção entre regras primárias e regras secundárias como elementos centrais para compreender o direito, e as regras secundárias de adjudicação, alteração e reconhecimento como características de um sistema

⁵ Julie Dickson segue Raz neste ponto: “A successful theory of law of this type is a theory which consists of propositions about the law which (i) are necessarily true, and (2) adequately explain the nature of law. Points (1) and (2) are intimately linked: a theory's ability to explain adequately the nature of law is dependent upon its at least consisting of necessarily true propositions” (DICKSON, 2001, p. 17, rodapé omitido).

⁶ Ver também Dickson (2001, p. 24-25).

⁷ Ver também Raz (1979f, p. 44).

jurídico (HART, 1994, p. 98-99). A teoria do direito, nesses moldes gerais, não incorre no problema da falta de seletividade levantado por Halpin. Para continuar com a metáfora de Carroll, Hart e Raz tentam fazer mapas que elencam o essencial. É a partir desse ponto que elaborarei a proposta da presente dissertação.

2 – Três Perguntas sobre o Papel dos Juízos de Valor

Assumirei provisoriamente que Raz e seus seguidores estejam corretos sobre teorias do direito serem compostas por proposições verdadeiras capazes de explicar adequadamente o fenômeno ao qual se dirigem. Como nós podemos fazer uma proposição sobre o direito? Qual é o tipo de juízo envolvido em produzir uma afirmação verdadeira sobre o direito? Ainda que Raz seja o interlocutor privilegiado nesta dissertação, para compreendermos melhor essas perguntas, irei me valer da estrutura que Julie Dickson apresenta a partir de uma pergunta central que pode ser decomposta em três perguntas mais específicas⁸. A pergunta central é a seguinte: “em qual extensão e em que sentido um teórico do direito deve fazer juízos de valor sobre o fenômeno que ele busca explicar, com o intuito de construir uma teoria do direito bem sucedida?” (DICKSON, 2001, p. 8, tradução minha). Podemos tornar a questão mais clara: juízos de valor figuram na construção de uma teoria do direito capaz de explicar adequadamente o fenômeno jurídico? À essa pergunta de resposta binária Raz responde: não, mas de uma forma especialmente qualificada, como veremos.

A pergunta nas formulações que acabo de apresentar (tanto a de Dickson quanto a minha) é simplista e a própria Dickson buscará elaborá-la melhor em três perguntas distintas. No entanto, é útil explorar a formulação simples para chegar às perguntas corretas que passarão toda a dissertação como uma forma de fio condutor⁹. A resposta tida como a usual de um positivista para a pergunta nessa formulação é que um teórico do direito não deve fazer juízos de valor sobre o fenômeno que ele pretende descrever. No entanto, essa resposta é

⁸ Ver também Macedo Jr (2012, p. 99-100).

⁹ Para elaborar as questões a partir da pergunta simples, vou me valer principalmente da forma como Dickson (2001; 2009; 2015) elabora os três desafios a uma teoria descritiva do direito.

exatamente uma das alternativas no dilema que Gardner nos apresentou. Ninguém acredita que juízos *totalmente* neutros sejam possíveis.

Na esteira de Raz, Dickson apresenta uma solução ao positivista, consistente na distinção entre dois tipos de juízos: juízos de importância, que buscam distinguir aquilo que é importante ou essencial para uma explicação satisfatória do direito, e juízos morais, que avaliam de um ponto de vista moral o direito. O positivista pode reconhecer juízos valorativos de importância, mas não precisa reconhecer que sua teoria assume uma posição moral em relação ao direito. No decorrer da dissertação iremos analisar em detalhe a proposta de Raz nesse sentido, mas por enquanto podemos isolar uma primeira sub-questão, consistente na necessidade de se definir a importância de algum elemento em nossa explicação sobre o direito a partir de seu valor moral, ou nas palavras da própria Dickson, na aceitação ou não da tese da avaliação moral (*moral evaluation thesis*): “para compreender o direito adequadamente, o teórico precisa avaliá-lo moralmente?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha).

A formulação simples da pergunta gera confusão em um segundo sentido. É importante distinguir a primeira sub-questão de outra investigação, que diz respeito não ao julgamento moral do teórico em relação ao direito, mas sim em relação à necessidade ou não de se reconhecer o direito como um fenômeno moralmente justificável para ser capaz de explicá-lo adequadamente. A tese da avaliação moral, quando aceita, implica tão somente que um teórico deve avaliar moralmente o direito para produzir sua teoria. Podemos nos perguntar também se uma devida compreensão do direito demanda que o vejamos como moralmente justificado (DICKSON, 2001, p. 73-74).

Trata-se de uma distinção sutil, mas de grande relevância, conforme podemos ver em um clássico exemplo de Raz: um anarquista pode responder positivamente a tese da avaliação moral, reconhecendo a necessidade de assumir um posicionamento moral para elaborar uma teoria do direito, mas negar que a devida compreensão do direito seja a de um fenômeno moralmente justificado. O anarquista pode, ao contrário, afirmar que o direito é por sua própria natureza injustificável (RAZ, 1995c, p. 235-236). Enquanto a sub-questão sobre a avaliação moral é uma pergunta relativa à forma da investigação teórica do direito, a sub-questão sobre a necessidade do reconhecimento da justificação moral é uma pergunta substantiva, sintetizada na aceitação ou não da tese da justificação moral (*moral justification thesis*): “para poder compreender o direito adequadamente, o teórico do direito precisa afirmar

que o direito é um fenômeno moralmente justificado?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha).

Existe um terceiro tipo de investigação que a formulação simples oculta. Quando existem diferentes teorias do direito que buscam explicar o mesmo fenômeno, como devemos decidir qual das teorias é a correta ou a mais adequada? Certos autores argumentam que é possível utilizar as consequências morais que decorreriam da verdade de uma teoria para decidir qual das diversas teorias é a melhor. Defensores do chamado positivismo normativo tendem a adotar essa postura, segundo a qual as consequências morais de se adotar uma teoria devem contar como um de seus critérios de sucesso. Um exemplo desse tipo de argumento é a defesa da aceitação do positivismo por causa da clareza conceitual que ele conferiria àqueles que desejam avaliar criticamente o direito (SCHAUER, 1999).

Raz, por outro lado, rejeita o uso de critérios morais para medir o sucesso de uma teoria (e.g. RAZ, 1979d, p. 41-42). A negação ocorre porque aceitar o papel das consequências morais seria assumir que uma vez que seria benéfico que o direito tivesse tais e tais elementos, *portanto* ele tem tais e tais elementos, ou em outro exemplo, seria como dizer que seria bom que anjos existissem, *logo* eles existem. O problema estaria nos conectivos “portanto” e “logo”, pois eles pressuporiam uma falácia lógica. Essa discussão é sintetizada por Dickson na aceitação ou não da tese das consequências morais benéficas (*beneficial moral consequences thesis*): “juízos de valor sobre as consequências morais benéficas de se adotar determinada teoria podem legitimamente figurar como critérios de sucesso de teorias do direito?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha).

Utilizo as formulações de Dickson para apresentar as perguntas que nortearão a pesquisa por sua clareza e didatismo, que auxiliam a evidenciar os problemas que me interessam. As três perguntas e suas relativas teses serão utilizadas ao longo da dissertação como um fio condutor para a investigação, mas é importante perceber que muitos dos autores analisados não trabalharam com os termos exatos ou com as distinções que Dickson fez. Portanto, a sugestão é que as perguntas funcionem como um mecanismo heurístico, não como um set de classificações rígido. O próprio Joseph Raz, que é a referência teórica de Dickson e meu autor privilegiado, não utiliza os mesmos termos. As formulações das três perguntas, portanto, não devem ser tomadas como a estrutura definitiva do que está em jogo quando discutimos juízos de valor na teoria do direito.

3 – Joseph Raz como Fio Condutor da Investigação

Pretendo realizar uma análise crítica do pensamento de Joseph Raz. Trata-se de um autor central no debate metodológico em filosofia do direito, cuja teoria é original e complexa. Raz será o foco da análise por apresentar respostas negativas às três perguntas acima, apesar de reconhecer a existência de juízos de valor, ainda que não morais (ou seja, ele reconhece os juízos de importância), na elaboração de uma teoria do direito (DICKSON, 2001, p. 10). Seu engajamento direto com questões metodológicas na filosofia do direito o torna um interlocutor privilegiado para o tipo de investigação desenvolvida nessa dissertação.

Raz apresenta uma teoria positivista do direito a partir de seu conceito de autoridade. Sua teoria toma como ponto de partida a proposição (supostamente) verdadeira de que *o direito reivindica autoridade legítima em qualquer tempo ou contexto*. Essa afirmação seria *essencial* para compreendermos o fenômeno jurídico. Essa autoridade *se justifica* pelo serviço que presta: a mediação entre as razões que já se aplicavam aos indivíduos e suas ações, ou seja, seguir a autoridade aumentaria as chances de o indivíduo seguir as razões que já se aplicavam a ele previamente, por isso Raz chama sua concepção de “autoridade como serviço” (RAZ, 1995c, p. 211).

Para prestar tal serviço, a autoridade legítima emite diretivas que funcionam como razões exclusionárias (ou preemptivas)¹⁰. Estas são razões que impedem o recurso a outras razões para fundamentar a tomada de uma decisão (e.g. a ordem de um comandante é obedecida pelo soldado *porque é uma ordem*, e não porque é boa ou justa, ou porque ele gosta dela), no caso, elas excluem a aplicação das razões que não pertencem ao direito. Como as razões exclusionárias emitidas pela autoridade excluem o balanço de razões dos agentes individuais, o agente deixa de agir com base em sua deliberação individual e age a partir do estabelecido pela autoridade, por isso o termo “exclusionária”. Trata-se da chamada tese da preempção, que estabelece a forma por meio da qual a autoridade do direito funciona (RAZ, 1986a, p. 46).

¹⁰ Raz utiliza o termo “exclusionárias” em (1990 e 1979), mas o termo “preemptiva” em (1986a e 1995a). Postema (2011) afirma que os termos funcionam como sinônimos. No segundo capítulo essa terminologia será discutida em maior detalhe.

As diretivas emitidas pela autoridade, por serem exclusionárias, permitem que os indivíduos consigam identificar o direito sem recurso a deliberações morais e políticas. Isso porque as diretivas são identificadas por meio da tese das fontes sociais, segundo a qual identificar o direito válido demanda que se atente unicamente para fatos sociais¹¹. Desse modo, a autoridade do direito presta um serviço de mediação ao tornar diretivas jurídicas mais facilmente identificáveis do que as considerações políticas e morais que deram origem a tais diretivas (RAZ, 1995c, p. 234).

Como o pensamento raziano tenta responder as três perguntas de Dickson sobre o papel desempenhado por juízos de valor na teoria do direito? A primeira pergunta se relaciona à aceitação ou não da tese da avaliação moral (*moral evaluation thesis*). Raz acredita que a teoria do direito deve elencar os elementos que são essenciais ao conceito de direito, que são capazes de explicar sua natureza. Isso se dá por aquilo que Dickson chamou de metodologia indiretamente avaliativa, ou seja, por meio de juízos de importância ou saliência desses elementos. Esses juízos podem ser fundamentados em considerações não-morais, como no caso de elencarem aspectos que são indispensáveis para a compreensão que uma determinada sociedade faz do direito. Essa metodologia é ilustrada no exemplo raziano: o anarquista é capaz de reconhecer a importância da afirmação de autoridade legítima do direito, o elemento central do direito na teoria raziana, com o intuito de explicar o fenômeno jurídico, no entanto ele pode manter uma postura de crítica total a essa mesma autoridade e ao direito (RAZ, 1995c, p. 235-236).

A segunda questão também recebe uma resposta negativa dentro da metodologia raziana. Raz argumenta que a autoridade é legítima quando presta um serviço aos cidadãos, que consiste em permitir que eles ajam de forma mais adequada às razões que se aplicam a eles. Em certo sentido, é uma teoria de legitimidade epistêmica, que estabelece as situações nas quais temos uma obrigação moral em obedecer ao direito. *No entanto*, ela não estabelece que precisamos aceitar o direito da forma como ele se manifesta em nossas sociedades como moralmente justificável para explicá-lo. Ao contrário, Raz assume explicitamente que o direito pode falhar em seu caráter ideal (sua teoria da autoridade legítima postula um ideal normativo). Tudo que é necessário para que a teoria raziana faça sentido é *a possibilidade de o direito ser legítimo* (RAZ, 2009e, p. 111-112).

¹¹ Por “fatos sociais”, designo fatos do mundo cuja origem é social. Discutirei esse ponto em mais detalhe no decorrer da dissertação.

Dizer que o direito *reivindica* autoridade legítima é uma coisa, dizer que ele *realmente a possui* é outra. Raz pode alegar que o direito afirma ter autoridade legítima e que autoridade legítima se dá conforme sua teoria, mas que apesar disso o direito falha miseravelmente em ter essa autoridade em casos concretos (RAZ, 2009e, p. 112-113). Em uma situação assim, Raz poderia comprar o diagnóstico sociológico de um teórico frankfurtiano ou marxista, mas manter sua teoria como a explicação do conceito de direito, daquelas características que são da natureza ou essência do direito, capaz de nos auxiliar na compreensão que fazemos de nós mesmos. Não há nada em sua teoria que o obrigue a ver o direito como um fenômeno moralmente justificado, apenas que ele deve ser possível de justificação¹². Nas palavras do próprio Raz:

[E]ntender a natureza do direito é entender, entre outras coisas, o ideal que o direito deve atingir, e também entender que ele pode falhar em atingir esse ideal. Neste aspecto, a explicação do conceito de direito não é diferente da explicação de outros conceitos normativos (RAZ, 2009e, p. 103).

A terceira questão, relacionada à tese das consequências morais benéficas (*beneficial moral consequences thesis*) também é respondida negativamente por Raz. Novamente, a teoria do direito busca identificar as características centrais do conceito de direito, por meio do qual apreendemos sua natureza. Essa empreitada não pressupõe que as consequências benéficas de uma teoria são um elemento a contar em favor de sua correção. As condições de verdade para a teoria raziana são dadas pela sua capacidade em explicar elementos centrais à natureza do direito (RAZ, 1979d, p. 41-42). Se por hipótese fosse uma característica da natureza do direito o fato de ele ser opressor de gênero, esse elemento deveria figurar em uma teoria satisfatória do direito, mesmo que uma teoria diferente apresentasse melhores consequências morais se adotada. Nós sabemos que um elemento é importante porque ele é distintivo do objeto (por exemplo, o fato de triângulos terem três lados deve figurar em qualquer teoria sobre triângulos), ou porque tal elemento figura nas crenças das pessoas, de modo a afetar a forma com que elas se compreendem e compreendem o mundo ao seu redor (como no caso de uma explicação da religiosidade cristã levar em conta a crença na

¹² Sobre isso, Dickson (2015, p. 229): “ (...) there is no doubt that we must investigate law’s moral properties, its connections with practical reason, its possible moral point or purpose, its legitimacy and authority etc, and that these are important tasks for legal philosophy. However, this approach claims that we must investigate such matters as part of a ‘staged’ inquiry, so that, at the outset of our investigations, our attitude should be that we will undertake moral evaluation and criticism of law, but not yet. Why not yet? To a significant extent, because of various points already mentioned in the discussion above: a fear of prematurely venerating law; a wariness of developing an unquestioning attitude towards it and being too-ready to comply with it; and an acute awareness of the potentially morally disastrous effects of such attitudes.”

ressurreição de Cristo), para dar dois exemplos (RAZ, 1995b). Não é necessário que o reconhecimento desses elementos importantes acarrete em consequências morais desejáveis.

O que deve ficar claro é que as respostas de Raz para essas três perguntas dependem da plausibilidade das diversas teses que o autor israelense adota ao longo de sua obra, bem como da coerência de umas com as outras. É por essa razão que as análises nos capítulos três, quatro e cinco da presente dissertação serão focadas em suas teses centrais, a saber, a preempção (sobre como funciona nosso raciocínio prático), a justificação normal (sobre como a autoridade pode ser legítima) e a metodologia conceitual do autor (sobre como definir e compreender nossos usos dos conceitos).

A resposta raziana para a primeira pergunta demanda que seja possível identificar o que é o direito sem recurso a considerações morais, em outras palavras, a questão é saber se é possível identificar aquilo que é importante no direito apenas com juízos indiretos¹³. A emissão de razões exclusionárias pelo direito e sua identificação por meio das fontes sociais garantem que possamos identificar o que é o direito sem o apelo às deliberações morais que fundamentam a própria existência do direito. Para Raz, nós conseguimos saber o que é o direito a partir do reconhecimento das diretivas dotadas de autoridade e em termos mais gerais identificamos a reivindicação de autoridade legítima sem que seja necessário refletir moralmente, afinal é da natureza da autoridade legítima que ela funcione por meio de razões exclusionárias, daí a tese da preempção. Caso a reflexão moral seja demandada para identificar o direito ou a autoridade legítima, a resposta raziana para a questão sobre a avaliação moral torna-se insustentável. Por exemplo, se a fórmula de Radbruch (leis intoleravelmente injustas não são direito) fosse verdadeira, seria impossível dizer que a avaliação moral é desnecessária para se elaborar uma teoria do direito adequada.

A resposta raziana para a segunda pergunta, como vimos, é possível porque a teoria da autoridade do direito em Raz é uma tentativa de estabelecimento do caso ideal do direito, no qual ele é capaz de gerar obrigações morais (RAZ, 2009g, p. 170-171). Nesse sentido, são condições de sentido para a afirmação de autoridade legítima. É interessante aqui trazer a distinção que Raz faz entre proposições comprometidas (*committed statements*), que endossam as obrigações que o direito pretensamente gera, e proposições destacadas (*detached statements*), que explicitam aquilo que o falante acredita serem as exigências do direito, mas que não denotam o compromisso do falante com a crença em razões para agir conforme o

¹³ Como pretendo mostrar adiante, isso é ilustrativo do vício filosófico chamado arquimedianismo.

direito (RAZ, 2009e, p. 100; p. 113-114)¹⁴. A teoria do direito pode e deve fazer proposições destacadas, porque o direito está inserido em um contexto social mais amplo, no qual a perspectiva daqueles diretamente engajados na prática jurídica é uma dentre outras visões possíveis (RAZ, 1995b, p. 204). Sendo a teoria composta por proposições destacadas, não é necessário assumir o direito como moralmente justificado para ser capaz de explicá-lo¹⁵. É por isso que Raz fala em uma *reivindicação* de autoridade legítima, e não em uma *posse de fato* dessa autoridade, conforme veremos em mais detalhe no segundo e quarto capítulos.

Finalmente, a resposta raziana para a terceira pergunta é relacionada também à possibilidade de se identificar o direito sem considerações morais. A afirmação de autoridade legítima é um elemento *essencial* do nosso conceito de direito, de modo que um anarquista poderia reconhecê-la sem que isso implicasse em seu endosso a essa autoridade. A teoria do direito, apesar de lidar com conceitos normativos, notadamente autoridade legítima, não pode ser desenraizada da natureza das instituições às quais ela se reporta. Como já mencionei antes, para Raz sua teoria está preocupada com um conceito relevante para nossa auto-compreensão e que se refere a instituições que influenciam nossa forma de ver o mundo e agir (RAZ, 2009c, p. 31). A preocupação da teoria raziana é em destacar os elementos essenciais, capazes de explicar a *natureza* do direito, por meio de seu conceito. O teórico não é livre para adotar as posições que bem entender¹⁶. A teoria raziana é comprometida com uma visão peculiar de como funcionam nossos conceitos em geral e o conceito de direito em especial, conforme veremos no segundo e quinto capítulos¹⁷.

¹⁴ Ver também Raz (1990, p. 170-177).

¹⁵ Hart resume o argumento de Raz da seguinte maneira: “[Raz] rejeita o que chama de teoria semântica positivista que sustenta que as declarações de direitos, obrigações e deveres jurídicos têm um significado diferente no contexto jurídico e no contexto moral; sua rejeição dessa tese semântica, entretanto, não significa que declarações de direitos e deveres jurídicos etc. constituam sempre um julgamento moral ou um endosso moral do direito com o qual se compromete seu autor. Pois tais declarações, segundo Raz, podem ser “destacadas” (detached), quer dizer, feitas como que a partir do ponto de vista de alguém que afirma que há uma obrigação moral de se fazer aquilo que o direito manda e, no entanto, são feitas por alguém que não partilha desse ponto de vista. Tais declarações destacadas explicam a linguagem normativa utilizada por juristas e outros para descrever o conteúdo do direito sem se comprometerem de modo algum em endossá-lo moralmente” (HART, 2010b, p. 11).

¹⁶ A procura por uma natureza ou essência do direito, nos moldes propostos por Raz, é ilustrativo do essencialismo que, conforme tentarei demonstrar, é um vício filosófico, assim como o arquimedeanismo.

¹⁷ Acredito que o pensamento de Raz no tocante à definição do que é um conceito e sua relação com a natureza daquilo que o conceito representa seja contraditório ou pelo menos ambíguo ao longo de seus textos. Em *The Authority of Law* (1979a) ele fala em termos como “necessários e suficientes” para definir o que é um conceito, em *Ethics in the Public Domain* (1995a), a ênfase é em termos como “importantes” ou “relevantes”. Por agora, pediria ao leitor paciência até o capítulo 05, no qual apresentarei duas possíveis leituras do argumento raziano e perseguirei os resultados de cada uma delas. Percebi essa contradição graças a Priel (2015, p. 28). Em todo caso, como o esforço em minhas exposições de Raz é retratá-lo da melhor forma possível, podemos convenientemente interpretá-lo como coerente.

O esforço nestes últimos parágrafos foi tentar demonstrar porque a defesa da metodologia raziana torna-se impossível quando atacamos as teses substantivas do autor. Em termos de uma hipótese propositiva, sobre como eu vejo a teoria do direito, tentarei articular uma resposta distinta da oferecida por Raz às perguntas elaboradas por Dickson. Pretendo afirmar que um teórico do direito realiza juízos de *valor moral* ao construir proposições sobre o direito, porque este é um fenômeno que consiste na justificação fundada em princípios de moralidade política para a atuação estatal. Trata-se de uma hipótese baseada no pensamento de Ronald Dworkin. Nas palavras do autor:

(...) direitos e responsabilidades fluem de decisões passadas e contam como jurídicas, não apenas quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando oriundos dos princípios de moralidade pessoal e política que decisões explícitas pressupõem para sua justificação (DWORKIN, 1986, p. 96, tradução minha).

Essa hipótese propositiva será defendida como uma alternativa mais plausível aos argumentos de Raz. Não pretendo, na presente dissertação, argumentar que Dworkin tenha as respostas para todas as questões importantes da filosofia do direito. O esforço desenvolvido é essencialmente negativo, quero apontar as insuficiências do pensamento raziano, e em relação a essas insuficiências, Dworkin parece se sair melhor. Para efeitos de esquematização, minha hipótese propositiva tem três itens, correspondentes às três perguntas sobre juízos de valor de Dickson: (1) sobre a tese da avaliação moral, a hipótese dworkiniana defendida sustenta que dizer o que é o direito em uma determinada comunidade sempre demanda juízos morais; (2) sobre a tese da justificação moral, defenderei que a resposta raziana não pode ser assumida de maneira incontroversa, e que alternativas tão plausíveis quanto a sua vão demandar o reconhecimento do direito como um fenômeno moralmente justificável para sua devida compreensão¹⁸; (3) sobre a tese das consequências morais benéficas, argumentarei que nossos juízos meta-teóricos invariavelmente se reportarão a nossos valores políticos e morais, de modo que nossas escolhas teóricas são sempre moralmente orientadas. Novamente nas palavras de Dworkin:

[N]ós construímos uma teoria do direito – uma teoria dos fundamentos necessários para apoiar uma afirmação de um direito exigível sob demanda dessa forma – ao encontrar a justificação dessas práticas em uma rede maior de valores políticos integrados (DWORKIN, 2011a, p. 405, tradução minha).

¹⁸ Ver, por exemplo, o que diz Macedo Jr em defesa da necessidade da justificação moral (2012, p. 100, rodapé omitido): “Para Dworkin, a própria identificação do que é o direito já envolve a tese da justificação moral. Ela não é uma etapa posterior à identificação do direito. A avaliação moral é exigida pelo esforço de identificação do próprio direito”.

Minha hipótese propositiva é, na verdade, o que a meu ver sobrevive às críticas que dirigi contra Raz a partir do terceiro capítulo. No terceiro capítulo da dissertação, discutirei a tese da preempção e a ideia de razões exclusionárias. Caso a autoridade legítima não funcione por meio de razões exclusionárias, as considerações morais invadem toda a reflexão sobre o direito, uma vez que os indivíduos contrastarão a diretiva da autoridade com seus balanços individuais de razões. Quando isso ocorre reflexões morais que deveriam ser excluídas permeiam todo o processo de identificação do direito. Em termos esquemáticos, a crítica a ser desenvolvida no terceiro capítulo toma a seguinte forma: em primeiro lugar, pretendo demonstrar como os exemplos de Raz em *Practical Reason and Norms* (1990) e em outros escritos são insuficientes para vindicar a existência de razões exclusionárias. A partir de autores como Roger Shiner (1992), Heidi Hurd (1991; 1995; 2005), Noam Gur (2007) e Chaim Gans (1986) argumentarei que a divisão de nosso raciocínio prático em diferentes níveis é uma má representação de nossa cartografia de razões. Em segundo lugar, a partir da teoria de Ronald Dworkin (1977; 1986; 2006a) sobre interpretação no direito, defenderei que mesmo que existam razões exclusionárias no mundo, elas não desempenham o papel que Raz atribui a elas no direito.

Dworkin apresenta o exemplo da suspensão de Habeas Corpus promovida por Lincoln no contexto da Guerra Civil Americana. A Constituição Americana concedia poder ao Congresso, e não ao presidente agindo sozinho, para suspensão de Habeas Corpus. Quando suspendeu o HC, Lincoln não negou a autoridade da Constituição. O que ele fez foi pesar a autoridade da disposição constitucional em relação às razões morais e políticas que se aplicavam ao caso e concluir que tais razões eram mais fortes que a autoridade da disposição constitucional naquelas circunstâncias (DWORKIN, 2006d, p. 206). O ponto deste argumento é demonstrar como diretivas dotadas da autoridade do direito não funcionam como razões exclusionárias, porque de um ponto de vista prático as pessoas refletem sobre as razões que estariam por trás da diretiva.

O equívoco de Raz sobre o conceito de autoridade como dependente de razões exclusionárias inviabiliza sua teoria do direito, porque mesmo que seja verdade que o direito afirma possuir autoridade legítima, não é verdade que essa autoridade é compreendida por meio de tais razões, como o exemplo do HC na Guerra Civil demonstrou. Razões exclusionárias são importantes para Raz afirmar que a autoridade do direito presta um serviço de mediação entre indivíduos e razões, e isso por sua vez demanda que o direito seja identificado sem recurso às deliberações morais e políticas que são seu próprio fundamento

(daí a tese das fontes sociais). Sem razões exclusionárias, a teoria de Raz para dispensar os juízos morais na identificação do direito não se sustenta, uma vez que considerações morais permeiam a identificação do direito e impactam o conteúdo das proposições jurídicas (DWORKIN, 2006d, p. 206-207) (aqui figura o item 1 da minha hipótese propositiva). A teoria da interpretação de Dworkin surgirá, ao final do terceiro capítulo, como uma explicação mais plausível de como funciona o raciocínio jurídico. A adoção de uma abordagem dworkiniana, como veremos, significa a negação do “arquimedianismo”, ou seja, da busca por uma teoria que apresente critérios de verdade externos à própria teoria (DWORKIN, 1996).

No quarto capítulo, adotarei uma estratégia distinta do enfrentamento direto do capítulo anterior. Meu argumento será essencialmente o de que Raz comete um *non sequitur* em sua teoria. Isso será feito a partir de uma análise do argumento raziano de que a autoridade se justifica como mediadora entre o indivíduo e as razões que se aplicam a ele. Dedicarei a primeira metade do capítulo para analisar três possíveis dificuldades “internas” à teoria da autoridade raziana. Nessa parte, minha conclusão provisória será pela possibilidade de se salvar a teoria de Raz de suas inconsistências internas, mas na segunda metade do capítulo apontarei que essa teoria é *uma* concepção de autoridade, dentre outras, e que concepções alternativas ao menos tão adequadas quanto implicariam a admissão de que o direito é um fenômeno moralmente justificado em *alguma* medida. Para fins de meu argumento, assumirei que Raz está correto ao dizer que a teoria de autoridade é em parte normativa e em parte conceitual, ou seja, que uma boa explicação da autoridade simultaneamente descreve nosso uso do conceito e toma partido em nossas disputas políticas e morais (RAZ, 1986a, p. 63).

Apresento para fins de ilustração duas teorias da autoridade rivais ao argumento raziano. A primeira consiste na ideia do direito como uma conquista moral, de que o direito, por ser um mecanismo valioso de ação conjunta e coordenação social, tem um valor moral intrínseco (WALDRON, 1999a; 1999b). A segunda consiste na tese do direito como integridade, defendida por Ronald Dworkin. Para Dworkin, o direito deve ser compreendido por meio de um processo interpretativo que o apresenta em sua melhor luz, como uma representação coerente dos melhores princípios de uma comunidade política (1986).

Conforme tentarei demonstrar, a teoria da autoridade que adotamos impacta a nossa teoria do direito. A ideia de conquista moral defende uma teoria positivista normativa, a teoria de Dworkin defende que o direito é um exercício de moralidade política, e a própria justificação normal, uma vez que estejamos livres da tese da preempção, implica em uma

teoria do direito que demanda julgamentos morais a todo tempo. Isso significa que responder a segunda pergunta de Dickson, se a devida compreensão do direito é como um fenômeno moralmente justificado, vai depender de qual teoria da autoridade é mais plausível. Não pretendo optar por alguma dessas teorias, já que isso demandaria uma investigação de filosofia política que foge ao escopo da dissertação. Em todo caso, o *non sequitur* é que não é possível defender uma resposta negativa à tese da justificação moral a partir dos argumentos que Raz apresenta (eis o item 2 da minha hipótese propositiva).

As críticas apresentadas ao projeto positivista de Raz até o presente ponto nos legam duas conclusões parciais: (1) identificar o que é o direito demanda juízos morais e (2) a justificação moral pode ser necessária para a adequada compreensão do direito. Essas duas conclusões tornam a teoria do direito permeada de discussões político-morais. Falta analisar se as consequências morais de se adotar uma ou outra teoria figuram como critério para decidir qual melhor teoria entre opções rivais. Isso será feito no quinto capítulo da dissertação. O argumento positivista de Raz é de que a teoria do direito (ao menos em sua vertente analítica) é *descritiva*, de modo que as consequências morais de uma teoria (e.g. o direito seria mais justo se uma determinada teoria fosse verdadeira) não podem contar como critério de verdade para essa teoria¹⁹ (RAZ, 1995b, p. 209).

Pretendo afirmar que as consequências morais de uma teoria figuram como critério de verdade. Direitos e responsabilidades jurídicas fluem de princípios de moralidade política, de modo que uma teoria com melhores interpretações desses princípios tem motivos morais para ser aceita em relação a uma teoria com piores interpretações. Stephen Guest apresenta o que isso significa em termos dworkinianos: “na teoria de Dworkin, o ponto é que não se pode enxergar a prática [o direito] a não ser pelas lentes da moralidade; os fatos não estão lá independentemente para formar [o direito]” (GUEST, 2009, p. 356, tradução minha), isso porque “(...) fatos ‘figuram’, e de forma crucial, na teoria interpretativa [de Dworkin] do direito apenas porque eles estão imersos em julgamentos morais sobre o status moral desses fatos. Fatos portanto não constroem julgamentos morais; antes, são partes deles” (GUEST, 2009, p. 354, tradução minha).

Por ser um fenômeno moral, o direito se sujeita a desacordos de natureza também moral, e não há motivos para que tais desacordos não figurem nos próprios critérios para decidir qual é a melhor teoria, ainda que tais critérios não sejam os únicos (eis o item 3 da

¹⁹ Ver também Dickson (2001, p. 88-89).

hipótese propositiva). Para apoiar essas afirmações, no quinto capítulo irei analisar duas possíveis leituras do pensamento raziano no tocante aos conceitos. A primeira delas estabelece que existe uma natureza ou essência do direito além do nosso próprio conceito de direito. Argumentarei que não temos como provar que exista tal natureza, e nem que se existente, ela tenha alguma relevância para nós, porque não teríamos como entrar em contato com ela. A segunda interpretação abre mão da discussão sobre natureza e foca no tratamento que Raz dá ao conceito de direito. Sobre isso, argumentarei que Raz tem uma compreensão equivocada sobre o tipo de conceito que é o conceito de direito em nossos engajamentos filosóficos e práticos²⁰. Defenderei que o conceito de direito funciona como um conceito interpretativo nos moldes dworkinianos, dependendo por isso de outros conceitos morais e políticos para fazer sentido.

É necessária uma ressalva metodológica importante. Para a presente dissertação tomo como ponto de partida a visão que tanto Raz quanto Dickson apresentam sobre o que seria uma teoria do direito bem sucedida (uma teoria que contém proposições verdadeiras e que explicam adequadamente a natureza do direito). É *dentro dessa visão* que pretendo mostrar a insustentabilidade do positivismo raziano nos capítulos 03 e 04. Em mais detalhe, a proposta é demonstrar como os argumentos razianos não conseguem sustentar sua teoria de acordo com a visão que o próprio Raz tem sobre o papel da teoria do direito e das condições para seu sucesso. Nestes capítulos, os argumentos dworkinianos (que resultam nos itens 1 e 2 da minha hipótese) figuram como alternativas mais plausíveis do que os argumentos razianos, a meu ver inconsistentes. Outra investigação será analisar a viabilidade da *teoria sobre* teorias que Raz possui, o que significaria reabrir a questão sobre o propósito da teoria do direito. Esse segundo tipo de investigação será realizado no capítulo 05. Neste capítulo, haverá um embate mais direto entre as diferentes visões que Raz e Dworkin possuem sobre o tipo de conceito que é o conceito de direito (que resultará no item 3 da hipótese). Em minha interpretação, essa diferença sobre nosso ponto de análise (dentro da visão raziana ou debatendo tal visão) é um ponto importante que distingue a última sub-pergunta sobre o papel dos juízos de valor na teoria do direito das duas outras questões.

Podemos dizer esquematicamente que há um nível de análise cuja pergunta é (1) “o que é uma teoria do direito bem sucedida?” e um nível de análise que questiona (2) “a teoria do direito em questão atende adequadamente àquilo que foi estabelecido em (1)?”. A presente

²⁰ Sobre isso, ver Dworkin (1986; 2006b). Ver também Stoljar (2013).

dissertação, até o capítulo 04, consiste em um exercício focado nesse segundo nível de análise, enquanto que o capítulo 05 se voltará para a análise mais abstrata da viabilidade da teoria sobre teorias de Raz. Essa distinção entre os dois níveis de investigação é esclarecedora porque as teses da avaliação e da justificção moral podem pertencer a qualquer um dos níveis ou a ambos, mas a tese das consequências morais benéficas fica mais bem alocada no primeiro nível. A refutação que Raz faz da tese das consequências benéficas decorre de sua visão sobre o que conta como uma teoria do direito bem sucedida, de modo que se o propósito da teoria for outro que não apontar e explicar os elementos essenciais ou natureza do direito, tais consequências morais podem ter um papel importante a cumprir.

4 – Justificativas da Investigação: por que Raz?

Acredito ser necessário justificar o presente trabalho ainda neste primeiro capítulo. Nesta seção, apresentarei algumas razões gerais para tal²¹. A primeira razão para a

²¹ De um ponto de vista estritamente acadêmico, o presente trabalho também se justifica por ser uma resposta sistemática, anti-positivista de inspiração dworkiniana às teses razianas. Julie Dickson, ao elaborar e expandir a metodologia de Raz coloca contra Dworkin uma série de críticas contra as quais o autor nunca formulou pessoalmente uma resposta. Macedo Jr (2012) elabora uma resposta dworkiniana ao texto de Dickson, porém o esforço empreendido é em demonstrar como a autora tem uma interpretação equivocada do argumento dworkiniano. Macedo Jr. não demonstra por que Raz estaria também *errado*, de modo a haver uma diferença substancial com o pretendido nessa dissertação. Macedo Jr (2013, p. 213, rodapé 604) afirma que: “Cabe ressaltar que o positivismo exclusivista de Joseph Raz procura oferecer uma resposta bastante distinta ao desafio dworkiniano (...) Foge, contudo, dos limites e dos propósitos do presente trabalho analisar a natureza e os limites de sua abordagem. Certamente isso demandaria um novo e cuidadoso trabalho de exegese e crítica”. É no espírito deste “novo e cuidadoso trabalho” que desenvolvo a presente dissertação.

Além disso, as críticas diretas de Dworkin contra Raz (e.g. DWORKIN, 2006d) foram inconclusivas, de modo a demandarem maior elaboração. Por exemplo, em *Thirty Years On* Dworkin ataca a tese da preempção, ou seja, a ideia de razão exclusionária (2006d, p. 206-209), mas diz muito pouco sobre a fundamentação da autoridade para Raz. Em *Concepts of Law* (2006e), Dworkin ataca a visão de Raz sobre conceitos em geral, mas trata-se de uma análise muito sucinta e que não leva em conta os próprios argumentos de defesa que Raz levanta. Em textos como *Law's Empire* (1986) e *Justice for Hedgehogs* (2011a) Dworkin apresenta argumentos que poderiam ser usados contra a teoria da autoridade de Raz, mas que não foram elaborados desta forma direta. Parece-me ser necessário ir além do que o próprio Dworkin escreveu para apresentar um conjunto de críticas sistemáticas e coerentes ao pensamento raziano. Nesse sentido, Raz foi um comentarista mais cuidadoso de seu “rival”, como se pode ver em (1986b; 1995d).

Existe ampla literatura secundária sobre o que poderíamos chamar de um “debate Raz-Dworkin”, no entanto o que se pretende nessa dissertação não foi elaborado nessa produção. Apresento a seguinte lista ilustrativa, da qual muitos autores voltarão mais tarde no decorrer da dissertação: Jeremy Waldron (2013) e Jules Coleman (2007) comparam as posições teóricas dworkiniana e raziana, o primeiro mais simpático a Dworkin e o segundo a Raz, mas nenhum deles elabora uma construção sistemática das metodologias dos autores. Schauer (2005) argumentou que Dickson apresentou uma visão muito estática do conceito de direito que não dá a devida atenção para o fato de tal conceito ser socialmente construído e capaz de mudar continuamente com o tempo,

investigação proposta é a centralidade do pensamento raziano na filosofia do direito contemporânea, especialmente em sua vertente anglo-saxã. Joseph Raz é possivelmente o teórico do direito positivista mais influente depois de Hart. Raz “emergiu como o herdeiro incontestável tanto do positivismo de Hart quando do manto positivista mais amplo” (COLEMAN, 2007, p. 7, tradução minha), sua teoria é “a mais influente afirmação de uma teoria positivista depois de Hart” (POSTEMA, 2011, p. 348, tradução minha). É evidente que a importância “sociológica” de um autor, sua fama, não é uma justificativa suficiente para a análise de seu sistema de pensamento, mas a obra raziana apresenta uma profundidade e uma coerência que por si justificam seu estudo, além de ter marcado profundamente uma série de discussões filosóficas.

Como exemplo dessa profundidade e coerência, aponto a sua elaboração da ideia de razão exclusionária. William Edmundson, um crítico do pensamento raziano, afirma que *Practical Reason and Norms*, de Raz, é possivelmente o trabalho mais relevante em teoria do direito desde o *Conceito de Direito* (1993, p. 329). Ele chega a ponto de afirmar que “não seria muito exagerado dizer que se o conceito de uma razão exclusionária for plausível, Raz terá levado filósofos morais a um paraíso tão importante quanto o que Cantor levou os matemáticos (...)” (1993, p. 331, tradução minha). Raz também recebe crédito por ter estabelecido a teoria da autoridade mais influente na filosofia do direito contemporânea. Isso é facilmente constatável pela quantidade de reações que seu pensamento atraiu²². Vale mencionar também que o pensamento de Raz está nos fundamentos das teorias e argumentos de muitos outros autores que estão debatendo atualmente. Andrei Marmor, Julie Dickson, Brian Bix e John Gardner, para citar apenas alguns, são todos discípulos de Raz e endossam várias de suas teses, seja integralmente, seja em formas modificadas. O chamado positivismo exclusivo em grande medida é o positivismo raziano, parte das premissas do autor²³.

porém não discordou da forma como a professora de Oxford respondeu a Dworkin ou a Finnis. O ponto de Schauer era demonstrar como na verdade ele e Dickson estavam envolvidos em projetos diferentes, mas complementares. Kenneth Himma (2001) e Matthew Krammer (2003) questionaram como definir a *importância* de algo no juízo valorativo que Raz e Dickson preconizam como inescapável à teoria do direito, mas não questionam os fundamentos filosóficos do projeto raziano. Brian Bix (2010) e Peter Chau (2010) argumentaram que os compromissos metodológicos de Raz (2009c) deixam abertas as possibilidades para que tenhamos mais de um conceito de direito, e que nesse caso não teríamos como decidir qual conceito escolher apenas com a metodologia raziana.

²² Para ilustrar: Gans (1986); Gur (2007); Hurd (1991; 1999; 2005); Margaret (2014); Moore (2000); Ehrenberg (2013); Hershovitz (2012); Darwall (2010; 2013a; 2013b); Endicott (2007); Perry (2007); Shapiro (2002).

²³ No caso de Andrei Marmor (2010), a relação é mais complexa, já que ele endossa sua própria versão do convencionalismo jurídico.

A segunda razão para a escolha de Raz como meu interlocutor se deve ao já mencionado fato de o autor fornecer respostas claras às questões metodológicas apresentadas nas seções anteriores deste capítulo. Hart ou foi ambíguo ou nunca se manifestou sobre as questões metodológicas que delineei a partir de Dickson²⁴. Por outro lado, a clareza e coerência interna das respostas de Raz parecem ilustrar vícios filosóficos, compartilhados por outros positivistas²⁵, que merecem análise cuidadosa. Devido a isso, vou tratar desses vícios na próxima seção deste capítulo.

Finalmente, menciono razões metodológicas em um sentido mais estrito para a ênfase no pensamento de um autor específico. Em primeiro lugar, ao adotarmos um autor central no debate e que apresenta um pensamento coerente, podemos aprofundar a investigação feita de modo a analisar criteriosamente as diversas respostas e objeções elaboradas contra e a favor de seu argumento. Em segundo lugar, o foco no pensamento de um autor e das inflexões de suas ideias permite um trabalho com análise delimitada claramente e resultados objetivos. Em terceiro lugar, e relacionada às duas razões anteriores, é uma acusação comum em textos filosóficos o chamado “argumento do espantinho”²⁶. Perde-se rigor ao criticar “o positivismo jurídico” em termos amplos e descontextualizados de autores concretos²⁷. Manter o foco em Raz garante que os argumentos analisados não sejam caricaturas.

Em quarto lugar, e mais importante, em relação ao próprio termo “positivismo”, suas definições são muitas vezes confusas, dizendo pouco de relevante sobre os próprios autores alocados sob o rótulo. O próprio Raz entende que a definição mais usual de positivismo, como a negação de conexões necessárias entre direito e moralidade, é problemática, já que “não há dúvida de que existem conexões necessárias entre direito e moralidade” (RAZ, 2009g, p. 168). Ele exemplifica isso com o direito natural mínimo de Hart (RAZ, 2009g, p. 168) e com o fato de o direito “por sua natureza, ser uma instituição com uma tarefa moral

²⁴ Em minha leitura, não obstante sua importância, Hart não apresenta respostas claras às perguntas metodológicas sobre o papel dos juízos de valor que aponte. As respostas hartianas são demasiadamente incompletas ou ambíguas para que sejam adotadas como interlocutoras na presente dissertação. Hart oscila sobre o papel que consequências morais desempenham na escolha de uma ou outra teoria, e suas respostas às teses da avaliação moral e da justificação são incompletas. Sobre isso, ver Hart (1994; 2010c), Schauer (2005), Murphy (2001), MacCormick (2010), Perry (1995; 2001), Priel (2010; 2011a; 2013; 2015), Waldron (2001).

²⁵ Ambos os vícios podem estar também em Hart, a depender de como lemos o autor.

²⁶ Os positivistas costumam reclamar de serem caricaturados por seus opositores. John Gardner, sucessor de Hart em Oxford, dedicou um de seus melhores artigos a rebater os “mitos” erguidos em desfavor do positivismo (2001b).

²⁷ Ver Dyzenhaus (2004, p. 39): “Legal positivism is today so broad a church that criticism of the whole attracts charges of ‘sloppiness’, ‘confusion’ and ‘misrepresentation’”.

para cumprir” (RAZ, 2009g, p. 177-178)²⁸. Sendo a definição de positivismo problemática, qualquer crítica contra o positivismo em geral será imprecisa, por não saber exatamente o que atacar. O foco nos argumentos de um único autor, Raz, evita essas complicações que decorrem da própria definição do positivismo. Ademais, como já mencionei, trata-se de um autor dotado de um pensamento coerente e original, reconhecido até mesmo por seus críticos como o mais influente positivista depois de Hart²⁹. Conforme argumentarei na apresentação dos vícios do essencialismo e do arquimedianismo, acredito que existem certos “esquemas mentais”³⁰ que Raz compartilha com outros autores tidos como positivistas. No entanto, não é possível assumir sem maior análise que as mesmas críticas dirigidas contra Raz valham contra eles, ou vice-versa.

5 – Vícios Filosóficos: Essencialismo e Arquimedianismo

Em minha visão, o projeto teórico de Raz está comprometido com duas características que podem configurar vícios filosóficos a depender do tipo de questão que o direito levanta enquanto objeto de investigação filosófica. Tais características são o essencialismo e o arquimedianismo. Os motivos pelos quais tais características são vícios filosóficos serão analisados com mais detalhe nos capítulos 03, 04 e 05 da dissertação. A análise do pensamento raziano, a meu ver ilustrativo de ambas as características, é justificada por serem o essencialismo e o arquimedianismo “esquemas mentais fortemente enraizados no senso comum dos juristas”, para usar a feliz expressão de Macedo Jr (2013, p. 220). Esses esquemas mentais distorcem a representação do direito que a teoria faz, e possivelmente (mas não necessariamente) distorcem também a prática jurídica. Nesta seção, apresento ambas as características de maneira esquemática, sem entrar em detalhes de por que a teoria raziana é levada a elas. Ao longo do trabalho as posições razianas nestes pontos serão exploradas. Em outras palavras, neste momento, quero apenas delinear o que são esses vícios e qual sua relevância.

²⁸ Não precisamos concordar com Raz nos exemplos, mas eles ilustram a meu ver de maneira satisfatória as dificuldades do “rótulo fácil” de positivismo.

²⁹ Cf. Scott Shapiro, que define Raz como o “exclusive legal positivism’s leading advocate” (2007, p. 20).

³⁰ Tomo a expressão de empréstimo de Macedo Jr (2012, p. 220).

5.1- Essencialismo

O primeiro vício é a imputação de um essencialismo ao conceito de direito. O essencialismo é a crença em propriedades necessárias e suficientes para a correta aplicação do conceito, a crença em essências ou naturezas. Eis como Hans Glock define essencialismo:

[Essencialismo é] *a visão segundo a qual deve haver algo em comum em todos os casos de um conceito que explica por que eles se enquadram nele (...) e que a única explicação adequada ou legítima de uma palavra é uma definição analítica que estabelece condições necessárias e suficientes para sua aplicação, implicando que, por exemplo, explicações por referência a exemplos são inadequadas* (1986, p. 120, tradução minha, referências omitidas, destaques meus).

Muitos conceitos podem funcionar de maneira essencialista e isso não ser problema algum. Por exemplo, conceitos típicos da matemática ou da biologia funcionam assim. É da essência do ângulo reto que ele tenha 90 graus, da mesma forma que é da essência do tigre siberiano que ele tenha certa identidade genética. No caso da filosofia do direito, o essencialismo consiste no comprometimento com a busca por condições essenciais mínimas para haver identificação de determinada prática social como “direito”³¹. Na formulação de Dan Priel:

Teoria geral do direito, nessa visão, é a essência de *todos* os sistemas jurídicos. Disso segue-se logicamente que a essência do direito inglês inclui *tudo isso* e mais. São essas coisas que o direito inglês compartilha com todos os outros sistemas jurídicos que o fazem *direito* inglês (isso é “teoria geral do direito”) (...) Direito inglês, nessa visão, é teoria geral do direito *mais algo* (PRIEL, 2015, p. 48, tradução minha).

Em minha interpretação, Raz é comprometido com o essencialismo³², como em:

Uma teoria consiste de *verdades necessárias, porque apenas verdades necessárias sobre o direito revelam a natureza do direito*. Nós falamos de “a natureza do direito”, ou a natureza de qualquer coisa, para nos referirmos àquelas características do direito que são de sua essência, que fazem do

³¹ É um hábito filosófico comum acreditar em essências ou naturezas das coisas, para as quais o filósofo seria especialmente sensitivo. No entanto, as visões mais rudimentares dessa crença foram em larga medida abandonadas no decorrer do século XX, especialmente após os ataques de W.V.O. Quine em seu clássico *Two Dogmas of Empiricism*. Para uma reconstrução dessa história, ver Patterson e Oberdiek (2007) e Patterson (2011). O seguinte parágrafo de Patterson e Oberdiek (2007, p. 5, rodapés omitidos) resume bem a visão clássica do essencialismo: “Since Plato, philosophers have endeavored to develop accounts of concepts – concepts like mind, knowledge, or justice – that unpack their content in terms of necessary and sufficient conditions discernable *a priori*. (...) The reason for the longevity of the Classical Theory [de inspiração platônica] is not hard to see: it holds the promise of tremendous explanatory power (...)”.

³² Na verdade, Raz parece oscilar entre essa posição e uma mais modesta. Isso será visto nos capítulos 02 e 05. A oscilação de postura no pensamento raziano é notada por Priel (2015, p. 28).

direito o que ele é. Isto é, *são as propriedades sem as quais o direito não seria direito* (RAZ, 2009c, p. 24, destaques meus)³³.

O que, então, conta como uma explicação de um conceito? Ela consiste em destacar alguns de seus elementos necessários, e alguns de seus elementos essenciais do que quer que seja o conceito. *Em nosso caso, ela destaca alguns dos elementos necessários ou essenciais do direito* (RAZ, 2009d, p. 55, destaques meus)³⁴

No entanto, nossos usos da linguagem³⁵ permitem que possamos utilizar e nos referir a práticas e conceitos que não possuem uma essência ou natureza³⁶ pré-estabelecida³⁷. O exemplo dworkiniano é a prática da cortesia. Trata-se de uma prática social interpretativa em um sentido especial, de que ela depende da atribuição de um valor ou propósito para fazer sentido. Por causa disso, a atribuição, no decorrer do tempo ou em diferentes contextos ou comunidades, de diferentes valores ou propósitos, vai implicar diferentes concepções deste mesmo conceito. Em um determinado momento histórico, o valor da cortesia pode ser a demonstração de respeito, mas mudanças na própria interpretação do que é “respeito” podem levar a alterações na compreensão do que é cortesia (DWORKIN, 1986, p. 46-53). Segundo Dworkin, a “interpretação se volta novamente para dentro da prática, alterando sua forma, e a nova forma encoraja reinterpretação adicional, de modo que a prática se altera dramaticamente, uma vez que cada passo no progresso é interpretativo do que foi atingido no anterior” (DWORKIN, 1986, p. 48, tradução minha).

O ônus do essencialista é demonstrar por que o direito possui uma essência prévia ao processo interpretativo de atribuição de sentido. Em outras palavras, a questão é: o direito se parece mais com ângulos retos e tigres siberianos ou com práticas como a cortesia e as artes?³⁸ Caso o direito seja mais próximo da cortesia, o essencialismo consistirá em um vício filosófico porque impediria o filósofo de perceber que a definição de direito se dá por meio de continuidades e descontinuidades que mais se assemelham às “semelhanças de família” de

³³ Isso também é ilustrado em Raz (1979c; 1979d; 1995b, 2009e), dentre outros textos.

³⁴ Ver, em geral, a discussão de Priel sobre Raz em (2015, p. 27-30). Priel aponta vários trechos nos quais Raz assume uma postura essencialista. O argumento que pretendo desenvolver neste trabalho está, em termos gerais, alinhado com a crítica de Priel a Raz.

³⁵ Ver a reconstrução que Glock faz da ideia de autonomia da linguagem em Wittgenstein: “[autonomy of language or arbitrariness of grammar] indicate the idea that grammar, the linguistic rules which constitute our conceptual scheme, is arbitrary, in the sense that it does not pay heed to any putative essence or form of reality and cannot be correct or incorrect in a philosophically relevant way” (GLOCK, 1986, p. 45).

³⁶ Utilizo os termos essência e natureza de maneira intercambiável.

³⁷ Ver, por exemplo, o que diz Macedo Jr (2012, p. 180-181).

³⁸ Sobre isso, ver também Macedo Jr (2012).

Wittgenstein do que à análise criterial ou estipulativa de conceitos³⁹. Acredito que seja útil a transcrição do próprio Wittgenstein:

67. Eu não consigo pensar em uma expressão melhor para caracterizar essas semelhanças do que “semelhanças de família”; pois as várias semelhanças entre membros de uma família: constituição física, características, cor de olhos, andar, temperamento, etc. etc. se sobrepõem e se cruzam da mesma maneira. – E eu devo dizer: ‘jogos’ formam uma família.

E por exemplo os tipos de números formam uma família da mesma maneira. Por que chamamos algo de “número”? Bem, talvez porque tenham uma relação – direta – com muitas coisas que até agora foram chamadas de número; e isso pode ser dito para fornecer uma relação indireta com outras coisas que chamamos pelo mesmo nome. E nós estendemos nosso conceito de número da mesma maneira que para fazer uma corda nós torcemos fibra com fibra. E a força da corda não reside no fato de que alguma de suas fibras percorre toda sua extensão, mas na sobreposição de suas muitas fibras (WITTGENSTEIN, 2009, par. 67, tradução minha)⁴⁰.

Pode muito bem ser, conforme aponta Dan Priel, que quaisquer semelhanças possíveis entre o direito romano e o direito inglês sejam decorrentes de uma dependência que ambos os sistemas jurídicos apresentam em relação a um emaranhado complexo de ideias e valores, que são mais ou menos interconectados em uma estória histórica (*historical story*). Não haveria razão filosófica para pressupor que haja uma *essência ou natureza compartilhada* entre o direito romano e o direito inglês (PRIEL, 2015, p. 49)⁴¹.

As citações diretas de Raz com as quais comecei a sub-seção demonstram como o essencialismo é um pressuposto central na teoria raziana: é nesse sentido que o autor postula a reivindicação de autoridade legítima como um elemento essencial do direito⁴². Mesmo que fosse verdadeiro, o essencialismo importaria ainda uma série de dificuldades para a teoria do direito: como definir a natureza ou essência de algo? O que fazer com contra-exemplos à essa natureza ou essência? Como arbitrar entre duas concepções rivais de essência?⁴³ O tipo de desafio que o essencialista enfrenta (caso esteja correto) pode ser colocado em um exemplo:

³⁹ Por análise criterial, me refiro à possibilidade de se estabelecer critérios incontroversos para a aplicação correto de um conceito, à ideia de que conceitos possuem “checklists” para sua aplicação. Sobre isso, ver Dworkin (1986, 2006b); Macedo Jr (2013); Schauer (2005), Priel (2015).

⁴⁰ Macedo Jr cita o mesmo trecho de Wittgenstein, na conclusão de sua crítica ao convencionalismo jurídico (2013, p. 222-223). Em minha leitura, o trabalho que agora desenvolvo está em continuidade com o tipo de crítica que Macedo Jr desenvolve, a partir de Dworkin, contra o positivismo jurídico.

⁴¹ Frederick Schauer, um positivista heterodoxo, endossa posição semelhante ao dizer que “se o conceito de direito é essencialmente e profundamente contestado, então prescrição (...) pode necessariamente ser parte do processo de descrição e explicação (...)” (SCHAUER, 2005, p. 498, tradução minha). Não há por que pressupor uma natureza do direito.

⁴² O essencialismo possivelmente também está presente em Hart, em especial no pós-escrito ao *Conceito de Direito* (e.g. 1994, p. 239-240).

⁴³ Para um autor que percebe essas limitações, mas é simpático ao projeto raziano, ver Brian Bix (2005; 2006; 2007). Ver também Chau (2010).

supondo que Raz esteja certo que é da natureza do direito que ele reivindique autoridade, por que razão deveríamos supor também que apenas o direito faça essa reivindicação? Certas entidades religiosas podem fazê-la também, isso significa que elas são “direito”? Como lidar com esse tipo de desafio conceitual? Voltaremos a essas questões principalmente no quinto capítulo.

5.2-Arquimedianismo

O segundo vício filosófico que acredito presente em Raz possui impactos práticos relevantes. O autor dissocia a teoria do direito (que ele entende como uma teoria do *conceito* de direito) de uma teoria da adjudicação⁴⁴ (ou seja, uma teoria de como juízes devem decidir). Ele opera essa separação por meio da distinção entre os pontos de vista das proposições destacadas e das proposições comprometidas, ou como ele coloca em textos posteriores, a distinção entre “raciocinar sobre o direito” (*reasoning about law*) e “raciocinar de acordo com o direito” (*reasoning according to law*) (RAZ, 1995e, p. 332-333). Essa distinção gerará inconsistências que veremos em mais detalhe no terceiro capítulo, mas por agora quero ressaltar que elas ilustram aquilo que foi chamado de “arquimedianismo”.

Basicamente, o arquimedianismo consiste em acreditar na possibilidade de se colocar externamente a um determinado conjunto de crenças para então avaliar esse conjunto como um todo, a partir de premissas que seriam independentes dessas mesmas crenças⁴⁵. A metáfora tem origem no “ponto de Arquimedes”, ou seja, na possibilidade lógica de se erguer o mundo inteiro a partir de um ponto privilegiado. (DWORKIN, 1996, p. 88). É esclarecedora a definição de Macedo Jr (2013, p. 98): “[o arquimedianismo] estabelece a exigência da existência de um domínio metafísico passível de descrição pelas proposições morais, sem o que não podem existir valores verdadeiros ou falsos”. Na teoria do direito, ser arquimediano é acreditar na possibilidade de uma teoria descrever o direito sem se engajar normativamente com proposições jurídicas, isto é, sem se engajar politicamente ou moralmente (DWORKIN, 2006c, p. 143). Pelo que foi dito até aqui, não poderia o arquimedianismo ser uma virtude, e não um vício? Para entendermos por que o arquimedianismo é um problema, precisamos antes analisar a ideia de uma “concepção absoluta de mundo”.

⁴⁴ Optei pelo termo “adjudicação” em vez de “decisão judicial” por ser uma palavra mais próxima de “adjudication”. Poder-se-ia utilizar sem problemas “decisão judicial”.

⁴⁵ Ver também Bernard Williams sobre o “ponto arquimediano” (2006, p.22-29).

O arquimedeanismo é de certa forma o herdeiro da “concepção absoluta de mundo”⁴⁶. A concepção absoluta de mundo é a crença segundo a qual apenas aquilo que puder ser descrito de maneira absolutamente independente de nossas perspectivas localizadas é objetivo ou verdadeiro. Nossas idiossincrasias culturais (ou mesmo humanas) não devem poluir a descrição objetiva da realidade (MICHELON JR, 2004, p. 33)⁴⁷. A concepção absoluta é o ideal moderno – a partir de Galileu e Descartes – de ciências biológicas e exatas como a física, por isso também é usado como seu sinônimo o termo “fiscalista”, e ela exerce até hoje um domínio poderoso nessas ciências (MACEDO JR, 2012, p. 47).

Quando a teoria do direito adotou a concepção absoluta de mundo, na virada do século XIX até meados do século XX, surgiu um problema. Se apenas elementos absolutamente independentes de nossas peculiaridades humanas (e.g. de nossa forma de vida⁴⁸) podem ser objetivos, a teoria do direito é de fato uma teoria, possui objetividade, se e somente se pudermos descrever o direito dessa forma. Os realistas escandinavos haviam entendido que isso era impossível, e que por isso enunciados jurídicos eram meramente subjetivos e não eram passíveis de serem “conhecimento”. Produzir uma “ciência do direito” era possível apenas na medida em que fosse possível traduzir enunciados jurídicos em fatos brutos cujo conhecimento independia de nossa forma de vida. Por outro lado, Kelsen concluía que a objetividade dos enunciados jurídicos era possível, mas dependente de um ato de vontade subjetivo que postulava sua norma fundamental, o pressuposto teórico responsável por conferir objetividade aos enunciados jurídicos (MICHELON JR, 2004, p. 169)⁴⁹.

⁴⁶ Michelon Jr toma a expressão de empréstimo de Bernard Williams. Cabe uma explicação importante. Williams apresenta a “concepção absoluta de mundo” como o ideal das ciências modernas. Ele não acredita que ela seja plausível como critério de verdade para a ética (a principal preocupação teórica do autor), tampouco parece acreditar que mesmo nas “ciências duras” o ideal de uma concepção absoluta seja algo a ser dado de barato, ainda que ele admita que nessas áreas de investigação a concepção absoluta possa ser factível. Nas palavras do próprio Williams (2006, p. 111, rodapés omitidos): “There is disagreement in philosophy whether that is a possible view of the world even for science: whether we can, in any ultimate or even very radical sense, detach ourselves from our perspectives on the world to gain what I have elsewhere called an “absolute conception” of it. But, even if it is a proper ambition for science to strive toward such a conception (I shall argue later that it is), this would not make it an attractive or appropriate place in which to rest our ethical consciousness”.

⁴⁷ Nas palavras de Michelon Jr (2004, p. 33-34): “A “concepção absoluta do mundo” envolve um conjunto de regras gramaticais para asserções sobre o que faz parte do mundo. A regra de outro desta concepção é: tudo o que faz parte do mundo existe independentemente de nossa forma de perceber ou conceber o mundo (...) O mundo “objetivamente considerado” é o mundo como realmente é, sem interferência das imprecisões que frequentemente estão presentes em tentativas subjetivas de descrever algo (como miragens, alucinações, defeitos na aparelhagem sensorial, juízos de valor etc).”

⁴⁸ Sobre formas de vida, cf. Wittgenstein (2009, parágrafos 19, 23, 241). Ver também McGinn (1997, p. 50-51).

⁴⁹ Ver também Macedo Jr (2012, p. 46-66).

A concepção absoluta de mundo na teoria do direito acaba por distorcer a representação que a teoria faz de seu objeto. Pensemos no caso do realista jurídico (escandinavo ou americano). De um lado, tentar reduzir os enunciados jurídicos a descrições de fatos brutos não é capaz de fazer sentido de muitos de nossos usos de conceitos jurídicos. Por exemplo, a tentativa de descrição de um contrato relacional em termos exclusivos de fatos brutos (e.g. Caio encontra Guilherme, Caio assina um papel, Guilherme e Caio passam a agir de forma tal-e-tal, etc) é incapaz de explicar o que nós entendemos como um contrato relacional (MICHELON JR, 2004, p. 60). De outro lado, nós também não tratamos nossos enunciados jurídicos como absolutamente subjetivos, nossos usos desses enunciados pressupõem critérios de correção. A proposta de descartar todos os nossos usos de conceitos jurídicos como “mera ilusão conceitual”⁵⁰ não é algo que se possa defender sem pagar um preço caro para a plausibilidade da teoria, uma vez que nós não vemos enunciados jurídicos como algo desprovido de qualquer sentido. Em síntese, a adoção da concepção absoluta⁵¹ faz com que os saldos da investigação falhem em explicar aquilo que entendemos como relevante ou importante no direito, ou seja, falhem em cumprir os dois requisitos de uma teoria bem sucedida que vimos a partir de Raz.

Esmiuçar as razões que levaram nomes como Alf Ross e Hans Kelsen⁵² a endossarem a concepção absoluta de mundo não é o que interessa aqui, mas sim a relação dessa concepção com aquilo que, seguindo Dworkin, chamei de arquimedeanismo. Para isso, é preciso perceber como a partir de H.L.A. Hart o positivismo abandona essa forma de concepção de objetividade e abraça uma visão muito mais modesta, mas a ambição da visão absoluta de mundo sobreviverá. Para Hart,

O tipo de objeto que é uma regra de comportamento [e por extensão, do direito] é definido, assim, pelas condições de verdade dos enunciados que asserem a existência de uma regra. *A gramática do enunciado que asserem a existência de uma regra é diferente da gramática do enunciado que asserem a existência de um fato bruto, ou de um fato metafísico.* Para uma regra social, existir significa simplesmente ser utilizada como um padrão de avaliação de ações humanas... (MICHELON JR, 2004, p. 161, destaques meus).

⁵⁰ Segundo Macedo Jr, “(...) o jurista fisicalista (em especial o empirista) [aquele que endossa a concepção absoluta de mundo] promove um esforço de descartar do âmbito da ciência do direito os termos e os conceitos que não passarem pelo “teste da conversão ou da tradução em termos de fatos brutos”. O que não passar pelo teste deve ser banido, por se tratar de “metafísica” ou mera ilusão conceitual” (2012, p. 51).

⁵¹ O caso de Kelsen é mais complexo. Não o examinarei aqui. Cf. Michelon Jr (2004, p. 92-113) e Macedo Jr (2012, p. 53-66).

⁵² Michelon Jr dedica dois capítulos de seu *Aceitação e Objetividade* para a discussão do realismo escandinavo e do positivismo kelseniano (2004, p. 62-113). Ver também Macedo Jr (2012, p. 35-73).

O argumento de Hart é baseado na premissa wittgensteiniana de que nossa linguagem comporta mais de uma gramática⁵³. Isso permite que:

A alternativa de Hart é [seja] construída a partir da constatação de que a própria noção de objetividade é parte de nossa perspectiva. A partir de nossa perspectiva Hart constrói a prova de que regras sociais (e, depois, regras jurídicas, obrigações, direitos subjetivos etc.) existem objetivamente. *Hart procura provar que fatos institucionais são fatos como quaisquer outros – e o que obstaculiza o reconhecimento disso é um preconceito filosófico (sobre o que seja objetividade). Por esta razão, os enunciados jurídicos (que, por definição, referem fatos institucionais) contam como descrições do mundo (MICHELON JR, 2004, p. 170, destaques meus)*⁵⁴.

Em outras palavras, Hart abre caminho para uma nova concepção de objetividade, baseada em nossas práticas sociais compartilhadas, liberta da busca por uma concepção absoluta de mundo⁵⁵. Práticas sociais compartilhadas podem gerar objetividade por serem intersubjetivas. Dessa forma, enunciados jurídicos podem ser “reais”, podem apresentar critérios de correção para seu uso. Nos termos de Macedo Jr:

A única objetividade possível (e que “faz sentido usar”) é aquela que reconhece que as proposições jurídicas “tem por base” um conjunto de regras sociais que são aceitas em “nossa forma de vida”. A palavra “base” está entre aspas em razão da impossibilidade de se pensar nela como um fundamento metafísico. A base aqui apenas indica a prática com a qual se inicia a regra, não o seu fundamento último. A pergunta pelo fundamento último, na verdade, também não faz sentido algum. Ela não passa de mais um *enfeitamento* que a linguagem própria de uma concepção absoluta nos faz crer e nos treina a repetir (...) Nesse sentido, é a perspectiva social das intersubjetividades a única alternativa para a linguagem significativa sobre uma prática social regulada por regras como o direito (MACEDO Jr, 2012, p. 98, rodapés omitidos)⁵⁶.

A ambição da concepção absoluta de mundo de buscar um ponto externo privilegiado para a observação, no entanto, sobrevive de forma atenuada na postura arquimediana. Segundo Dworkin, arquimedianos “pretendem se colocar fora de todo um corpo de crenças, e

⁵³ Por “gramática”, Wittgenstein quer se referir à “estrutura de nossa prática de usar a linguagem” (MCGINN, 1997, p. 13-14). Cf. Wittgenstein (2009, par. 90; par. 108). Para Wittgenstein, “A gramática de uma linguagem é o sistema geral de regras gramaticais, de regras constitutivas que definem aquela linguagem ao determinar o que faz sentido de se dizer dentro dela” (GLOCK, 1986, p. 151). No decorrer desta dissertação, este será o uso que adotarei do termo “gramática”.

⁵⁴ Ver a explicação de Macedo Jr sobre esse ponto (2012, p. 97): “Na visão de Hart/Wittgenstein, a exigência fiscalista para a objetividade é um *nonsense*. O que ela exige é um critério estranho à gramática da linguagem que se está a empregar. Ao se formular tal exigência, o erro filosófico no qual incorre o fiscalismo é confundir os jogos de linguagem que estão sendo jogados, é não reconhecer corretamente as regras gramaticais da linguagem que se usa quando se fala da objetividade”. Ver também Wittgenstein (2009, parágrafos 1-38).

⁵⁵ É emblemático que “Para Hart, diferentemente de Ross, o conceito de regra envolve a existência de uma razão para ação. Essa razão para a ação tem uma natureza social e não se identifica a um fato mental. Uma razão é passível de conhecimento e aprendizado independentemente de sentimentos” (MACEDO JR, 2012, p. 73).

⁵⁶ É esclarecedor que os rodapés de Macedo Jr. nessa citação correspondem aos parágrafos 483, 484, 496, 654 e 655 de Wittgenstein (2009).

julgá-lo como um todo a partir de premissas que não lhe devem nada. *É claro que eles não podem se colocar fora do próprio pensamento, negar verdade real a todo pensamento.* Pois mesmo arquimedianos precisam de algum lugar para ficar, como seu progenitor admitiu” (DWORKIN, 1996, p. 88, tradução minha, destaque meu)⁵⁷. O arquimediano não tenta descrever fenômenos de maneira absolutamente independente de nossas perspectivas, mas tenta mesmo assim se colocar para fora do fenômeno que observa.

No caso da filosofia do direito, arquimedianismo é a crença na possibilidade de uma teoria capaz de descrever o que é o direito sem se engajar normativamente – moralmente ou politicamente – com proposições jurídicas (DWORKIN, 2006c, p. 143). Raz é arquimediano na medida em que distingue uma teoria do direito de uma teoria de como juízes e outros operadores devem decidir, e atribui a cada uma dessas teorias critérios de verdade distintos.

Em relação à teoria do direito, Raz entende que ela é análise conceitual e moralmente neutra, enquanto que a teoria da adjudicação é para ele uma questão moral (RAZ, 1995b, p. 209). Isso significa que dizer “o que o direito é”, qual sua natureza (lembrando que a própria busca por uma natureza ou essência é algo que será contestado neste trabalho), independe de considerações engajadas. Na teoria raziana, isso consegue ser mantido graças ao papel desempenhado pelas razões exclusionárias. Em tese, o caráter exclusionário das diretivas jurídicas permite que seja possível identificar o direito sem recurso às considerações morais que fundamentam a própria diretiva. As diretivas dotadas de autoridade – compostas por razões exclusionárias – são o material que é coletado pela tese positivista das fontes sociais. Em síntese, é possível dizer o que é o direito por meio das fontes sociais, cuja identificação não demanda engajamento interno à prática. Conforme tentarei demonstrar no terceiro capítulo, a defesa que Raz faz da tese das fontes se torna insustentável uma vez que reconhecemos a inexistência de razões exclusionárias, e isso acarretará implicações para a discussão sobre o arquimedianismo.

Meu argumento será de que o arquimedianismo é um vício porque distorce a representação do fenômeno jurídico pela filosofia do direito, ou seja, faz com que o positivista, ao menos o raziano, falhe em sua própria pretensão de descrever de maneira

⁵⁷ Vale ver a citação completa no original (DWORKIN, 1996, p. 88): “They purport to stand outside a whole body of belief, and to judge it as a whole from premises or attitudes that owe nothing to it. Of course they cannot stand outside thought altogether, to deny real truth to every thought. For even archimedians need some place to stand, as their progenitor conceded. They must assume that some of what they think (at an absolute minimum, their beliefs about good reasoning) are not just their own or their culture’s invention but are true or valid-indeed “objectively” so.”

precisa o direito (DWORKIN, 2006c, p. 164-167). Isso porque “as proposições jurídicas (...) somente têm sentido dentro da prática argumentativa de apresentar as melhores justificativas para as razões para agir” (MACEDO JR, 2013, p. 103). As proposições só fazem sentido quando *engajadas na prática*. A prática jurídica, no entanto, é permeada por considerações político-morais:

Em minha visão, o argumento jurídico é caracteristicamente e continuamente um argumento moral. Advogados devem decidir qual set de princípios competidores fornece a melhor – moralmente mais convincente – justificativa para a prática jurídica como um todo (DWORKIN, 2006c, p. 144, tradução minha).

É este aspecto argumentativo-moral que a meu ver derruba a tese das fontes e o arquimedianismo falha em explicar. Vou argumentar que sem razões exclusionárias, refletimos moralmente a todo tempo quando tentamos formular argumentos jurídicos, logo, a tese das fontes não pode funcionar como “objeto” da teoria do direito, já que ela não determina o que o direito é. A determinação do direito demanda o engajamento político e moral dos intérpretes. Isso coloca um desafio para o arquimediano que tentava se colocar para fora da prática, uma vez que determinar o que é o direito envolverá a formulação de juízos dentro da própria argumentação jurídica. Dessa forma, não há uma “coisa” chamada direito que possa ser *descrita* de um ponto de vista arquimediano.

Isso significa dizer, em síntese, que a tese das fontes sociais não é uma boa maneira de representar o fenômeno jurídico. O arquimedianismo, enquanto busca por uma teoria externa à prática que almeja se colocar em um ponto de observação privilegiado, busca por algo que não está disponível no domínio do direito, invariavelmente permeado de reflexões morais e políticas. Caso minhas críticas estejam corretas, apegar-se à postura arquimediana será um vício filosófico, uma “neurose”, para usar a expressão de Wittgenstein, que reduz drasticamente a relevância da filosofia do direito. Isso porque em qualquer caso jurídico para o qual não haja uma resposta imediatamente exposta pelas fontes sociais⁵⁸, o arquimediano se verá forçado a dizer que o direito é indeterminado, já que engajar-se com os argumentos morais e políticos que as partes efetivamente levantam lhe custaria a coerência teórica (DWORKIN, 2006c)⁵⁹. É por isso que o arquimediano distorce seu objeto no caso da filosofia do direito: em nome da coerência teórica, ele não investiga a realidade. Alguém bem poderia perguntar: por que deveríamos ficar com o conceito de direito do arquimediano, tão magro e

⁵⁸ É evidente que fontes sociais desempenham um papel relevante no direito. O que não é passível de aceitação incontroversa é seu papel como fundamento último do direito.

⁵⁹ Ver também Dworkin (2011, p. 94-95). Ver também, em geral, Macedo Jr (2012, 2013).

incapaz de explicar muito do que reputamos relevante no direito?⁶⁰ O arquimedeanismo acaba replicando, de maneira mais sofisticada, os problemas da concepção absoluta de mundo, e com isso falha em explicar de maneira satisfatória aquilo que entendemos relevante no direito.

A combinação do arquimedeanismo com o essencialismo torna a teoria do direito positivista raziana inócua, incapaz de explicar elementos que reputamos relevantes no fenômeno jurídico. Todo o trabalho de crítica e reforma do direito é feito por teorias morais ou políticas que, para o raziano, não têm relação alguma com seu objeto⁶¹. Sua preocupação com a essência ou natureza do direito o torna pouco preocupado com o que os tribunais e outros operadores do direito efetivamente fazem⁶². Não que filosofia e sociologia do direito sejam o mesmo tipo de investigação, mas uma maior atenção deve ser dada ao caráter prático e argumentativo do direito. É evidente que o positivista raziano poderia retrucar dizendo que isso não é um problema para a teoria dele, dizer que sua teoria cumpre o que promete. No entanto, essa resposta é apenas mais um sintoma do arquimedeanismo: a cegueira para o caráter argumentativo do direito responsável por injetar na própria prática a sua dimensão normativa ou ideal. Para recuperar o exemplo dworkiniano da cortesia, a “(...) interpretação decide não apenas porque a cortesia existe, mas também o que, propriamente compreendida, ela requer agora. Valor e conteúdo se tornaram emaranhados” (DWORKIN, 1986, p. 48, tradução minha).

Antes de concluirmos o presente capítulo, cabe uma importante ressalva sobre os tipos de positivismo jurídico e a abrangência das críticas que pretendo desenvolver. Raz notadamente difere de outra tradição positivista relevante, consistente no chamado “convencionalismo jurídico”⁶³. O convencionalismo jurídico surge como uma reação do positivismo às primeiras críticas de Dworkin (o próprio Hart, aliás, adere a essa reação em seu pós-escrito) e busca uma fundamentação para o direito sem recursos a juízos valorativos morais, a partir de uma concepção da regra de reconhecimento (ou seja, um teste de validade) como uma convenção social (MACEDO JR, 2013, p. 213). Conforme Macedo Jr. (2013) aponta, a tradição do convencionalismo jurídico é comprometida com o pressuposto

⁶⁰ Farei essa pergunta no terceiro capítulo, em minha análise das possíveis defesas que Raz teria de seus argumentos. O próprio Dworkin lança uma pergunta parecida contra Raz em (2006d).

⁶¹ Deve ser registrado, aliás, que o próprio Raz escreveu muito sobre estes tópicos. O autor é celebrado por seu “liberalismo perfeccionista” e pela contribuição que fez nas discussões sobre direitos comunitários. Raz também discutiu temas de direitos humanos, liberdade de expressão e autonomia individual. O marcante é que todas essas discussões são excluídas de seus textos sobre teoria do direito. Sobre essas contribuições de Raz, ver (1986a; 1995a), bem como Wallace, Pettit, et al. (2004) e Meyer, Pogge, et al. (2013).

⁶² Raz não é tão claro sobre isso, conforme veremos no decorrer do texto.

⁶³ Podem ser apontados como convencionalistas, além do próprio Hart, Jules Coleman e Andrei Marmor.

arquimediano, já que pretende definir o que é o direito sem se engajar em argumentação jurídica ou moral, e é também essencialista na medida em que busca uma natureza dos fundamentos do direito em convenções sociais. O convencionalismo pode ser enquadrado dentro da forma como David Dyzenhaus define o projeto dos positivistas contemporâneos:

(...) o produto de investigação filosófica sobre a natureza do direito, no qual filosofia é definida como um modo de investigação a-histórico, a-tradicional e a-político, e ademais como um modo de investigação que se parece a priori em sua natureza, respondendo aos conceitos do teórico e não à prática jurídica (DYZENHAUS, 2004, p. 40, tradução minha).

Conforme tentarei demonstrar no próximo capítulo, a meu ver a teoria de Raz também se enquadra exatamente nesta descrição. Na medida em que outros positivistas também o fizeram, o que eu tiver a dizer como crítica em relação à Raz pode também se aplicar a eles. Por motivos de delimitação temática e responsabilidade filosófica, deixarei ao leitor a tarefa de julgar o quão gerais podem ser os ataques que desenvolverei neste trabalho.

CAPÍTULO 2

A TEORIA DO DIREITO DE JOSEPH RAZ

1 – Joseph Raz: uma apresentação esquemática de seu pensamento

O tema da presente dissertação é a metodologia da teoria do direito e nesse sentido as teses metodológicas de Raz são os objetos privilegiados de análise. Apresentarei sucintamente nessa seção o pensamento raziano, que será desenvolvido em detalhe em cada uma das seções posteriores neste capítulo. O motivo para essa esquematização inicial é dar ao leitor um panorama do que será abordado em mais detalhe a seguir. A estrutura do capítulo será a seguinte: irei dos pontos metodológicos mais abstratos do autor, como sua concepção de filosofia prática, até os pontos mais concretos, como a relação entre o direito e os cidadãos.

Antes de avançarmos, é importante fazer uma ressalva. No decorrer deste capítulo buscarei reconstruir o pensamento de Raz da forma mais coerente possível. Isso não significa que não existam tensões, contradições ou mudanças de posição no autor, mas que esses elementos ficarão em segundo plano, exceto quando estritamente necessário. Pretendo explorar esses pontos nos capítulos 03, 04 e 05, quando forem pertinentes. Em termos de metodologia, buscarei utilizar o método de leitura estrutural, caracterizado por se preocupar “primordialmente com a concatenação argumentativa das teses de um autor, a sua estrutura e coerência interna” (MACEDO JR, 2007, p. 6). Isso não implica não ver rupturas ou incoerências em um autor, mas sim em tomar cautela antes de afirmá-las. Por isso, meu propósito aqui será apresentar o pensamento raziano da forma mais estruturada que conseguir.

É um bom de partida a diferença importante, ainda que sutil, que Gerald Postema aponta entre os métodos de Hart e Raz. Para Hart, a metodologia da teoria do direito tinha caráter fortemente empiricista, porque fatos sociais eram os elementos determinantes para a definição do que é o direito e para a definição dos critérios de validade. A abordagem hartiana

se pretendia “descritiva” ou “explicativa” (POSTEMA, 2011, p. 350)⁶⁴. Para a metodologia raziana, o tipo de investigação adequado para a teoria do direito é a *análise conceitual*: o que é possível coletar empiricamente consiste em evidência relevante, mas não tem a palavra final sobre a natureza do fenômeno jurídico (POSTEMA, 2011, p. 350; RAZ, 1995c, p. 237). A preocupação da teoria do direito deve ser em explicar essas características e ideias centrais ao direito. No entanto, ao afirmar que são elementos importantes, não se está assumindo que são moralmente valiosos. Para Raz, um anarquista poderia muito bem reconhecer a importância desta ou daquela característica do direito para explicá-lo e mesmo assim condenar veementemente a autoridade do direito (RAZ, 1995c, p. 235-236). Nesse sentido, a teoria do direito demanda juízos de valor, mas que não são morais, porque somos capazes de reconhecer, sem que seja necessário um julgamento moral, que algo é uma característica importante do direito ao perceber que tal característica influencia e impacta a visão daqueles que estão envolvidos de alguma forma na prática jurídica.

A partir desse ponto podemos compreender a tese raziana de que é um elemento essencial, importante, de nossa compreensão do direito que o direito reivindique (*claims*) autoridade legítima (RAZ, 1979c, p. 30; RAZ, 1995c, p. 215). É importante aqui perceber onde houver um sistema jurídico, há uma autoridade de fato (*de facto authority*), entendida aqui como a possibilidade razoável de haver obediência a essa autoridade. O ponto de Raz é que devemos também perceber que para haver essa autoridade de fato é necessário que o agente que a exerça afirme ter (mas não necessariamente tenha) autoridade de direito/legítima (*de jure*). Qualquer tentativa de explicar a autoridade efetiva precisa se reportar ao fato dela afirmar ter autoridade legítima. Sem isso, seria impossível entender o que significa ter uma autoridade, em contraposição ao mero uso da força, por isso Raz afirma que a “explicação da autoridade efetiva pressupõe a da autoridade legítima” (RAZ, 1979c, p. 28-29).

Aqui há outro contraste em relação a Hart, também percebido por Postema. Enquanto positivista, Hart endossava a separabilidade entre direito e moral e por isso entendia que a normatividade do direito era social, um tipo de normatividade dependente da aceitação das regras do direito por parte dos oficiais e aplicadores do direito. Raz, porém, ao afirmar que o direito reivindica autoridade legítima, afirma que ele tem normatividade moral, ou seja, não

⁶⁴ A interpretação sobre os argumentos metodológicos de Hart é controversa. Hart afirma, por exemplo, que não vê um conflito significativo entre sua teoria e a de Dworkin, porque em sua visão se tratariam de teorias com finalidades distintas (1994, p. 241). Dworkin, ao contrário, afirmou que Hart entendeu de modo equivocado sua própria teoria e as críticas dworkinianas (2006c). Uma das vantagens de se adotar Raz como meu interlocutor privilegiado é a clareza deste autor no que diz respeito a sua metodologia.

existiriam dois tipos de normatividade (jurídica e moral), mas apenas um. (POSTEMA, 2011, p. 353). Abordaremos mais adiante como Raz consegue entender que há apenas uma normatividade, a moral, e mesmo assim ser um positivista.

Raz apresentará uma teoria da autoridade que será uma teoria da autoridade *legítima*. O autor apresenta uma concepção da autoridade como serviço (*service conception of authority*), que é composta por três elementos: (I) a tese da preempção (*pre-emption thesis*), que explica como a autoridade funciona; (II) a tese da justificação normal (*normal justification thesis*), que explica como a autoridade se justifica e (III) a tese da dependência (*dependence thesis*), que explica a fundamentação das diretivas dotadas de autoridade. A essa concepção de autoridade (composta pelas teses acima), Raz atrela a tese das fontes sociais (*sources thesis*), segundo a qual determinar o que é o direito demanda que se atente às fontes sociais única e exclusivamente (RAZ, 1995c, p. 211, 230-235).

A tese da preempção visa explicar como funcionam as razões que temos para seguir a autoridade, como ela “funciona” em nossas vidas. A autoridade funciona ao gerar razões preemptivas (*pre-emptive reasons*) ou exclusionárias, que excluem as demais razões do cômputo de razões para agir do indivíduo. (RAZ, 1979b, p. 17-18; 1986a, p. 46). Razões exclusionárias são razões de segunda ordem, ou seja, razões que influenciam outras razões. Diferem-se assim de razões de primeira ordem, que se aplicam diretamente aos indivíduos⁶⁵.

A tese da justificação normal, por sua vez, afirma que a autoridade se justifica como *mediadora* (é este o serviço que a autoridade presta) entre o indivíduo e as razões que se aplicam a ele: ao seguir a autoridade, o indivíduo tem (a rigor) mais chances de seguir as razões que já se aplicavam a ele anteriormente (RAZ, 1986a, p. 53). Por isso, a tese da justificação normal é ligada à tese da dependência (*dependence thesis*), segundo a qual todas as diretivas dotadas de autoridade devem ser fundamentadas nas razões que já se aplicavam anteriormente ao indivíduo ao qual a diretiva se dirige, cobrindo essas razões com seu caráter preemptivo ou exclusionário (RAZ, 1986a, p. 47).

Ligando os pontos: a teoria do direito não demanda juízos morais, uma vez que juízos de importância são independentes destes. É um elemento de suma importância, característico, o direito afirmar ter autoridade legítima. A autoridade funciona ao emitir diretivas que atuam

⁶⁵ Por enquanto, trato razões exclusionárias e razões preemptivas como sinônimos. À rigor, a razão preemptiva é mais próxima daquilo que Raz chama em outros textos de razão protegida, ou seja, uma composição de uma razão para agir com uma razão exclusionária. Como a ideia de razão exclusionária parece ser o mínimo denominador comum de suas definições, vou preferir este termo neste capítulo.

como razões exclusionárias. Essas diretivas são justificadas por ser mais provável ao indivíduo se conformar às razões que já se aplicam a ele caso as siga. Para a autoridade do direito prestar seu serviço é necessário que ela seja identificada sem que haja o tipo de deliberação (moral, política) que ela supostamente deveria resolver, por isso é necessária a tese das fontes sociais, por meio da qual o direito deve ser identificável com base em considerações que não envolvem juízos valorativos. Nas palavras do autor:

[A] tese das fontes é baseada no papel mediador do direito. A verdade é que o direito falharia neste papel se não fosse, em geral, mais fácil e menos controverso de estabelecê-lo do que as considerações de fundo que ele reflete (RAZ, 1995c, p. 234).

A forma como Postema mapeia os desenvolvimentos de Raz em relação a Hart ajuda a tornar esse resumo mais claro. Em primeiro lugar, Raz “flexibilizou” o positivismo de seu professor ao defender que é da natureza do direito que ele reivindique autoridade legítima⁶⁶, que seja capaz de gerar obrigações morais. Em segundo lugar, ele radicalizou o positivismo hartiano ao afirmar que considerações morais nunca figuram entre os critérios de validade jurídica, já que o direito seria necessariamente baseado exclusivamente em fontes sociais (POSTEMA, 2011, p. 350). A citação direta de Raz acima faz o trabalho de tornar coerentes esses dois desenvolvimentos: o direito não conseguiria cumprir adequadamente seu papel se fosse tão controverso quanto as “considerações de fundo que ele reflete”.

2 – O que é a filosofia do direito para Joseph Raz?

Acredito que a frase com a qual Raz abre o capítulo 5 de seu *Practical Reason and Norms* configura um bom ponto de partida para nossa investigação: “a filosofia do direito nada é senão filosofia prática aplicada a uma instituição social” (RAZ, 1990, p. 149). A frase nos coloca várias questões importantes: o que é filosofia do direito? O que é filosofia prática? O que é instituição social?

Vou começar com a filosofia prática. Raz não define um conceito explícito de filosofia prática, mas com essa ideia, pretende designar as explicações que apresentamos para nossas

⁶⁶ Também integra essa “flexibilização” a afirmação raziana de que o raciocínio jurídico é uma forma especializada de raciocínio moral (POSTEMA, 2011, p. 350). Discutirei esse ponto no próximo capítulo.

razões para agir (*reasons for action*): quando agimos no mundo, via de regra agimos tendo em mente razões que explicam ou motivam nossas ações⁶⁷. O calor do verão brasileiro explica porque eu abro a janela, e nesse sentido, funciona como uma razão para agir. Caso o índice de violência em meu bairro seja muito alto, ou a cidade sofra com uma infestação de insetos, essas outras condicionantes funcionam como outras razões para agir, que vão ter alguma relação com a razão para agir fornecida pelo calor tropical. Em outras palavras, filosofia prática, para Raz, é sinônimo de filosofia da razão prática (RAZ, 1990, p. 10)⁶⁸.

Para Raz, a filosofia prática apresenta uma parte valorativa ou substantiva, preocupada com o tipo de razões que devemos ter, quais razões são boas ou ruins. Outra parte corresponde à análise conceitual e é focada na estrutura lógica de nossos conceitos, como razão para agir, ação ou valor (RAZ, 1990, p. 10). Essa distinção é importante: Raz acredita na possibilidade, em outras palavras, de uma distinção entre teorias descritivas (a parte conceitual da filosofia prática) e teorias normativas (a parte valorativa). Isso não é algo que está explícito em *Practical Reason and Norms* (apesar de estar, evidentemente, nas entrelinhas, dado o projeto do livro como um todo), porém é algo evidente em escritos posteriores (e.g. RAZ, 1995c, p. 208-209). Isso não significa que para Raz teorias descritivas sejam totalmente neutras. Elas são valorativas em um sentido específico, como veremos mais abaixo. O que aqui estou destacando é a cisão que Raz vê entre uma teoria que, grosso modo, diz “o que é” e uma teoria que diz “o que deve ser”, ou ainda, como veremos mais à frente, uma teoria do direito não é uma teoria moral.

Pois bem, até agora temos que a filosofia do direito é um ramo da filosofia prática em sua parte conceitual. O que, por sua vez, isso significa? Conceitos, diz Raz, não são exatamente a mesma coisa que palavras. O ponto de partida é a percepção que a linguagem nos permite articular conceitos e ideias para os quais não existem palavras específicas ou claras. Apresentar domínio sobre um conceito significa, portanto, enunciar aquelas características que são necessárias e suficientes para sua caracterização (RAZ, 2009d, p. 54-55). Eu domino o conceito de triângulo equilátero quando sei que um triângulo equilátero apresenta os três lados iguais. Raz chama a atenção para o fato de mais de um conceito poder se aplicar a um mesmo objeto: um triângulo equilátero também pode ser classificado como

⁶⁷ Nas palavras de Raz (2009f, p. 128-129): “A reason for an action is a consideration that renders its choice intelligible, and counts in its favour”.

⁶⁸ Na introdução de *Practical Reason and Norms*, Raz trata os termos filosofia da razão prática e filosofia prática como sinônimos. Isso pode ser visto, por exemplo em (1990, p. 10): “The success of any theory of norms depends in part on its contribution to the clarification of the other main concepts of the philosophy of practical reason (or practical philosophy for short)”.

um triângulo equiangular. Raz expressa essas ideias ao dizer, metaforicamente, que conceitos estão situados em um espaço entre o mundo e as formas que temos de expressá-lo (RAZ, 2009c, p. 18).

Investigações conceituais apresentam mais complicações. Conceitos integram tradições filosóficas, culturais e políticas, articulando diferentes ideias e valores mais ou menos compartilhados em uma comunidade. Segundo Raz, o que permite que haja o reconhecimento do uso de um conceito é uma concordância considerável entre as pessoas sobre boa parte, mas não necessariamente e não usualmente sobre todas as características necessárias e suficientes para o uso do conceito (RAZ, 1986a, p. 63). Por exemplo, duas pessoas concordam que um objeto com quatro pernas, um assento e um encosto para as costas é uma cadeira, mas pode haver divergências se o encosto for muito pequeno, ou se for um único bloco de madeira com encosto, dentre outras situações. Essas duas pessoas dominam o conceito de cadeira, mas há situações nas quais a aplicação do conceito não é clara. Acredito ser interessante trazer um parágrafo do autor:

Eu farei duas pressuposições sobre conceitos: primeiro, vou assumir que nós podemos explicar o que eles são ao explicar o que é possuí-los e compreendê-los. Isto é, nós explicamos um conceito particular ao estabelecermos as condições nas quais é verdade que as pessoas possuem e compreendem aquele conceito. Segundo, vou assumir *que conceitos diferem uns dos outros graças à informação necessária para possuí-los e compreendê-los, e pelas habilidades e competências envolvidas em sua posse.* (RAZ, 2009c, p. 20, destaque meu)

Devemos ter cuidado para não engessar Raz em sua explicação do que é um conceito. O autor faz ressalvas e concessões importantes. Em primeiro lugar, as condições para a aplicação de um conceito – ainda que essenciais – não precisam ser infalíveis ou definidas de maneira estanque *a priori*. É perfeitamente possível que tais condições sejam passíveis de revisão (*defeasible*), mas mesmo assim conseguimos utilizar com sucesso o conceito (RAZ, 2009d, p. 56). Pegando de empréstimo o famoso exemplo de Ronald Dworkin (1986, p. 47-49): talvez um europeu que nunca saiu de seu continente, no século XIX, ao ser questionado sobre o que é a cortesia, elencasse como elemento essencial do conceito o tratamento diferenciado em relação às mulheres. Um escandinavo no século XXI muito provavelmente ficaria horrorizado com essa aplicação do conceito de cortesia, seu conceito apresentaria condições de aplicação diferentes. Em segundo lugar, um foco exagerado em condições necessárias e suficientes também pode ter efeitos deletérios, ao esconder aquilo que realmente interessa em uma análise da ideia ou objeto ao qual o conceito faz referência. Segundo Raz,

nós sabemos se temos em mãos uma boa explicação se ela é capaz de atender às preocupações e dúvidas que temos. Em terceiro lugar, uma boa explicação conceitual é capaz de relacionar o conceito explicado com demais conceitos que são próximos a ele. Finalmente, o foco exagerado na busca por condições necessárias e suficientes pode induzir o pesquisador a buscar uma explicação total, abrangente, que muitas vezes é pouco útil aos próprios propósitos do pesquisador (RAZ, 2009d, p. 56-57).

Como mencionei anteriormente, análise conceitual é diferente de análise do uso das palavras. Disso decorre que o material possível de ser coletado empiricamente, observando como as pessoas utilizam ou tentam utilizar os conceitos no dia-a-dia, consiste em evidência relevante, mas não na palavra final sobre a natureza do conceito (POSTEMA, 2011, p. 350; RAZ, 1995c, p. 237)⁶⁹. É útil apresentar a própria formulação de Raz sobre esse ponto:

O conceito de direito é parte de nossa cultura e de nossas tradições culturais. Ele desempenha um papel na forma como pessoas comuns e também as profissões jurídicas entendem suas próprias ações e as dos outros. É parte da forma como eles “conceptualizam” a realidade social. No entanto a cultura e a tradição na qual o conceito é parte não fornecem nem contornos definidos precisamente, nem um foco claramente identificável. Várias, muitas vezes conflitantes, ideias são exibidas nelas [cultura e tradição]. *Cabe à teoria do direito elencar quais delas são centrais e significantes para a forma como o conceito desempenha seu papel no entendimento que as pessoas fazem da sociedade, elaborá-las e explicá-las.* (RAZ, 1995c, p. 237, destaque meu)⁷⁰

A teoria do direito então elenca aquilo que é central no conceito de direito. Pensemos no seguinte exemplo, da cidadã J, que vive em uma sociedade na qual há direito. Quando a estrangeira P – que veio de um lugar muito distante – pergunta a J o que é o direito, ela aponta para o tribunal no centro da cidade, para as leis e decretos estaduais e para as decisões judiciais que são emitidas cotidianamente. De fato, o que J apontou integra o direito, mas dizer que o direito tem tribunais, leis e precedentes é o mesmo que possuir uma compreensão do *conceito* de direito? J poderia apontar os tribunais, as leis, os precedentes e as prisões, ou ainda, todos esses elementos e também portarias ministeriais. O ponto é perceber como meramente mapear as formas por meio das quais as pessoas se referem ao direito não é capaz de nos dar um conceito de direito. Isso seria, para utilizar a metáfora de Lewis Carroll, ter um mapa que é exageradamente parecido com o país: continuaríamos perdidos. É por isso que Raz insiste que para efetivamente compreendermos o que é o direito, precisamos ser capazes

⁶⁹ Ver também Raz (1979d, p. 41): “Finally, we do not want to be slaves of words. Our aim is to understand society and its institutions. We must face the question: is the ordinary sense of 'law' such that it helps identify facts of importance to our understanding of society?”

⁷⁰ Ver também Raz (2009b, p. 2; 2009c, p. 31) e Hart (1994, p. 239-240).

de identificar aqueles elementos que são essenciais ou característicos, ou seja, sem os quais não haveria direito.

Isso força outra pergunta sobre nós: o conceito de direito é um conceito que explica ou designa *o que*? Conceitos, segundo Raz, são a forma por meio da qual concebemos elementos de nosso mundo. O conceito de direito é o meio que dispomos para identificar um tipo específico de instituição social, correspondente aos sistemas jurídicos (RAZ, 2009c, p. 31)⁷¹. *Por meio do conceito*, somos capazes de captar *a natureza do direito*. O conceito de direito é um constructo mental, socialmente compartilhado em algum grau que permita a sua identificação entre os falantes (RAZ, 2009c, p. 23-24). É por causa disso que, conforme já vimos na citação acima, a teoria do direito desempenha um papel no entendimento que fazemos da própria sociedade (RAZ, 2009c, p. 31).

Segundo Raz, o conceito de direito é profundamente arraigado em nossa sociedade e figura em nosso mundo de razões. Por causa disso, a teoria do direito deve analisar e explicar este conceito, que designa um tipo específico de instituição dotado de características essenciais. Características essenciais do direito ou sua natureza, por sua vez, designam aquilo que faz do direito o que ele é, ou seja, quando uma determinada instituição social apresenta essas características, essa instituição será uma forma de direito (RAZ, 2009c, p. 24-25). Vale trazer uma citação direta do próprio Raz que apresentei no capítulo anterior:

Uma teoria consiste de *verdades necessárias, porque apenas verdades necessárias sobre o direito revelam a natureza do direito*. Nós falamos de “a natureza do direito”, ou a natureza de qualquer coisa, para nos referirmos àquelas características do direito que são de sua essência, que fazem do direito o que ele é. Isto é, *são as propriedades sem as quais o direito não seria direito* (RAZ, 2009c, p. 24, destaques meus).

Duas implicações decorrem da exposição feita até o momento. Em primeiro lugar, como conceitos são socialmente compartilhados em alguma medida, eles são também paroquiais, particulares a determinadas culturas ou comunidades (RAZ, 2009c, p. 36). Em segundo lugar, disso não decorre que a teoria do direito seja ela mesma paroquial, adstrita a nossa cultura. Isso porque o conceito pode ser paroquial, mas os elementos essenciais, a natureza do direito, que o conceito tenta explicar, não é⁷². Acredito que as palavras do autor sejam esclarecedoras:

⁷¹ Ver também Postema (2011, p. 350-351).

⁷² Ver também Raz (2009e, p. 91-92).

(...) na teoria do direito há uma tensão entre o paroquial e o universal. Ela é tanto paroquial quanto universal. De um lado, ela é paroquial porque visa explicar uma instituição apontada por um conceito que é um conceito local, um produto da civilização ocidental moderna. *De outro, ela é uma teoria universal porque se aplica ao direito em qualquer tempo e em qualquer lugar em que seja concebível*, e sua existência não pressupõe a existência de seu conceito; de fato, ela não pressupõe a existência de qualquer conceito jurídico (RAZ, 2009c, p. 38, destaques meus).

Segundo Raz, “nosso conceito de direito não faz da consciência dele em uma sociedade uma pré-condição para que essa sociedade seja governada pelo direito” (RAZ, 2009c, p. 40). Em outras palavras, uma sociedade pode ser governada por regras e instituições, não ter a percepção dessas regras e instituições *como sendo direito* e mesmo assim essas regras e instituições são explicáveis por meio de nosso conceito de direito (RAZ, 2009e, p. 96-97). É nesse sentido que a teoria do direito não é paroquial, apesar de o próprio conceito de direito ser: a teoria não é paroquial porque a natureza ou essência do direito é universal⁷³.

Há aqui uma importante divergência entre Raz e algumas interpretações do pensamento wittgensteineano, segundo as quais o conceito de direito poderia ser não-estruturado, ou não ser composto por elementos essenciais que designam sua natureza (RAZ, 2009c, p. 29)⁷⁴. Raz argumenta que “[e]m seu mais fundamental, a filosofia do direito é uma investigação sobre a natureza do direito e as características fundamentais das práticas e instituições jurídicas” (RAZ, 2009d, p. 49) e que a “filosofia do direito deve se contentar com aquelas poucas características que todos os sistemas jurídicos *necessariamente* apresentam” (RAZ, 1979e, p. 104, destaques meus)⁷⁵. Nestes trechos, a teoria de Raz é, ao meu ver, comprometida com o essencialismo filosófico, ou seja, a crença em essências ou naturezas que definem, por meio de uma *relação de necessidade*, certos conceitos ou práticas.

Na interpretação de Raz, há um contraste claro entre seu pensamento e a teoria de Dworkin. Raz interpreta Dworkin como comprometido com o paroquialismo da teoria do

⁷³ Ver também Raz (2009i, p. 2-3) para um resumo destes pontos.

⁷⁴ Sobre o que isso significaria, ver por exemplo Glock (1986).

⁷⁵ Vale ler o trecho em seu contexto: “Since a legal theory must be true of all legal systems the identifying features by which it characterizes them must of necessity be very general and abstract. It must disregard those functions which some legal systems fulfil in some societies because of the special social, economic, or cultural conditions of those societies. It must fasten only on those features of legal systems which they must possess regardless of the special circumstances of the societies in which they are in force. This is the difference between legal philosophy and sociology of law. The latter is concerned with the contingent and with the particular, the former with the necessary and the universal. Sociology of law provides a wealth of detailed information and analysis of the functions of law in some particular societies. Legal philosophy has to be content with those few features which all legal systems necessarily possess” (RAZ, 1979e p. 104). Priel (2015, p. 22; 27-30) aponta esta mesma citação como indicativa de uma visão essencialista em Raz, que ele associa a Tyler Burge.

direito, porque para o americano a teoria seria interpretativa em um sentido peculiar. O alcance da teoria seria dado por elementos contingentes, uma vez que o próprio conceito de direito seria essencialmente controverso. Desse modo, não poderíamos falar em uma essência ou natureza fora do jogo argumentativo sobre o que é o direito em um determinado caso concreto (RAZ, 2009d)⁷⁶. Em todo caso, conforme afirmei no primeiro capítulo, tentarei mostrar no decorrer da dissertação como o essencialismo configura um vício que prejudica nossa compreensão do direito, mas por agora precisamos deixar as diferenças entre Raz e Dworkin de lado para enfrentar a próxima pergunta em nossa reconstrução do pensamento raziano. Como definir quais são esses elementos essenciais de que Raz nos fala? Segundo o autor:

A tese da natureza do direito fornece um teste para identificar o direito cujo uso não demanda argumentos morais ou avaliativos. No entanto disso não se segue que alguém consiga defender a própria tese da natureza do direito sem usar argumentos avaliativos (ainda que não necessariamente morais). Sua justificação é atrelada a um juízo avaliativo sobre a importância relativa de vários elementos de organizações sociais, e estes refletem nossos interesses ou preocupações intelectuais ou morais (RAZ, 1995b, p. 209, destaque meu).

Para compreender o argumento raziano é interessante introduzir aquilo que Julie Dickson chamou de metodologia indiretamente avaliativa (*indirectly avaliative*). A ideia é que a análise conceitual de determinados objetos de estudo é feita a partir de juízos valorativos *indiretos*, que dizem respeito ao que é importante ou marcante, mas que são diferentes de juízos valorativos *diretos*, que dizem respeito a algo ser bom ou ruim, por exemplo (DICKSON, 2001, p. 51-57)⁷⁷. Para Dickson e Raz, a preocupação da teoria do direito – enquanto análise conceitual – deve ser em explicar essas características e ideias centrais ao direito, no entanto, ao afirmar que são elementos importantes, não se está assumindo que são moralmente valiosos. Retomando o exemplo raziano, um anarquista poderia muito bem reconhecer a importância desta ou daquela característica do direito para explicá-lo e mesmo assim condenar fortemente a autoridade do direito (RAZ, 1995c, p. 235-236).

O que significa dizer que algum juízo é sobre a importância de algo, mas não sobre seu valor moral? Dickson nos dá o seguinte exemplo em sua tentativa de esclarecer e

⁷⁶ Sobre isso, cf. Dworkin (1986) e Raz (2009c, p. 33-36). Em (2009d), Raz analisa pormenorizadamente a metodologia dworkiniana. Essa discussão voltará no quinto capítulo da presente dissertação.

⁷⁷ Ver também Edmundson (2013, p. 334).

desenvolver a metodologia raziana: quando dizemos que a coisa mais importante que aconteceu na vida de John foi sair de sua terra natal, nós entendemos que isso se trata de algo que devemos explicar se quisermos compreender a vida de John, porém a mera importância desse fato nada nos diz sobre seu caráter moral. Dizer que a mudança de John foi importante não significa, em si, que foi algo bom ou ruim. Evidentemente um juízo valorativo direto (e.g. um juízo moral) pode ser um indicativo de que algo é importante (ou seja, apontar para uma avaliação indireta), como no caso de dizer que conhecer Maria foi a melhor coisa que ocorreu na vida de John, mas a recíproca não é verdadeira: dizer que algo é importante não nos habilita a fazer um juízo valorativo direto (DICKSON, 2001, p. 53-54).

O exemplo de John, no entanto, precisa de mais elaboração. O juízo de que a coisa mais importante foi sair de sua terra natal precisa de algo mais para fazer sentido, de um certo contexto. Dizer que algo é importante muitas vezes significa dizer que esse algo é apoiado por algum juízo valorativo direto (como um juízo moral), como no caso de dizer que John sair de sua terra natal foi a coisa mais importante que lhe aconteceu porque ele pôde conhecer Maria, e isso foi *a melhor* coisa em sua vida. No entanto, nós *também* podemos dizer que mudar foi importante para John porque permitiu a ele seguir uma determinada carreira, ou que sair de sua terra natal é um ritual de passagem importante para quem é daquela região. Nessas situações, as explicações são diferentes daquela apresentada no caso de John ter conhecido Maria, porque nelas não há referência a um juízo valorativo direto. Voltando ao direito, Raz endossa esse tipo de visão explicitamente:

(...) [ao] afirmar que tais características são importantes, não se está recomendando-as como boas (...) tudo que é afirmado é sua centralidade em nossa experiência social das instituições que expressam o que afirmam ser o julgamento coletivo e vinculante de sua sociedade sobre como as pessoas devem se comportar (RAZ, 1995c, p. 236).

Quando a questão é formular juízos sobre uma instituição (e.g. o direito), Dickson afirma haver diversas formas de contextualizar um juízo valorativo indireto (de importância) que não são dependentes de juízos morais⁷⁸. Em primeiro lugar, podemos dizer que X é importante quando X for algo que o direito invariavelmente apresenta, independentemente do contexto, de modo a ser algo distintivo da forma como o direito funciona. Nessa primeira forma, o argumento é essencialista: existem características que estão presentes em quaisquer sistemas jurídicos (e é nessa linha que Raz argumenta, como se verá abaixo, que a

⁷⁸ Ver também Raz (1979d, p. 39-40): “A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument”.

reivindicação de autoridade legítima é uma característica recorrente nos sistemas jurídicos). Em segundo lugar, podemos dizer que X é importante porque está presente nas crenças das pessoas, com isso afetando a compreensão que as pessoas fazem da sociedade e de si mesmas. Isso ocorre quando dizemos que as pessoas imaginam a sociedade de uma determinada forma por causa de X. Em terceiro lugar, é possível dizer que X é importante porque afeta diretamente questões práticas em nossas vidas, como no caso de imposição da força por parte do Estado. Em quarto lugar, X pode ser importante porque sua compreensão é necessária para podermos formar algum juízo diretamente avaliativo posterior, ou seja, primeiro precisamos saber o que é X, somente depois podemos avaliá-lo moralmente, via um juízo direto (DICKSON, 2001, p. 58-64).

Nesse sentido, para Raz, a teoria do direito demanda juízos de valor, mas não se tratam de juízos morais⁷⁹: em linhas gerais, reconhecemos que algo é uma característica importante do direito ao percebermos ela influencia e impacta a visão daqueles que estão envolvidos de alguma forma na prática jurídica. Novamente, é ilustrativo ver como o próprio Raz caracteriza seu projeto teórico:

O argumento é de fato avaliativo, mas no sentido em que qualquer boa teoria da sociedade é baseada em considerações avaliativas, em que seu sucesso é em esclarecer processos e estruturas sociais importantes, e todo julgamento de importância é avaliativo. (RAZ, 1995c, p. 235, rodapé omitido)

Nessa linha, Postema sintetiza a posição raziana:

O raciocínio avaliativo envolvido no teorizar sobre o direito busca tornar inteligível as visões daqueles envolvidos na prática, mas também busca apresentar o que aqueles que são comprometidos com a prática devem mostrar caso queiram apresentar de forma convincente sua visão (POSTEMA, 2011, p. 352, tradução minha)⁸⁰.

Agora temos uma ideia do que significa fazer uma análise conceitual para Raz, e de como isso se relaciona com a filosofia do direito. Raz, no entanto, também diz que o direito é uma instituição social. Uma instituição social é um sistema institucionalizado de normas, estas entendidas como razões exclusionárias, ou mais precisamente uma combinação de razões exclusionárias com razões de primeira ordem para fazer algo (RAZ, 1990, p. 58-59)⁸¹.

⁷⁹ Conforme apontado por Dickson (2001) e Postema (2011), Raz também reconhece que sua teoria envolve avaliação em outro sentido, a saber, de uma forma “meta-teórica”: uma teoria é melhor que outra se for mais clara, ou sucinta, etc. Para efeitos do presente capítulo, esse tipo de avaliação é de importância menor.

⁸⁰ Ainda Postema explicando Raz: “Our sense of what matters about law is inevitably influenced by what we take to matter in social life generally and that is surely evaluative. Note, however, that both of these claims turn on values of the theorist, not necessarily values of those whom they seek to understand.” (2011, p. 351).

⁸¹ Isto se tornará mais claro na próxima seção deste capítulo, com a ideia de “razão protegida”.

Segundo Raz, um sistema institucionalizado de normas consiste “(...) em um conjunto de regras, algumas das quais instituem órgãos primários e todas elas vinculantes em relação a atuação dos órgãos primários, no sentido de excluir todas as outras razões conflitantes” (RAZ, 1990, p. 143). Órgãos primários designam instituições que devem agir com base em razões exclusionárias, que são *razões para não agir* com base em determinadas outras razões. O ponto das razões exclusionárias é fundamental: os órgãos primários não podem aplicar a norma que bem entenderem, mas sim as normas do sistema. Nesse sentido, existem razões para não agir com base em razões “externas” ao sistema (RAZ, 1990, p. 136)⁸².

Raz sintetiza as três características de um sistema institucionalizado de normas da seguinte forma:

[E]m primeiro lugar, eles têm critérios para serem praticados que dependem ao menos em parte da atuação de seus órgãos criadores ou aplicadores de normas. Em segundo lugar, o teste para uma norma pertencer a um determinado sistema depende da presença de certas relações internas com as normas que estabelecem as instituições relevantes. Em terceiro lugar, a validade sistêmica de tais sistemas depende deles serem praticados (RAZ, 1990, p. 128-129).

Essas características são demasiadamente abstratas, de modo que um exemplo deve ajudar: pensemos em um clube regional de xadrez. Esse clube tem normas que são criadas e aplicadas para seus jogos; as normas pertencem a esse clube se forem emitidas de acordo com suas previsões internas e esse clube de xadrez só tem normas válidas de um ponto de vista sistêmico se os jogos feitos por seus membros seguirem (ao menos na maior parte das vezes) as normas estabelecidas pelo clube. Nesse sentido, ele é um sistema institucionalizado⁸³. Há mais que deve ser dito sobre o direito enquanto sistema institucionalizado, mas isso será feito na discussão sobre a teoria do direito de Raz e as fontes sociais na seção 5 do presente capítulo.

Devemos parar brevemente para analisarmos as respostas que a discussão até o momento permite que Raz forneça às questões sobre juízos avaliativos que apresentei no primeiro capítulo. A primeira questão, sobre a tese da avaliação moral, era: “para compreender o direito adequadamente, o teórico precisa avaliá-lo moralmente?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha). Para essa questão, Raz pode responder negativamente porque a

⁸² Raz é bastante explícito sobre esse ponto: “A more accurate formulation would be that institutionalized systems consist of norms which the primary organs are bound to apply and are not at liberty to disregard whenever they find their application undesirable” (1990, p. 139).

⁸³ Ver também Raz (1979e).

tarefa da teoria do direito é elencar os elementos essenciais ou relevantes, e isso não demanda necessariamente juízos avaliativos diretos (morais), mas sim juízos avaliativos indiretos.

A terceira questão sobre juízos avaliativos era relacionada à aceitação ou não da tese das consequências morais benéficas: “juízos de valor sobre as consequências morais benéficas de se adotar determinada teoria podem legitimamente figurar como critérios de sucesso de teorias do direito?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha). Segundo Raz, o filósofo do direito “não é livre para escolher quaisquer conceitos frutíferos. É uma tarefa central da filosofia do direito auxiliar em nossa compreensão da sociedade ao nos auxiliar a compreender como as pessoas se compreendem” (RAZ, 1995c, p. 237). Isso porque a preocupação da teoria raziana é em esclarecer os elementos essenciais, que permitem a compreensão da *natureza* do direito. A resposta à pergunta de Dickson, portanto, é negativa.

Ambas as características que a meu ver são vícios filosóficos, o essencialismo e o arquimediano se tornam visíveis na teoria que fundamenta as respostas de Raz. A teoria é essencialista porque pressupõe que o direito possui uma natureza apreensível por conceitos, ou seja, nessa visão, deve haver um núcleo duro em relação aos qual temos casos evidentes nas proximidades e casos cada vez mais controversos conforme se afasta desse núcleo⁸⁴. Ela é arquimediana porque o juízo avaliativo indireto de Raz e Dickson pressupõe que podemos identificar no direito aquilo que seria relevante ou essencial sem nos engajarmos diretamente com a prática argumentativa jurídica, externamente aos valores envolvidos. Nos próximos capítulos, explorarei esses pontos, mas por agora, precisamos retomar a reconstrução do pensamento raziano, a partir de duas ideias razianas centrais que apenas foram mencionadas até este ponto: as razões exclusionárias e a afirmação de autoridade por parte do direito. Como mencionei antes, é sobre as razões exclusionárias que agora focaremos nossa análise.

3 – A teoria das razões de Joseph Raz: razões exclusionárias ou preemptivas

Foi antecipado que a ideia de razões exclusionárias é central ao pensamento raziano, porém ainda não temos uma noção clara do que são razões e de como elas funcionam. No

⁸⁴ Isso é evidente em Raz (2009g, p. 170-171), por exemplo.

cotidiano, usamos o vocábulo “razão” e seus derivados, como “razoável”, de formas diversas, sem necessariamente nos darmos conta disso. Quando dizemos que “a atitude de P é contra os ditames da razão”, estamos querendo dizer o que exatamente? E quando dizemos que “M tinha razão em ficar decepcionado”? A situação se complica ainda mais quando passamos a considerar também os usos filosóficos de “razão”, como em “razão pura” e “razão prática”. Para compreendermos o argumento de Raz, é necessário que tenhamos claro o que ele quer dizer com razões⁸⁵.

Razões, diz o autor, são mobilizadas na “explicação, avaliação e direcionamento do comportamento dos indivíduos” (RAZ, 1990, p. 15). Esses três usos das razões são relacionados, uma vez que só é possível avaliar e direcionar uma conduta – por exemplo – a partir de uma devida explicação do que ocorre em um determinado contexto (RAZ, 1990, p. 15-16). Razões podem ser razões para ação (como no caso de termos uma razão para praticar o ato X), razões para acreditar (como no caso de o experimento Y demonstrar que Z, portanto podemos acreditar em Z), dentre outros tipos, mas o tipo de razão que interessa particularmente a Raz são as razões para ação⁸⁶.

Raz aponta uma complicação importante: uma razão é uma afirmação, um fato ou uma crença? O uso cotidiano do termo é ambíguo, como podemos ver no exemplo raziano: quando você me diz “leve um guarda-chuva porque vai chover”, o que é a razão para levar o guarda-chuva?⁸⁷ É a sua afirmação ou o fato de que vai chover? Provavelmente será o fato. No entanto, razões para acreditar costumam ser crenças, como a crença de que Deus existe, e mesmo que eventualmente essa crença esteja equivocada, conseguimos compreender a racionalidade do indivíduo que acreditou em algo com base em uma razão fundada em uma crença falsa, mas que ele reputava verdadeira. Nessa situação, temos uma razão ou não? Complicações à parte, a solução provisional que Raz adota é se referir a razões como “‘fatos’ em um sentido estendido para designar aquilo que fundamenta quais afirmações verdadeiras e justificadas são de fato verdadeiras e justificadas” (RAZ, 1990, p. 17-18). Especificamente, razões para ação são:

⁸⁵ No que diz respeito às teses de Raz para razão prática, o foco de minha análise será seu *Practical Reason and Norms* e seu posfácio. Esse foco se justifica na medida em que o próprio Raz coloca suas teses sobre razão prática como a grande contribuição desse livro (RAZ, 1990, p. 178).

⁸⁶ O termo original *reasons for action* é às vezes traduzido como “razões para ação” e às vezes como “razões para agir”. No presente trabalho, trato ambas as traduções como sinônimas.

⁸⁷ Raz toma o exemplo de empréstimo de Max Weber. O exemplo aparece em Weber (1978, p. 23), em sua discussão sobre os conceitos sociológicos fundamentais.

Considerações que contam em favor de uma determinada ação. Se tudo o mais permanecer o mesmo, elas são bases suficientes para praticar a ação e, excetuando ignorância razoável e outras desculpas, são bases para apontar culpa na conduta de um agente, se ele falhar em tomar aquela ação (RAZ, 1990, p. 186-187).

A explicação deve ser complementada com a percepção de que quando explicamos algo com base em razões, a explicação é *normativa*, porque elaboramos a explicação de modo a mostrar o que a razão em questão nos direciona a fazer, o que devemos fazer com base naquela razão (no caso de uma razão para agir) (RAZ, 1990, p. 19). Quando o indivíduo explica sua ação com base em razões, ele está *justificando* sua ação. Ao tomarmos a ação do indivíduo como foco, podemos concluir que a ação pode ou deveria ser fundamentada nas razões que se aplicavam ao contexto.

Raz chama a atenção para o fato de podermos dizer que uma ação era *razoável* (ou racional)⁸⁸ a partir da existência de razões para *acreditar* que havia razões para *agir* de determinada forma, ou seja, é necessário que levemos em consideração as crenças que as pessoas possuem no momento de agir, se quisermos explicar adequadamente as ações dos indivíduos ao nosso redor (RAZ, 1990, p. 22). Aqui um exemplo pode ser útil. M e D são amigos. M tem certeza que D não irá a uma festa (razão para agir) e por isso não vai também (ação). A razão para a certeza de M é o fato de D detestar festas (razão para acreditar). Essa é a estrutura: a razão para acreditar fundamenta a razão para agir, que por sua vez justifica a ação (não ir à festa). M não foi à festa *porque* acreditou que D não ia (papel justificatório das razões). Caso D vá a essa festa e M fique sabendo disso, após o momento de chateação, M perceberá que sua ação foi razoável, havia *sentido* nela, no entanto, não necessariamente as razões se aplicaram devidamente ao caso em questão. Essa relação entre razões para acreditar e racionalidade será útil à frente, quando analisarmos a concepção inspiracional de autoridade.

Pensemos agora em um exemplo raziano adaptado: John vai buscar James na estação de trem. Quando nós perguntamos a John por que ele está lá, ele poderá dizer, a depender de como formulamos a pergunta inicial, bem como eventuais outras perguntas, que (a) ele está lá porque James chegará naquela estação; (b) ele está lá porque isso irá agradar James e/ou (c) que ele está lá porque gostaria de agradar James. Alternativamente, ele poderia responder que

⁸⁸ Em *Practical Reason and Norms* não há uma distinção clara entre os termos “racional” e “razoável”, já que no livro ambos se referem à capacidade de fornecer razões para justificação de conduta (ainda que tais razões não se sustentem após análise). Isso pode ser visto em: “A person’s action can be judged as being well grounded in reason or not according to whether there actually are reasons for performing the action. It can also be assessed as reasonable or rational according to whether the person had reasons to believe that there were reasons for his action” (RAZ, 1990, p. 22).

(d) ele havia prometido a James que o encontraria na estação e (e) que alguém deve cumprir o que prometeu. A percepção que temos é que os conjuntos de razões [a,b,c] e [a,d,e] configuram explicações distintas para uma mesma ação (esperar James na estação) e que [a,b,c] (ou [a,d,e]) pertencem a uma mesma explicação ou justificativa. O que temos aqui, em termos razianos, são duas *razões completas*, compostas pelas razões [a,b,c] ou [a,d,e] (RAZ, 1990, p. 22-23). Razões completas são compostas por outras razões, de modo a serem explicações suficientes para explicar o sentido de uma determinada ação (no caso de uma razão para agir)⁸⁹.

Há dois esclarecimentos relevantes sobre a ideia de razões completas, sem os quais o argumento peca por arbitrariedade: (1) “um fato é uma razão apenas se pertencer a um fato complexo que é uma razão completa, e mesmo assim não apenas a razão completa, mas suas partes constituintes também são razões” (RAZ, 1990, p. 25); e (2) uma razão completa é uma razão completa atômica (*atomic complete reason*) quando ela perde sentido se dela for subtraída qualquer uma de suas partes, ou seja, o conjunto [a,b,c] no exemplo acima é uma razão completa atômica, porque seu sentido se perde caso retiremos algum de seus elementos, como “a” ou “b” (RAZ, 1990, p. 25).

A próxima coisa que precisamos entender é a estrutura do conflito entre razões. Para fazer isso, continuemos com os exemplos. D promete para L que irá à academia na terça-feira, no entanto, surge uma situação inesperada, como o convite de J para ir a uma hamburgueria, que consumiria o tempo de D para esportes naquele dia. Em uma situação assim, aceitar ou não o convite ilustra uma situação de conflito entre razões: a promessa de D gera uma razão para não aceitar a oferta, mas o fato de o convite vir de uma pessoa muito amiga e que seria desagradável recusar gera uma razão para aceitar a oferta. Como se dá esse conflito? Para Raz, as razões apresentam uma dimensão de força (*strength*), no sentido de algumas razões possuírem mais peso ou serem mais fortes que outras. No caso em questão, a razão para ir à hamburgueria pode ser mais forte, e nesse caso ela supera (*overrides*) a razão oposta (RAZ, 1990, p. 26-27). O conflito se deu justamente por serem razões que demandam ações contraditórias ou mutuamente excludentes, ele não ocorreria se, por exemplo, D houvesse prometido ir terça *ou* quarta na academia⁹⁰.

⁸⁹ Ver também Raz (1979b, p. 12).

⁹⁰ À bem da verdade, para Raz promessas gerariam razões exclusionárias, então o exemplo é impreciso. No entanto, o mantive por ser didático.

Situação diferente de um ponto de vista lógico seria se na segunda-feira L dissesse para D que não havia mais a necessidade de ir à academia. Nesse caso, a razão para ir à academia (decorrente da promessa) seria *cancelada*, e não haveria conflito com a razão para ir à hamburgueria (RAZ, 1990, p. 27). Para explicar esses casos, Raz introduz uma distinção entre razões conclusivas (*conclusive reasons*), razões absolutas (*absolute reasons*) e razões *prima facie* (*prima facie reasons*). Razões conclusivas são razões para as quais não houve um cancelamento e nem uma razão mais forte contraposta, ou seja, é uma razão que conclui a deliberação do que fazer naquele caso em questão, mas que não necessariamente é insuperável. Razões absolutas são aquelas que não são passíveis de superação por quaisquer outras razões. Razões *prima facie* são, por exclusão, aquelas razões que não são conclusivas e nem absolutas, são razões que se aplicam “à primeira vista”, mas ainda é necessário refletir se elas realmente se aplicam ao caso em questão (RAZ, 1990, p. 27). Raz distingue também as razões conclusivas de razões não derrotadas (*undefeated reasons*). Razões não derrotadas são simplesmente aquelas que não foram derrotadas por nenhuma outra razão ou conjunto destas. Dessa forma, é possível ter uma razão não derrotada para que se faça X e simultaneamente ter outra razão não derrotada para que não se faça X. Razões conclusivas, por outro lado, resolvem a questão em favor (ou contra) X (RAZ, 2009b, p. 6).

Outro aspecto da forma como as razões funcionam é o fato de que algumas delas geram uma *atitude crítica prática* (*practical critical attitude*) em relação a ações que se conformam ou destoam de uma determinada razão para agir. Razões, conforme vimos, desempenham um papel no modo como explicamos e avaliamos o mundo ao nosso redor. Em outras palavras, é da natureza das razões que elas condicionem nossos juízos de racionalidade (RAZ, 1990, p. 32-33)⁹¹. O seguinte exemplo ilustra a situação: existe uma cesta vazia com tampa na sala. J colocou duas maçãs dentro da cesta e M colocou três maçãs. Ninguém mais adicionou maçãs à cesta. D tem consciência da veracidade desses fatos. Caso D se negue a acreditar que existem cinco maçãs na cesta, ele está agindo *irracionalmente*. Da mesma forma, caso D deseje uma vida saudável e se comprometa a não comer muita gordura, entenderemos irracional sua atitude de comer bacon todas as manhãs, por causa das próprias razões que se aplicam a D. Vale lembrar que – tendo em vista uma noção abrangente de razão – D reconhecer os malefícios do bacon e mesmo assim optar por continuar ingerindo-o diariamente pode ser racional se ele argumentar que “gosta muito de bacon” ou que “isso é

⁹¹ Nesse sentido, ver também Raz (1979b, p. 12).

uma tradição familiar”. Esses argumentos são eles mesmos razões, de modo a haver um conflito no caso.

Estes pontos são importantes, porque eles explicam o que são *razões operativas* (*operative reasons*), ou seja, razões que quando reconhecidas demandam essa *atitude crítica prática*. Ter uma vida saudável é razão para não comer bacon todas as manhãs, e caso a razão se aplique ao agente, ele deve ter a atitude crítica, de avaliar – no caso negativamente – a ação de comer bacon todas as manhãs. Razões que não possuem essa atitude são razões auxiliares (*auxiliary reasons*), que modulam ou orientam a ação prescrita pela razão operativa. Razões auxiliares funcionam, por exemplo, ajudando a identificar ações que atendem à razão operativa que se aplica ao agente (*identifying reasons*) ou afetando a força de outras razões (*strength-affecting reasons*) em situações de conflito entre duas possíveis ações (RAZ, 1990, p. 32-35). Em um exemplo, caso M esteja desempregado e D queira ajudá-lo (razão operativa), existem razões auxiliares que identificam certas ações como formas de ajudar, dentre elas emprestar dinheiro ou auxiliá-lo a arranjar um emprego. Outras razões auxiliares podem afetar a força relativa dessas possibilidades, como no caso de M precisar de dinheiro urgentemente para custear um tratamento médico, situação na qual emprestar uma determinada quantia seria mais útil do que ajudá-lo a arranjar emprego.

A construção que foi apresentada até esse ponto sobre o que é e como funciona uma razão (em especial uma razão para agir) parece intuitiva apesar de seu elevado nível de abstração. Os exemplos demonstram como muito do que fazemos ao agir com base em razões é explicável nos termos propostos. No entanto, ainda não discutimos a ideia de uma razão exclusionária, e para isso é interessante tomar um caso que Raz apresenta como ponto de partida. Jeremy é um soldado que recebe de seu comandante a ordem para se apropriar de um veículo pertencente a um civil para cumprir uma missão. Caso alguém apontasse para Jeremy razões muito fortes para que ele desobedecesse ao comandante, o soldado poderia retrucar que “você pode até ter razão, mas ordens são ordens, e devo obedecê-las independentemente do que eu possa achar”. Aqui é importante perceber que a ordem do comandante não está no mesmo nível das razões que apontamos para Jeremy quando dizemos que ele deve desobedecer (“você está atingindo um inocente”, “roubar é errado”, dentre outras) (RAZ, 1990, p. 38).

A ordem do comandante contém aquilo que Raz denomina como *razão de segunda ordem* (*second order reason*): “uma razão de segunda ordem é uma razão para agir com base

[em outra] razão ou deixar de agir com base [em outra] razão” (RAZ, 1990, p. 39), em contraste com razões de primeira ordem (*first order reasons*), que são as razões aplicadas diretamente. Em outras palavras, uma razão de segunda ordem é uma razão que condiciona o que você deve fazer ou não com base em outras razões. A ordem que Jeremy recebeu contém uma razão de primeira ordem para fazer X e uma razão para não agir com base nas razões que (não estivesse a ordem presente) se aplicariam a ele naquela situação. É precisamente essa segunda razão que Raz denominará *exclusionária*: “uma razão *exclusionária* é uma razão de segunda ordem para não agir com base em alguma outra razão” (RAZ, 1990, p. 39)⁹². Razões *exclusionárias* têm como seu propósito “excluir a ação baseada em outra consideração que é uma razão válida para ação” (RAZ, 1990, p. 183)⁹³. Para ser mais preciso, a ordem do comandante, por englobar tanto uma razão de primeira ordem para fazer algo quanto uma razão *exclusionária*, é aquilo que Raz denomina *razão protegida* (*protected reason*), porque é uma razão para agir “*protegida*” por uma razão *exclusionária* que impede que essa razão para agir seja colocada junto às demais razões de primeira ordem (RAZ, 1979b, p. 18).

Qual a diferença entre uma razão de segunda ordem (em nosso caso, uma razão *exclusionária*) e uma razão forte de primeira ordem? O exemplo de Jeremy é ilustrativo: ele pode reconhecer que o correto a se fazer é desobedecer ao seu comandante, no entanto, como ele recebeu uma ordem, ele deve cumpri-la mesmo assim. Essa análise não é caricata. Segundo Raz, pessoas realmente pensam dessa forma em várias situações, e isso fica mais evidente quando refletimos sobre a seguinte possibilidade: imaginemos que Jeremy cumpriu a missão original que lhe foi passada, mas sem ter se apropriado do veículo. Nesse caso, nós somos capazes de compreender quando o comandante o elogia por sua ação e também o pune por ter desobedecido (RAZ, 1990, p. 45).

Quando uma razão *exclusionária* demanda que não se aja com base em tais e tais razões, ela na verdade exclui a ação recomendada pelo cômputo daquelas razões para agir, não o balanço das razões em si. Razões *exclusionárias* operam em um nível diferente, elas “cobrem” às razões de primeira ordem. Outro exemplo interessante é a sensação de desconforto que os pais de uma criança têm quando a criança os desobedece e depois prova

⁹² Ver também: “There is one important point to bear in mind concerning second-order reasons: they are reasons for action, the actions concerned being acting for a reason and not acting for a reason” (RAZ, 1979b, p. 17).

⁹³ Ver também: “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” (RAZ, 1986a, p. 58).

que estava correta. Por exemplo, quando a criança não arruma a cama alegando que a cama bagunçada atrai menos ácaros, e depois os pais descobrem que ela falava a verdade ao lerem um artigo científico. Em um caso assim, é perfeitamente compreensível que os pais chamem a atenção da criança pela desobediência e ao mesmo tempo reconheçam que ela estava correta (RAZ, 1990, p. 43)⁹⁴.

Algumas implicações decorrem dessas definições. Em primeiro lugar, conflitos entre razões de primeira ordem com razões de segunda ordem possuem uma estrutura diferente daquela entre conflitos entre duas razões pertencentes à mesma ordem. Quando o conflito se dá entre razões de mesma ordem, a razão mais forte acaba triunfando e direcionando a ação do indivíduo. No caso dos conflitos entre razões de primeira e segunda ordem, a razão de segunda ordem sempre ganha, porque por sua natureza ela prevalece sobre razões de primeira ordem. No entanto, razões de segunda ordem apresentam outra dimensão além de sua força, que corresponde àquilo que Raz chama de escopo: “o escopo de uma razão exclusionária é a classe de razões que ela exclui” (RAZ, 1990, p. 46). Para o autor, um dos problemas centrais em conflitos entre razões de primeira e segunda ordem é saber se as razões de primeira ordem estão dentro do escopo de exclusão da razão (se exclusionária) de segunda ordem. Isso será relevante quando apresentarmos a ideia de erros jurisdicionais (*jurisdictional mistakes*) na discussão sobre a legitimidade de uma autoridade

Precisamos dizer mais um pouco sobre razões exclusionárias. Conforme mencionei rapidamente acima, elas não são razões que excluem a *deliberação* e considerações sobre as razões excluídas, porque são razões que afetam a *ação* do indivíduo, não necessariamente seus julgamentos. Conforme veremos no próximo capítulo, Raz ocasionalmente oscila e diz que razões exclusionárias excluem também a *deliberação*, mas por agora, fiquemos com a definição usual de razões exclusionárias como afetando apenas a *ação*. No caso de Jeremy a exclusão da *ação*, mas não da *deliberação* se torna evidente: ele pode considerar que o balanço das razões que a ele se aplica condena a *ação* ordenada por seu comandante, mas como aquela ordem contém uma razão exclusionária, ele *não deve agir com base no seu*

⁹⁴ Sobre isso, ver Raz (1979b, p. 22-23): “What then is the difference between an exclusionary reason and a first-order reason of a weight sufficient to override all the conflicting reasons that are excluded by the exclusionary reason and no others? There are two answers to this crucial question. First, exclusionary reasons exclude by kind and not by weight. They may exclude all the reasons of a certain kind (such as, considerations of economic welfare), including very weighty reasons, while not excluding even trivial considerations belonging to another kind (such as, considerations of honour). Second, regardless of the different impact of exclusionary and weighty reasons on what ought to be done, all things considered, they also differ in the way we view them. Some facts are weighty reasons overriding conflicting reasons; others are not to be compared with conflicting reasons. Their impact is not to change the balance of reasons but to exclude action on the balance of reasons”.

*balanço de razões de primeira ordem*⁹⁵. Razões exclusionárias também não cancelam as razões que antes delas se aplicavam ao caso, ou seja, elas são diferentes da situação na qual L liberou D de ir à academia. Naquela situação, a razão para ir à academia foi cancelada, é diferente da situação de Jeremy (RAZ, 1990, p. 184). Esses pontos são relevantes para que se evitem críticas injustas à Raz no sentido de o autor fazer uma defesa cega da autoridade. Outro ponto relevante para a presente discussão é que por balanço de razões (ou sopesamento) Raz não está se referindo necessariamente a alguma teoria da decisão específica, como a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy. As referências a esses termos denotam discussões sobre nossas razões para agir em termos bastante gerais. Não se deve confundir, portanto, balanço de razões com proporcionalidade em sentido alexyano.

Imaginemos agora que após receber a ordem, Jeremy, que aceita o caráter exclusionário, mas não obstante acha que seria correto não se apropriar do veículo, comete um erro genuíno e se apropria de um veículo que na verdade não possuía dono. Nessa situação, uma advertência por não ter obedecido não seria mais adequada, porque de fato Jeremy obedeceu ao seu superior, mas cometeu um erro genuíno e não intencional. Ao mesmo tempo, ele se *conformou* às razões que foram excluídas pela ordem ao não se apropriar do veículo do civil. Aqui a sensação é que Jeremy foi sortudo ao errar, porque acabou respeitando todas as razões, tanto a exclusionária quanto as excluídas. Isso ocorre porque razões exclusionárias “excluem razões de serem a motivação de alguém para ação, mas as razões excluídas ainda podem ter uma ação conformada a elas, se essa conformação decorrer do respeito (*compliance*) com as outras razões não-excluídas [notadamente a razão que as excluiu]” (RAZ, 1990, p. 185). O caso mostra uma diferença sutil, porém importante, entre conformar (*to conform*) a ação a uma razão e respeitar (*to comply*) uma razão: agir conforme uma determinada razão significa fazer o que a razão prescreve, sem a necessidade de se ter consciência daquela razão, enquanto agir respeitando uma razão denota uma ação que é *orientada conscientemente por aquela razão em questão* (RAZ, 1990, p. 178).

Algumas razões podem demandar respeito, enquanto para outras basta haver conformidade. Razões puramente instrumentais como “para dormir bem eu preciso apagar a luz” muitas vezes demandam apenas conformidade (caso ocorra um blecaute, eu vou dormir

⁹⁵ Sobre isso, ver também: “(...) one is to follow the authority regardless of one's view of the merits of the case (that is, blindly). One may form a view on the merits but so long as one follows the authority this is an academic exercise of no practical importance. We can go further than that and say that sometimes the very reasons that justify the setting up of an authority also justify following it blindly in a stronger sense--that is, following it without even attempting to form a judgment on the merits” (RAZ, 1979b, p. 24-25).

bem mesmo sem ter eu mesmo desligado a luz). Nada se perde nessa situação, porque aquela finalidade à qual a razão se reportava foi atingida. Controversamente⁹⁶, razões morais são diferentes: elas demandam que o indivíduo tenha consciência de que está agindo *por causa* da lei moral, ou seja, elas demandam que se aja respeitando a razão em questão. Pense no caso de um vendedor que não engana seus clientes porque honestidade é bom para seus negócios. A percepção que temos é de uma ação que está orientada pelas razões erradas. Um vendedor não deveria enganar seus clientes *porque* isso seria *errado*.

Nossa discussão até o momento pode evocar alguma confusão sobre a relação entre regras e razões. Para Raz, regras pertencem a um nível inferior às razões no raciocínio prático, porque as regras são elas mesmas frutos de uma série de razões: “regras são, metaforicamente falando, expressões de compromissos, de julgamentos sobre os resultados de conflitos [entre diferentes razões]” (RAZ, 1990, p. 187). A estrutura básica de uma regra, mais especificamente de uma regra mandatória (*mandatory rule*), é de uma razão protegida (RAZ, 1990, p. 58-59). Segundo Raz:

Ter uma regra é como ter decidido previamente como agir. Quando a ocasião para a ação surge, o indivíduo não precisa reconsiderar a questão porque a decisão já foi tomada antes. A regra é tida como não apenas uma razão para praticar o ato prescrito na norma, mas também como solucionadora de conflitos ao excluir razões conflitantes. Este é o benefício de se ter regras e essa é a diferença entre normas mandatórias e outras razões para agir (RAZ, 1990, p. 73).

Ter regras apresenta dois benefícios imediatos. De um lado, a presença de regras soluciona previamente conflitos entre razões em um determinado caso. Isso muitas vezes significa que as regras poupam esforços cognitivos do indivíduo em situações tensas, economizam tempo na decisão e garantem certo nível de qualidade e estabilidade das decisões. De outro lado, a presença de regras (enquanto expressões de solução prévia de conflitos entre razões) permite que diferentes pessoas com diferentes visões de mundo e ideologias convivam harmoniosamente e trabalhem em conjunto. Essas pessoas podem discordar sobre a fundamentação última das regras, mas enquanto concordarem com as

⁹⁶ Isso é especialmente verdade para a moralidade kantiana. Para Kant, uma ação é moralmente valiosa se for orientada pela lei moral e senso de dever (por isso é uma moralidade deontológica). Para a moralidade utilitarista, via de regra, pouco importa a intencionalidade do agente, basta que a ação tomada ocasione nas melhores consequências ou no maior bem-estar possível.

demandas mais imediatas a criação e manutenção de uma sociedade plural se torna factível (RAZ, 1986a, p. 58)⁹⁷.

Raz aponta que quando casos estão fora de uma determinada regra isso se dá usualmente porque as razões que fundamentam a regra não se aplicam àquele caso específico (uma regra que proíba veículos no parque certamente não proíbe carrinhos de feira)⁹⁸. Voltemos ao caso do vendedor. Vamos supor que entre na loja uma pessoa desesperada, fugindo de um psicopata armado. O vendedor esconde essa pessoa atrás do balcão, instantes antes de o próprio psicopata entrar na loja, inquirindo sobre o paradeiro da fugitiva. Nessa situação, caso exista uma regra moral do tipo “mentir é errado”, plausivelmente a regra é motivada por razões do tipo “se todos mentirem, a vida social se torna impossível” e “se todos mentirem, não saberemos mais o que é a realidade”. Plausivelmente também essas razões continuam se aplicando ao caso, mas outras razões também se aplicam, como “nunca use outras pessoas como meios para sua própria tranquilidade ou segurança”. Há no caso concreto um conflito entre essas razões, e é esse conflito que torna possível haver exceções à regra, como “mentir para salvar uma vida não é condenável”. Nas palavras do próprio autor, “[d]e fato, exceções às regras existem precisamente porque razões conflitam” (RAZ, 1990, p. 187).

Segundo Raz, regras mandatórias são um modo comum de manifestação de razões exclusionárias na vida cotidiana das pessoas. No entanto, trata-se de uma teoria que apresenta dificuldades. Como regras são razões protegidas, que nada mais são senão uma combinação de uma razão de primeira ordem com uma razão exclusionária, podemos ter – e de fato é comum no dia-a-dia – a situação na qual seguir uma determinada regra vai contra as razões que fundamentam a própria regra, mas como ela possui um carácter exclusionário *qua* regra, ela demanda que se aja *contra* as razões mesmo assim. Por outro lado, no caso de ação conforme uma razão protegida que está *também* de acordo com o balanço de razões de primeira ordem, não havia *a priori* necessidade para essa regra, ela seria redundante no raciocínio prático. Desse modo, ou regras são injustificadas ou são redundantes. No próprio *Practical Reason and Norms*, Raz ensaia sua resposta a esse dilema:

⁹⁷ Um questionamento possível, que analisarei no próximo capítulo, é se regras conseguem entregar o que prometem em sua formulação raziana. Por exemplo, se regras apresentam razões exclusionárias, e esse tipo de razão exclui deliberação e ação com base em razões outras, é evidente que a explicação raziana seria falsa, uma vez que não é possível impedir a deliberação individual do agente com base na intenção do emissor da regra apenas. Se a razão exclusionária excluir apenas a ação com base em razões contrárias à regra, mas não a deliberação, por que o agente deveria seguir uma regra em relação a qual sua deliberação se coloca contra?

⁹⁸ Este ponto será analisado em detalhe no próximo capítulo.

Alguém escapa do dilema nos casos nos quais conformidade com as razões subjacentes é melhorada (*improved*) se alguém não tentar respeitá-las [diretamente]. Nesses casos, conformidade com as razões subjacentes é assegurada pelo respeito (*complying*) à regra, ou melhor dizendo, um melhor nível de conformidade do que o que seria atingido de outra forma. Isso pode justificar respeitar a regra mesmo quando ela requer uma ação que suas razões subjacentes não requerem. Esse respeito [à regra] pode ser a melhor forma de se maximizar conformidade com as razões subjacentes. A razão para não respeitar outra razão é uma razão exclusionária. Como regras só podem funcionar como regras se alguém as toma como razões para agir e evita agir com base nas razões subjacentes, todas as regras são razões exclusionárias (RAZ, 1990, p. 194).

Nessa resposta, a distinção entre conformidade e respeito desempenha um papel fundamental, porque possibilita a Raz sustentar que é justificável ou racional agir com base em regras, mesmo contra o que seria recomendado pelas razões que fundamentam a própria regra. A resposta a esse dilema será mais clara em nossa análise sobre a concepção raziana de autoridade.

4 – A Teoria da Autoridade de Joseph Raz

Joseph Raz se tornou famoso por sua teoria da autoridade, que foi desenvolvida ao longo de toda a sua obra. No entanto, os argumentos foram sofrendo alterações com o tempo⁹⁹. Em *The Authority of Law* Raz está preocupado em demonstrar como o conceito de autoridade não está em contradição com a ideia de racionalidade, e então como o conceito de direito se relaciona com a autoridade. Em *The Morality of Freedom* a preocupação é com a elaboração de uma teoria normativa capaz de explicar que razões temos para obedecer a autoridade legítima. Buscarei apresentar da forma mais consistente possível a teoria raziana da autoridade. Para isso, irei iniciar com a análise das ideias apresentadas em *The Authority of Law*.

É importante destacar, de início, a diferença entre autoridade *de facto* (efetiva) e autoridade *de jure* (legítima, ou de direito). Autoridade *de facto* significa, em princípio, ter

⁹⁹ Margaret Martin (2014) busca mostrar como as sucessivas alterações no pensamento raziano o tornaram extremamente contraditório. No quarto capítulo da presente dissertação analisarei alguns de seus argumentos.

alguma forma de poder “bruto”, ser capaz de alterar o futuro das pessoas e tomar decisões que vinculam os demais (RAZ, 1979b, p. 7-8). No entanto, o fato de alguém ter poder no mundo não significa que esse alguém é uma autoridade. O velho exemplo do assaltante armado ilustra isso, pois o assaltante tem poder sobre mim, mas certamente não tem autoridade. Isso significa que a autoridade *de facto*, para realmente ser autoridade, precisa de alguma relação com a legitimidade. Essa relação decorrerá de a autoridade *de facto* afirmar possuir legitimidade ou de as pessoas sujeitas a ela acreditarem que ela é uma autoridade legítima (RAZ, 1979b, p. 9). Em outras palavras, a própria autoridade *de facto*, para fazer sentido, demanda alguma relação com a ideia de autoridade legítima, caso contrário será como a situação do assaltante. Nas palavras de Raz:

Dizer que um governo é um governo [autoridade] *de facto* é admitir que a afirmação *de jure* do governo é reconhecida por um número suficiente de pessoas poderosas para garantir controle em determinada área. Uma pessoa tem autoridade efetiva ou *de facto* apenas se as pessoas sobre as quais a autoridade é exercida a reconhecem como autoridade legítima (RAZ, 1979c, p. 28)¹⁰⁰.

Autoridade legítima, independentemente da forma como pensamos legitimidade, em princípio significa que aqueles sujeitos à autoridade tem uma obrigação de obedecê-la que não decorre simplesmente de razões prudenciais, ou seja, não se deve obedecê-la unicamente porque ela é capaz de punir a desobediência, porque isso seria a própria negação da autoridade legítima. Essa situação dá origem aos paradoxos da autoridade. Raz diz que existem várias fórmulas de se elaborar tais paradoxos, mas que essencialmente consistem na incapacidade de se conciliar autoridade com racionalidade (RAZ, 1979b, p. 3).

Para efeitos de simplificação, vou me referir aos paradoxos meramente como paradoxo da racionalidade. Esse paradoxo existe porque a racionalidade demanda que sigamos o balanço de razões para agir que temos. Ser racional significa ser capaz de conduzir e avaliar minha ação com base em razões, dessa forma se o balanço de razões aponta para um determinado curso de ação e faço o oposto, incorro em irracionalidade. Por outro lado, é da natureza da própria ideia de autoridade que ela demande submissão mesmo quando aquele que lhe é sujeito reconhece que a autoridade está equivocada no balanço de razões. A ordem que Jeremy recebeu é ilustrativa¹⁰¹. Jeremy pode considerar a ordem equivocada tendo em vista o balanço das razões que se aplicavam ao caso, no entanto, é da natureza do comando

¹⁰⁰ Ver também Raz (2009f, p. 128).

¹⁰¹ Ver também: “The subjects accept that someone has authority over them only if their willingness to do his bidding is not conditional on their agreement on the merits of performing the actions required by the authority” (RAZ, 1986a, p. 40).

emitido por uma autoridade que ele deva ser seguido apesar de errado. É possível variar o mesmo problema a partir de um ponto de vista moral. Ser um agente moralmente autônomo significa agir a partir dos próprios juízos morais, no entanto a autoridade demanda justamente que se aja contra a própria consciência. Isso significa que por definição toda autoridade é imoral porque tem potencial para tolher a autonomia moral do indivíduo (RAZ, 1979b, p. 3). O desafio que o paradoxo coloca é a própria possibilidade de se elaborar uma defesa racional da ideia de autoridade legítima, uma vez que ao menos à primeira vista é da própria essência do referido conceito que haja incompatibilidade com as ideias de racionalidade e moralidade (RAZ, 1979b, p. 4). Em caso de fracasso no desafio evidentemente autoridades *de facto* continuariam existindo, mas não seria possível distingui-las de mero uso da força.

O objetivo de Raz é tentar demonstrar que o paradoxo é falso (RAZ, 1979b, p. 5)¹⁰². Para fazer isso, Raz busca analisar a forma como o conceito de autoridade atua em nosso mundo de razões. O primeiro passo nessa estratégia é perceber como diretivas dotadas de autoridade não são razões absolutas, ou seja, não são razões que *sempre* triunfam sobre quaisquer outras considerações em qualquer situação. Esse ponto é importante porque enfraquece o paradoxo. Praticamente ninguém reputa a autoridade esse tipo de poder. Tentar explicá-la por meio de capacidade de emitir diretivas que funcionam como razões absolutas é imputar algo irreal ao conceito de autoridade (RAZ, 1979b, p. 13). Nenhuma autoridade seria legítima, e praticamente todas as autoridades que reconhecemos no mundo não seriam realmente autoridades. Isso tornaria o conceito irrelevante para a compreensão que fazemos do mundo ao nosso redor.

O segundo passo é perceber as diferenças existentes entre emitir uma ordem, um pedido e um conselho. Raz argumenta que existe uma diferença importante na intencionalidade do emissor por trás de cada um desses enunciados (RAZ, 1979b, p. 13). Quando aconselhamos alguém nós buscamos influenciar o balanço de razões do aconselhado. Trata-se de uma razão para acreditar adicional fornecida: o conselho que uma mãe dá ao filho de levar uma blusa ao sair porque pode esfriar funciona dessa forma. Adiciona-se uma razão para acreditar que determinada situação normativa ou fática é correta, verdadeira ou justificada (RAZ, 1979b, p. 14).

Pedidos, por sua vez, são razões para ação adicionadas ao balanço de razões do requerido. Eis o exemplo que Raz fornece para ilustrar o funcionamento de pedidos,

¹⁰² Ver também Raz (1995c, p. 212-213).

ligeiramente adaptado: quando M convida D para ir a uma festa com ela, usualmente o que ocorre é um pedido. Se D responde que não pode ir, o que ocorreu em termos de razões para agir foi que D adicionou o pedido ao seu balanço de razões para ir à festa, e concluiu que as razões para não ir eram mais relevantes apesar disso. M poderá ficar chateada com a resposta, mas não é possível dizer que D não considerou o pedido dela (RAZ, 1979b, p. 14). A diferença entre conselhos e pedidos ajuda a perceber a diferença entre razões para acreditar e razões para agir¹⁰³. A intenção do conselho é que ele seja tomado como uma razão para acreditar que aquilo dito pelo conselheiro é verdadeiro ou correto, por outro lado a intenção do pedido é que alguém aja de acordo com o requisitado¹⁰⁴.

Ordens são facilmente contrastáveis com pedidos. A intenção de uma ordem é que ela seja cumprida independentemente das razões que se aplicavam ao sujeito que a recebeu. A ordem não tem a estrutura de uma razão de bastante peso a ser adicionado ao balanço das demais razões. Ordens fornecem razões de tipo diferente: são razões protegidas, ou seja, uma combinação de uma razão de primeira ordem para agir de uma determinada forma com uma razão exclusionária de segunda ordem para não agir com base em outras razões (RAZ, 1979b, p. 22). Para Raz a diferença de ordens em relação a pedidos é qualitativa e não meramente quantitativa.

Duas considerações são pertinentes nesse ponto, baseadas em nossa discussão sobre razões exclusionárias. Em primeiro lugar, para que um enunciado seja uma ordem é necessário que ele exclua (por conter uma razão exclusionária) pelo menos os desejos momentâneos do receptor (que consistem em razões para agir excluídas pela ordem), sendo que nesse caso teríamos uma ordem bastante circunscrita, como na situação de uma mãe proibir o filho pequeno de comer muito açúcar no jantar de sábado. Em segundo lugar, isso não significa que em todos os casos nunca possam surgir razões tais que sejam capazes de justificar a desobediência. A ordem da mãe para não abrir a porta da casa a estranhos não se aplica ao bombeiro que deseja entrar para apagar um incêndio. Nessa situação, falar que a criança que abre a porta obedece ou desobedece à ordem não tem sentido, porque não é da intencionalidade da mãe que a ordem seja cumprida nesse caso. Há uma justificativa externa que não estava incluída no *escopo* das exclusões promovidas pela razão protegida (RAZ,

¹⁰³ Existe uma ampla literatura sobre as diferenças entre razões para acreditar e razões para agir. Aqui estou me baseando na discussão feita na seção anterior do presente capítulo.

¹⁰⁴ Ver também Raz (1986a, p. 36-37).

1979b, p. 23-24)¹⁰⁵. Voltaremos no capítulo seguinte a discutir o escopo das diretivas da autoridade, e será em cima desse ponto que criticarei Raz.

O ponto de Raz é que autoridades funcionam por meio da emissão de ordens que são constituídas por razões protegidas. Autoridades, diz o autor, demandam que se aja com base nas ordens dadas e não no julgamento pessoal sobre os méritos dessas ordens (RAZ, 1979b, p. 26). Voltemos ao paradoxo da racionalidade. Ele é dissolvido quando percebemos que a autoridade, ao emitir ordens que contém razões exclusionárias, não força o indivíduo a agir irracionalmente ao não levar em conta o balanço de razões. O fato de haver diferentes tipos de razões implica que ser racional não consiste meramente em levar em conta as razões de primeira ordem, é necessário que se leve em conta as razões sobre razões que podem excluir o balanço de razões original (RAZ, 1979b, p. 26-27). O indivíduo se submete à autoridade e a reconhece como legítima quando reconhece as diretivas como contendo razões exclusionárias e age as levando em consideração. Dessa forma, a autoridade legítima tem sua racionalidade explicada de forma a não incorrer no paradoxo¹⁰⁶.

É importante perceber o que Raz não explicou até aqui. Ele demonstrou a forma como autoridades legítimas não são irracionais, mas não explicou quais as condições de legitimidade de uma autoridade. Nas palavras do autor:

A questão da legitimidade da autoridade assume a forma que sempre deveria ter: um exame dos fundamentos que justificam em certas circunstâncias tratar enunciados de determinadas pessoas como razões exclusionárias. Não há um atalho que fará essa investigação redundante ao demonstrar que o próprio conceito de autoridade legítima é incompatível com nossa noção de racionalidade ou moralidade (RAZ, 1979b, p. 27)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Nas palavras de Raz: “That is the explanation of the fact that it is more presumptuous to order than to request. If you request you submit yourself to the addressee’s judgment on the balance of reasons, while at the same time trying to add a reason on one side of that balance. But one who commands is not merely trying to change the balance by adding a reason for the action. He is also trying to create a situation in which the addressee will do wrong to act on the balance of reasons. He is replacing his authority for the addressee’s judgment on the balance” (RAZ, 1979b, p. 24).

¹⁰⁶ Em *The Morality of Freedom* esse ponto é retomado: “If another’s reasoning is usually better than mine, then comparing on each occasion our two sets of arguments may help me detect my mistake and mend my reasoning. It may help me more indirectly by alerting me to the fact that I may be wrong, and forcing me to reason again to double check my conclusion. But if neither is sufficient to bring my performance up to the level of the other person then my optimistic course is to give his decision pre-emptive force. So long as this is done where improving the outcome is more important than deciding for oneself this acceptance of authority, far from being either irrational or an abdication of moral responsibility, is in fact the most rational course and the right way to discharge one’s responsibilities” (RAZ, 1986a, p. 69). Ver também Raz (1995f, p. 357-360) e (2009f, p. 140).

¹⁰⁷ Ver também: “(...) 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” (RAZ, 1986a, p. 40).

É sobre essas questões relativas à legitimidade que agora pretendo dirigir a atenção. Em seu *The Morality of Freedom* (1986a), Raz apresenta duas concepções de autoridade legítima que entende refutáveis antes de apresentar a sua própria, a saber, a concepção da autoridade como serviço (*service conception*). São concepções que buscam estabelecer as condições para o exercício legítimo de autoridade. Como, para Raz, os erros presentes nessas duas concepções são instrutivos para percebermos características importantes das autoridades, irei retomá-las brevemente. A primeira dessas concepções é a autoridade como reconhecimento (*recognition conception*), que vê diretivas dotadas de autoridade como razões para acreditar (e não para agir) e a segunda é a concepção inspiracional (*inspirational conception*), que enxerga tais diretivas como razões para agir com uma origem especial.

A concepção da autoridade como reconhecimento preconiza que “aceitar uma diretiva como dotada de autoridade significa ver nela uma razão para acreditar que exista uma razão para agir de acordo com o informado por essa diretiva” (RAZ, 1986a, p. 29). Isso significa dizer que diretivas dotadas de autoridade não modificam o balanço das razões que se aplicam ao indivíduo, mas apenas fornecem informações sobre esse balanço, cuja existência independe da diretiva. O exemplo de Raz ajuda a esclarecer o que isso significa: um Parlamento, cuja autoridade nós reconhecemos, emite uma lei que regula contratos. Essa lei não é ela mesma uma *razão para fazer* tais contratos segundo a regulação, mas *uma razão para acreditar que há boas razões* para fazer os contratos de acordo com as disposições legais (RAZ, 1986a, p. 29)¹⁰⁸. Essa concepção parece contraintuitiva, mas apresenta algumas características importantes. Em primeiro lugar, ela responde bem ao paradoxo da racionalidade. Ao postular que diretivas dotadas de autoridade são razões para acreditar, a ideia de obediência cega devido às razões para agir não se aplica. Em segundo lugar, essa concepção tem uma explicação satisfatória para a forma como a autoridade influencia o raciocínio prático dos indivíduos, ao tratar autoridades práticas como um tipo especial de autoridade teórica (RAZ, 1986a, p. 30).

A concepção da autoridade como reconhecimento é falha por endossar aquilo que Raz chama de tese da indiferença (*no-difference thesis*), segundo a qual a autoridade não interfere nas razões para agir dos indivíduos. A tese da indiferença não consegue explicar três aspectos centrais da autoridade, nos quais ela faz diferença nas razões para agir. O primeiro destes aspectos é visível no caso de haver duas opções igualmente razoáveis para o indivíduo, mas o

¹⁰⁸ Raz resume esse ponto ao dizer que “The authoritative utterances of practical authorities are reasons to believe that one ought to do that which the utterance says one is to do” (RAZ, 1986a, p. 30).

fato de a autoridade decidir por uma delas exclui a outra. Raz nos dá o exemplo da regulamentação da forma de pagamento de impostos. O modelo mensal e o modelo quadrimestral são ambos razoáveis, mas caso a autoridade opte pelo mensal, isso veta a opção pela alternativa (RAZ, 1986a, p. 48-49). Em segundo lugar, problemas de coordenação em uma determinada sociedade demandam uma diretriz dotada de autoridade capaz de organizar a ação dos indivíduos. Em situações assim, a diretiva fornece uma razão para agir do modo determinado pela autoridade, e isso interfere no raciocínio prático (RAZ, 1986a, p. 49-50)¹⁰⁹. Finalmente, em dilemas de prisioneiro (*prisoner's dilemmas*), por serem situações nas quais indivíduos possuem razões para mudar a situação, mas são incapazes de fazê-lo, autoridades são capazes de fazer uma diferença prática ao emitir diretivas (RAZ, 1986a, p. 50-51). Essas três situações demonstram claramente que diretivas dotadas de autoridade são capazes de interferir diretamente no balanço de razões que se aplicam ao indivíduo, inviabilizando assim o modelo de autoridade como reconhecimento. Em síntese, diretivas dotadas de autoridade não podem ser tratadas como razões para acreditar.

A segunda concepção é a da autoridade inspiracional. Aqui, autoridade legítima decorre do reconhecimento de uma natureza especial da instituição ou pessoa que justifica a posse de autoridade (RAZ, 1986a, p. 32). Raz tenta explicar esse tipo de autoridade através da analogia com relações afetivas pessoais. Nessas relações, pode acontecer de alguém começar a desejar algo – com esse algo sendo um fim em si – porque esse alguém sabe que ter esse desejo irá agradar a pessoa amada. Eu posso começar a praticar exercícios físicos meramente para agradar minha família, mas eu posso também, e esse é o caso que Raz chama a atenção, a praticar exercícios físicos com isso sendo um fim em si¹¹⁰ e é *isso* que agrada meus parentes¹¹¹. A analogia tenta explicar como funciona a autoridade em duas situações, a saber, a autoridade de um líder carismático e a autoridade dos pais.

No caso do líder carismático, a ideia de autoridade inspiracional significa que seus seguidores desejam obedecer a suas ordens por causa de seu caráter excepcional, há um reconhecimento de uma natureza especial desse líder. No caso da autoridade dos pais, a

¹⁰⁹ Raz não nega que convenções que resolvem problemas de coordenação sejam razões para agir independentes da autoridade. O ponto de Raz é simplesmente que a autoridade pode criar uma diretiva que exerce esse papel e se torna ela mesma a fundamentação de uma convenção. Nas palavras do autor: “The authority took the action in order to help generate a convention” (RAZ, 1986a, p. 50).

¹¹⁰ Ou seja, não estaria praticando para agradá-los.

¹¹¹ Nas palavras do autor: “I am referring to a much rarer phenomenon existing paradigmatically in loving relations, and not very frequently even there, in which one comes to desire something for its own sake because one knows that this will please the loved one” (RAZ, 1986a, p. 32).

capacidade explicativa da concepção inspiracional parece plena, como o exemplo acima demonstra (RAZ, 1986a, p. 33-34). No entanto, a concepção falha em ambos os casos. Para o líder carismático, ela falha de duas formas: (1) ao explicar sua legitimidade, uma vez que as atitudes dos seguidores em relação a seu líder, na política, não devem ser baseadas em amor; e (2) a concepção inspiracional explica um elemento importante do funcionamento da liderança carismática, mas não explica *porque ela é uma autoridade*. Essa segunda falha é a mesma que ocorre com a autoridade familiar nessa concepção: pais usualmente amam tanto a seus filhos quanto filhos amam seus pais, mas isso não basta para falar que os filhos tem autoridade sobre seus progenitores (RAZ, 1986a, p. 34-35). O reconhecimento de um sentimento afetivo forte, portanto, não é fundamento para autoridade legítima.

Antes de avançarmos para a teoria da autoridade que Raz defenderá, acredito ser útil uma breve recapitulação. Até o momento, estabelecemos que o exame do conceito de autoridade é sobre a autoridade legítima, e não da mera autoridade *de facto*, porque esta pressupõe aquela. Estabelecemos também que o modo de funcionamento de autoridades legítimas é por meio de razões protegidas, que por possuírem caráter exclusionário, não comprometem o caráter racional da obediência à autoridade e por isso o paradoxo foi desfeito. Finalmente, analisamos duas tentativas de se explicar a legitimidade da autoridade, as concepções de reconhecimento e inspiracional, que foram incapazes de explicar elementos importantes. As implicações do que Raz construiu até esse ponto são evidentes em seu clássico exemplo da arbitragem, a partir do qual elaborarei a sua teoria da autoridade:

Considere o caso de duas pessoas que levam uma disputa para um árbitro. Ele tem autoridade para resolver a disputa, porque as pessoas concordaram em obedecer a decisão. Duas características se destacam. *Primeiro, a decisão do árbitro é para os litigantes uma razão para agir*. Eles devem fazer o que ele diz porque ele diz. No entanto essa razão é relacionada às outras razões que se aplicam ao caso. Não é como (...) qualquer outra razão a ser adicionada às demais, uma razão que fica junto às demais quando um indivíduo reflete qual solução é melhor fundamentada pela razão. *A decisão do árbitro deve ser baseada nessas outras razões, deve sintetiza-las e refletir seu resultado. Para facilidade de referência irei chamar ambas as razões desse tipo e as razões que elas deveriam refletir de razões dependentes (...). Note que uma razão dependente não é uma que de fato reflete o balanço de razões na qual depende: é uma [razão] que deveria fazê-lo.*¹¹²

Isso leva diretamente à segunda característica distintiva do exemplo. *A decisão do árbitro também deve substituir (replace) as razões das quais depende. Ao concordar em obedecer a decisão os litigantes*

¹¹² No quarto capítulo, apresentarei os problemas que surgem com a analogia do árbitro.

concordaram em seguir seu julgamento sobre o balanço das razões em vez do próprio (...). Isso significa que a causa original da ação não pode mais ser utilizada para qualquer propósito. Eu vou chamar uma razão que substitui outras [como no caso é a decisão do árbitro] de uma razão preemptiva (RAZ, 1986a, p. 41-42, destaques meus)

Desse exemplo, três inferências podem ser feitas. Primeiramente, como a decisão do árbitro é baseada em um determinado conjunto de razões, os litigantes não podem mais recorrer a essas mesmas razões após a decisão, caso contrário o próprio sentido de se realizar uma arbitragem seria perdido. Disso decorre que a autoridade do árbitro deve ser tratada como uma razão para ação que substitui as razões a partir das quais ele decidiu (uma razão exclusionária). Este ponto foi tornado claro quando discutimos o paradoxo da racionalidade. Em segundo lugar, agir a partir da decisão do árbitro não significa que ele está isento de críticas. Os litigantes ainda podem criticá-lo com base em quaisquer razões que tiverem, mesmo aquelas o árbitro usou para formular sua decisão. O que é vetado é o uso dessas razões para fundamentar uma *ação* contrária à decisão. Em terceiro lugar, a decisão é uma razão conclusiva, mas não uma razão absoluta. A decisão é passível de revisão ou anulação em determinadas circunstâncias, como no caso de incompetência muito grande ou embriaguez do árbitro. Essas situações apresentam razões que estão fora do escopo da exclusão da razão exclusionária, capazes por isso de conflitar com ela (RAZ, 1986a, p. 42).

Essas três inferências são sintetizadas na *tese da preempção (pre-emption thesis)*, segundo a qual “o fato de uma autoridade requerer a execução de uma ação é uma razão para sua execução que não deve ser adicionada a todas as outras razões relevantes para se decidir o que fazer, mas deve excluir e tomar o lugar de algumas delas” (RAZ, 1986a, p. 46)¹¹³. Essa tese explica o funcionamento da autoridade a partir da emissão de razões preemptivas ou exclusionárias, conforme o explicado na seção 3 do presente capítulo. A decisão do árbitro opera em um nível diferente, excluindo e tomando o lugar daquelas razões mesmas que fundamentariam a decisão. Em minha leitura, a tese da preempção é analítica, no sentido estrito de buscar explicar a gramática da autoridade. A referida tese também sistematiza a discussão promovida no primeiro capítulo de *The Authority of Law*¹¹⁴. A ideia de razão preemptiva, em princípio, é a mesma de uma razão protegida, sendo que o componente distintivo de ambas é a razão exclusionária para não agir com base em determinadas razões.

¹¹³ Ver também Raz (2009b, p. 7-8; 2009f, p. 140).

¹¹⁴ É importante notar que a tese da preempção ganha uma qualificação importante em escritos posteriores, para Raz decorrente da própria natureza das diretivas dotadas de autoridade. A preempção se aplicaria apenas às razões que conflitam com a diretiva. Sobre isso ver Raz (2009f, p. 144). Voltarei a esse ponto no capítulo 03.

A tese da preempção necessita de uma tese anterior que explique quais razões serão excluídas. Para Raz, isso é definido pela *tese da dependência* (*dependence thesis*): “todas as diretivas dotadas de autoridade devem ser baseadas em razões que já se aplicavam independentemente aos sujeitos (subjects) das diretivas e são relevantes para a ação nas circunstâncias abrangidas pela diretiva” (RAZ, 1986a, p. 47). Em outras palavras, todas as diretivas dotadas de autoridade *devem* ter fundamentação nas razões que já se aplicavam anteriormente ao indivíduo ao qual elas se dirigem. A tese da dependência é uma tese moral, porque explica a forma por meio da qual as autoridades devem exercer suas atribuições (RAZ, 1986a, p. 53).

Voltemos ao exemplo do árbitro. Vamos supor que a disputa seja entre os litigantes A e B sobre os limites de propriedade de cada um. Os litigantes debatem entre si tendo como plano de fundo uma série de razões, que designarei pelo conjunto [x,y,z]. Ao nomearem um árbitro para resolver o problema, ele deve responder a pergunta sobre os limites de propriedade a partir desse conjunto [x,y,z], daí a tese da dependência. A decisão cobrirá essas razões com seu caráter exclusionário, impedindo que os litigantes apelem a elas novamente na hora de decidir como agir, daí a tese da preempção. Evidentemente, um dos litigantes pode agir como bem entender e não levar a decisão da arbitragem em consideração, mas nesse caso percebemos claramente que ele violou seus deveres e agiu ou de má-fé ou de maneira irracional¹¹⁵.

Nesse ponto precisamos apontar uma série de considerações feitas por Raz, para a devida compreensão de seu argumento. Em primeiro lugar, as teses da preempção e dependência explicam como a autoridade legítima deve funcionar, não necessariamente como as autoridades no mundo real estão atuando. Autoridades ilegítimas não se enquadram nas hipóteses dessas teses. Há aqui, novamente, um ponto metodológico importante na teoria da autoridade de Raz: ele está preocupado em compreender o fenômeno da autoridade a partir de seu funcionamento ideal (RAZ, 1986a, p. 47).

Em segundo lugar, a tese da preempção – por ser o modo de funcionamento de diretivas dotadas de autoridade – faz com que não necessariamente uma diretiva precise

¹¹⁵ Sobre isso, ver Raz (1986a, p. 42): “The two features, dependence and pre-emptiveness, are intimately connected. Because the arbitrator is meant to decide on the basis of certain reasons, the disputants are excluded from later relying on them. They handed over to him the task of evaluating those reasons. If they do not then deny them as possible bases for their own action they defeat the very point and purpose of the arbitration. The only proper way to acknowledge the arbitrator's authority is to take it to be a reason for action which replaces the reasons on the basis of which he was meant to decide”.

refletir corretamente as razões dependentes¹¹⁶ para ser vinculante (RAZ, 1986a, p. 47-48). Isso se torna claro a partir da distinção entre erros graves e erros evidentes. A depender do caso, um erro muito pequeno pode ser facilmente perceptível e um erro grande, difícil de ser percebido. O ponto é que a mera gravidade do erro não bastaria para afastar a preempção, uma vez que o erro pode ser muito difícil de notar. No entanto, certos erros são extremamente evidentes e nestes casos seria possível afastar o caráter exclusionário de uma diretiva. É nessa situação que se enquadram erros jurisdicionais (*jurisdictional mistakes*). Erros jurisdicionais são equívocos que extrapolam os limites do poder da autoridade, como no caso de o árbitro no exemplo decidir que A deve fazer trabalhos forçados nas terras de B. Erros desse tipo, segundo Raz, esvaziam a diretiva de poder normativo (RAZ, 1986a, p. 62)¹¹⁷.

Em terceiro lugar, é importante perceber uma distinção entre razões de um lado e interesses do indivíduo do outro. Raz chama a atenção para o fato de que as razões que se aplicam ao indivíduo não necessariamente correspondem aos interesses que ele pode ter. Esse último ponto é obscuro, uma vez que Raz não explica de maneira clara o que ele entende como “interesses”. O exemplo militar que ele fornece, de um general que prioriza a segurança nacional em detrimento dos interesses dos soldados e que por causa disso ordena que os soldados ajam contra seus interesses (mas com base em razões que também se aplicam aos soldados, no caso, priorizar a nação) sugere que interesses, para o autor, designam impulsos e vontades individuais e de caráter mais imediato (RAZ, 1986a, p. 48). Em todo caso, a distinção serve para Raz barrar a crítica de que a sua teoria explicaria a autoridade como agindo a partir das percepções e sentimentos imediatos dos indivíduos¹¹⁸.

Além dessas três considerações, uma quarta é digna de nota. Os exemplos até o momento são simplificadores no que não consideram peculiaridades que algumas autoridades podem possuir. Estados modernos, por exemplo, funcionam por meio de aparatos burocráticos, que por sua vez agem tendo em vista razões, restrições institucionais, que não se aplicam diretamente aos indivíduos sujeitos à autoridade. Raz faz uma ressalva importante na tese da dependência ao permitir que essas considerações burocráticas influenciem nas diretivas que a autoridade emite, desde que em geral tais considerações auxiliem a autoridade a melhor se conformar às razões dependentes. A tese da dependência não estabelece uma

¹¹⁶ Raz utiliza o termo “razões dependentes” tanto para designar a decisão tomada a partir das razões abrangidas pela tese da dependência quanto para designar essas próprias razões que estão por trás da decisão.

¹¹⁷ Conforme tentarei mostrar no quarto capítulo, o argumento de Raz sobre erros de jurisdição como erros evidentes me parece arbitrário.

¹¹⁸ Sobre desejos e interesses ver também Raz (1990, p. 34).

relação exclusiva entre diretivas dotadas de autoridade e razões dependentes, uma vez que certas razões externas à relação de dependência, ao influenciarem a promulgação das diretivas, podem auxiliar a autoridade a tomar melhores decisões de acordo com a própria tese da dependência na maioria dos casos (RAZ, 1986a, p. 51-52).

A tese da dependência é relacionada com a *tese da justificação normal* (*normal justification thesis*). Enquanto a tese da dependência é um argumento moral sobre como as autoridades devem atuar, a tese da justificação normal é um argumento moral sobre as condições de legitimidade de uma autoridade (RAZ, 1986a, p. 53). Segundo Raz, essa tese consiste em afirmar que:

(...) a maneira normal de se estabelecer que uma pessoa tem autoridade sobre outra envolve demonstrar que o sujeito [à autoridade] mais provavelmente irá seguir as razões que se aplicam a ele (razões outras além das diretivas que aspiram ser dotadas de autoridade) se ele aceitar as diretivas da aspirante à autoridade como vinculantes e tentar segui-las, em vez de tentar seguir as razões que se aplicam a ele diretamente (RAZ, 1986a, p. 53)¹¹⁹.

A relação entre a tese da dependência e a tese da justificação normal é de reforço mútuo. A tese da dependência estabelece que uma autoridade deve agir com base nas razões que já se aplicavam ao indivíduo, enquanto a tese da justificação normal afirma que a autoridade será legítima se auxiliar o indivíduo a seguir as razões que já se aplicavam a ele (RAZ, 1986a, p. 55). Combinadas as três teses (preempção, dependência e justificação normal), Raz apresenta a *tese da autoridade como serviço* (*service conception of authority*). Essa tese composta afirma que a autoridade presta um serviço aos indivíduos ao facilitar que eles ajam conforme as razões que se aplicam a eles (RAZ, 1986a, p. 55-56)¹²⁰. A tese da autoridade como serviço consiste em um argumento normativo sobre a legitimidade e os limites da atuação da autoridade (RAZ, 1986a, p. 63)¹²¹. O autor faz uma síntese da relação entre as teses da seguinte forma:

¹¹⁹ Ver também Raz (2009e, p. 104).

¹²⁰ O autor resume as três teses em (1995c, p. 214).

¹²¹ Ver também Raz (2009f, p. 136-137). Neste artigo é importante perceber que o que Raz chama de condição de independência (*Independence condition*) não é a mesma coisa que tese da dependência. Vale conferir a citação (rodapé omitido): “The suggestion of the service conception is that the moral question is answered when two conditions are met, and regarding matters with respect to which they are met: First, that the subject would better conform to reasons that apply to him anyway (that is, to reasons other than the directives of the authority) if he intends to be guided by the authority’s directives than if he does not (I will refer to it as the normal justification thesis or condition). Second, that the matters regarding which the first condition is met are such that with respect to them it is better to conform to reason than to decide for oneself, unaided by authority (I will refer to it as the independence condition)”.

A força preemptiva da autoridade é parte de sua natureza. Ela [autoridade] não pode ser bem sucedida enquanto tal (e.g. em melhorar nossa conformidade com a razão) se ela não excluir (*pre-empt*) as razões de fundo. A função das autoridades é melhorar nossa conformidade com essas razões de fundo [tese da justificação normal] ao nos fazer tentar seguir suas instruções em vez das próprias razões de fundo. Autoridades não podem fazer isso sem ao menos a possibilidade de suas diretivas em certos casos nos levarem a agir de forma diferente do que teríamos feito sem elas (RAZ, 2009f, p. 141).

A tese da autoridade como serviço estabelece o caso central de autoridade para Raz, uma vez que a justificação normal é uma proposta normativa para a legitimidade da autoridade em geral. No entanto, da tese da justificação normal decorre que a autoridade do governo (Raz utiliza Estado e governo como sinônimos) varia de pessoa para pessoa, porque o auxílio que as diretivas dotadas de autoridade prestam para a ação em conformidade com as razões difere a depender das capacidades morais, cognitivas e sociais dos indivíduos. Por exemplo, um farmacêutico especialista não é sujeito à autoridade estatal no que diz respeito à segurança de determinados medicamentos. (RAZ, 1986a, p. 74)¹²². A consequência é que pela tese da justificação normal a autoridade dos governos seria menor do que afirma ser e não conseguiria cobrir boa parte dos *experts* nas diretivas relacionadas às respectivas áreas de expertise.

Raz apresenta diversas formas de se aumentar o alcance da autoridade política. Em *The Morality of Freedom*, ele se refere a elas como complementos para a tese da justificação normal (RAZ, 1986a, p. 70). Minha interpretação é que ao menos duas dessas formas são na verdade aplicações mais concretas da autoridade como serviço, de modo que a tese raziana é mais abrangente do que o autor dá a entender. A primeira dessas formas consiste naquilo que o autor chama de consentimento não instrumental (*noninstrumental consent*)¹²³. Trata-se de um caso particular de consentimento, sendo este entendido como a faculdade de alterar a situação normativa daquele que consente (RAZ, 1986a, p. 80). No consentimento não instrumental, o indivíduo expressa a sua identificação com uma determinada sociedade ao aquiescer com suas leis e instituições. O sentimento de pertencimento a uma comunidade faz

¹²² Ver também Raz (1986a, p. 78): “We are forced to conclude that while the main argument does confer qualified and partial authority on just governments it invariably fails to justify the claims to authority which these governments make for themselves. The people over whom governments have authority, the kind of considerations which their instructions pre-empt and the areas of activities over which they have authority are all, to the extent that they are determined by the normal justification thesis, less extensive than the claims made by governments and by the law.”

¹²³ Existe também uma discussão sobre consentimento instrumental, mas como Raz equipara esse consentimento à tese da justificação normal, não irei me ocupar dela aqui. Cf. Raz (1986a, p. 85-90).

com que para o indivíduo as autoridades nessa comunidade o vinculem também (RAZ, 1986a, p. 92-93)¹²⁴.

O ponto importante a ser percebido é que esse sentimento, que de fato expande o alcance da autoridade, é dependente da concepção da autoridade como serviço em dois níveis distintos. Em um primeiro nível, o sentimento de pertencimento à comunidade explica que se aceitem suas autoridades desde que seus próprios membros as aceitem. É necessário que a comunidade em questão reconheça suas autoridades como legítimas para que um indivíduo que almeje pertencer a essa comunidade tenha razões para se submeter a elas, e isso demanda as teses da justificação normal e da dependência. Exemplos na literatura de estrangeiros que ao se identificarem com um povo ou grupo que está em situação de rebelião ou desobediência civil pegam em armas contra o governo ilustram isso. O estrangeiro, ao sentir-se pertencente ao grupo, também passa a compartilhar de sua hostilidade contra as autoridades.

Em um segundo nível, no caso de um indivíduo que deseja fazer parte de uma comunidade com um governo razoavelmente justo, cujas autoridades são consideradas legítimas pela população e que por causa disso ele aceita tais autoridades, a tese da dependência está satisfeita porque o indivíduo tem razões que já se aplicavam a ele (e.g. a intenção de integrar aquela comunidade) que são capazes de basear as diretivas da autoridade. Por sua vez, a tese da justificação normal está satisfeita porque o indivíduo tem mais chances de conformar sua ação às razões se obedecer às diretivas, em vez de tentar decidir por conta própria o que fazer (RAZ, 1986a, p. 93-94).¹²⁵ Caso o português Martim almeje pertencer à comunidade guarani (razão), a decisão do cacique da tribo – para Martim – baseia-se ao menos parcialmente nessa razão, daí havendo o respeito à tese da dependência. Ao mesmo tempo, acatar a decisão é a melhor forma de conformar suas ações à razão que se aplica a ele, daí a tese da justificação normal. Martim poderia dizer algo como: “uma vez que desejo ser parte da tribo, reconhecer a autoridade do cacique é a melhor forma de fazê-lo”.

A segunda forma de complementar a justificação normal consiste na obrigação qualificada que os habitantes ou transeuntes em um Estado têm de respeitar sua autoridade. Essa obrigação qualificada ou parcial existe porque certas atividades só podem ser levadas a cabo por uma autoridade política reconhecida, como é o caso de soluções para problemas de coordenação em larga escala (e.g. a regulamentação econômica de uma sociedade). A

¹²⁴ Sobre isso, ver em geral Raz (1995f).

¹²⁵ Ver também Raz (2009e, p.106).

existência dessas atividades gera sobre os indivíduos uma obrigação de respeitar a autoridade estatal na medida necessária para que ela seja capaz de arcar com essas atribuições, reconhecidas como valiosas (RAZ, 1986a, p. 100)¹²⁶. Por exemplo, um economista brilhante não é capaz de coordenar sozinho a política econômica do país. Ele deve, portanto, reconhecer a autoridade de uma decisão estatal nessa área e tomá-la como uma razão exclusionária, ainda que a considere profundamente equivocada, e esse seu reconhecimento da autoridade será idêntico ao de um leigo na área. Elaborando um pouco mais o exemplo, se a decisão da autoridade fixar em 10% o valor máximo de juros a ser cobrado em empréstimos privados, o economista não poderia cobrar 12%, ainda que ache a medida oficial equivocada, porque ele deve reconhecer o Estado como única entidade capaz de regular a economia e respeitá-lo. O economista estaria em uma posição muito parecida com a do soldado Jeremy em nossos outros exemplos.

Aquiescer com a autoridade porque ela é capaz de resolver problemas de coordenação social em larga escala é uma forma de reconhecer a concepção da autoridade como serviço. Existem razões que levam os indivíduos a buscarem soluções para problemas desse tipo. A tese da dependência é respeitada quando temos uma autoridade que emite uma diretiva baseada em tais razões (POSTEMA, 2011, p. 368). De outro lado, reconhecer a autoridade para que ela resolva problemas de coordenação satisfaz a tese da justificação normal “porque (ou na medida em que) as pessoas que seguem a diretiva dotada de autoridade têm mais chances de promover esses valores, objetivos, ou interesses [ou seja, essas razões] do que teriam se tentassem seguir seus próprios julgamentos” (POSTEMA, 2011, p. 368, tradução minha).

Essas duas formas de justificação da autoridade, consentimento não instrumental e busca por soluções para problemas de coordenação, portanto, são explicáveis pela concepção da autoridade como serviço. A definição ampla de razões para agir como “considerações que contam em favor de uma determinada ação” (RAZ, 1990, p. 186) permite que contemos o sentimento de pertencimento a uma comunidade e os valores, objetivos e interesses na solução de um problema de coordenação como razões dependentes capazes de basear uma diretiva. A relação de reforço mútuo entre justificação normal e dependência faz o resto do trabalho: diretivas dependentes dessas razões são a melhor forma de o indivíduo adequar sua ação a essas mesmas razões, daí ser possível reconhecer a legitimidade da autoridade que as

¹²⁶ Raz discute este assunto também em (1995g).

emitiu. Por fim, a tese da preempção atua ao estabelecer que “[n]a medida em que autoridades legítimas têm poder sobre nós, a tese da preempção governa nossa atitude correta em relação a elas” (RAZ, 1986a, p. 67).

Existe uma vantagem na leitura desses complementos à concepção raziana como aplicações dessa mesma ideia. Apesar de fazer parecer mais artificial e contratuitiva, essa interpretação em princípio permite que a tese da justificação normal seja o caso central de legitimidade da autoridade, sem que haja o risco de Raz incorrer em arbitrariedade em suas definições. Caso consentimento e problemas de coordenação fossem argumentos autônomos, seria necessária mais teorização para explicar porque a tese da justificação normal teria preferência como caso central, e não essas outras hipóteses¹²⁷. Em todo caso, é importante frisar que Raz vê o consentimento como secundário na legitimação da autoridade. O autor argumenta que o consentimento é redundante na maioria dos casos, já que ele só tem valor moral se for concedido a alguma autoridade que já era legítima previamente ao consentimento, logo, ele não é capaz em si de conferir legitimidade à autoridade. Pode existir um valor expressivo no ato de consentimento, mas esse valor em si é incapaz de gerar legitimidade (1995f). No quarto capítulo da dissertação, voltarei à tese da justificação normal e tentarei demonstrar aquelas que em minha interpretação são as falhas do argumento raziano.

Podemos ver agora como a teoria da autoridade raziana permite ao autor uma resposta à segunda pergunta sobre juízos valorativos, relacionada à tese da justificação moral (*moral justification thesis*)¹²⁸. A justificação normal estabelece o caso legítimo de autoridade, no qual nós temos uma obrigação moral de obediência. Ela não é uma tese sobre como as autoridades “concretas” no mundo são, mas sim um argumento normativo sobre quais condições elas podem ser legítimas. Isso leva Margaret Martin a dizer que Raz adota uma metodologia focal ou ideal para a definição de seu conceito de autoridade (MARTIN, 2014, p. 75). A consequência disso é que os casos concretos de sistemas jurídicos no mundo podem falhar até mesmo completamente em sua dimensão normativa ou ideal. O direito seria moralmente justificado somente em seu caso focal, ou seja, quando respeita a justificação normal. Em outras palavras, não é necessário pressupor o direito como moralmente justificado para fazer sentido dele (RAZ, 2009e, p. 111-112).

¹²⁷ Raz fornece argumentos nesse sentido em (1995f; 1995g; 2009f).

¹²⁸ A pergunta era: “para poder compreender o direito adequadamente, o teórico do direito precisa afirmar que o direito é um fenômeno moralmente justificado?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha).

Temos, ao cabo dessa seção, uma sistematização de vários elementos do pensamento raziano que vão de sua teoria conceitual às implicações concretas de sua teoria da autoridade. A partir desses elementos, podemos reconstruir de forma consequente a teoria do direito de Raz.

5 – O positivismo jurídico raziano e a tese das fontes sociais

Voltemos à metodologia da teoria do direito para Raz. Na primeira seção deste capítulo vimos como o autor estabelece a análise do conceito como uma tentativa de apreender a natureza do direito. É da natureza do direito, nos diz Raz, que ele afirme possuir autoridade legítima (RAZ, 1979c, p. 30; 1995c, p. 215; 2009e, p. 111). Isso significa que para algum sistema de normas ser considerado direito, ele deve afirmar possuir tal autoridade, ainda que não a possua realmente. Postema sintetiza bem o ponto ao dizer que a afirmação da autoridade legítima do direito é “a fundação da teoria de Raz sobre a natureza do direito” (POSTEMA, 2011, p. 354, tradução minha). O direito pode falhar (às vezes de forma completa) em possuir autoridade legítima, e é por causa disso que a ideia de criticar o direito a partir de um ponto de vista moral faz sentido (RAZ, 2009e, p. 112-113). Além disso, o direito deve ser capaz de possuir autoridade *de facto*, caso contrário não faria sentido dizer que ele existe enquanto tal (RAZ, 1995c, p. 215). Basta comparar a afirmação de que existia direito na África do Sul na época do apartheid com a reivindicação feita por um filósofo de que ele possui a autoridade do direito. Nós percebemos claramente que para a reivindicação de autoridade legítima ser inteligível, ela deve ser feita por alguém capaz de exercê-la (RAZ, 1995c, p. 217). É por isso que a afirmação sobre o direito injusto na África do Sul faz sentido (existe direito, ainda que moralmente repugnante) e as pretensões à autoridade do filósofo não.

Podemos compreender rapidamente o que significa o direito afirmar possuir autoridade legítima:

Aceitação da autoridade precisa ser justificada, e isso normalmente significa cumprir as condições estabelecidas pela tese da justificação [normal]. Isso trás para a discussão as razões dependentes, porque apenas se a autoridade se reportar a elas de forma mais satisfatória do

que os sujeitos é que a reivindicação de autoridade legítima será justificada. No nível da justificação geral, as razões de fundo (pre-empted) têm um papel importante a cumprir. Mas uma vez que esse nível tenha sido ultrapassado e estamos preocupados com a ação particular, razões dependentes são substituídas por diretivas dotadas de autoridade (RAZ, 1995c, p. 215).

Do parágrafo acima, podemos ver claramente como as discussões de razão prática e autoridade são relacionadas à natureza do direito para Raz. A autoridade legítima do direito é conferida pelo atendimento às teses da justificação normal e da dependência, enquanto que o funcionamento das normas jurídicas é dado pela tese da preempção. De acordo com Postema, essa estrutura do argumento raziano o torna robusto tanto em conteúdo como em escopo. Em conteúdo porque a teoria da autoridade subjacente é normativa e gera obrigações morais para os cidadãos em obedecer ao direito, quando este se adequa à justificação normal. Em escopo por causa das peculiaridades institucionais do direito (POSTEMA, 2011, p. 355). Tanto o caráter robusto do conteúdo quanto o do escopo devem ser analisados, e iniciarei por este último.

Um dado sistema de normas, tendo em vista o que foi dito sobre sistemas institucionalizados, será um sistema jurídico (*legal system*) quando apresentar instituições adjudicativas (órgãos primários) que regularão disputas a partir das normas do sistema jurídico (agem com base nas razões exclusionárias mencionadas anteriormente). Raz afirma que o ponto de vista jurídico, daquele que está dentro do direito, serve como fundamento para a ação do indivíduo, ainda que tal ponto de vista seja parcial ou incapaz de fazer jus à complexidade dos fatos, porque o ponto de vista jurídico contém uma razão exclusionária que demanda que o indivíduo não aja a partir de razões externas ao direito (RAZ, 1990, p. 144). Até este ponto, alguém poderia dizer, quando um padre da Igreja Católica aponta o dedo para alguém que cometeu um pecado, temos um sistema institucionalizado de normas no exato sentido em que estamos falando: o padre integra um órgão primário que age a partir de razões exclusionárias integrantes do sistema institucionalizado. O papel das razões exclusionárias aqui é facilmente perceptível, porque o padre está “jogando o jogo” da Igreja Católica, ele tem razões para não tomar uma decisão com base em razões da doutrina budista, por exemplo.

Isso é verdade, no entanto, o caso do direito apresenta peculiaridades, daí a abrangência de escopo mencionada por Postema: em primeiro lugar, o sistema jurídico afirma possuir autoridade em relação a todas as demais relações e instituições sociais (RAZ, 1979d, p. 43). Nesse sentido, sistemas jurídicos são abrangentes (*comprehensive*), porque podem regular qualquer tipo de comportamento dos indivíduos, ainda que não necessariamente o

façam (RAZ, 1990, p. 150-151). Em segundo lugar, sistemas jurídicos também afirmam serem supremos (*supreme*), porque alegam autoridade para regular qualquer outro sistema institucionalizado (RAZ, 1990, p. 151). Esses elementos (Raz aponta o caráter aberto dos sistemas jurídicos¹²⁹ como outro elemento), no espírito da análise conceitual explicada acima, são essenciais ao conceito de direito.

Duas implicações nos interessam aqui. Em primeiro lugar, enquanto sistema institucionalizado, o direito possui limitações. Ele contém única e exclusivamente as normas relacionadas às suas instituições e seu funcionamento, ou seja, integram o direito apenas aquelas regras que apresentam a conexão institucional adequada. Em segundo lugar, o caráter institucional do direito significa que é impossível impor critérios morais para identificação do direito que sejam independentes das conexões institucionais. Isso é impossível, porque a identificação institucional de uma determinada regra como direito ocorre antes de sua avaliação moral. Inverter a sequência implicaria desnaturar o caráter institucional do direito (RAZ, 1979d, p. 44-45).

O caráter robusto no conteúdo da teoria raziana, no entanto, parece gerar uma contradição importante. A teoria da autoridade de Raz tem componentes morais, no entanto o autor defende uma teoria do direito que é usualmente entendida como positivista. Sendo mais preciso, Raz é tido como um positivista exclusivista (*exclusive*)¹³⁰. Essa variante do positivismo nega qualquer papel necessário ou contingencial de considerações morais na identificação do direito (POSTEMA, 2011, p. 313; 358)¹³¹. Positivistas são comprometidos com a tese das fontes sociais do direito. Raz é explícito em dizer que a tese das fontes sustenta que a existência e conteúdo do direito podem ser determinados sem o emprego de argumentos morais¹³² (RAZ, 1979d, p. 47)¹³³, nas palavras do autor:

¹²⁹ Por caráter aberto do sistema jurídico, Raz pretende dizer que um sistema é aberto “na medida em que ele contém normas que apresentam o propósito de conferir força vinculante dentro do sistema a normas que não pertencem a ele” (RAZ, 1990, p. 152-153).

¹³⁰ Waldron, por exemplo, se refere a Raz como um arqui-positivista (WALDRON, 2013, p. 16).

¹³¹ Raz é ambíguo em relação aos termos do debate. Ele prefere usualmente demonstrar como os termos confundem os próprios autores. Cf. Raz (2009d, 2009e). Em especial, Raz não nega que existam conexões necessárias entre a moralidade e o direito. Ele afirma, no entanto, que elas não impactam na identificação do direito, e que, ademais, muitas das supostas relações entre moralidade e direito são equívocos ou confusões. Sobre este assunto, ver especialmente Raz (2009g). Nas palavras do autor: “For there can be no doubt that there are necessary connections between law and morality” (2009g, p. 168).

¹³² Raz chama a atenção para o fato de que não é necessário que a aplicação do direito seja independente de argumentação moral. Ele dá o exemplo de uma lei que demanda dos juízes uma resposta moral ao caso. Essa lei é uma disposição que satisfaz a tese das fontes, porque incorpora padrões morais de forma positivista. Voltarei a esse ponto no próximo capítulo. Nas palavras do autor: “To conform to the strong thesis we will have to say that while the rule referring to morality is indeed law (it is determined by its sources) the morality to which it refers is

Uma ‘fonte’ é aqui usada em um sentido algo técnico (que é, no entanto, claramente relacionado aos escritos tradicionais sobre fontes jurídicas). O direito tem uma fonte se seus conteúdos e existência puderem ser determinados sem uso de argumentos morais (mas permitindo argumentos sobre as visões morais e intenções das pessoas, que são necessários para a interpretação, por exemplo) (RAZ, 1979d, p. 47).

A contradição, ao menos aparente, entre a teoria moral da autoridade que fundamenta a teoria do direito de Raz e a tese das fontes é um desafio para o autor que Hart não vislumbrava em sua própria teoria. Conforme mencionei no início do capítulo, Hart entendia que a normatividade jurídica era distinta da normatividade moral, e então fundava sua teoria do direito em uma regra de reconhecimento que era socialmente aceita de um ponto de vista interno (ao menos) pelos oficiais encarregados de aplicar o direito (POSTEMA, 2011, p. 353)¹³⁴. Como Raz desfaz a contradição?

A resposta começa com uma analogia que é tão simples quanto elegante. Quando olhamos para a forma das pessoas agirem, usualmente perceberemos que existem duas etapas na “fenomenologia da ação”. Em um primeiro momento, há uma etapa deliberativa na qual o indivíduo considera as vantagens e desvantagens de diversos cursos de ação. Nessa etapa, há uma reflexão aberta sobre qual seria o melhor curso de ação. Essa etapa se encerra com o fim da deliberação e a tomada de uma decisão. A partir dessa decisão, o indivíduo inicia uma etapa executiva, na qual ele se prepara para agir quando chegar o momento para tal. Na etapa deliberativa, todas as considerações sobre os possíveis cursos de ação estão disponíveis para a deliberação. Por sua vez, na etapa executiva, a decisão tomada na etapa anterior via-de-regra exclui a ação com base nas alternativas (RAZ, 1995b, p. 206-207). Em um exemplo ofensivamente trivial, quando eu estou em casa, refletindo se saio para jantar fora ou peço uma pizza, estou na etapa deliberativa. Ao concluir que pedir pizza seria o melhor curso de ação, eu inicio a etapa executiva. Evidentemente nem sempre agimos dessa forma. Muitas vezes agimos de forma irrefletida ou a partir de deliberações incompletas, mas a distinção entre as duas etapas tem grande potencial explicativo sobre nosso modo de tomar decisões.

No caso de instituições sociais complexas de grandes proporções, como é o caso do direito e do Estado, as etapas deliberativa e executiva podem ser distribuídas entre diferentes órgãos ou instituições mais específicas. Por exemplo, órgãos legislativos podem ser responsáveis pela maior parte da etapa deliberativa. Isso significaria que todo o espectro de

not thereby incorporated into law. The rule is analogous to a 'conflict of law' rule imposing a duty to apply a foreign system which remains independent of and outside the municipal law" (RAZ, 1979d, p. 46).

¹³³ Ver também Raz (1995b, p. 205-206).

¹³⁴ Isso não significa dizer que o modelo hartiano não tenha problemas. Sobre isso, ver Murphy (2001).

considerações possíveis (dentre elas, considerações morais) estaria disponível para esses órgãos. No entanto, ao atingirem uma decisão, essa decisão deve ser construída de modo a poder ser identificada sem recurso a todo esse espectro de considerações que estava presente na etapa deliberativa. Enquanto isso não ocorrer, não é possível dizer que essa etapa foi encerrada. Essa decisão na etapa deliberativa pode ter a forma de um decreto ou de uma lei, por exemplo, e a partir desse ponto, ela figura como uma diretiva positivista (porque identificável sem recurso às considerações morais presentes anteriormente) para os órgãos encarregados da etapa executiva (RAZ, 1995b, p. 207). Nas palavras do próprio Raz:

(...) o direito é mais bem compreendido em relação a um background de uma sociedade política que passa por vários processos, de debate público e pressões faccionais até decisões e ações concretas que são representadas como vinculantes e com autoridade naquela sociedade. O direito é composto simplesmente pelos standards que atingiram um certo estágio de maturação e endosso nesse processo (RAZ, 1995a, p. V).

Raz chama a atenção para o fato de que muitas vezes estratégias na etapa deliberativa podem produzir decisões que deixam espaço para que outros órgãos, na etapa executiva, reintroduzam algum nível de deliberação. O exemplo que o autor dá é o caso de uma lei que estabelece uma moldura para ação, mas permite que os tribunais realizem o tipo de consideração típica da etapa deliberativa para decidir como agir dentro dessa moldura (RAZ, 1995b, p. 208). A estrutura é mais semelhante a uma cascata com vários níveis do que com uma queda única¹³⁵.

A distinção entre as etapas deliberativa e executiva explica porque os resultados da primeira etapa devem ser identificáveis sem recurso às considerações que fundamentaram a decisão. Essas implicações são acopladas à tese da autoridade como serviço, porque uma vez que a legitimidade decorre do papel mediador que a autoridade exerce entre as razões e os indivíduos, diretivas dotadas de autoridade devem ser identificáveis sem recurso a argumentos morais (RAZ, 1995c, p. 234). A tese das fontes decorre da tese da autoridade como serviço, porque permite o próprio funcionamento da autoridade. A distinção entre etapas deliberativa e executiva também reforça o ponto das diretivas dotadas de autoridade como tendo caráter preemptivo. Elas substituem as deliberações da primeira etapa. A aparente tensão entre a tese das fontes e o caráter moral da autoridade legítima é dessa forma dissolvida por Raz. Nas palavras de Jules Coleman, o positivismo exclusivista de Raz “(...) é uma conclusão de um argumento válido empregando a ideia de que o direito serve a moralidade, a afirmação de que

¹³⁵ Ver também Raz (2009e, p. 108-109).

o direito tem autoridade legítima e a teoria particular de Raz sobre a autoridade” (COLEMAN, 2013, p. 100, tradução minha).

Podemos revisitar o modo pelo qual Raz responde negativamente à primeira pergunta sobre juízos valorativos à luz do que discutimos. A pergunta dizia respeito à tese da avaliação moral (*moral evaluation thesis*)¹³⁶. É uma necessidade para a teoria de Raz a possibilidade de dizer o que é o direito sem que haja apelo à argumentação moral. Como o direito funciona por meio de razões exclusionárias, ele não demanda tais argumentos morais, uma vez que essas razões exclusionárias estão contidas nas fontes sociais do direito. É por isso que não é necessário formular juízos morais para identificar o direito, conforme vimos ao final da segunda seção deste capítulo. A tese da preempção dá plausibilidade para a tese das fontes sociais, e assim existe um “objeto” identificável sem recurso a deliberações morais. O positivismo exclusivista de Raz é colocado em terreno firme graças à cartografia das razões promovida pelo autor. Caso a tese da preempção seja inviável, a tese das fontes sociais se torna inviável também, e será este o argumento que defenderei no próximo capítulo.

A resposta negativa de Raz sobre a avaliação moral tem relação com a discussão sobre o arquimedianismo. A tese das fontes sociais, graças à tese da preempção, torna o direito um objeto arquimedianamente observável. A resposta para a primeira pergunta de juízos de valor na teoria do direito é conceitualmente dependente da postura adotada em relação ao arquimedianismo. Isso porque se entendermos que identificar o direito demanda alguma forma de juízo interpretativo moral (uma resposta positiva à primeira pergunta), somos forçados a abrir mão de uma teoria arquimediana, externa ao engajamento substantivo. Por outro lado, quando Raz postula seu conjunto de teses, o direito torna-se observável, definível, sem recurso a considerações morais. Isso permite uma postura arquimediana na coleta de materiais relevantes ou salientes para a elaboração da teoria. Esses materiais, por sua vez, devem conseguir capturar a natureza ou essência do direito. As diversas conexões entre as teses de Raz são notáveis. Não à toa, Michael Moore afirma que a teoria de Raz:

[É] uma estrutura elegante, e antes que avancemos na crítica de alguns de seus elementos e pressuposições, nós devemos parar para admirar sua elegância. Raz verdadeiramente integrou sua teoria do direito e sua filosofia política com sua teoria moral, estabelecendo as primeiras como uma aplicação especial de seus insights mais gerais sobre a última. Apesar de complexo em detalhes, o todo é nitidamente especificado e firmemente

¹³⁶ Vale lembrar o enunciado da questão: “para compreender o direito adequadamente, o teórico precisa avaliá-lo moralmente?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha).

unificado. Há muito que se admirar aqui (MOORE, 2000, p. 150, tradução minha).

Trata-se de um esforço admirável, de fato. A partir do próximo capítulo, tentarei atacar essa estrutura.

CAPÍTULO 3

ANÁLISE DA TESE DA PREEMPÇÃO - A IMPOSSIBILIDADE DE RAZÕES EXCLUSIONÁRIAS

1 – Introdução: recapitulação da tese da preempção

O segundo capítulo buscou reconstruir de maneira sistemática a teoria do direito de Joseph Raz. A tese da preempção estabelecia que:

[O] fato de uma autoridade requerer a execução de uma ação é uma razão para sua execução que não deve ser adicionada a todas as outras razões relevantes para se decidir o que fazer, mas deve excluir e tomar o lugar de algumas delas (RAZ, 1986a, p. 46).

Em outras palavras, a tese da preempção estabelece que diretivas dotadas de autoridade funcionam como razões protegidas, compostas por uma razão de primeira ordem, que estabelece algum curso de ação, e por uma razão exclusionária, cuja função é “excluir a ação baseada em outra consideração que é uma razão válida para ação” (RAZ, 1990, p. 183), não fosse a presença dessa razão de segunda ordem. A tese da preempção, conforme vimos no segundo capítulo, é o argumento de Raz para a manutenção da tese das fontes sociais. Isso significa que

O direito é um tipo especial de razão, porque desloca as razões que deveria refletir. Ele funciona como decisões de tribunais: os litigantes discordam sobre o que tem razões para fazer. O tribunal resolve as questões. É claro que eles podem ainda discordar, e que aquele favorecido pelo tribunal pode não merecer ganhar. (...) *A decisão do tribunal define as questões. Ela desloca as razões originais (a causa da ação) e agora as partes estão vinculadas pela decisão no lugar. De maneira semelhante, o direito, quando é vinculante, exclui (pre-empts) as razões que ele deveria refletir, e independentemente de seu sucesso em refleti-las, ele é agora uma nova fonte de obrigações* (RAZ, 2009i, p. 7, destaque meu).

Para a autoridade do direito cumprir seu papel ela deve ser capaz de emitir diretivas factualmente observáveis, diretivas capazes de serem identificadas sem recurso às considerações (morais, políticas, sociais) que motivaram sua própria elaboração. A autoridade

presta seu serviço por meio de diretivas capazes de identificação enquanto fatos sociais. Essa construção, por sua vez, habilita a resposta raziana à primeira pergunta de Dickson: dizer o que é o direito não demanda juízos de valor moral. Ao que tudo indica, Raz colocou o positivismo jurídico em bases sólidas a partir da combinação de uma teoria da razão prática e de uma teoria da autoridade. Para retomar a metáfora do primeiro capítulo, parece que Próspero realmente controla a Tempestade. Será mesmo o caso?

Conforme havia anunciado anteriormente, o terceiro capítulo buscará criticar a tese da preempção, por sua vez fundada na ideia de razões exclusionárias. O ponto de partida em minha crítica será demonstrar¹³⁷ como os exemplos de Raz em *Practical Reason and Norms* (e alguns de outros escritos) são insuficientes em produzir um *argumento fenomenológico* para a existência das razões exclusionárias. Isso será feito na segunda seção do capítulo. Na seção seguinte, buscarei analisar aquilo que foi chamado de *argumento funcional* para a existência das razões exclusionárias. Segundo Roger Shiner:

O argumento funcional se baseia na ideia de que regras e a fortiori regras de direito não podem executar a função que desempenham a não ser que seu papel no raciocínio prático seja construído como o de razões exclusionárias. *O argumento fenomenológico* é baseado na ideia de que aspectos do conteúdo interno do raciocínio prático não podem ser explicados a não ser que o papel das regras, e a fortiori regras de direito, no raciocínio prático seja construído como o de razões exclusionárias (SHINER, 1992, p. 7, tradução minha, destaques meus).

Gostaria de expandir um pouco a ideia desses tipos de argumentos, para abarcar todas as situações nas quais razões exclusionárias poderiam figurar. Em minha leitura, argumentos fenomenológicos tentam explicar elementos (não apenas regras) que seriam ininteligíveis sem a ideia de razões exclusionárias, ou seja, são uma tentativa de explicar partes do “conteúdo interno de nosso raciocínio prático”. Por sua vez, argumentos funcionais são aqueles segundo os quais certos elementos (não apenas regras) só podem desempenhar a função que lhes é atribuída se forem regras exclusionárias. A distinção entre esses argumentos, grosseiramente, é entre “o que eu devo saber para compreender algo” e “como algo deve funcionar para

¹³⁷ A obra de Raz atraiu uma quantidade enorme de defensores e críticos. Invariavelmente, muitas críticas acabam se repetindo em diferentes autores. Por exemplo, tanto Clarke Jr quanto Hurd criticam os exemplos de Raz em *Practical Reason and Norms* por motivos semelhantes. Tentarei apontar em rodapés, sempre que possível, em quais outros autores aparecem os argumentos analisados, além dos citados no corpo do texto. Acredito que o foco nos argumentos, e não nos autores isoladamente analisados, é a melhor estratégia para elaborar a crítica pretendida. Por focar o presente capítulo nos distintos argumentos levantados contra Raz, em vez da ênfase nos autores, também acho prudente ressaltar que as críticas que mobilizo no presente capítulo foram formuladas pelos autores citados no corpo do texto ou nos rodapés. Não reivindico originalidade sobre nenhuma delas.

desempenhar sua função”. Em síntese, estou expandindo a classificação que Shiner apresenta, para cobrir todas as situações descritas por Raz na defesa de razões exclusionárias.

Argumentos de tipo fenomenológico são particularmente evidentes em *Practical Reason and Norms* e em *The Authority of Law*. Dentre eles, destacam-se as promessas, as regras práticas (*rules of thumb*), os sentimentos de receio (“*peculiar feeling of unease*”)¹³⁸ que temos ao desobedecer uma razão exclusionária e a comparação entre ordens e pedidos. Argumentos funcionais estão presentes nos escritos mais recentes de Raz, especialmente em *The Morality of Freedom* e *Ethics in the Public Domain*. Os dois casos mais importantes desse tipo de argumento são a fundamentação das regras (e em nosso caso, regras de direito)¹³⁹ e a analogia com o processo de tomada de decisões¹⁴⁰. Assim como ocorria com as três perguntas sobre o papel dos julgamentos morais de Dickson, destaco que a divisão em argumentos fenomenológicos e funcionais é de caráter heurístico¹⁴¹, isso porque os argumentos de Raz são relacionados entre si, conforme ficará mais claro nas análises das possíveis réplicas dentro de cada seção.

Na quarta e última seção deste capítulo buscarei mostrar quais os impactos das críticas desenvolvidas anteriormente para a teoria do direito de Raz, e colocar algo no lugar de seus argumentos. Pretendo utilizar a teoria da interpretação desenvolvida por Ronald Dworkin para demonstrar como definir o que é o direito demanda, ao menos potencialmente, considerações morais. Meu propósito será demonstrar como qualquer razão para agir relevante envolve, em algum nível de sua explicação, componentes morais. Outro aspecto relevante a ser elaborado nesta parte será a questão da autonomia do raciocínio jurídico.

Em síntese, as primeiras duas seções após esta introdução do capítulo mostrarão por que a ideia de razões exclusionárias, em geral e não apenas no direito, é falsa. A última seção, por sua vez, se engajará mais diretamente com os problemas para a teoria do direito, tendo em vista o que discutimos nos dois primeiros capítulos da dissertação, antes de tentar colocar uma alternativa à tese da preempção. Acredito ser possível dizer que o argumento no capítulo ataca

¹³⁸ Estes são os exemplos que o próprio Shiner elenca em (1992, p. 8).

¹³⁹ Este era o exemplo principal em Shiner (1992, p. 10-11).

¹⁴⁰ Dessa forma, pretendo exaurir os quatro argumentos de Raz que Gans lista: “[Para Raz], rules are exclusionary reasons. He offers four arguments for this claim: (1) the argument from various justifications for having rules; (2) the argument from the comparison with requests; (3) the argument by analogy with decisions; (4) the argument from the psychological test cases for the identification of exclusionary reasons” (GANS, 1986, p. 376-377).

¹⁴¹ Alguém poderia, inclusive, com algum esforço argumentativo, mostrar que alguns dos argumentos fenomenológicos seriam mais bem enquadrados como funcionais ou vice-versa.

em duas frentes. Há um ataque geral contra a tese da preempção, que visa explicar por que razões exclusionárias não existem, e há também um ataque específico, cujo objetivo é mostrar que *ao menos* no direito elas não existem.

2 – Argumentos fenomenológicos

2.1 – Regras Práticas e Promessas

Recuperemos o primeiro exemplo de Raz em *Practical Reason and Norms*. Trata-se de um caso que poderia ser analisado na seção sobre argumentos funcionais, mas por funcionar como um bom ponto de partida para as demais críticas, decidi apresentá-lo nesta seção. Ann teve um dia extremamente cansativo e emocionalmente desgastante. Ao final do dia, um amigo lhe propõe um investimento, que pode ser, mas não necessariamente é, muito benéfico, mas que precisaria ser assumido naquele mesmo dia. Como ela está muito cansada, Ann recusa o investimento, não com base em uma análise substantiva de seus méritos, mas devido ao fato de estar incapaz de raciocinar claramente sobre ele (RAZ, 1990, p. 37-38). Segundo Raz, a fadiga de Ann é uma razão exclusionária para não tomar decisões em tal-e-tal situação: ela não está agindo com base nos méritos do caso. Ann teria, pois, uma regra prática (“*rule of thumb*”) que excluiria o balanço de razões.

Por que, no entanto, deveríamos considerar a fadiga de Ann como uma razão de segunda ordem? Existem pelo menos duas outras interpretações plausíveis (e compatíveis entre si) desse dilema, que são tão esclarecedoras quanto o argumento raziano. A primeira alternativa interpretaria a fadiga de Ann como uma razão de primeira ordem com um grande peso (MIAN, 2002, p. 118)¹⁴². Em um caso assim, Ann poderia ter uma regra prática (“*rule of thumb*”) que funcionaria de forma análoga a um atalho, mas não seria uma regra de tipo diferente, porque a regra prática poderia ser desafiada, como no caso de alguns aspectos vantajosos do investimento em questão saltarem aos olhos. Nesse caso de desafio, Ann iria analisar as razões por trás de sua regra prática de não decidir quando muito cansada (como por exemplo, estabilidade e previsibilidade) contra as vantagens do investimento. Nos casos

¹⁴² Ver também Moore (2000).

semelhantes ao exemplo raziano original, a regra prática seria aplicada sem grandes dificuldades. O importante a se perceber é que não é necessário um apelo a uma segunda ordem de razões¹⁴³. A segunda alternativa interpreta o cansaço de Ann como uma razão contra a racionalidade de seu balanço de razões nessa situação, ou seja, uma razão que fala *contra o status de razão da decisão tomada durante a fadiga* (CLARKE, 1977, p. 252-253). Aqui, nós não consideramos o balanço feito pela Ann cansada como racional. Trata-se de algo diferente também de se considerar um balanço racional mas excluí-lo por uma regra¹⁴⁴.

O segundo exemplo que pretendo analisar é o das promessas. Raz nos conta a história de Colin, que prometeu à sua esposa que nas decisões relativas à educação do filho do casal, agirá apenas com base nos melhores interesses da criança e desconsiderará todas as outras razões (RAZ, 1990, p. 39). Segundo Raz, promessas funcionam como razões exclusionárias (mais especificamente, como razões protegidas, por via-de-regra condicionarem uma ação). No entanto, não está claro que seja dessa forma que tratamos as promessas. Como Clarke Jr aponta, nós podemos manter promessas por razões como cooperação social, confiabilidade pessoal ou honra, razões morais de primeira ordem, em outras palavras. Não há necessidade de entender as razões que fundamentam a manutenção de promessas como exclusionárias.

O exemplo de Colin parece se enquadrar bem à teoria raziana, mas isso porque as outras razões contra a promessa que Raz elenca são relativamente simples (Colin não poderia sair de seu emprego para escrever um livro, por exemplo). Podemos pensar em outras razões contra a promessa que tornariam a situação diferente, como no caso de Colin prejudicar muito sua própria esposa caso insista em priorizar a educação do filho. Em situações assim ou mais extremas, as razões em jogo podem ser de tal ordem que quebrar a promessa seja o mais racional a se fazer (CLARKE, 1977, p. 254). Isso porque haveria um conflito entre essas razões e àquelas que nos motivam a manter uma promessa, ou seja, essas razões estariam todas no mesmo nível em nosso raciocínio prático (mais abaixo veremos o exemplo do patriota francês, que auxilia a tornar esse ponto mais claro). A ideia de razão exclusionária não é, portanto, necessária para explicar a “fenomenologia” das promessas¹⁴⁵.

¹⁴³ Ver também Gans (1986, p. 382).

¹⁴⁴ Ver também Hurd (1991, p. 1623).

¹⁴⁵ Ver também Hurd (1991, p. 1624-1625).

2.2- Defesas razianas: escopo, razões auxiliares, dependência e dupla-contagem

Raz poderia utilizar a ideia de escopo de uma razão exclusionária para refutar ambas as objeções. O escopo demarcava o rol de razões excluídas (RAZ, 1990, p. 46). O escopo das razões exclusionárias é o mecanismo por meio do qual Raz tenta evitar que sua teoria se torne rígida demais e conseqüentemente incapaz de fazer jus à complexidade do raciocínio prático. O exemplo na explicação dessa ideia é a ordem de uma mãe para que seu filho não abra a porta para estranhos. Essa ordem certamente se aplica a transeuntes civis, mas não ao bombeiro que pretende apagar o incêndio dentro da casa. No caso da fadiga de Ann, Raz diria que certos benefícios são tão gritantes aos olhos que ficam fora do escopo da razão exclusionária. No caso da promessa de Colin, ele poderia argumentar que situações como o prejuízo muito significativo à mãe estão fora do escopo. Portanto tanto Ann quanto Colin realmente deveriam agir de acordo com o balanço de razões de primeira ordem, já que existiam razões de primeira ordem que estavam fora do escopo de exclusionariedade da regra prática e da promessa. Em outras palavras, razões fora do escopo competem com as exclusionárias no balanço geral, não são excluídas por tipo.

O problema se torna então a definição do escopo. Como saber quais razões de primeira ordem estão dentro de sua abrangência? Este é um dos pontos mais criticados em Raz¹⁴⁶, que demanda uma análise mais detalhada, sendo por isso retomado ao longo do capítulo em relação às regras em geral e ao direito. Em todo caso, a crítica central já pode ser enunciada: o único critério de que dispomos para estabelecer o escopo de uma razão exclusionária é o próprio balanço das razões de primeira ordem, incluindo neste balanço aquelas que fundamentam a razão exclusionária (GANS, 1986, p. 389)¹⁴⁷. No caso da criança e do bombeiro, a criança precisa olhar para as razões que fundamentaram a ordem de sua mãe e compará-las às razões que ela tem para abrir a porta. Ann precisa refletir sobre por que ela não deveria decidir cansada em contraste com os eventuais ganhos do investimento. Colin precisa analisar se as razões que tem para manter a promessa são fortes o suficiente para justificar um prejuízo à sua esposa.

¹⁴⁶ Ver, por exemplo, Hurd (1991, p. 1636-1639), Gans (1986, p. 388-390), Edmundson (1993, p. 335-336), Gur (2007, p. 198-201).

¹⁴⁷ Nas palavras de Gans: “Exclusionary reasons do not exclude all reasons but only some reasons. Defending this position he [Raz] will be driven to admit that in order to determine which reasons are excluded by an exclusionary reason and which are not, we have to weigh the justification of the exclusionary reason against the eventual conflicting first order reasons” (GANS, 1986, p. 389).

Evidentemente, o escopo não é explícito em todas as regras exclusionárias, de modo que existem muitas exceções implícitas (os exemplos parecem atestar isso). É importante perceber aqui que não faz diferença se estamos falando de uma exceção explícita ou implícita ao escopo, uma vez que, como Noam Gur nota, nós não possuímos listas pré-estabelecidas que apontam as situações nas quais a regra se aplica ou não (GUR, 2007, p. 200). As ordens que emitimos ou recebemos, ou as promessas que fazemos, sempre possuem algum nível de generalidade e são orientadas para aplicação futura (GUR, 2007, p. 170). Desse modo, ainda necessitamos de algum balanço de razões para definir até onde vai o escopo¹⁴⁸.

Além disso, mesmo que a mãe tivesse dito ao seu filho “não abra a porta para absolutamente ninguém, nem em emergências”, haveria um conflito entre essa ordem (que em princípio teria um escopo mais definido) e as razões que a criança tem para abrir a porta aos bombeiros. Esse conflito seria da mesma forma que o do caso mais geral, porque a criança precisaria decidir qual a força da ordem versus as razões bem relevantes que teria para abrir a porta. Decidir como agir demanda sempre uma análise do balanço das razões que se aplicam na situação. A consequência dessa percepção é problemática para Raz. Uma vez que a definição do escopo da razão exclusionária é decorrente do balanço de razões de primeira ordem, a própria ideia de exclusão por meio de razões de segunda ordem se torna incoerente. O raciocínio prático volta a ser uma análise das razões “*all things considered*”¹⁴⁹.

Raz possui três possíveis trélicas. A primeira na ideia de razões auxiliares, a segunda na tese da dependência e a terceira naquilo que chama de proibição da “dupla-contagem” (*double-counting*). Raz poderia evitar o problema do escopo da forma como apresentei ao afirmar que existem razões auxiliares que alteram a força das razões que se aplicam ao caso ou auxiliam na identificação destas mesmas razões, que é o que nos interessaria aqui (RAZ, 1990, p. 32-35). O exemplo no segundo capítulo era instrutivo. M estava desempregado e existem razões auxiliares para identificar quais ações são meios de ajudar M (por exemplo, emprestar dinheiro). Essa trélica não funciona, porque embora a existência de razões auxiliares que afetam a força de outras razões seja aparentemente incontroversa (M estar passando fome é motivo para lhe dar dinheiro agora, em detrimento de pagar um curso técnico para ele), razões auxiliares na identificação são petições de princípio (GUR, 2007, p.

¹⁴⁸ Esse ponto será explorado em mais detalhe no caso do raciocínio jurídico na última seção do presente capítulo.

¹⁴⁹ Esse é o argumento central de Hurd (1991), Gans (1986) e Gur (2007). Neste capítulo, endossarei em linhas gerais o que tais autores dizem, por entender que acertadamente demolem o argumento raziano em prol das razões exclusionárias.

198-199)¹⁵⁰. Nós precisamos identificar essas razões auxiliares e a força que elas mesmas possuem em relação às demais razões. Em outras palavras, eu preciso ser capaz de concluir que o desemprego de M é uma razão para fazer X, e a ideia de uma razão identificadora “localizada” entre o desemprego de M e razão para fazer X apenas joga a questão do balanço das razões para outra etapa do raciocínio prático, já que preciso identificar essa própria razão auxiliar e sua força. O que continua presente em nosso raciocínio é o conflito de todas as razões que possuímos.

A segunda tréplica se dá a partir da tese da dependência. Essa tese estabelecia que a diretiva dotada de autoridade, ou seja, com caráter exclusionário, precisa ser baseada nas razões que já se aplicavam anteriormente ao indivíduo ao qual ela se dirige (RAZ, 1986a, p. 47). Caso uma diretiva esteja fundamentada por razões que não as que se aplicam ao indivíduo em questão, ela não possui caráter exclusionário. Em outras palavras, o escopo seria dado pelas razões dependentes que se aplicam ao indivíduo. O problema desse argumento é sua circularidade. Para saber se devo atribuir exclusionariedade a uma diretiva, preciso saber quais razões se aplicam a mim e que fundamentariam a diretiva. Ao refletir sobre as razões que se aplicam a mim, a própria ideia de exclusão perde sentido, porque estou engajado no tipo de reflexão que poderia me levar a concluir que o balanço das razões demanda a violação da diretiva exclusionária (GUR, 2007, p. 199-200)¹⁵¹.

É importante distinguir aqui duas elaborações da ideia de razões exclusionárias que aparecem em Raz e como elas se relacionam com a crítica mencionada. Trata-se de um ponto sobre o qual havia feito referência no capítulo anterior, mas que agora é especialmente relevante. Em certos trechos, Raz afirma explicitamente que o propósito das autoridades é impedir o “juízo individual sobre os méritos do caso” (RAZ, 1986a, p. 47-48)¹⁵² em questão por meio de razões exclusionárias. Quando apresentada dessa forma, a razão exclusionária exclui tanto a deliberação quanto a ação. Contra essa primeira interpretação, a crítica acima é inócua, porque os indivíduos não refletiriam sobre as razões dependentes. Haveria uma renúncia da capacidade de reflexão em favor da autoridade. No entanto, caso seja essa a interpretação adotada, a teoria raziana está simplesmente equivocada, porque ninguém considera racional um determinado curso de ação simplesmente porque a autoridade ordenou. Hurd sintetiza bem o equívoco dessa visão:

¹⁵⁰ Ver também Edmundson (1993, p. 335).

¹⁵¹ Ver também Hurd (1991, p. 1637-1639). Voltarei a este ponto no próximo capítulo, uma vez que ele gera uma tensão entre as teses da preempção e da justificação normal.

¹⁵² Ver também Raz (1979b, p. 24-25).

- (1) Se uma razão exclusionária gerada por um comando impede a ação de acordo com razões de primeira ordem contra a ação comandada, então ela (pragmaticamente) barra consideração dessas razões [de primeira ordem].
- (2) Se a razão exclusionária gerada por um comando (pragmaticamente) barra consideração dessas razões, então ela (pragmaticamente) barra consideração sobre quaisquer razões para a ação comandada, além daquela fornecida pelo fato de que o comando foi emitido.
- (3) PORTANTO: A partir do recebimento do comando, a única razão para ação que alguém deveria considerar é o fato de que alguma ação foi comandada.
- (4) *Porém, se uma ação é racional apenas porque foi comandada, então qualquer ação comandada é racional. (Isso faz racional pisar na cabeça de alguém, demitir-se ou assumir uma missão kamikaze, se assim ordenado).*
- (5) *Se, alternativamente, uma ação é racional apenas se comportar outros requerimentos, então o mero fato de uma ação ter sido comandada não pode racionalmente justificar a performance do ato. (Isso faz racionalidade e obrigação conceitualmente distintos).*
- (6) Como a consequência de (4) é falsa, o antecedente de (4) precisa ser falso.
- (7) Como o antecedente de (4) precisa ser falso, então o antecedente de (5) precisa ser verdadeiro.
- (8) Se (5) é verdadeiro, então para agir racionalmente alguém precisa agir por razões outras que o mero fato de ter sido comandado.
- (9) PORTANTO: *Ação executada com base em uma razão exclusionária [nessa interpretação] é irracional (HURD, 1991, p. 1628, tradução minha, destaques meus).*

A segunda interpretação, mais recorrente no pensamento de Raz, estabelece que razões exclusionárias não impedem *reflexão* sobre os méritos da diretiva da autoridade, mas apenas a *ação* com base nas razões excluídas (RAZ, 1986a, p. 39). Trata-se da interpretação que adotei como canônica no capítulo 02. Contra essa interpretação, a crítica se mantém em toda sua força, porque refletir sobre as razões por trás da razão exclusionária é reconhecer a potencialidade de se perceber a diretiva dotada de autoridade como equivocada. Por sua vez isso equivale a ter razões para agir contrariamente à diretiva, sob pena de agir imoralmente ou irracionalmente (HURD, 1991, p. 1627-1628)¹⁵³.

Raz introduz a ideia de dupla-contagem em *The Morality of Freedom* como uma forma de falácia lógica. Segundo o autor, “(...) a diretiva *ou* as razões para considerá-la como vinculante devem ser contadas, mas não ambas as coisas” (RAZ, 1986a, p. 58, destaque meu)¹⁵⁴. Antecipando a discussão sobre regras da seção seguinte do capítulo, o argumento

¹⁵³ A mesma ideia é repetida em Hurd (1999, p. 77-79).

¹⁵⁴ Ver também Raz (1995c, p. 215).

aqui é funcional. Regras e diretivas semelhantes só podem garantir as vantagens que alegam possuir se funcionarem como razões exclusionárias. Essas diretivas “fornecem um nível intermediário de razões ao qual alguém apela em casos normais nos quais surge a necessidade para uma decisão” (RAZ, 1986a, p. 58)¹⁵⁵. A dupla-contagem, portanto, seria um erro no raciocínio prático, porque subverteria a própria noção de regras e diretivas semelhantes¹⁵⁶.

Essa tréplica acarreta dois ônus para Raz. O primeiro deles, que discutirei na próxima seção, consiste na necessidade de se provar que regras e semelhantes só podem cumprir as funções designadas se forem razões exclusionárias. Isso, como se verá, é muito difícil de provar. O segundo ônus é a necessidade de se explicar por que a dupla-contagem é um erro de raciocínio. Este é o ponto que me interessa mais no momento. Margaret Martin nos convida a considerar o caso de um sistema jurídico razoavelmente justo, que goze de relativa identificação dos membros de sua comunidade com suas diretivas. Nesse caso, as diretivas do direito são obedecidas pelos cidadãos porque são parte do direito da comunidade e porque são reconhecidas como corretas ou legítimas. A dupla-contagem ocorre e é vista como algo positivo no caso dos sistemas razoavelmente justos (MARTIN, 2014, p. 130). Ela também significa que o fato de algo fazer parte do direito é uma razão a ser adicionada no balanço, junto das demais razões de primeira ordem. Em outras palavras, Raz precisaria dizer por que nesse caso os cidadãos estariam equivocados ao considerar a regra ou diretiva junto com as suas fundamentações.

Quando nos afastamos desse exemplo e olhamos para sistemas jurídicos mais próximos dos que temos na realidade, as motivações que levam os cidadãos a obedecer às diretivas do direito se tornam cada vez mais complexas, passando a incluir internalização por meio de educação, medo de sanções, aquiescência acrítica, reconhecimento da legitimidade, dentre outras coisas (MARTIN, 2014, p. 130-131). A experiência poderia vir a mostrar, inclusive, que as pessoas se relacionam com o direito de forma muito mais parecida com o “homem mau” de Oliver Wendell Holmes (1897, p. 3). Como Dworkin aponta, a teoria de

¹⁵⁵ Margaret Martin didaticamente resume o argumento da seguinte forma: “We cannot treat both the norm and the underlying reason as a reason for action; if we did rely on both, we would be guilty of ‘double counting’”. Double counting is a crime of practical reason introduced by Raz to lend support to his claim that legal norms have pre-emptive status. He needs to keep the rule separate from the reasons behind it if legal norms are to be viewed as exclusionary reasons for action rather than simply weighty reasons for action. As mentioned, Raz maintains that we can reflect on the content of legal norms, insofar as our reflections are not carried out with an eye for action: when we act, the legal norm is treated as the reason for action that excludes competing reasons, including the reasons that underpin the rule itself” (MARTIN, 2014, p. 77).

¹⁵⁶ Quando pensamos no exemplo do árbitro, entendemos mais claramente o que teoricamente a dupla-contagem faria.

Raz parece demandar “um grau de deferência em relação à autoridade do direito que praticamente ninguém possui em democracias modernas” (DWORKIN, 2006d, p. 206, tradução minha).

Conforme Martin (2014, p. 78) nota, Raz muda ligeiramente seu posicionamento, numa tentativa de se livrar de seu compromisso com a vedação da dupla-contagem. Em *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*, o autor argumenta que a exclusionariedade aplica-se apenas às razões contrárias à diretiva quando esta for correta de acordo com a tese da justificação normal (RAZ, 2009f, p. 144-145). O problema nessa versão moderada da tese da preempção é sua arbitrariedade. Por que razões contrárias à diretiva são excluídas e razões que a fundamentam não são? Se, como diz Raz, no caso da diretiva justificada poderíamos agir tanto pela diretiva em si quanto por sua fundamentação ou por ambas as coisas, não estaríamos falando simplesmente de mais uma razão de primeira ordem? (MARTIN, 2014, p. 78). Em todo caso, ainda precisaríamos saber se a diretiva é justificada, e isso demandaria uma reflexão sobre as razões que se aplicam a nós.

No caso dos exemplos mais realistas, Raz poderia replicar ao dizer que as internalizações, disposições e temores que podem levar alguém a obedecer ao direito são elementos contingentes e não integram o tipo de investigação conceitual que ele pretende fazer, preocupado com a natureza do direito e seus elementos essenciais (RAZ, 2009b; 2009c). A possibilidade desse tipo de argumento será analisada detalhadamente no capítulo 05, mas por agora precisamos perceber que, segundo Raz, é um elemento essencial do direito que ele afirme possuir autoridade legítima, e é do funcionamento da autoridade legítima que ela gere diretivas dotadas de caráter exclusionário, portanto o autor não estaria discutindo teses sociológicas. No entanto, como viemos discutindo, a *ideia* de razão exclusionária é implausível. Isso afeta a forma de se conceber a autoridade e conseqüentemente a forma de se tratar o direito. As críticas desenvolvidas não são contingenciais, são (na falta de um termo mais preciso) conceituais. Exemplos como o do direito justo (que convida a dupla contagem) são suficientes para derrubar a necessidade conceitual de se tratar diretivas como razões exclusionárias.

2.3- O caso do teste psicológico: o sentimento de receio

Depois das regras práticas e das promessas, existe uma terceira e importante situação que geraria um argumento fenomenológico em favor da ideia de razões exclusionárias. O soldado Jeremy, em uma das variações do exemplo no capítulo anterior, havia cumprido a missão que lhe fora confiada, mas descumprido as instruções mais concretas de se apropriar de um veículo civil. Segundo Raz, Jeremy (e possivelmente seu comandante, que o elogiou e o repreendeu simultaneamente) sentiu “reações mistas”, que comprovariam a existência de uma razão exclusionária. O balanço de razões de primeira ordem apontava para a desobediência, mas havia uma razão exclusionária em ação (RAZ, 1990, p. 45-47). Gans resume o teste psicológico da seguinte forma:

Quando a relação entre duas razões conflitantes é de superação (*overriding*), então o agente se sente leve (*easy*) e feliz em seguir a razão que superou. Quando a relação é de exclusão, então o agente se sente dividido e receoso (*uneasy*) qualquer que seja a razão que siga. *Esses sentimentos de receio são o critério para identificar razões exclusionárias* (GANS, 1986, p. 387, tradução minha, grifos meus).

Raz descreve um sentimento que certamente corresponde a situações reais. Trata-se de um mote bastante comum na filosofia e na literatura, como em *A Escolha de Sophie* e *Anna Karenina*. No entanto, esse sentimento não é capaz de provar, como Raz pretende, a existência de razões exclusionárias. Retomarei um exemplo usado tanto por Gans (1986) quanto por Dworkin (2001)¹⁵⁷. Trata-se do caso do patriota aflito descrito por Jean-Paul Sartre. Ao final de uma aula, um aluno do filósofo teria desabafado com ele sobre sua angústia. Ele não sabia se deveria ficar em casa para cuidar de sua mãe, que necessitava dele, ou se deveria aliar-se à resistência francesa contra os nazistas. Em outras palavras, o aluno estava indeciso entre duas razões morais, dividido e receoso, exatamente como no teste proposto por Raz para identificar razões exclusionárias. O problema é que o teste falha em sua tarefa (GANS, 1986, p. 387-388).

Evidentemente é um conflito entre razões que possuem grande peso para o aluno, e após a tomada de decisão, ele continuaria a sentir remorso pelo caminho não seguido (ou seja, a razão derrotada não perderia sua força ou validade), mas é um conflito prático que envolve o balanço, uma oposição, entre duas razões, ou seja, uma delas não *exclui* a outra. O aluno não está tratando uma das razões da mesma forma que Jeremy trata a ordem de seu comandante em relação ao balanço de primeira ordem. Isso significa uma de duas coisas: ou ambas as

¹⁵⁷ Edmundson (1993) e Martin (2014) também retomam esse caso.

razões que se aplicam ao aluno são de primeira ordem, ou ambas são de segunda ordem, já que elas estão competindo em sua dimensão de peso (não há exclusões). Essas possibilidades significam que o teste de Raz para identificar razões exclusionárias falha, pois não temos como optar por uma das alternativas. Caso Raz insista em manter que se trata de um conflito entre uma razão de primeira ordem e uma razão de segunda ordem, ele seria obrigado a assumir que quaisquer conflitos de razões relevantes para o agente serão desse tipo¹⁵⁸, e não seria possível dizer qual das razões em questão seria a exclusionária. O teste psicológico termina por ser, nesse aspecto, abrangente demais, incapaz de conferir identidade às razões exclusionárias (GANS, 1986, p. 388).

Existe também um sentido no qual o teste psicológico é demasiadamente restritivo. Segundo Gans, são duas as situações que ilustram o ponto. A primeira é o caso de Ann, uma situação que, em geral, é trivial para o agente. Ann não apresenta os sentimentos de receio e conflito do teste psicológico que atestariam a existência de uma razão exclusionária, ou seja, o teste diria que não haveria no caso uma razão desse tipo, mas isso seria evidentemente falso para Raz. A segunda situação é aquela na qual uma das razões é claramente mais importante do que a outra. O exemplo de Gans é o caso de uma regra (com caráter exclusionário) de etiqueta que me obrigaria a cumprimentar pessoas conhecidas em meu caminho, comparada à necessidade de salvar a vida de alguém urgentemente. Nesse caso, é de se esperar que eu passe por cima da regra de etiqueta sem qualquer receio, mas isso, pelo teste psicológico, significaria que muitas regras não seriam exclusionárias, o que também seria errado segundo o próprio Raz. Caso Raz tentasse replicar dizendo que a regra em questão é de fato exclusionária, mas que na situação apresentada existe uma razão fora de seu escopo (salvar a vida de alguém), ele cairia nos problemas que discutimos anteriormente, sobre a definição do escopo de uma razão (GANS, 1986, p. 388-389). O teste psicológico, portanto, acaba se provando incapaz de identificar razões exclusionárias.

2.4 – A comparação entre ordens e pedidos

O último argumento fenomenológico a ser discutido é a distinção que Raz faz entre pedidos e ordens. Pedidos eram meramente razões adicionais para agir, adicionadas ao

¹⁵⁸ Por exemplo, o conflito entre os sentimentos religiosos e o pragmatismo de alguém seria desse tipo também, bem como o conflito entre escolher constituir uma família ou dedicar-se à carreira. Em ambos os conflitos, seria impossível dizer qual das razões seria a exclusionária.

balanço geral (RAZ, 1979b, p. 14). Ordens, em oposição, possuíam a intenção de serem cumpridas independentemente do que o indivíduo ordenado venha a pensar sobre elas (RAZ, 1979b, p. 22). A explicação para essa diferença, segundo Raz, consiste no fato de ordens conterem razões exclusionárias. Porém, conforme Gans nota, ainda que seja verdade que emissores de ordens desejem que os comandados ajam sem levar em conta suas próprias opiniões sobre os casos em questão (uma afirmação que demanda comprovação empírica), *disso não decorre necessariamente que ordens são razões exclusionárias*. A intenção dos emissores seria mais bem servida por razões absolutas, ou seja, razões que sempre derrotam outras razões, independentemente de quaisquer considerações¹⁵⁹. De outro lado, os comandados não tratam diretivas dotadas de autoridade como razões exclusionárias, conforme discutimos nas três sub-seções anteriores. O argumento raziano acaba sendo arbitrário, por postular uma solução e não fundamentá-la (GANS, 1986, p. 381-382). Com isso, concluímos a refutação daquilo que foi chamado algo arbitrariamente na introdução de argumentos fenomenológicos para a existência das razões exclusionárias.

3- Argumentos Funcionais

3.1- Processos Decisórios e Raciocínio Prático

Conforme vimos no segundo capítulo, Raz havia explicado o processo decisório como composto de uma etapa deliberativa e uma etapa executiva. Na etapa deliberativa, o agente refletia sobre todas as razões para agir que se aplicavam a ele, enquanto que na etapa executiva o agente não considera razões adicionais, excluindo-as e agindo com base na decisão formada (RAZ, 1995b, p. 206-207). Decisões, portanto, funcionariam como razões exclusionárias. Essa representação de nosso raciocínio prático, no entanto, não basta para vindicar a existência dessas razões.

Conforme Clarke Jr aponta, ao tomarmos uma decisão estamos justificados em não mais procurar por razões contra ou a favor do curso de ação adotado. Nós agimos a partir do que foi decidido. Isso, porém, é diferente de quando tomamos conhecimento de razões

¹⁵⁹ Discutirei novamente a ideia de razões absolutas na próxima seção.

adicionais contra nossa decisão. Em um caso assim, seria irracional não levar essas novas razões em conta. Quando razões relevantes, que não foram consideradas anteriormente por falta de informação, por exemplo, surgem, nós devemos deliberar sobre o que elas significam para nossa decisão. Isso não significa que essas novas razões são sempre capazes de reverter a decisão tomada, uma vez que podem haver razões mais fortes para manter a decisão mesmo quando passamos a reconhecê-la como equivocada (CLARKE, 1977, p. 253).

Pensemos em um exemplo para ilustrar o ponto. Um comandante reflete e ordena que seus soldados façam X. Antes das tropas realizarem a ordem, o comandante toma conhecimento de razões para não ordenar X. No entanto, existem razões para manter a ordem mesmo assim, como consistência nas instruções e a sensação de firmeza que líderes militares precisam passar para as tropas. Temos então a seguinte situação: (1) o comandante deliberou por X e ordenou dessa forma; (2) depois disso, teve razões para concluir contra X; (3) porém existem razões para manter a decisão por X; (4) essas razões para manter a decisão conflitam com as novas razões contra ela, de modo que o comandante pode vir a (mas não necessariamente irá) suspender a ordem.

É evidente que se o comandante ficasse se remoendo e procurando novas razões a todo momento após (1) mas antes de (2) haveria um problema de racionalidade. A própria ideia de decisão perderia sentido. No entanto, as razões que surgem em (2) poderiam ser elencadas por meios outros que não sua atuação em uma busca exaustiva e contraproducente, ele poderia revisar toda noite as decisões tomadas ou ter um comitê de auxílio, por exemplo. Uma vez que as razões em (2) estão na mesa, ele deve refletir sobre elas e a força que teriam frente não à decisão em si, mas às razões que ele teria para manter a decisão (CLARKE, 1977, p. 253).

Como Gans nota, as decisões não são – em si – razões para agir que desconsideram razões adicionais no sentido raziano, mas *são justificadas por outras razões*, como eficiência, consistência etc. Essas razões outras que fundamentam manter uma decisão podem ser “sopesadas” contra aquelas que recomendam a mudança do curso de ação (GANS, 1986, p. 382-384). Outro exemplo relativamente trivial: é comum pais manterem uma ordem que deram aos filhos mesmo quando acabam concluindo depois que estavam equivocados, porque consideram a autoridade que cultivam como mais importante (logo, capaz de motivar a insistência na ordem) do que estarem corretos naquela situação. Decisões, portanto, não geram razões de segunda ordem, mas são fundamentadas por razões de primeira ordem que entram no balanço do indivíduo.

3.2- Regras e seu Funcionamento

Regras funcionam como mecanismos de economia de tempo na tomada de decisões, formas de minimizar erros nos cursos de ação e dispositivos de coordenação social (EDMUNDSON, 1993, p. 340). De acordo com Raz, as regras só conseguem cumprir tais funções se forem razões exclusionárias. Regras pertenceriam a um nível diferente daquele das razões de primeira ordem no raciocínio prático, porque as regras são elas mesmas frutos de uma série de razões (RAZ, 1990, p. 187). Em outras palavras, regras cristalizam um determinado balanço de razões em uma razão protegida. Elas liberam o indivíduo da necessidade de reconsiderar a questão em mãos, porque o curso de ação já foi estabelecido com antecipação (RAZ, 1990, p. 73).

Existe um importante segundo elemento funcional da explicação raziana, já mencionado no segundo capítulo. Regras permitem o convívio harmonioso entre visões de mundo e ideologias diversas. Por regras serem razões protegidas, é possível às pessoas que endossam essas diferentes visões de mundo discordarem sobre qual seria a fundamentação última das regras e simultaneamente concordarem com as demandas mais imediatas. Dessa forma, a criação e manutenção de uma sociedade plural se tornam factíveis (RAZ, 1986a, p. 58)¹⁶⁰. Nas seções anteriores, já demonstrei por que pelo menos as regras práticas (*rules of thumb*) não funcionam como razões exclusionárias, de modo que agora farei um argumento mais geral, em uma tentativa de refutar definitivamente o apelo da tese raziana.

O principal problema do argumento funcional decorre de sua abrangência exagerada. Ele pode vindicar que regras são razões exclusionárias em termos razianos, mas também pode afirmar que regras devem ser razões absolutas. Afinal de contas, conforme Edmundson afirma, se estamos realmente comprometidos com as funções desempenhadas pelas regras, tratá-las em termos absolutos seria tão funcional quanto tratá-las como razões exclusionárias. Razões absolutas – tendo em vista as funções que foram apresentadas para regras – seriam mais eficientes do que suas irmãs exclusionárias, por serem menos limitadas (EDMUNDSON, 1993, p. 340-341). Raz precisaria então de um argumento adicional para descartar a hipótese das razões absolutas, que ele mesmo reconhece como implausível enquanto descrição da realidade.

¹⁶⁰ Existem importantes semelhanças entre esse argumento e a ideia de “consenso sobreposto” (*overlapping consensus*) de John Rawls. Não abordarei este ponto aqui.

Raz poderia dizer que desejamos economizar tempo em nossas decisões, mas não em todos os casos. Também desejamos minimizar erros e cooperar socialmente, mas não tomamos nenhuma dessas coisas como prioridades absolutas que justifiquem sua busca a qualquer preço. Isso equivaleria ao reconhecimento de que essas fundamentações para regras são almeçadas em conjunto ou competição com outros valores e ideais. Tendo em vista esse ponto, que me parece correto, Raz poderia proceder na argumentação afirmando que as razões exclusionárias funcionariam melhor do que as absolutas para atender a essas necessidades. Essa réplica não funciona, porque implica em reconhecer que outros valores interagem com as fundamentações que temos para seguir as regras, condicionando sua força e extensão (EDMUNDSON, 1993, p. 341-342)¹⁶¹. Nós estaríamos de volta aos problemas da teoria raziana que vimos na discussão sobre a definição do escopo das razões exclusionárias: se regras são fundamentadas por razões que competem e se relacionam com outros valores, elas são um reflexo de um balanço de razões de primeira ordem que é sempre passível de revisão face às demais razões. Nós não temos motivo para tratá-las como razões exclusionárias, já que elas poderiam desempenhar suas funções se forem apenas razões relevantes de primeira ordem.

3.3 – Regras como Generalizações, Particularismo Sensível e Ceticismo sobre as Regras

Com isso, concluímos a discussão sobre a plausibilidade das razões exclusionárias. Raz não apresentou argumentos capazes de vindicar a existência de tais razões, seja porque elas são desnecessárias na “fenomenologia” de nossas razões para agir, seja porque as funções que elas supostamente cumpririam são na verdade desempenhadas por outras razões de primeira ordem. Ao menos três alternativas ao argumento raziano emergem. São elas (1) a tese do formalismo moderado¹⁶², (2) a tese do particularismo sensível sobre as regras e (3) a tese do ceticismo sobre as regras. Não é meu objetivo neste trabalho propor ou defender uma dessas teses de maneira detalhada, mas as apresentarei sucintamente, bem como direi esquematicamente porque o particularismo sensível colapsa no ceticismo sobre as regras. O propósito por trás dessa exposição é somente fornecer ao leitor um panorama teórico de alternativas ao modelo raziano.

¹⁶¹ Ver também Gans (1986, p. 381-382).

¹⁶² Tomo o termo de empréstimo de Marcondes e Struchiner (2015, p.169).

A primeira alternativa é a tese do formalismo moderado¹⁶³. Trata-se da posição advogada por Frederick Schauer. Para este autor, a teoria de Raz “(...) está em contradição com minha [sua] explicação da forma como regras podem ser derrotadas (*overriden*) mesmo dentro de seu escopo não cancelado, por recurso aos próprios fatos cuja consideração a regra aparentemente exclui” (SCHAUER, 1991, p. 89, tradução minha). Segundo ele, as regras visam simplificar o processo de tomada de decisão por serem mecanismos de generalização¹⁶⁴ das razões que temos (SCHAUER, 1991, p. 25-27)¹⁶⁵. Por exemplo, uma regra de proibição de carros no parque se justifica tendo em mente a segurança e comodidade dos pedestres. A generalização ocorre porque ela cobre carros esportivos, caminhonetes, jipes, etc. No entanto, a regra, por ser uma generalização, está sujeita a problemas de sobre-inclusão e sub-inclusão, ou seja, vai incluir coisas que não eram para ser incluídas (carrinhos de golfe, talvez) e excluir coisas que deveriam ser incluídas (motocicletas) (SCHAUER, 1991, p. 31-34).

Esses problemas de sobre e sub-inclusão, no entanto, podem ser menos prejudiciais do que os problemas que surgiriam dos erros praticados por aqueles que deveriam tomar decisões em cenário de ausência de regras (SCHAUER, 1991, p. 100-102). Schauer prega uma forma de análise comparativa em relação a demais modelos de tratamento das regras, e sua posição é pela plausibilidade relativa do formalismo moderado (SCHAUER, 1991, p. 152-153). O formalismo moderado recomenda que tratemos a aplicação das regras como nossa postura habitual, porém ao nos defrontarmos com consequências absurdas ou flagrantemente bizarras, devemos afastar a aplicação da regra e fazer aquilo que for o mais adequado. Em síntese, há uma presunção¹⁶⁶ em favor das regras, que pode ser afastada quando “as razões para afastar [a regra] forem percebidas pelo responsável pela decisão como particularmente fortes” (SCHAUER, 1991, p. 204, tradução minha).

A segunda alternativa ao modelo raziano consiste naquilo que Frederick Schauer chama de “particularismo sensível a regras” (*rule-sensitive particularism*). Segundo o autor, trata-se do modelo proposto por Gans e por Michael Moore (2000), que vem sendo o contraponto mais evidente aos argumentos razianos no decorrer deste capítulo. Essa

¹⁶³ Nesta parte, me apoio fortemente no panorama oferecido por Marcondes e Struchiner (2015, p. 165-170).

¹⁶⁴ Schauer explica o que entende por generalização em (1991, p. 18-23). A ideia básica é que generalizamos a partir de seleções e supressões de elementos.

¹⁶⁵ Estou citando Schauer no texto original, mas aponto que muitas das referências possuem tradução no excerto presente em Marcondes e Struchiner (2015).

¹⁶⁶ Schauer define presunção como “(...) only a way of describing a degree of strong but overridable priority within a normative universe in which conflicting norms might produce mutually exclusive results” (1991, p. 204).

alternativa trata as *regras enquanto regras*, mas isso não implica em um caráter exclusionário. A regra tem suas justificativas acessíveis para reflexão. Esse modelo almeja levar em conta as justificativas para ter uma regra enquanto tal, junto com as razões que fundamentaram a regra e todas as demais razões, na deliberação que justifica (ou não) sua manutenção. Em outras palavras, nessa alternativa, o tratamento de um determinado curso de ação como uma regra é também um fator a ser levado em consideração na reflexão do agente. No particularismo sensível a regras, nós reconhecemos seu papel, mas negamos às regras uma diferença qualitativa (SCHAUER, 1991, p. 97). Alguém poderia, inclusive, dizer que se trata de uma forma daquilo que Raz denominou dupla-contagem, porque temos as razões que fundamentam a regra e a própria regra como elementos em nosso balanço.

A terceira alternativa, mais radical, é a forma de ceticismo sobre as regras do anarquista que obedece ao direito (*law-abiding anarchist*). Nós temos razões para seguir regras, mas nenhuma dessas razões decorre do fato de *serem* regras. Trata-se de uma posição sintetizada no pensamento de Heidi Hurd:

(...) aqueles que buscam razões para seguir regras vão argumentar que eu não forneci a vocês nenhuma razão para seguir regras que considere especial o fato de que regras são regras. Tudo que eu disse a vocês é que devem evitar erro moral, evitar sua indução em outras pessoas, buscar coordenação quando esta for significativamente benéfica, honrar interesses de confiança, proteger a democracia e preservar a igualdade; e quando, como uma questão prática, regras os auxiliam a fazer o que você deveria em todo caso fazer, vocês devem seguir regras (HURD, 2005, p. 81, tradução minha).

Como disse anteriormente, arbitrar entre essas três alternativas não é o foco do capítulo, mas alguns comentários podem ser esclarecedores. Em primeiro lugar, as três teses não assumem que regras sejam razões exclusionárias ou absolutas, mas sim que existe apenas um nível de razões em nosso raciocínio prático. Em segundo lugar, apesar de as três teses concordarem que a decisão sobre o que devemos fazer é um reflexo das razões que possuímos “*all things considered*”, elas diferem na ênfase ou peso que atribuem às regras: o formalismo moderado assume uma postura *default* de aplicação das regras, enquanto que o particularismo sensível e o ceticismo são mais convidativos ao raciocínio sobre as fundamentações que dão origem às regras em todos os casos.

Acredito ser possível afirmar que quando olhamos para o que mais concretamente quer dizer o particularismo sensível ele colapsa no ceticismo sobre regras, que entendo a mais plausível entre essas duas opções (para efeitos deste trabalho, deixarei o formalismo moderado de lado). A diferença entre o particularismo sensível e o ceticismo se daria na

medida em que o particularismo sensível a regras leva em conta as justificativas para haver regras *enquanto tais* no balanço de razões¹⁶⁷. Essas justificativas fornecem motivos para que determinado predicado seja uma regra, são argumentos formais¹⁶⁸, ou aquilo que Schauer chamou de “justificações geradoras de regras”. O particularismo sensível leva em conta tanto as justificações substantivas, que são os motivos e razões de fundo (morais, políticas, prudenciais, etc) para haver uma regra, quanto justificativas formais, como certeza, confiança e previsibilidade (SCHAUER, 1991, p. 94-95)¹⁶⁹. Nas palavras de Schauer, no particularismo sensível a regras:

(...) o espectro completo de justificações da regra, agora incluindo a justificativa para simplesmente possuir uma regra, iria [poderia] indicar o mesmo resultado que o indicado pela regra em si, mesmo quando as justificações substantivas para a regra, sozinhas, teriam indicado um resultado diferente (...) [a] *própria existência e efeitos enquanto regras práticas (rules of thumb) se torna um fator na determinação sobre se a regra deve ser colocada de lado quando os resultados que ela indica divergem dos resultados indicados pela aplicação direta de suas justificativas substantivas* (1991, p. 96-97, tradução minha, destaques meus).

A diferença aparente é que o ceticismo de Hurd não admite as justificativas formais. Minha leitura, no entanto, é que essas justificativas formais são ininteligíveis sem apelo a argumentos substantivos que poderiam fundamentar a regra. Tomemos as justificativas formais que Schauer apresenta: certeza, confiança e previsibilidade não são valores em toda e qualquer situação, e em muitos casos podem inclusive não fazer qualquer diferença. A meu ver, certeza, confiança e previsibilidade contam como razões a favor da existência de uma regra apenas se auxiliarem a atingir algum outro fim que reputamos valioso. O que há de valioso nessas três justificativas formais na verdade pode ser mais bem capturado nas razões substantivas que Hurd aponta para seguirmos uma regra: (1) medo de erro moral pessoal, (2) medo de erros morais alheios, (3) demandas morais da democracia, (4) o valor da coordenação, (5) o valor da confiança, (6) o valor da igualdade (HURD, 2005, p. 76-80)¹⁷⁰. Importa perceber que *essas justificativas não fazem da regra enquanto regra uma razão*

¹⁶⁷ Em uma versão preliminar do texto, argumentava que o particularismo e o ceticismo eram posturas logicamente distintas. No entanto, após uma provocação de Noel Struchiner conclui que na realidade o particularismo acaba colapsando no ceticismo e que a suposta diferença é retórica.

¹⁶⁸ Tomo o termo “justificativas formais” neste contexto de empréstimo de Marcondes e Struchiner (2015, p. 168-169).

¹⁶⁹ Marcondes e Struchiner resumem o argumento da seguinte forma (2015, p. 169): “Em cada situação da decisão, o particularista sensível às regras vai recorrer não só às justificações substantivas almejadas pela regra (...) mas também às razões para ter a regra na forma de regra, que podem ser resumidas, para ele, em certeza, segurança e previsibilidade”.

¹⁷⁰ Foge ao escopo do presente trabalho discutir em detalhe cada uma dessas razões, se algumas delas colapsariam em outras, ou se haveria mais razões. Minha apresentação é por necessidade esquemática.

adicional para agir, são razões de primeira ordem que poderiam levar alguém a seguir a regra, *desde que* o balanço de razões aponte nesse sentido. Em poucas palavras, justificativas formais apenas fazem sentido se conectadas a justificativas substantivas.

Para melhor entendermos o que quero dizer, pensemos em um caso no qual o balanço de razões é incerto. Esse balanço considera as razões para agir contrariamente a regra e as seis razões para seguir regras apontadas acima, dentre outras coisas. Em primeiro lugar, o mero fato de haver uma regra não afeta o balanço de razões para agir, ele segue “empatado”, já que as razões para seguir a regra não foram conclusivas na deliberação. Quando olhamos para certeza, confiança e previsibilidade, temos que a certeza conta a favor da regra quando relacionada aos itens (1), (2), (4) e (5) da lista de Hurd, a confiança está capturada em (5) e previsibilidade em (2), (4) e (5). As justificativas formais não conseguem sozinhas marcar qualquer diferença relevante, porque são dependentes de justificativas substantivas para terem força, e no caso essas justificativas substantivas foram incapazes de resolver o dilema. Nas palavras de Hurd:

Mas no final, a racionalidade de seguir qualquer regra dada reside na confiança que o indivíduo tem de que ele está agindo de acordo com o balanço de razões para agir – incluindo as boas razões para seguir a regra – e não no fato de haver uma regra; e isso significa que se existem razões mais pesadas para quebrar a regra do que para obedecê-la, todas as razões para seguir a regra sendo consideradas, o fato de alguém estar quebrando uma regra não é mais significativa do que seria o quebrar de um graveto (HURD, 2005, p. 76, tradução minha).

Em casos de incerteza sobre como agir, o mero fato de haver uma regra não exerce a diferença que parecia exercer à primeira vista. Isso porque nossa incerteza nasceu da incapacidade das razões que temos para seguir regras em concluir o caso em seu favor ou da incapacidade das razões contra a regra em concluir a deliberação em seu desfavor. É difícil imaginar que papel considerações formais poderiam desempenhar se não estiverem amparadas por considerações substantivas. Pensemos no seguinte caso hipotético: Maria está grávida, mas não tem condições de criar a criança e está cogitando abortar. Ela tem grandes dúvidas sobre a moralidade¹⁷¹ ou não desse curso de ação. Sua angústia é sobre saber o que é a coisa certa a se fazer, sobre qual seria a escolha que permitiria uma vida eticamente mais responsável.

¹⁷¹ Estou utilizando os termos “moralidade” e “ética” como sinônimos na presente dissertação. Os termos, em filosofia moral, costumam ter significados distintos a depender do autor.

Quando uma amiga lhe diz que existe uma regra de direito que proíbe o aborto, vários elementos adicionais passam a figurar em seu raciocínio: o medo de ser punida, o remorso por não obedecer a lei enquanto tantas outras pessoas obedecem, as complicações que poderiam ocorrer em um aborto clandestino. Vamos supor, para não complicar desnecessariamente o exemplo, que essas três novas considerações sejam as únicas novidades (algumas ou todas das razões que Hurd aponta para o seguimento das regras poderiam entrar neste momento). Se mesmo com elas Maria permanecer em dúvida sobre o que fazer, razões formais para haver a regra não vão desempenhar qualquer papel para desempatar o dilema. Ao ver que Maria segue em dúvida, sua amiga poderia insistir: “Mas existe uma lei sobre isso que diz que você não pode”. Maria muito provavelmente responderia: “Sim, eu sei, mas eu já considerei as decorrências disso. Ter ou não a lei não diz nada sobre o que eu deveria fazer”^{172 173}.

4 – Implicações para o Positivismo Jurídico Raziano (I): Tese da Avaliação Moral

4.1 – Consequências da inexistência de razões exclusionárias

Relembremos que o positivismo raziano nega a tese da avaliação moral, ou seja, ele nega que haja necessidade de uma reflexão moral para se definir a importância de algum elemento em nossa explicação sobre o direito. Isso se relaciona com a tese das fontes sociais, que por sua vez estabelecia que a definição do que é o direito não depende de recurso a considerações morais.

¹⁷² Nossa psicologia filosófica é ainda mais complicada. Ao se deparar com essas três considerações adicionais, decorrentes de haver o direito estatal contra o aborto, algumas das considerações em favor do aborto poderiam se tornar mais fortes, de modo a permitir o “empate”. Por exemplo, considerações sobre autonomia sexual e liberdade reprodutiva, que antes ela achava moderadamente importantes, podem ser vistas, face uma possível visão da situação como intervenção indevida do Estado em sua vida, como mais relevantes, tornando assim o campo “pro-aborto” de seu balanço mais forte do que era inicialmente. Esse tipo de discussão foge aos meus propósitos aqui, mas merecia registro para garantir a plausibilidade do caso hipotético.

¹⁷³ Alguém poderia objetar que o exemplo é muito limitado para vindicar meu argumento, já que Maria, como cidadã, não tem a mesma posição institucional de um juiz ou legislador. Não creio que essa objeção esteja correta. Pensemos em um juiz de boa fé que se depara com uma regra injusta ou defeituosa. Para decidir, ele provavelmente deliberará sobre as razões substantivas para manter a regra ou afastá-la. As justificações formais de certeza, confiança e previsibilidade podem inclusive ser invocadas nominalmente (como costuma ocorrer com o “princípio da segurança jurídica”), mas o fato é que esses argumentos só fazem sentido se amparados em argumentos substantivos.

Para Raz, o direito “é composto simplesmente pelos standards que atingiram um certo estágio de maturação e endosso” (RAZ, 1995a, p. V) no processo de deliberação política em uma sociedade. A tese das fontes atua nesse contexto ao permitir que o direito funcione como mediador entre esse processo de deliberação política, no qual figuram todos os elementos e razões disponíveis aos agentes relevantes, e a sociedade. Novamente há aqui um argumento funcional: Raz é explícito em dizer que o direito não conseguiria desempenhar o papel mediador que lhe atribuímos se seu estabelecimento fosse tão difícil ou controverso quanto as razões de fundo nele refletidas (RAZ, 1995c, p. 234). O argumento de que o direito reivindica autoridade legítima garante a consistência da teoria raziana ao explicar as diretivas jurídicas como razões exclusionárias. Parece-me útil a síntese feita por Dworkin:

Ele [Raz] declara, primeiro, que é parte do próprio conceito de direito que o direito reivindique autoridade legítima sobre algum grupo; segundo, que essa reivindicação pressupõe que diretivas jurídicas são diretivas capazes de serem dotadas de autoridade; e terceiro, que nenhuma diretiva pode ser dotada de autoridade a não ser que o conteúdo dessa diretiva – o que ela requer que as pessoas façam – possa ser estabelecido sem recurso a quaisquer julgamentos (DWORKIN, 2006d, p. 199, tradução minha).

Em outras palavras, um fato social – que exclui a deliberação mais complexa – toma o lugar do conjunto de razões para agir que os indivíduos possuem. O direito cumpre uma função moral ao excluir a moralidade de seu âmbito de definição, com isso permitindo o adequado funcionamento social. A discussão que viemos travando neste capítulo implode essa estrutura teórica. Nas palavras de Dworkin, a tese da preempção, além do terceiro passo na reconstrução acima, é também “o coração de seu positivismo exclusivo [de Raz]” (2006d, p. 204, tradução minha).

Noam Gur apresenta duas situações – em certa medida discutidas indiretamente neste capítulo – que ilustram como razões exclusionárias no direito são implausíveis. A primeira destas situações consiste em uma diretiva jurídica claramente imoral (GUR, 2007, p. 168-169). Uma diretiva nos moldes de “execute os reféns inocentes de maneira brutal” seria ilustrativa do que Gur tem em mente. Essa situação se assemelha ao comando da mãe ao filho para não abrir a porta em nenhuma situação. O cidadão que se defronta com a diretiva imoral, assim como o filho no exemplo, precisa comparar o peso dela em relação ao seu balanço de razões. A réplica raziana a partir da ideia do escopo da razão não funcionaria, porque a própria definição do escopo demandaria uma reflexão “*all things considered*”.

A segunda situação consistiria no caso de uma diretiva que – em si – não é injusta, mas cuja aplicação em um determinado caso concreto produziria resultados claramente imorais. Trata-se de uma situação problemática, mas inevitável ao se lidar com regras, devido à generalidade de seus enunciados e orientação para aplicação futura (GUR, 2007, p. 169-170). É o tipo de situação que aparecia no exemplo mais simples da mãe e da criança. A mãe simplesmente diz para o filho não abrir a porta para estranhos, mas ocorre um incêndio e o filho precisa decidir se a diretiva se aplica ao bombeiro. Novamente a ideia do escopo da razão exclusionária seria o problema para a tese raziana, porque em sua definição nessas situações o agente comandado deve refletir sobre as razões que teria para seguir o comando e as razões que teria para desobedecê-lo, importando para dentro da reflexão todo o balanço de razões de primeira ordem¹⁷⁴.

Um exemplo jurídico ilustrativo desse segundo tipo de situação é o caso *Riggs v. Palmer*, também referido como caso *Elmer*, utilizado por Dworkin. Nesse caso, um jovem matara seu avô querendo com isso receber a herança que lhe era devida por testamento. Havia uma regra testamentária perfeitamente válida e pouco problemática, no entanto ela geraria resultados absurdos no caso concreto. O tribunal decidiu que apesar de o testamento em questão ter cumprido todas as formalidades, o jovem não poderia herdar. Na leitura de Dworkin, essa decisão é acertada porque o direito deveria ser interpretado à luz de princípios de moralidade política que o fundamentavam (DWORKIN, 2011c, p. 37-41)¹⁷⁵. A argumentação perdedora no caso defendia que não era papel do Judiciário ir contra o texto literal da lei, porque isso violaria a separação de poderes (em outras palavras, advogou por um formalismo decisório). Em síntese, a regra não foi tratada como uma razão exclusionária, porque foi contrastada com (ou interpretada à luz de) outras razões.

Sem o aparato das razões exclusionárias, a tese das fontes sociais não pode mais funcionar como no modelo raziano, já que nenhuma razão é excluída do raciocínio prático dos agentes. Ao não poder fazê-lo, a própria definição do que é o direito passa a poder, ao menos potencialmente, contar com elementos morais e políticos. Não existe um fato social “bruto” externo às razões de primeira ordem dos indivíduos que possa excluí-las a partir de sua autoridade. É importante voltarmos ao dilema da autoridade que exploramos no capítulo anterior para tornar o ponto mais claro. Sem razões exclusionárias como modo de funcionamento das diretivas da autoridade, o conflito potencial entre autoridade e

¹⁷⁴ Ver também Waldron (2013, p. 22-26).

¹⁷⁵ Ver também Dworkin (1986; 1994; 2006a).

racionalidade ou moralidade ressurge. A diretiva volta a demandar uma interpretação em relação às razões outras que os agentes possuem e a potencialmente colidir com seu balanço¹⁷⁶. A afirmação raziana de que é da natureza do direito que ele reivindique autoridade legítima se torna um cavalo de Tróia. Ao reivindicar essa autoridade, o direito passa a demandar continuamente uma avaliação moral graças ao balanço de razões de primeira ordem que os agentes possuem. No quarto capítulo, retornaremos a esse ponto ao analisarmos como a teoria da autoridade legítima de Raz, fundada na justificação normal, é inconsistente com a tese da preempção e como essa inconsistência leva a concepções divergentes de autoridade.

4.2- Raciocínio Jurídico e Autonomia¹⁷⁷

Antes de apresentar um esquema conceitual alternativo à tese da preempção, devemos perceber que se hipoteticamente razões exclusionárias forem plausíveis, elas não seriam uma boa explicação do raciocínio jurídico. O exemplo de Maria, com o qual concluí a seção anterior, demonstra como não tratamos sequer as leis que entendemos como perfeitamente válidas (e mesmo justas ou legítimas) da forma pressuposta por Raz para que sua teoria tenha poder explicativo. No primeiro capítulo, vimos o exemplo dworkiniano da suspensão do habeas corpus promovida por Lincoln. O caso era o seguinte: a constituição americana não permitia ao presidente sozinho suspender o HC. No entanto, ele o fez mesmo assim. A maioria dos comentadores reconhece que Lincoln agiu ilegalmente, mas de maneira moralmente justificável. Também se reconhece que a ação ilegal do presidente não significou a perda da validade ou da autoridade da constituição (DWORKIN, 2006d, p. 209)¹⁷⁸. Caso as diretivas jurídicas fossem razões exclusionárias, esse caso seria ininteligível.

As complicações continuam. Raz afirma repetidamente que o funcionamento da autoridade por meio de razões exclusionárias é uma questão conceitual. Dworkin aponta que

¹⁷⁶ Isso é problemático para Raz, mas não necessariamente é para outros positivistas, como Jules Coleman ou Andrei Marmor. Não tenho condições de analisar tais autores nessa dissertação.

¹⁷⁷ Apesar de ser algo claro pelo contexto, destaco que o uso de “autonomia” aqui se refere à autonomia do raciocínio jurídico. No capítulo seguinte, discutirei o valor moral da autonomia individual, assunto totalmente diverso.

¹⁷⁸ Ehrenberg (2013) apresenta a ideia de “evil defenses” e de “gaps” no direito como casos nos quais a autoridade do direito não significaria uma afirmação de preempção. No caso de “evil defenses”: “To say that the law claims to preempt our contrary reasons but leaves open catch-all exceptions is to say that it provides no guidance whenever we find ourselves in a lesser-of-two evils situation. It seems to me to make more sense to say that before an exception is carved out, the law does provide guidance and allows us to reject that guidance in such situations. That is to say that it is not claiming to preempt our contrary reasons, since it is still allowing us to act upon them” (2013, p. 67).

um problema decorrente disso é que se algo é identificável por meio de raciocínio moral, esse algo não pode contar como direito para Raz. Haveria aí uma violação à tese das fontes, e o próprio direito não seria capaz de cumprir o papel que lhe é atribuído. No entanto, o direito é permeado de situações nas quais a reflexão moral é inevitável. Para ficarmos com dois exemplos, ideias como “devido processo legal” e “equidade” são dependentes de reflexão moral no caso concreto para sua definição mais precisa (DWORKIN, 2006d, p. 207-208). Nestes casos, ao que parece, haveria uma violação à tese das fontes e portanto a negação raziana da tese da avaliação moral não se sustentaria.

Raz não é ingênuo a ponto de não tentar absorver essas situações em sua teoria. Em seus primeiros trabalhos, ele fala em como o sistema jurídico é aberto, ou seja, trata-se de um sistema que possui normas capazes de conferir força vinculante a outras normas que são externas ao sistema (RAZ, 1990, p. 152-153). No mesmo sentido, ele também argumenta que durante a etapa deliberativa é possível a produção de decisões que permitem deliberações posteriores por parte dos órgãos executivos (RAZ, 1995b, p. 208)¹⁷⁹. Dispositivos como “equidade” e “devido processo legal”, portanto, seriam ferramentas para a incorporação de elementos “externos” ao direito. Dessa forma, a regra segundo a qual “ninguém será punido antes do devido processo legal” é definida pela tese das fontes sociais, sendo reconhecida como uma diretiva produzida na etapa deliberativa para aplicação na etapa executiva, e que permite o recurso – em seu enunciado – a considerações extra-jurídicas.

Caso a resposta raziana ficasse neste ponto, ela seria insatisfatória porque configuraria uma fuga em relação à boa parte das questões relevantes. Somente com isso, a tese das fontes sociais se converteria em alguma forma de “convencionalismo jurídico restritivo”. Para manter as considerações morais sobre “devido processo legal” e outros conceitos do tipo externas ao direito, a tese das fontes precisaria estabelecer que *apenas o enunciado explícito das leis e precedentes é direito* (DWORKIN, 1986, p. 124-125). Essa definição da tese das fontes implica dizer que todo o resto que não os enunciados explícitos é atividade discricionária dos aplicadores do direito. Essa formulação levanta uma pergunta: que razões teríamos para ficarmos com esse conceito de direito, em vez de algum outro que fosse mais capacitado para explicar aquilo que nós entendemos como jurídico? Esse conceito, afinal, não

¹⁷⁹ Ver também: “The point of the sources thesis is not that courts never rely on sourceless considerations, but rather that when doing so they are not relying on legally binding considerations but exercising their own discretion” (RAZ, 1979g, p. 59).

é uma boa representação do que nós muitas vezes chamamos de direito, e nem nos auxilia a compreendermos a nós mesmos.

Raz percebe que um conceito tão restritivo não faria jus às nossas experiências. Para expandi-lo, ele tenta englobar aquilo que chama de convenções de interpretação (*conventions of interpretation*) dentro da tese das fontes sociais. Por convenção de interpretação ele quer dizer um método de interpretar os dispositivos legais, sejam leis ou precedentes, que seja aceito convencionalmente pelos praticantes de direito em um determinado sistema jurídico¹⁸⁰ (RAZ, 2009e, p. 120-125). Esquemáticamente, teríamos uma tese das fontes sociais com o seguinte conteúdo: “conteúdos explícitos das leis e decisões judiciais + as regras de interpretação aceitas convencionalmente naquela comunidade”¹⁸¹.

Com essa leitura da tese das fontes em mãos, é importante perceber que para Raz a teoria do direito e a teoria da adjudicação são empreitadas distintas (1995b)¹⁸². A separação entre essas teorias permite ao autor manter a tese das fontes sociais e a negação da avaliação moral no âmbito de sua teoria do direito, mas simultaneamente aceitar que nos casos concretos os juízes e outros operadores do direito invariavelmente apelam para argumentos morais para decidir o que deve ser feito¹⁸³. Nas palavras do autor, o “raciocínio jurídico é uma instância do raciocínio moral. Doutrinas jurídicas são justificadas apenas se forem moralmente justificadas, e devem ser seguidas apenas se for moralmente correto fazê-lo” (RAZ, 1995e, p. 340)¹⁸⁴. Para isso, Raz distingue entre “raciocinar sobre o direito” (*reasoning about law*) e “raciocinar de acordo com o direito” (*reasoning according to law*). A primeira forma é definida pela tese das fontes sociais e busca definir o que é o direito, já a segunda

¹⁸⁰ Ver também Postema (2011, p. 380-385).

¹⁸¹ Ver também Dworkin (2006d, p. 210).

¹⁸² Vale conferir as palavras de Raz sobre teoria da adjudicação: “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 extra legal considerations have force and how much weight is due them, it is engaged with moral argument. When the doctrine of the nature of law is identified with a theory of adjudication, it becomes itself a moral theory” (RAZ, 1995b, p. 209).

¹⁸³ Ver também Raz: “(...) quite commonly courts have the discretion to modify legal rules, or to make exceptions to their applications, and where they have such discretion they ought to resort to moral reasoning to decide whether to use it and how. It follows that legal expertise and moral understanding and sensibility are thoroughly intermeshed in legal reasoning (...)” (RAZ, 1995e, p. 335).

¹⁸⁴ Ver também Raz (2009i, p. 4-5, rodapé omitido): “(...) legal discourse is moral discourse. Legal institutions take their activities to impose and enforce real, morally binding, rights and duties, and they refer to them in the usual normative language familiar from moral discourse. It does not follow that they are right to do so, that the legal standards they establish and enforce are morally binding. But it is not surprising that even those who believe that they are not morally binding use moral terminology in discussing the law. After all, they are dealing with powerful institutions which hold the standards to be legally binding. If they are to deal with them they have no choice (exceptional cases apart) but to address them on the supposition that their standards are really binding (ie morally binding). I have described elsewhere some of the features of what I called ‘detached’ discourse, and I do not return to the issue here”.

forma é uma reflexão moral sobre como o tribunal deve decidir o caso em mãos (RAZ, 1995e, p. 332-333)¹⁸⁵. Saber o que é o direito seria uma forma de “raciocínio sobre o direito”, decidir casos concretos em juízo seria “raciocinar de acordo com o direito”.

O preço que Raz paga por essa resposta mais satisfatória é a inconsistência. Em primeiro lugar, ele precisa de um argumento metodológico que permita distinguir entre teoria do direito (o que os filósofos fazem) e teoria da adjudicação (o que os operadores do direito fazem). Esse argumento é fornecido por sua visão sobre o papel da teoria do direito enquanto forma de análise conceitual preocupada com a apreensão da natureza do direito, discutiremos esse ponto no quinto capítulo.

Em segundo lugar – e mais relevante para a presente discussão – se Raz reconhece que uma teoria da adjudicação contém elementos morais, como conciliar esse reconhecimento com as regras de direito enquanto razões exclusionárias? Existem duas formas possíveis de conciliação. A primeira delas é aquela que Margaret Martin chama de tese da autonomia forte (*strong autonomy thesis*), que entende o caráter exclusionário das diretivas jurídicas como se aplicando tanto para os cidadãos quanto para os tribunais (MARTIN, 2014, p. 50). A segunda forma é chamada de tese da autonomia fraca (*weak autonomy thesis*), e estabelece que o direito funciona de maneira exclusionária apenas para os cidadãos (MARTIN, 2014, p. 58)¹⁸⁶.

A primeira forma parece ser a aposta de Raz em *Practical Reason and Norms* e como é perceptível pelo que viemos discutindo, foi descartado pelo autor em seus trabalhos posteriores¹⁸⁷. A tese da autonomia forte é empiricamente implausível. Considerações morais perpassam o raciocínio jurídico e os tribunais são chamados a decidir questões a partir da moralidade, e o próprio Raz reconhece isso (MARTIN, 2014, p. 40-43). A única forma de defendê-la seria tratá-la como uma tese normativa sobre como juízes deveriam decidir casos, como o convencionalista hipotético de Dworkin em *Law's Empire* (1986, p. 114-150)¹⁸⁸. Em outras palavras, a tese da autonomia forte tem problemas em explicar, dentro da metodologia positivista convencional (pretensamente neutra em termos de valores), o “raciocínio de acordo

¹⁸⁵ Ver também Postema (2011, p. 381-385).

¹⁸⁶ Na síntese de Martin: “Law is autonomous only in the weak sense according to Raz: legal norms are autonomous reasons for acting for those who are subject to the law, but not for judges who apply the law. Because the law is thought of as a set of factually identifiable norms, citizens are still able to identify the law and (at least potentially) treat any given legal norm as a pre-emptive reason for action. Inside of the courtroom judges are expected to appeal to moral argumentation” (MARTIN, 2014, p. 51).

¹⁸⁷ Martin (2014) faz uma análise comparativa entre os escritos do “jovem” Raz, de *Practical Reason and Norms*, e do Raz “maduro”, de *The Morality of Freedom* em diante. Não é meu objetivo nessa dissertação fazer o mesmo, ao menos não como foco de meu trabalho.

¹⁸⁸ Esse costuma ser o movimento de alguns positivistas normativos.

com o direito” que o próprio Raz reconhece como inescapável. Martin acerta ao dizer que Raz se tornaria um dworkiniano no método (mas não necessariamente nas conclusões mais substantivas) caso tentasse defender a tese da autonomia forte: essa tese significa dizer que a melhor interpretação do direito (no jargão de Dworkin, “*em sua melhor luz*”) é aquela que garante maior previsibilidade jurídica, ou seja, juízes decidiriam mal se tentassem sair do significado explícito ou convencional das proposições jurídicas (MARTIN, 2014, p. 29, 40-43). Seguir esse caminho custaria a Raz sua filiação ao positivismo metodológico e sua resposta negativa à tese da avaliação moral¹⁸⁹.

A tese da autonomia fraca apresenta uma visão mais precisa da forma como juízes e tribunais atuam, mas ao restringir o caráter exclusionário do direito aos cidadãos apenas, ela adquire um tipo diferente de ônus: se juízes refletem utilizando uma série de considerações além do “raciocínio sobre o direito”, por que cidadãos deveriam se restringir a essa forma de raciocínio? E mais importante para nós, por que teóricos do direito deveriam fazê-lo? Se juízes decidem casos apelando para considerações morais e políticas, “o cidadão é privado da motivação necessária para tratar normas jurídicas como razões preemptivas para suas ações” (MARTIN, 2014, p. 55, tradução minha). O cidadão e o filósofo – se quiserem saber o que é o direito – deverão compreender as justificativas que os tribunais apresentam. A tese da autonomia fraca coloca outro dilema para Raz, já que levada às últimas consequências, ele se tornaria um realista jurídico, muito mais próximo de Holmes do que de Hart (MARTIN, 2014, p. 55-56). Nas palavras de Martin:

Enquanto movemos adiante, não são regras, mas predições sobre como juízes podem decidir um caso (ou um rol de casos) que se tornam de importância central. Realistas jurídicos são, como comumente é dito, positivistas desapontados. Nós podemos ver como Raz se enquadra nessa categoria. Ele tentou demonstrar que juízes eram vinculados a regras, apenas para descobrir que juízes de valor fazem o trabalho real no processo de produção de decisões (MARTIN, 2014, p. 56, tradução minha).

Acredito que uma retomada do que fizemos até o momento é útil. Refutamos todos os argumentos de Raz em favor da existência das razões exclusionárias. Isso impede que a tese das fontes sociais desempenhe seu papel na teoria raziana. Além disso, vimos que a ideia de razões exclusionárias não desempenharia o papel esperado na teoria do direito, mesmo se fosse coerente. Raz se tornaria um convencionalista dworkiniano ou um realista jurídico ao

¹⁸⁹ Voltarei neste ponto na próxima sub-seção. Vale lembrar que estou desconsiderando nessa sub-seção todos os problemas relativos ao escopo das razões exclusionárias, para efeitos de argumentação.

tentar aplicar a ideia ao direito. Uma vez que tenhamos isso em mente, a relevância que a ideia de razões exclusionárias poderia ter para a filosofia do direito se perde¹⁹⁰.

4.3 – A alternativa de Dworkin para o raciocínio jurídico

Nesta sub-seção do capítulo, pretendo apresentar uma compreensão alternativa de como funciona o raciocínio jurídico, baseada na obra de Ronald Dworkin. O ponto de partida será a discussão de dois casos jurídicos apresentados em *Law's Empire* e *Justice in Robes*, respectivamente. O primeiro caso é *TVA v. Hill* (referido usualmente como caso Snail Darter). Nos anos 70, o Congresso americano aprovou uma legislação ambiental que protegia espécies ameaçadas de extinção. Surgiu então uma disputa judicial na Suprema Corte sobre se essa legislação impediria a conclusão das obras de uma barragem que destruiria o único habitat do snail darter, um pequeno peixe na região do Tennessee. A maioria do tribunal, seguindo o ministro presidente Warren Burger, impediu a conclusão da barragem de mais de cem milhões de dólares, sendo vencido o ministro Lewis Powell e mais um. Em termos mais específicos, Burger e Powell divergiram sobre como juízes deveriam decidir o que o direito demandava no caso concreto. Burger endossou uma visão segundo a qual juízes deveriam aplicar o significado imediato da lei, quando este estiver disponível, mesmo que isso gere consequências bizarras. Por outro lado, Powell argumentava que a melhor forma de se decidir o caso era evitando tais consequências, a menos que fosse comprovado que elas eram desejadas pelo legislador (DWORKIN, 1986, p. 20-23).

O segundo caso – fictício – é o da sra. Sorenson. Ela precisava tomar um medicamento, chamado “inventum”, para tratamento de seu reumatismo. Por muitos anos ela consumiu o remédio, produzido por diversos laboratórios, e acabou tendo lesões cardíacas graves como efeito colateral. Esse efeito colateral não era de conhecimento público, mas as empresas farmacêuticas que produziam o medicamento poderiam ter conhecimento dele. A sra. Sorenson foi à juízo, processando todas as empresas que produziam o “inventum”, uma vez que ela não conseguiria discriminar de quais companhias ela havia comprado. Foi estabelecida uma disputa judicial nos seguintes moldes: de um lado, as indústrias farmacêuticas alegavam, baseadas em princípios de responsabilidade civil consagrados no sistema jurídico, que o processo não tinha cabimento porque a reclamante não conseguia

¹⁹⁰ Existe um debate entre Raz e Gerald Postema sobre a autonomia do raciocínio jurídico. Sobre isso, ver Raz (2009h) e Postema (1999). Martin resenha ponto-a-ponto desse debate (2014, p. 151-180).

apontar um responsável pelo dano. De outro, a sra. Sorenson argumentava que cada empresa era responsável em termos proporcionais às suas participações no mercado (*market-share liability*). A divergência entre os lados está em como devemos interpretar a responsabilidade civil para resolver o caso (2006c, p. 143-145).

A metodologia de Dworkin busca oferecer uma devida compreensão sobre o tipo de desacordo que juízes e outros operadores do direito apresentam em situações como as apresentadas. Eles não estão divergindo sobre aspectos factuais nos casos. Não se tratam de desacordos empíricos (*empirical disagreements*), que ocorrem sobre fatos ou requisitos formais. As divergências são de natureza normativa, sobre como atribuir sentido, e qual sentido, ao material em mãos. No jargão dworkiniano, são desacordos teóricos (*theoretical disagreements*). Burger e Powell concordam que a lei de proteção ambiental é válida. No caso Sorensen, é consenso que houve o dano à requerente (DWORKIN, 1986, p. 4-6). Eles divergem sobre como interpretar o direito.

Para compreender essa divergência é necessário formar algumas ideias sobre o que vem a ser a própria interpretação. O que significa interpretar? Como sabemos a forma de se interpretar o material em mãos? Dworkin propõe uma teoria geral para a interpretação de práticas e conceitos sociais que denomina “interpretação construtiva” (*constructive interpretation*). Segundo o autor, é o tipo de interpretação que se dá tanto na literatura e nas artes quanto no direito. Em suas próprias palavras:

Grosseiramente, interpretação construtiva é uma questão de impor propósito a um objeto ou prática de modo a fazer dele(a) o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele(a) é tido(a) como pertencente. Não se segue, mesmo dessa explicação grosseira, que um interprete pode fazer da prática ou obra de arte qualquer coisa que ele quer que ela seja (...) A história ou forma de uma prática ou objeto restringe as interpretações disponíveis, apesar de que o caráter dessa restrição precise de explicação cuidadosa, como veremos. Interpretação criativa, na visão construtiva, é uma questão de interação entre propósito e objeto (DWORKIN, 1986, p. 52, tradução minha)¹⁹¹.

Dworkin dá um exemplo didático no ramo da crítica literária. O personagem Shylock, de *O Mercador de Veneza*, é passível de diferentes interpretações à luz de diferentes propósitos ou sentidos atribuídos à literatura. Um crítico marxista caricato, por exemplo,

¹⁹¹ Ver também: “Now, with that background I can offer this account of constructive interpretation. Constructive interpretation arises when people engage in a practice of this kind, which they all regard as serving a purpose or a point but disagree as to what, exactly, the purpose or point is. In that event, participants will regard the extension or range of application of the concepts that make up the practice as sensitive to, determined by, the point” (DWORKIN, 1994, p. 470).

poderia argumentar que o propósito da literatura é auxiliar na resistência e triunfo da classe operária. Ele leria Shylock como um personagem complexo, simultaneamente um opressor e uma vítima do capitalismo veneziano. Por sua vez, um crítico que vê o propósito da literatura como sendo o auxílio no progresso moral da humanidade leria Shylock de forma a enfatizar sua relação afetiva com Jessica, sua filha (DWORKIN, 1994, p. 472)¹⁹². Os críticos atribuem um propósito (um sentido ou valor)¹⁹³ à prática ou conceito em questão, de modo a apresentá-lo em sua melhor luz.

No caso do direito, percebemos que as divergências nos casos apresentados (Snail Darter, Sorenson e também *Riggs v. Palmer*) são desse tipo. Diferentes juízes atribuem diferentes propósitos (*points*) ao direito, e isso produz interpretações distintas. Em *Law's Empire*, Dworkin se vale da distinção entre conceito (*concept*) e concepção (*conception*) para tornar este ponto mais claro. Por conceito, ele se refere às ideias mais abstratas que são reconhecidas pelos engajados na interpretação como sendo seu objeto. O conceito agrega os materiais que figuram de forma pacífica nas diversas interpretações mais concretas. São essas interpretações mais concretas, que surgem a partir da imposição de um propósito ou valor, que Dworkin designa concepções (DWORKIN, 1986, p. 70-72)¹⁹⁴.

A ideia de conceito funciona como uma condicionante, impedindo a atribuição de qualquer propósito que o intérprete deseje aos materiais agregados sob sua extensão, mesmo quando não dispomos sequer de uma formulação clara do conceito. Isso é bastante evidente no caso das teorias da justiça. Não existe um conceito bem definido sobre o qual diferentes concepções são construídas, no entanto, nós reconhecemos que uma teoria da justiça que estabeleça como seu propósito a produção do maior número de poesias possíveis não é uma teoria *da justiça*. A história ou forma daquilo que interpretamos restringe o rol de interpretações disponíveis, a interpretação “deve se adequar (*must fit*) o suficiente para que o intérprete seja capaz de se ver como interpretando aquela prática [em questão], não inventando uma nova” (DWORKIN, 1986, p. 66, tradução minha).

Voltemos ao dilema de Raz com o qual concluí a sub-seção anterior. Vimos que a tese da autonomia forte não faz justiça aos casos concretos, ao menos enquanto tentativa de mera *descrição* do que ocorre. No entanto, Raz poderia manter essa tese ao se tornar um

¹⁹² Ver também Dworkin (1986, p. 55-56).

¹⁹³ O termo original utilizado por Dworkin é “*point*”. Optei por traduzir como “propósito”. O próprio autor às vezes se refere ao “*point*” como “sentido” (*meaning*), “propósito” (*point*) ou “valor” (*value*).

¹⁹⁴ Ver também Dworkin (1986, p. 88-89).

dworkiniano no método. Isso significaria argumentar normativamente, atribuir um propósito ao direito e interpretar construtivamente. Que tipos de propósitos ou valores poderiam ser atribuídos ao direito? A discussão do parágrafo anterior nos ajuda a perceber que certos propósitos não podem ser atribuídos, como aqueles de cunho meramente estético. Um juiz não poderia resolver um caso judicial buscando produzir o mais belo soneto de todos os tempos na decisão, por exemplo¹⁹⁵. O propósito atribuído ao direito deve fazer sentido das características paradigmáticas dessa forma de atividade, dos elementos que qualquer interpretação plausível precisa considerar (*must fit*) (DWORKIN, 1986, p. 72). Desviando ligeiramente da formulação canônica de Dworkin, gostaria de sugerir que é paradigmático do nosso conceito de direito que ele pretenda ser legítimo, que ele almeje ser uma forma justificada politicamente de coerção estatal¹⁹⁶. Esse elemento paradigmático demanda que o tipo de propósito atribuído ao direito seja uma questão de moralidade política e legitimidade.

O convencionalista hipotético de Dworkin entende que o propósito do direito é garantir justiça procedimental e previsibilidade social (DWORKIN, 1986, p. 95), elementos que estão presentes em uma discussão sobre legitimidade. Trata-se de um propósito que o Raz de *Practical Reason and Norms* poderia endossar. Essa posição o levaria a defender respostas concretas em ambos os casos judiciais que discutimos: concordando com Burger no *Snail Darter* e com o argumento das empresas farmacêuticas em *Sorenson*, uma vez que seriam essas as decisões capazes de promover previsibilidade e justiça procedimental. Nessa concepção, o propósito do direito é garantido pela tese das fontes sociais, porque ela evita que os operadores do direito tenham de debater questões morais controversas (DWORKIN, 1994, p. 471). A separação entre teoria do direito e teoria da adjudicação deixa de ser viável, já que o propósito atribuído ao direito estabelece também uma “forma correta” de se decidir os casos concretos. Em outras palavras, nós deveríamos endossar a tese das fontes porque ela promove valores que (podemos) reputar como importantes, não por ela ser uma verdade conceitual neutra em termos de valor.

¹⁹⁵ Ainda que bizarramente existam decisões judiciais que foram escritas na forma de poema, usualmente de mau gosto. Por exemplo: PROCESSO 5030866-83.2013.827.2729 4ª VARA CÍVEL (Comarca de Palmas).

¹⁹⁶ O próprio Dworkin adota uma formulação parecida com esta como um conceito “provisório” para organizar as três concepções rivais de direito que analisa em *Law’s Empire*: “Law insists that force not be used or withheld, no matter how useful that would be to ends in view, no matter how beneficial or noble these ends, except as licensed or required by individual rights and responsibilities flowing from past political decisions about when collective force is justified” (DWORKIN, 1986, p. 93). O ligeiro desvio que promovi é a omissão à ideia de direitos e responsabilidades individuais, em uma tentativa de formular um conceito mais geral.

Podemos explicar também a segunda alternativa do dilema. O Raz realista poderia ser retraduzido como algum tipo de pragmatista em termos dworkinianos¹⁹⁷. Ele difere do Raz “convencionalista” por atribuir um propósito diferente ao direito. O propósito atribuído seria a busca por justiça concreta tanto para o caso em mãos quanto para os futuros, em detrimento de uma busca por estabilidade e previsibilidade (DWORKIN, 1986, p. 95). Juízes deveriam, portanto, decidir “raciocinando de acordo com o direito”, e não apenas “sobre o direito”. Dentro deste quadro, a divergência entre as duas variantes do Raz dworkiniano e o próprio Dworkin é um desacordo teórico: eles divergiram (entre si e com Dworkin) sobre qual é o propósito ou valor do direito, sendo que o próprio conceito de direito convida uma reflexão sobre legitimidade¹⁹⁸.

4.4 – Avaliação Moral e Arquimedeanismo: balanço provisório

A conclusão mais evidente da discussão no capítulo é que sem razões exclusionárias, a tese das fontes não é capaz de funcionar da maneira estipulada por Raz. Caso a metodologia dworkiniana apresentada acima seja plausível, seguem-se duas conclusões adicionais. A primeira delas é que a avaliação moral, ou seja, a resposta à primeira pergunta de Dickson, torna-se positiva: definir o que é o direito demanda que o avaliemos moralmente. Como ilustrado no desacordo entre o Raz realista (ou convencionalista) e Dworkin, o debate se daria ao redor do propósito ou valor que intérpretes enxergam no direito como um todo. A tese da preempção era importante porque evitava esse colapso dos argumentos razianos positivistas em argumentos razianos interpretativistas, para usar o termo dworkiniano. A tese das fontes desempenhava, via razões exclusionárias, uma função moral ao excluir a moralidade da definição do direito. Como isso não ocorre, nós não temos o luxo de poder definir o que é o direito sem nos envolvermos em controvérsias morais e políticas.

A segunda conclusão é que o arquimedeanismo nos moldes razianos é impossível. O arquimedeanismo, a crença na possibilidade de se estabelecer juízos externos à própria prática, não é uma opção disponível uma vez que para definir o que é o direito é necessário o engajamento argumentativo. O Raz convencionalista e o Raz realista são ambos engajados nesse sentido. Eles atribuem um propósito ao direito e tentam interpretá-lo nos moldes

¹⁹⁷ À rigor, isso não seria necessário para a teoria do Raz realista. Como vimos, o ônus dele é de tipo diferente do Raz dworkiniano de *Practical Reason and Norms*. No entanto, é importante notar que ele poderia ser explicado pela teoria dworkiniana apresentada nessa sub-seção.

¹⁹⁸ No capítulo seguinte voltarei a discutir a relação entre direito e legitimidade.

dworkinianos. Isso significa que suas teorias sobre o que é o direito impactam as decisões que um juiz deveria tomar. O Raz convencionalista, ao atribuir como propósito do direito o valor da justiça procedimental e da estabilidade, se aliaria à Burger, concordaria com o argumento das empresas farmacêuticas e concordaria com a herança do herdeiro assassino. Por outro lado, o Raz realista poderia buscar as decisões que melhor fomentam os valores de justiça concreta naqueles casos.

As razões exclusionárias permitiam a Raz a distinção entre dois níveis de investigação, porque tornavam plausível a distinção entre raciocinar “sobre o direito” e raciocinar de “acordo com o direito”. Quando reconhecemos a inexistência dessas razões (ou ao menos sua inexistência no direito), somos levados a concluir também que não faz sentido distinguir questões de interpretação do direito de questões de definição conceitual. Nas palavras de Dworkin, “a teoria do direito é a parte geral da adjudicação, o prólogo silencioso de qualquer decisão judicial” (DWORKIN, 1986, p. 90, tradução minha). Em outras palavras, sem uma distinção qualitativa nos tipos de razão, a teoria do direito e a adjudicação se tornam um mesmo tipo de operação, variando apenas no nível de abstração. O propósito ou valor que atribuímos ao interpretar definem também o que conta como uma boa decisão.

CAPÍTULO 4

ANÁLISE DA TESE DA JUSTIFICAÇÃO NORMAL – O DIREITO E SUA LEGITIMIDADE

1 – Introdução: recapitulação da tese da justificação normal

No capítulo anterior, concluí que razões exclusionárias ou não existem ou não exercem um papel relevante no direito. Nosso balanço de razões não é dividido em razões de primeira e segunda ordem. Desse modo, as diretivas da autoridade devem figurar junto às demais razões que temos. Essa conclusão tornava inviável a tese da preempção, que estabelecia o funcionamento da autoridade legítima. Isso implicava a necessidade de levarmos em conta considerações morais para sabermos o que é o direito, bem como a impossibilidade de uma distinção qualitativa entre teoria do direito e teoria da adjudicação, já que as razões morais que Raz entendia pertencentes apenas à adjudicação também permeariam a reflexão filosófica. A teoria do direito era, conseqüentemente, um “prólogo silencioso” de qualquer decisão judicial, conforme Dworkin havia afirmado.

Joseph Raz havia estabelecido uma teoria da autoridade legítima, consistente na tese da justificação normal. Vale lembrar nesta introdução a distinção entre autoridade *de facto* e autoridade legítima: a autoridade *de facto* consiste na mera capacidade de exercer poder, trata-se de um “fato”, já a autoridade legítima é aquilo que a autoridade *de facto* afirma possuir, caso queira ser distinta da mera imposição da força, trata-se de uma condição de inteligibilidade das autoridades. Conforme expus no segundo capítulo, explicar a autoridade *de facto* demanda que nos atentemos ao fato dela afirmar ter autoridade legítima (RAZ, 1979c, p. 28-30)¹⁹⁹.

¹⁹⁹ É importante perceber que Raz mantém a distinção entre autoridade *de facto* e autoridade legítima em seus textos mais recentes: “In our common use of the concept of authority, power and the right to it intermingle. Any attempt to separate them is bound to be somewhat artificial. Yet it must be made, for they seem to be interrelated in some systematic way, which invites describing their distinctive contributions to the concept of authority. My suggestion was that even the notion of a mere *de facto* authority (i.e. one that exercises power over its subjects,

Segundo a justificação normal, é legítima a autoridade que auxilia seus sujeitos a melhor seguirem as razões que já se aplicavam a eles anteriormente. Nas palavras do autor:

(...) a maneira normal de se estabelecer que uma pessoa tem autoridade sobre outra envolve demonstrar que o sujeito [à autoridade] mais provavelmente irá seguir as razões que se aplicam a ele (razões outras além das diretivas que aspiram ser dotadas de autoridade) se ele aceitar as diretivas da aspirante à autoridade como vinculantes e tentar segui-las, em vez de tentar seguir as razões que se aplicam a ele diretamente (RAZ, 1986a, p. 53).

Na próxima seção do presente capítulo analisarei três problemas internos ao pensamento raziano. O primeiro problema é um ponto pouco elaborado tanto pelo próprio Raz quanto pela literatura secundária, a saber, o que significa a “razão correta” (*right reason*) a qual a justificação normal se refere, quais seriam, afinal, as razões sobre as quais a autoridade deliberaria melhor do que seus próprios sujeitos. Segundo Raz, vale lembrar, “uma autoridade é justificada, de acordo com a tesa da justificação normal, se for mais provável dela seguir *as razões corretas* do que seus subordinados” (RAZ, 1986a, p. 61, destaque meu)²⁰⁰. Conforme mostrarei, é possível manter a teoria raziana coerente quando nos voltamos para o que o autor diz sobre o valor da autonomia. O segundo problema é a contradição que existe entre a tese da justificação normal e a tese da preempção. Cada uma dessas teses leva a uma concepção distinta de autoridade legítima, de modo que não é possível defender ambas simultaneamente. Isso, a meu ver, é um golpe poderoso contra a arquitetura da teoria raziana, mas como já descartamos a preempção no capítulo anterior, vou dedicar a investigação subsequente no capítulo apenas à justificação normal. O terceiro problema diz respeito ao alcance da autoridade legítima. A análise da legitimidade deve ser feita para cada diretiva da autoridade, para algum conjunto específico de diretivas, ou para o direito como um todo? Trata-se de um ponto no qual Raz é ambíguo, mas que possui implicações relevantes.

Na terceira seção do capítulo apontarei que a justificação normal é um, dentre outros, possíveis conceitos de autoridade legítima, que compete com argumentos como a teoria de

but lacks the right to it) involves that of legitimacy. 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” (RAZ, 2009f, p. 128, rodapé omitido).

²⁰⁰ Ver também Raz (1986a, p. 79, destaque meu): “Even assuming complete good will and unimpeachable moral convictions, inefficiency, ignorance and other ordinary facts of life will lead to objectionable laws being passed. Even so it may be that regarding each individual, *he is less likely successfully to follow right reasons which apply to him anyway if left to himself than if he always obeys the directives of a just government including those which are morally reprehensible*”. A ideia de “razão correta” permeia todo o texto de *The Morality of Freedom*, como podemos ver também em Raz (1986a, p. 262, destaque meu): “But the authority is a legitimate one, and the legal rights it decreed are (morally) valid, only if recognizing its decree is likely to improve *one’s conformity with right reason*.”

Waldron sobre o direito como conquista moral e a teoria da integridade de Dworkin (ambas serão explicadas no decorrer do capítulo). Teorias da autoridade legítima são em parte morais e em parte descritivas, de modo que a competição entre essas interpretações sobre a autoridade legítima é um campo da filosofia política, e como tal, busca fazer sentido de nossas práticas e conceitos políticos. Argumentarei que as diferentes teorias da autoridade apresentadas implicarão distintas visões sobre o direito. Em especial, a justificação normal desvinculada da preempção vai levar a uma teoria do direito antipositivista²⁰¹, porque demandará um exercício constante de julgamento moral sobre o desempenho da autoridade²⁰².

Combinados os argumentos das seções 2 e 3, a seção 4 concluirá que a resposta de Raz para a questão sobre a justificação moral, se “para poder compreender o direito adequadamente, o teórico do direito precisa afirmar que o direito é um fenômeno moralmente justificado” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha), não pode ser defendida da forma como o autor o faz. Raz argumentava que o direito poderia falhar em atingir o seu ideal de legitimidade (a justificação normal), que bastaria apenas a reivindicação de autoridade legítima para o direito ser direito. Isso lhe permitia responder negativamente à pergunta de Dickson: a devida compreensão do direito não demanda que ele seja visto como um fenômeno moralmente justificável (RAZ, 2009e, p. 111-113). Porém, conforme tentarei mostrar, a depender da teoria da autoridade adotada, a resposta para a justificação moral será positiva. O presente capítulo segue uma estratégia distinta do anterior. Se no terceiro capítulo pretendi mostrar por que a tese da preempção está equivocada, neste procurarei mostrar essencialmente um *non sequitur*. Da melhor compreensão dos próprios argumentos razianos não decorrem suas conclusões.

2 – Problemas Internos

²⁰¹ Caso entendamos o positivismo como a adoção da tese das fontes sociais e da tese da separabilidade entre direito e moral.

²⁰² Para Raz, isso será problemático, já que “usualmente parece que Raz é um positivista jurídico exclusivo precisamente por causa da natureza da autoridade” (MIAN, 2002, p. 99, tradução minha). Vale lembrar que o próprio Raz é ambíguo com sua denominação como positivista, já que reconhece que existem conexões necessárias entre direito e moralidade, apesar delas não serem como o jusnaturalismo usualmente as concebe. Cf. Raz (2009g, p. 179-180).

2.1 – A ideia de razão correta: Raz e Direito Natural

Qual é a *autoridade* que a autoridade possui para afirmar ser melhor do que eu para dirigir minhas ações de acordo com as razões que já se aplicavam a mim? Isso não é algo trivial. Raz repetidamente afirma que a autoridade se legitima a partir de sua conformidade de nos fazer agir de acordo com a razão correta (*right reason*) (RAZ, 1886a, p. 61; 262). No entanto, a ideia de razão correta como fonte de legitimidade é um dos elementos mais característicos das teorias do Direito Natural (ORREGO, 2005, p. 318). Nas palavras de um tomista:

(...) Joseph Raz [está] escrevendo em uma tradição dominada, até H.L.A. Hart, por explicações de normas baseadas na vontade (Kelsen, Austin, Bentham, Hobbes, etc), [ele visa] explicar conceitos normativos em termos de razões, em vez de baseá-los na vontade humana que era o usual até o século XX. Neste contexto, sua concepção da autoridade como serviço é de fato uma revolução. De outro lado, no entanto, nós temos a tradição platônica, aristotélica e tomista da teoria do direito natural, tão poderosamente revitalizada pelo livro que comemoramos. De acordo com essa tradição, a razão é a fonte da autoridade. *A autoridade pode ser atribuída à vontade de um superior apenas se essa vontade for regulada pela razão* (ORREGO, 2005, p. 318, tradução minha, destaque meu).

A questão de nomenclaturas, em si, não é relevante. Dizer que Raz é um jusnaturalista por causa de sua teoria da autoridade não significa muita coisa. No entanto, uma vez que tenhamos em mente a inviabilidade da tese da preempção, alguns problemas concretos surgem. Sabemos agora que o sujeito delibera moralmente sobre as razões que fundamentam as diretivas da autoridade. A autoridade como serviço (e em especial a justificação normal), nesse novo contexto, se tornaria uma teoria excessivamente magra. Seu enunciado não é diferente de, para usar o exemplo de Orrego, afirmar que o suicídio é bom se houver boas razões para isso: responder que o suicídio é moralmente recomendável quando existem razões morais que o recomendam é uma tautologia (ORREGO, 2005, p. 323). Da mesma forma, dizer que a autoridade é legítima quando se adequa às razões corretas não nos diz nada. A questão que se abre para nós, portanto, é sobre quais seriam as razões corretas capazes de legitimar a autoridade do direito, se é que alguma é capaz disso.

A crítica de Orrego está, na melhor das hipóteses, mal direcionada. Segundo Raz, o propósito de uma teoria geral da autoridade é estabelecer qual é o caso no qual algo ou alguém é capaz de exercer autoridade legítima sobre outros. Não é necessário, ainda nesse estágio, dizer quem tem autoridade em situações concretas, se é que alguém tem (RAZ, 2009f, p. 136). Quando Raz postula a justificação normal como sendo a situação na qual as diretivas

da autoridade são melhores guias para agir de acordo com as razões corretas do que o julgamento individual do sujeito à autoridade, ele está propondo algo geral nestes termos. É uma teoria que pretende explicar em termos gerais a legitimidade. A “magreza” da teoria, aqui, é uma virtude. Ela pode explicar tanto a autoridade dos pais quanto a autoridade religiosa ou a autoridade do Estado.

Feito o esclarecimento, é possível mesmo assim ler a tese da justificação normal como menos magra do que a interpretação de Orrego, ou seja, podemos ver como ela se aplica no caso da autoridade do Estado ou do direito em termos mais concretos. Isso decorre, a meu ver, da maneira como Raz apresenta a autonomia como um valor. A autonomia está ligada com o que vem a ser agir de acordo com as razões que se aplicam ao indivíduo, como explicarei em breve. A justificação da autoridade *política* no modelo raziano pode ser decorrente de uma adequada compreensão desse valor, ou seja, a autoridade legítima estaria justificada porque auxiliaria os cidadãos a serem autônomos²⁰³. Autonomia, para Raz, é:

(...) as pessoas serem capazes de tomar suas próprias decisões. *A pessoa autônoma é (em parte) autora de sua própria vida. O ideal da autonomia pessoal é a visão de a pessoa controlar, em algum grau, seu próprio destino, elaborando-o por meio de decisões sucessivas no decorrer de suas vidas* (RAZ, 1986a, p. 369, tradução minha, destaque meu).

Colocado dessa forma, o ideal da autonomia está enraizado firmemente em nossas convicções contemporâneas, ao menos no Ocidente. Não se confunde com uma busca por unidade a qualquer preço, já que uma pessoa autônoma é aquela que tem capacidade de decidir para si o que ela almeja e de perseguir essas metas com algum grau de sucesso, e isso não necessariamente é idêntico a manter as mesmas ideias ao longo da vida. A autonomia também demanda algum grau de consciência das escolhas feitas. O agente autônomo não age mecanicamente, sem refletir o impacto das decisões que toma em sua vida. Finalmente, o agente precisa ser capaz de escolher entre as opções que entende valiosas sem medo de coerção (RAZ, 1986a, p. 370-371). A essas características gerais, Raz acrescenta três condições necessárias para haver autonomia: (I) *habilidades mentais apropriadas* para formar as intenções pertinentes e ser capaz de planejar a execução de suas metas; (II) uma *quantidade adequada de opções* para escolher de maneira significativa, e não apenas de um ponto de vista formal; e (III) *ser independente* para poder escolher, livre da coerção ou manipulação de terceiros (RAZ, 1986a, p. 372-373).

²⁰³ O que significa, evidentemente, que não estou falando dos casos não políticos de autoridade legítima.

Autonomia, enquanto um valor, não é a mesma coisa que fazer o que bem entender de maneira inconsequente, mas sim uma forma consciente de condução da vida. Ela demanda que sejamos capazes de agir de acordo com as razões que se aplicam a nós e que reconhecemos como válidas²⁰⁴. Uma pessoa delirante (ou em crise de abstinência de uma droga) pode estar em condições de agir de uma forma ou de outra, mas certamente tem sua autonomia comprometida. Dessa forma, na medida em que a autoridade legitimada pela justificação normal nos auxilia a agir de acordo com as razões que já se aplicavam a nós independentemente, ela nos auxilia a agir autonomamente (RAZ, 2009f, p. 139-140)²⁰⁵. É esclarecedor trazer as palavras do próprio Raz:

Ao postular que autoridades são legítimas apenas se suas diretivas permitirem aos seus sujeitos uma melhor conformação à razão, nós vemos a autoridade pelo que ela é: não uma negação da capacidade das pessoas para ação racional, mas simplesmente um mecanismo, um método, por meio do qual as pessoas podem atingir o objetivo (*telos*) de sua capacidade para ação racional, ainda que não por seu uso direto. Essa forma de compreender as questões é reforçada pelo fato de que ao seguir a autoridade, assim como ao seguir um conselho, ou ser guiado por quaisquer mecanismos técnicos, a auto-determinação essencial (*ultimate self-reliance*) do indivíduo é preservada, porque é o julgamento do próprio indivíduo que o condiciona a reconhecer a autoridade de outro (...) (RAZ, 2009f, p. 140, tradução minha)

²⁰⁶

²⁰⁴ Ver Raz (1896a, p. 381, destaque meu): “*Autonomy is valuable only if exercised in pursuit of the good. The ideal of autonomy requires only the availability of morally acceptable options. This may sound a very rigoristic moral view, which it is not. A moral theory which recognizes the value of autonomy inevitably upholds a pluralistic view. It admits the value of a large number of greatly differing pursuits among which individuals are free to choose*”.

²⁰⁵ Ver o que o próprio Raz diz (2009f, p. 139, rodapé omitido): “Part of the answer to the moral challenge to all authority is in the first condition, which says that authority can be legitimate if conformity with it improves one’s conformity with reason. It provides the key to the justification of authority: authority helps our rational capacity whose function is to secure conformity with reason. It allows our rational capacity to achieve its purpose more successfully. These observations express a way of understanding our general capacity to guide our conduct (and our life more broadly) by our own judgement. The point of this general capacity is to enable us to conform to the reasons that confront us at any given time. It is conformity achieved by the exercise of one’s judgement. We value the ability to exercise one’s judgement and to rely on it in action, but it is a capacity we value because of its purpose, which is, by its very nature, to secure conformity with reason”. Ver também Timothy Endicott (2007, p. 17): “Insofar as an authority provides the service that Raz describes, deference to the authority can be an exercise of autonomy. It is so if the subject exercises judgment as to the authority’s jurisdiction, and as to the scope of the directive, and as to the effect of unexcluded considerations”.

²⁰⁶ Em adição a isso: “Clearly, sometimes it is more important that we should decide for ourselves than that we should decide correctly. (...) So our first condition of legitimacy has to be supplemented with a second, to the effect that governments can have legitimate authority only over matters regarding which acting according to right reason is more important than deciding for oneself how to act. (...) Government within the bounds set by the two conditions of legitimacy is consistent with the autonomy of its subjects” (RAZ, 1995f, p. 365-366). Ver também Brian Bix (2005, p. 311): “Raz argues (here I summarize a detailed argument in general terms) that we are justified in subjecting our will and judgment to another when (1) we are more likely to do the right thing by doing so than we are by deciding for ourselves; and (2) this is not a matter for which there are special reasons making it important that we decide for ourselves.”

Em síntese, a justificação normal da autoridade nos auxilia a agir de maneira autônoma. O próprio Orrego elogia Raz por ter reconciliado as ideias de autoridade e autonomia (ORREGO, 2005, p. 320-321), mas não leva a sério o que significou essa reconciliação²⁰⁷. No tocante à autoridade política a teoria raziana tem muito mais a dizer do que dá a entender a comparação com o exemplo do suicídio, porque existe (ao menos) um tipo de razões mais concretas que a autoridade deve atingir, que são aquelas que nos auxiliam a agir de maneira autônoma. Ainda que *talvez* já estejamos longe do positivismo jurídico como usualmente concebido, certamente não estamos às portas do direito natural (MARTIN, 2014, p. 9). Raz não precisa se tornar John Finnis para defender sua teoria da autoridade²⁰⁸. Reverter essa interpretação da justificação normal demandaria uma crítica à forma como Raz entende autonomia, algo que está fora do objeto da presente dissertação. Para efeitos do que pretendo argumentar, vou assumir essa interpretação como correta, para testá-la contra outros argumentos²⁰⁹.

2.2 – Tensão entre Preempção e Justificação Normal: divergências metodológicas

Conforme acabei de demonstrar, a tese da justificação normal pode ter um conteúdo mais concreto a partir da ideia de autonomia. No entanto, existem dificuldades devido à incompatibilidade entre preempção e justificação normal. Nós já descartamos a primeira dessas duas teses, mas é relevante ver como Raz não poderia manter ambas dentro de uma mesma teoria da autoridade (MARTIN, 2014, p. 79). Para vermos essa incompatibilidade, precisamos voltar à analogia do árbitro. Duas pessoas recorriam ao árbitro visando uma solução para um conflito entre elas. Dessa arbitragem, decorre uma decisão que vincula as partes. Segundo Raz, essa decisão funciona como uma razão protegida (exclusionária), que é baseada nas razões que aplicavam no caso (razões dependentes) (RAZ, 1986a, p. 41-42). Por meio desse exemplo, Raz fazia seu argumento pela tese da preempção e pela tese da dependência²¹⁰. Nas palavras do autor:

As duas características, dependência e preempção, são intimamente conectadas. Porque o árbitro deve decidir baseado em certas razões, os

²⁰⁷ Mian (2002, p. 99-101) apresenta essa leitura da tese, para então criticá-la.

²⁰⁸ Orrego (2005, p. 320) acredita que “Joseph Raz is, like John Finnis, playing the role of Socrates”.

²⁰⁹ Aponto que essa interpretação está de acordo com a forma que o próprio Raz apresenta a condição de independência em (RAZ 2009f, p. 136-137).

²¹⁰ Não custa lembrar que a tese da dependência estabelecia que as diretivas dotadas de autoridade devem ser baseadas nas razões que os indivíduos sujeitos à autoridade já possuíam anteriormente à própria diretiva (RAZ, 1986a, p. 47).

disputantes estão excluídos de depois se apoiarem nessas razões. Eles entregaram a ele [árbitro] a tarefa de avaliar essas razões. Se eles não negam então a elas [essas razões] a possibilidade de serem fundamentos para sua própria ação, eles derrotariam o próprio sentido e propósito da arbitragem. A única forma adequada de reconhecer a autoridade do árbitro é considerá-la uma razão para ação que substitui as razões com base nas quais o árbitro deve decidir (RAZ, 1986a, p. 42).

Margaret Martin chama a atenção para o fato de o exemplo do árbitro não fazer menção explícita à justificação normal (MARTIN, 2014, p. 80). Ela aparece apenas adiante no texto de *The Morality of Freedom*²¹¹. Em *Ethics in the Public Domain*, por outro lado, Raz faz o seguinte movimento: “a justificação normal *substitui o acordo entre litigantes* que era a base da autoridade do árbitro (...)” (RAZ, 1995c, p. 214, destaques meus)²¹². Eis a tensão: o exemplo do árbitro e a tese da preempção apresentam um modelo de autoridade baseada no consentimento (eu e você concordamos com a autoridade do árbitro para resolver o litígio). Em contrapartida, a justificação normal apresenta um modelo dialógico, baseado em quem tem a razão correta (MARTIN, 2014, p. 81).

No caso do árbitro, sua autoridade decorre de os litigantes terem cedido a ele o poder de tomar a decisão. A justificação normal, porém, localiza legitimidade naquele que é capaz de melhor conduzir o balanço de razões. O árbitro pode muito bem não atingir o patamar de autoridade legítima segundo a justificação normal. Ao cabo, segundo Raz, esse árbitro tem ou não autoridade legítima? Caso a justificação normal seja a explicação de legitimidade, da aceitação dessa tese não se segue a preempção das diretivas da autoridade²¹³. De mesmo modo, do consentimento que concedemos a terceiros (que demandaria o tratamento da diretiva desse terceiro como exclusionária) não se segue sua autoridade segundo a justificação normal.

Explicando a tensão em mais detalhe, o modelo da autoridade como consentimento é fundamentado no valor de uma sociedade ordenada e tolerante. De acordo com Raz, a existência de regras (diretivas dotadas de autoridade) que funcionam como razões exclusionárias permite que pessoas com diferentes ideologias ou crenças concordem em agir de modo comum, isso porque essas regras, devido ao seu caráter preemptivo, excluem deliberação sobre as próprias razões que fundamentam a regra (RAZ, 1986a, p. 58). Nos dizeres de Martin, “(...) é um giro liberal em uma velha história. O direito unifica julgamento

²¹¹ No texto de *The Morality of Freedom* (1986a), o termo “justificação normal” (*normal justification*) aparece pela primeira vez na página 53, e não em referência direta ao exemplo do árbitro.

²¹² Esse movimento é notado por Martin (2014, p. 80).

²¹³ Ver também Ehrenberg (2013).

ao oferecer um set de regras intermediário [entre as razões de fundo e as ações] que os cidadãos aceitam” (MARTIN, 2014, p. 86). É emblemático que muitos vejam em Raz uma continuidade do argumento de Thomas Hobbes²¹⁴. O direito, Raz argumenta por vezes, cumpre uma *função moral ao ser independente da moralidade*, ele é mais fácil de ser identificado do que considerações morais, justamente por ser composto por diretivas dotadas de autoridade, identificadas pela tese das fontes sociais (RAZ, 1979d, p. 50-51)²¹⁵. O propósito da autoridade se perderia caso os cidadãos tivessem que deliberar sobre os fundamentos das diretivas a todo tempo. Como vimos no capítulo anterior, estes são alguns dos elementos funcionalistas da teoria de Raz.

A justificação normal, por outro lado, ao relacionar autoridade com autonomia e racionalidade, estabelece que é legítima a autoridade que consegue saber melhor do que o indivíduo o que é o certo a ser feito. Segundo Raz, o *teste para a autoridade* é o seguinte: “seguir as instruções da autoridade melhora a conformidade com a razão? Para cada pessoa essa questão precisa ser perguntada do zero (*afresh*), e para cada um ela deve ser perguntada de uma maneira a admitir várias qualificações” (RAZ, 1986a, p. 74)²¹⁶.

A tensão entre essas duas visões de autoridade dentro do pensamento raziano é mais bem percebida em um exemplo. Suponha que o governo emita uma lei regulando algum assunto sensível. Ao tratarmos essa lei como dotada de autoridade nos moldes da tese da preempção, nós não devemos inquirir pelas razões que fundamentam essa lei. Devemos aceita-la como uma razão para agir se ela permitir que o direito cumpra sua função de ordenação social. A autoridade é dada na relação *sociedade-direito*. A mesma lei, no caso da justificação normal, seria objeto de um “diálogo” entre o direito e o *indivíduo*. Essa lei auxilia o indivíduo a melhor se conformar à razão correta? No caso de uma resposta negativa, a lei não tem autoridade para a justificação normal, mas pode ter para a preempção. Margaret Martin sintetiza da seguinte forma o problema:

O problema é como se segue: uma teoria baseada no consentimento exorta cidadãos a tratarem o direito como fornecendo razões de conteúdo independente (*content-independent reasons*) para a ação, enquanto a tese da justificação normal faz da vinculação das normas uma questão moral. Uma questão moral é uma questão de conteúdo dependente (*content-dependent*).

²¹⁴ Martin (2014, p. 86); Postema (2011, p. 364-365).

²¹⁵ Ver também Martin (2014, p. 97).

²¹⁶ Apesar disso não constituir em si uma objeção ao pensamento de Raz, é emblemático que autores que enfatizam a preempção vejam no filósofo uma continuidade do pensamento de Hobbes, enquanto autores que celebram a justificação normal interpretem Raz como alguém na mesma linha de Aristóteles ou Tomás de Aquino.

Se nós precisarmos retornar às razões que fundamentam a regra para saber se ela é vinculante, seu status preemptivo é solapado, já que dependência de conteúdo substitui independência de conteúdo (MARTIN, 2014, p. 81, tradução minha).

As teses da preempção e da justificação normal estão, portanto, em contradição uma com a outra. Raz não pode manter ambas em uma mesma teoria, pois cada uma delas demanda uma postura diferente em relação à autoridade legítima. Em todo caso, uma vez que tenhamos abandonado a ideia de razões exclusionárias, à primeira vista a tensão se resolveria para o lado da tese da justificação normal²¹⁷. Seria possível, de outro lado, manter a teoria da autoridade como forma de fomento do valor da coordenação social em outras vestes que não a da tese da preempção, teríamos assim uma teoria *rival* à justificação normal. Adiante no capítulo explorarei essa possibilidade por meio da ideia do direito como conquista moral, mas por enquanto quero apenas ressaltar que o abandono da tese da preempção não significa um descarte das preocupações que estavam por trás dessa tese.

2.3 – Alcance da Autoridade Legítima: o que está dentro da reivindicação de autoridade?

Cabe apontar algo que nos exemplos (e mesmo em diversos trechos de Raz) é ambíguo. Os exemplos do árbitro e da lei sobre um assunto sensível que acabamos de discutir, bem como o do farmacêutico (já citado no capítulo 02) não deixam claro se a reivindicação de autoridade legítima é feita por cada diretiva tomada isoladamente (*discrete directives approach*), por algum conjunto razoavelmente definido de diretivas (*contextual approach*), ou

²¹⁷ Gur sintetiza uma série de razões que a seu ver impossibilitariam a passagem da tese da justificação normal para a tese da preempção: “Whereas, in the justificatory sense, the main foundation upon which the pre-emption thesis rests seems to be the normal justification thesis, the counter-examples detected here denote that, at least in the legal context, some unavoidable factors render the move from the normal justification thesis to the pre-emption thesis impossible. Some of these factors were alluded to throughout our discussion: (1) human fallibilities and structural weak points in the workings of complex bureaucratic systems entail that local functional failures of law will occur, however competent the authority is. (2) Since law is often formulated in a general manner and applies to a multiplicity of situations and individuals, even where no human or institutional failure is involved, circumstances of rule-failure are bound to occur. (3) Conceivably, in the case of some such failures obedience may result in intolerably immoral consequences; when recognizing such a case subjects must refuse to follow the authority. (4) Such cases resist any attempt of capturing them under a specific category of circumstances or by way of adopting higher-order rules; the possibility of their occurrence can never be eliminated from consideration. (5) In view of the foregoing, attention should be drawn to a distinction between capacity to decide rightly *ex ante* from the directive-issuer's standpoint and capacity to observe correctly a local failure of a directive, when occurring, from the standpoint of a subject being situated in that particular event. (6) Insofar as such a failure is very clear, for the most part, subjects are more likely to observe it correctly. (7) Insofar as such a failure is severe it is more likely to be clear. These considerations, it seems to me, pose some inexorable obstacles for the reasoning leading from the normal justification thesis to the pre-emption thesis” (GUR, 2007, p. 227-228, rodapés omitidos). Subscrevo aos argumentos de Gur, mas como a tese da preempção não é o foco do presente capítulo, não os analisarei aqui.

pelo direito como um todo (*cumulative approach*) (GUR, 2007, p. 178)²¹⁸. O teste para a autoridade apontado anteriormente dá a entender que a justificação normal se aplica diretiva-a-diretiva. No entanto, no que diz respeito ao direito, isso não faria sentido na vasta maioria dos casos concretos, por dois motivos. Em primeiro lugar, o caráter sistêmico dos sistemas jurídicos²¹⁹ torna muito rara a situação na qual uma norma poderia ser analisada isoladamente pela justificação normal. A adesão ou não adesão a uma determinada norma tem efeitos sistêmicos que precisam ser considerados²²⁰. Em segundo lugar, a distinção entre erros evidentes (*clear mistakes*) e erros graves (*great mistakes*) e seu papel na definição dos limites da jurisdição da autoridade desempenham aqui um papel importante:

Considere uma longa adição de, digamos, trinta números. Alguém pode fazer um erro muito pequeno que é também muito claro, como quando a soma é um numeral inteiro sendo que um e apenas um dos números adicionados é uma fração decimal. De outro lado, a soma pode estar errada por vários milhares sem que o erro seja detectado exceto por trabalhosamente refazer a adição passo a passo. *Mesmo que a autoridade legítima seja limitada pela condição de que suas diretivas não são vinculantes se forem claramente erradas (...) ela pode desempenhar seu papel de mediação. Estabelecer que algo é claramente errado não demanda que se investigue completamente o raciocínio por trás desse algo. Não é verdade que o poder legítimo das autoridades seja geralmente limitado pela condição de que ele é derrotado por erros graves que não são claros* (RAZ, 1986a, p. 62, destaque meu).

A distinção entre erros evidentes e erros graves permite a Raz dizer que erros jurisdicionais, que são erros sobre os limites da autoridade do direito e de sua vinculação são de tipo evidente. Não seria necessário investigar todas as razões de fundo que justificariam as diretivas da autoridade para saber quando a diretiva emitida escaparia à sua jurisdição. É por isso que a autoridade legítima consegue cumprir com seu papel, que é “permitir às pessoas agir com base em razões que não sejam fundantes. É evitar que as pessoas tenham que se referir aos fundamentos da moralidade e da razão prática em praticamente todos os casos” (RAZ, 1986a, p. 61). Isso equivale a dizer que a existência da autoridade perderia sentido se os indivíduos tivessem que deliberar o tempo todo sobre a fundamentação de cada uma de suas diretivas.

²¹⁸ Estas são as três opções que Raz teria, de acordo com Gur (2007).

²¹⁹ Sobre isso, ver Raz (1990, p. 107-177; 1979e; 2009g, p. 175-179). Ver também Gur (2007, p. 181-183), comparando Raz e Finnis.

²²⁰ Gur acrescenta que “Raz, therefore, categorically renounces the discrete-directives approach. For on the discrete-directives approach the content of each and every directive can be looked at separately and is open to challenge, so that if a particular directive is found to be mistaken, i.e., failing to reflect correctly underlying reasons, it will be discarded. (...) Thus conceived, the normal justification thesis would lose its distinctiveness, and so would the preemption thesis” (GUR, 2007, p. 184).

De outro lado, quando voltamos os olhos para o teste de Raz para a autoridade fica claro que não é coerente com sua própria teoria a atribuição de autoridade legítima pela justificação normal ao direito como um todo. Conforme Gur aponta, essa visão violaria o aspecto central da autoridade raziana, que é seu caráter fragmentado no tratamento de indivíduos e áreas de expertise (*piecemeal approach*) (GUR, 2007, p. 180-181). Isso é confirmado pelo fato explícito de Raz negar a existência de uma obrigação geral de obediência ao direito, mesmo em sistemas jurídicos justos ou moralmente perfeitos (RAZ, 1979h, p. 233)²²¹. Raz argumenta que:

Em primeiro lugar, que a extensão do dever de obedecer ao direito em um país relativamente justo *varia de pessoa para pessoa e de um rol de casos para outro*. Há provavelmente um núcleo de casos em relação aos quais a obrigação existe e se aplica igualmente a todos (..) Fora deste núcleo, a extensão da obrigação de obedecer variará drasticamente. *Em segundo lugar, a extensão da obrigação depende de fatores outros além de saber se o direito é justo ou sensato, ela pode depender da expertise de cada cidadão individual (...)* (RAZ, 1995g, p. 350, destaques meus).

O argumento é o seguinte: das situações nas quais podemos ter uma obrigação de obedecer ao direito pontualmente, não se segue que haja uma obrigação geral de obedecer ao direito (RAZ, 1995g, p. 348)²²². O caso central de obediência, para Raz, é o da justificação normal, “minha obrigação de obedecer resulta da autoridade do direito. Ele [direito] sabe melhor (...) Portanto, é melhor eu aceitar suas instruções e obedecer” (RAZ, 1995g, p. 347)²²³. A obrigação de obedecer ao direito depende, portanto, de seu conhecimento superior²²⁴. É emblemático que Raz traga novamente o exemplo do farmacêutico neste ponto:

O primeiro caso [justificação normal] depende do conhecimento superior do direito. No entanto, se eu for o maior expert vivo sobre fármacos, então o

²²¹ Ver também Raz (2009g, p. 175).

²²² A negação da existência de uma obrigação geral de obediência ao direito é um dos pontos nos quais Raz é mais coerente ao longo de sua obra. Seus argumentos são essencialmente os mesmos, desde (1979h), passando por (1995g) até (2009g).

²²³ Raz apresenta a solução de problemas de coordenação e a habilidade de o direito fazer boas coisas como outras razões que poderiam gerar, pontualmente, a obrigação de obedecer ao direito (1995g, p. 347). Conforme argumentei no capítulo 02, esses outros elementos são eles mesmos explicáveis pela justificação normal.

²²⁴ Raz argumenta que qualquer tese sobre obediência é duplamente qualificada: “First, since it derives the authority of the state or the government from the fact that it can fulfil a job which needs doing, that authority must be limited to a government which discharges the job successfully. The authority of the government cannot derive from its ability to discharge the needed job; rather, it must depend on success (or the likelihood of success) in doing so. Second, the legitimacy of the government which derives from its success (actual or likely) in performing a job which needs doing must be confined to its actions aimed at discharging this job. The argument cannot endow governments with a general authority, an authority to do whatever they see fit (...) Once we subject the criteria of legitimacy to a success condition (to accommodate the first qualification), and a relevance to the needed job condition (to accommodate the second) only those who make a reasonable success of the morally sanctioned task of government, or stand a reasonable chance of succeeding in it, enjoy legitimate authority” (RAZ, 2009g, p. 173-174).

*direito não tem autoridade sobre mim no tocante à segurança de fármacos. Algumas vezes eu tenho a opção de investir tempo, dinheiro e esforço mental em um problema para resolvê-lo pessoalmente, ou posso ir até um amigo conhecedor e seguir seu conselho. O direito, em casos do primeiro tipo, é como o amigo conhecedor (...) De modo que em tais questões o alcance da autoridade do direito sobre os indivíduos varia de uma pessoa para outra (RAZ, 1995g, p. 348, destaques meus)*²²⁵.

É necessário dizer que em *Between Authority and Interpretation* Raz parece mudar sua opinião em relação ao que dissera anteriormente. Na introdução deste livro, ele diz expressamente que “[o] ponto para se ter em mente é que é o direito [legítimo], o sistema jurídico [legítimo] como um todo, que exclui (*pre-empts*) aquelas considerações de fundo, não qualquer regra jurídica tomada isoladamente” (RAZ, 2009i, p. 8). É explícito que Raz nega a abordagem que analisa a legitimidade de cada diretiva isoladamente para averiguar seu caráter preemptivo. No entanto, ele também é explícito neste trecho em dizer que a preempção se aplicaria ao direito como um todo. Em minha leitura, nesse trecho Raz está simplificando seu argumento para efeitos de uma introdução, mas me parece que essa formulação é contrária aos argumentos que ele desenvolve em seus outros textos. Se for o direito como um todo que afirma possuir legitimidade (pretende atingir o patamar da justificação normal e por isso produziria diretivas exclusionárias), então o teste da autoridade não pode ser aplicado a cada indivíduo considerando suas peculiaridades e qualificações, como Raz sustentava em *The Morality of Freedom* (RAZ, 1986a, p. 74) e em *Ethics in the Public Domain* (RAZ, 1995g).

A abordagem de Raz era fragmentária, permitia que o Estado possuísse autoridade legítima sobre certos assuntos e sobre certas pessoas, mas não era uma autoridade igual para todos. Caso eu seja mais competente que a autoridade sobre fármacos, para voltarmos ao exemplo, essa autoridade não possui legitimidade sobre mim no tocante a este assunto. Isso significa que não é possível tratar o direito “como um todo” de modo exclusionário. A justificação normal requer que revisitemos a todo momento a capacidade de autoridade de nos auxiliar a agirmos conforme a razão.

A hipótese mais plausível é a de que a justificação normal deve ser tomada como se aplicando a algum conjunto de diretivas específico – naquilo que Noam Gur chama de abordagem contextual (GUR, 2007, p. 178). Ao menos no caso do direito, devemos submeter ao teste da autoridade legítima a diretiva “de face”, que instaura nossa deliberação e também as diretivas que sejam pertinentes para a correta compreensão da diretiva de face. Por

²²⁵ Ver também Raz (1995g, p. 351): “In some areas and regarding some people, caution requires submission to authority. In others, it leads to denial of authority. There are risks, moral and other, in uncritical acceptance of authority”.

exemplo, ao analisarmos uma regra sobre delimitação de áreas de preservação ambiental, devemos olhar também para as regras de procedimento de delimitação, de competência, das possíveis sanções, etc.

A adoção de uma abordagem contextual, no entanto, cria mais um espaço de tensão entre justificação normal e preempção. Às discussões (político-morais) sobre escopo e definição do conteúdo das diretivas (que exploramos no capítulo anterior), somamos também discussões sobre como estabelecer quais as diretivas contextualmente relevantes e como interpretá-las conjuntamente. Essas novas discussões importam mais uma carga valorativa para a teoria do direito e para a adjudicação. Continuando com o exemplo ambiental, uma norma sobre responsabilidade penal é pertinente para a correta compreensão da norma sobre sanções no direito ambiental? Responder a esse tipo de indagação muitas vezes (mas nem sempre, a depender de elementos concretos do sistema jurídico) vai demandar uma reflexão de moralidade política, com questões como “nós reputamos ao meio-ambiente um valor tal que ele possa ser equiparado a bens como vida e integridade física?”, “é justo, em países periféricos, aplicar diretrizes ambientais de maneira muito rigorosa?”²²⁶.

Em outras palavras, da mesma forma que a definição do escopo de uma diretiva demandava um julgamento a partir de razões de primeira ordem (e.g. razões morais, políticas, etc), na abordagem contextual, para fazer sentido de uma diretiva, precisamos definir qual é o contexto relevante, e isso demanda refletir sobre todas as razões envolvidas, inclusive aquelas razões morais e políticas que fundamentam as próprias diretivas da autoridade. Isso é um problema para a tese da preempção, mas não é um problema para a justificação normal em si, já que para essa tese a autoridade legítima é estabelecida dialogicamente (MARTIN, 2014, p. 81).

É importante perceber que a tensão entre justificação normal e preempção permaneceria *mesmo se* tivéssemos que analisar a autoridade legítima do direito como um todo. Isso porque simplesmente transferiríamos o problema de definição do que diz o direito de uma área (direito ambiental) para o direito tomado como um todo unificado. Saber o que demanda o direito nesses termos também exige um exercício argumentativo moral e político.

²²⁶ Caio Ribeiro me apontou também como exemplo a discussão sobre o cabimento de normas de processo penal em discussões sobre processo administrativo sancionador. O debate que esse exemplo traria seria sobre que tipos de valores estão por trás de cada tipo de processo. Por exemplo, no processo penal usual há uma ênfase muito grande na liberdade individual. Possivelmente no processo administrativo sancionador, questões de interesse público poderiam desempenhar um papel inaceitável no ramo penal.

Em todo caso, minha sugestão é que aceitemos a hipótese da abordagem contextual para a justificação normal. Essa abordagem é mais coerente com os escritos do próprio Raz. Porém, é preciso fazer duas qualificações relevantes. Em primeiro lugar, conforme espero ter tornado claro no capítulo anterior, não temos motivo para aceitar a tese da preempção. A implicação disso é a possibilidade constante de revisitarmos os fundamentos políticos e morais de cada diretiva emitida pela autoridade. A particularidade que devemos destacar aqui é o caráter sistêmico do direito, que efetivamente demanda que se interprete a diretiva à luz de outros dispositivos jurídicos, daí ser muito rara a situação de análise de uma diretiva isolada (este é o motivo da plausibilidade da abordagem contextual, em minha leitura). Em segundo lugar, o argumento que equaciona erros de jurisdição a erros evidentes (este era o outro argumento contra a abordagem diretiva-a-diretiva) me parece arbitrário²²⁷. Por que deveríamos supor que erros sobre os limites da autoridade do direito são sempre fáceis de perceber? Discussões jurisdicionais, principalmente sobre os limites de competência de tribunais superiores, muitas vezes são extremamente complexas. De mesmo modo, discutir a jurisdição do direito, o que equivale dizer os limites da atuação do Estado, não é algo simples. Conforme Martin aponta, definir a jurisdição de algo demanda argumentos políticos e morais (2014, p. 84)²²⁸. A discussão sobre jurisdição acaba repetindo, também, a discussão sobre o escopo das diretivas da autoridade que vimos no capítulo 03.

Eis o que temos até o momento. Em primeiro lugar, a tese da justificação normal não é tão genérica quanto a crítica de Orrego dava a entender, porque uma vez que compreendamos a relação de autoridade e autonomia no pensamento raziano, podemos ver que estar de acordo com a razão correta implica, ao menos, estar em posição para fomentar o valor da autonomia. Em segundo lugar, a tese da preempção e a tese da justificação normal são incompatíveis, porque levam a tratamentos distintos das diretivas da autoridade por parte dos cidadãos: a

²²⁷ Margaret Martin também critica a ideia de erro jurisdicional como erro evidente em (2014, p. 82-89), mas de maneira distinta da que faço aqui. Cf. Martin (2014, p. 83, rodapé omitido): “Raz’s appeal to the distinction between jurisdictional mistakes and nonjurisdictional mistakes serves as an attempt on his part to gloss over the serious tension adumbrated above. If he can make the connection in the reader’s mind between clear and significant mistakes and jurisdictional mistakes, then the problem of revisiting the foundations of morality disappears: in order to determine whether a directive is outside the jurisdiction of an authority, we do not have to revisit the foundations of morality; we only have to revisit the rules that determine the boundaries of authority. This move, if successful, will preserve the mediating role he assigns to authority while still addressing the worry about mistaken directive. Unfortunately for Raz, this argument is not convincing, given that it preserves the pre-emption thesis at the expense of the normal justification thesis.”

²²⁸ Permanece em aberto uma outra possível tensão, entre a discussão que Raz faz sobre jurisdição e o argumento de que o direito, enquanto sistema institucionalizado, afirma prevalecer sobre todas as demais instituições sociais (RAZ, 1979d, p. 43). Segundo Raz, sistemas jurídicos são abrangentes (*comprehensive*), porque potencialmente capazes de regular qualquer aspecto da vida dos cidadãos (RAZ, 1990, p. 150-151). Falar em limites de jurisdição de sistemas abrangentes parece ser, portanto, uma contradição.

preempção preconiza que tratemos as diretivas como razões protegidas (exclusionárias), a justificação normal exige que reflitamos constantemente sobre a fundamentação das diretivas. Em terceiro lugar, a justificação normal demanda que atentemos não para diretivas tomadas isoladamente (isso muito provavelmente sequer faria sentido no direito), mas sim que compreendamos a diretiva da autoridade em seu contexto. Definir o contexto relevante, no entanto, demanda julgamentos político-morais que contrariam a preempção. Tudo isso significa que a interpretação da tese da justificação normal que podemos defender é *uma* candidata plausível para a explicação da autoridade legítima do direito, mas é uma formulação distinta da originalmente proposta por Raz²²⁹.

3 – Teorias da Autoridade e seus Impactos na Teoria do Direito

A seção anterior buscou mostrar algumas inconsistências entre as teses de Raz, mas também houve um esforço em ver como seria possível salvar a tese da justificação normal. Após torná-la coerente de um ponto de vista interno, surgem as três questões que me interessam. Em primeiro lugar, qual é o impacto dessa tese para a investigação sobre a justificação moral do direito (“para poder compreender o direito adequadamente, o teórico do

²²⁹ Existe uma questão relevante que vou ignorar neste capítulo, que é saber afinal como funcionam as diretivas da autoridade, segundo essa versão revisada da justificação normal, em nosso raciocínio prático. Se a autoridade legítima é dada pela justificação normal, e a justificação normal é essencialmente um argumento de expertise, pode bem ser que a autoridade, de um ponto de vista conceitual pelo menos, seja redundante. Estaríamos de volta ao paradoxo da autoridade que vimos no segundo capítulo: a autoridade seria ou redundante ou imoral. Acredito que este seja o maior desafio para a justificação normal, mas não o analisarei detalhadamente aqui. Para não deixar o ponto totalmente em aberto, parece-me possível, pegando de empréstimo parte do argumento de Heidi Hurd, conceber as diretivas sob a justificação normal como conselhos (conforme havia definido o termo no segundo capítulo). Isso significa que a autoridade legítima da justificação normal é teórica, e não prática: “Unlike the directives of a practical or influential authority, the utterances of a theoretical authority do not affect the balance of reasons for action. Rather, they simply provide information about that balance as it exists independently of those utterances. The directives of a theoretical authority are thus wholly evidential. They function as pieces of advice-not as commands or requests” (HURD, 1991, p. 1667). As diretivas (conselhos) da autoridade podem exercer um importante papel de regras práticas (rules of thumb), quando é mais provável que a autoridade tenha sido capaz de coletar mais informações, raciocinar melhor que o indivíduo ou algo do gênero (HURD, 1991, p. 1669), no entanto, isso é muito diferente da tese da preempção, ou de qualquer tese conceitual (se entendermos teses conceituais como o exposto no capítulo 02). Regras práticas são contingentes, e dependem do contexto histórico e social da autoridade em questão. No tocante ao direito, isso implica que “the law cannot generate unique legal obligations. Rather, if the law is to possess any authority at all it must be by virtue of accurately reflecting other obligations-those moral obligations which exist antecedent to the enactment and enforcement of the law. The law must possess, that is, theoretical authority” (HURD, 1991, p. 1677). Essa visão sobre autoridade recomenda que os cidadãos sejam “anarquistas que obedecem ao direito”, nos termos que vimos no capítulo 03.

direito precisa afirmar que o direito é um fenômeno moralmente justificado?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha))? Em segundo lugar, que razões teríamos para aceitar essa versão da justificação normal como nossa teoria da autoridade legítima, em detrimento de outras teorias da autoridade, ou seja, como escolher entre diferentes conceitos de autoridade? Em terceiro lugar, Raz afirma que é da natureza do direito que ele reivindique autoridade legítima. Diferentes concepções de autoridade impactam de que maneira a teoria do direito? Essas três perguntas serão analisadas nas próximas três sub-seções deste capítulo.

3.1-Justificação Normal e Autonomia e a relação com a justificação moral

Começemos com a primeira pergunta. Conforme vimos, a justificação normal, uma vez livre das incoerências da preempção, funciona como um modelo dialógico de autoridade, já que ela convida o sujeito às diretivas a avaliar a capacidade da pretensa autoridade em auxiliá-lo a seguir as razões que já se aplicavam a ele. À tese da avaliação moral, se precisamos avaliar moralmente o direito para conseguirmos definir o que ele é,²³⁰ a resposta que a justificação normal dá é positiva, ou seja, precisamos avaliar moralmente o direito para compreendê-lo, já que a sua autoridade pretendida é de caráter moral. A *justificação moral* do direito, porém, será uma questão contingente: determinados sistemas jurídicos podem ser legitimados em suas pretensões, mas muitos outros falharão nessa empreitada. Compreender adequadamente determinados sistemas jurídicos concretos pode demandar que os vejamos como moralmente justificados, porém isso não é uma necessidade conceitual. Isso significa, nos termos de Raz, que o direito reivindica autoridade legítima, mas que ele pode muito bem falhar em possuí-la realmente (RAZ, 2009e, p. 111-112).

Por exemplo, faz sentido dizer que o direito da África do Sul durante o *apartheid* reivindicava autoridade legítima. No entanto, pela ótica da própria justificação normal, esse direito falharia em estar à altura de sua reivindicação. Por outro lado, o direito de uma sociedade justa atenderá melhor aos requisitos da justificação normal, e por isso tem mais chances de ser legítimo. O importante é perceber que aqui não há uma necessidade conceitual, o mero fato de algo ser direito não guarda relação com algum valor moral intrínseco. A ideia de uma obrigação moral geral de obediência ao direito, que seria decorrente do

²³⁰ A pergunta original era: “para compreender o direito adequadamente, o teórico precisa avaliá-lo moralmente?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha).

reconhecimento do direito como moralmente justificado, está ausente²³¹. Em outras palavras, é possível manter uma resposta negativa para a questão da justificação moral.

3.2 – Conceitos Rivals de Autoridade

A teoria da autoridade como serviço (e, por extensão, a justificação normal) não existe no vácuo. Muitas outras teorias sobre o que vem a ser a autoridade legítima disputam com ela por espaço. O próprio Raz reconhece que “(...) se houver uma variedade de conceitos de autoridade prevalentes em uma única sociedade, eles provavelmente serão competidores” (RAZ, 2009f, p. 134). Perceber isso nos leva à segunda questão que apresentei no início da seção. Como devemos optar por um determinado conceito de autoridade? Para responder essa pergunta, precisamos saber que tipo de conceito é nosso conceito de autoridade.

Segundo Raz, o conceito de autoridade legítima não é como o de massa ou de elétron, para ficarmos com as comparações do segundo capítulo. Defender determinada interpretação desse conceito visa explicar como nós o utilizamos ao mesmo tempo em que se especifica qual sua posição em nossa rede de crenças²³², é um “conceito essencialmente contestável”, para usar a expressão de Gallie. O debate sobre a autoridade apresenta uma “interdependência entre argumentos conceituais e normativos” (RAZ, 1986a, p. 63). Isso ocorre porque o conceito de autoridade está emaranhado em diversas crenças e valores de nossa cultura política. Nas palavras de Raz:

Teorias da ‘autoridade’ almejam uma tarefa dupla. Elas são parte de uma tentativa de tornar explícitos elementos de nossas tradições comuns: uma atividade muito estimada em uma cultura que valoriza a auto-consciência (*self-awareness*). Ao mesmo tempo, essas teorias tomam posição no tradicional debate sobre as conexões precisas entre esse e outros conceitos. Elas são abordagens partidárias que defendem a causa de certas correntes da tradição comum, ao desenvolver e produzir novos ou redefinidos argumentos em seu favor (RAZ, 1986a, p. 63)²³³.

²³¹ Sobre a ideia de uma obrigação geral de obediência ao direito, ver Raz (1979h; 1995f; 1995g). Uma resenha crítica dessa discussão, comparando as visões de Raz e Dworkin, pode ser vista em Ribeiro (2017).

²³² É digno de nota o quão próximos Raz e Dworkin são neste ponto. Ambos enxergam o conceito de autoridade como dependente de uma rede de outros conceitos e valores para fazer sentido, e ambos reconhecem que uma concepção deste conceito não pode ser neutra ou desenraizada de nossas preocupações normativas.

²³³ Ver também Raz (2009f, p. 134): “Needless to say, if there are a number of concepts of authority prevalents in a single society, they are likely to be competitors. The boundaries between them are fluid, and those who use each claim merit for it, and (when aware, if only dimly, of the existence of the others) find reason to prefer it to the others. This means that each explanation of a concept can also be used in the battle of concepts, where there is such a battle; that is it can be used to advocate the merits of one concept over its competitors.”

Apresentarei esquematicamente duas outras teorias que à primeira vista são tão plausíveis quanto a justificação normal, de acordo com o entendimento que o próprio Raz faz da dupla tarefa das teorias da autoridade. Antecipo que não irei optar por alguma teoria da autoridade específica, meu objetivo é essencialmente negativo. Quero apenas apontar como não se pode assumir *a priori* a justificação normal como a teoria que melhor explica o que é a autoridade legítima. Na próxima sub-seção, essas teorias rivais vão ter papel relevante para entendermos a relação entre nosso conceito de autoridade e teoria do direito.

A primeira teoria já foi mencionada rapidamente em nossa discussão anterior sobre inconsistências internas em Raz. Trata-se de ver o direito como uma forma importante de lidar com problemas de coordenação social em larga escala. Para efeitos de minha exposição, vou adotar a elaboração de Jeremy Waldron sobre o direito como uma conquista moral²³⁴. Em termos mais precisos, o autor neozelandês está preocupado com o status moral da legislação, mas seu argumento pode ser tomado em linhas mais gerais, sobre o direito como um todo, para meus propósitos. Nossas sociedades contemporâneas estão mergulhadas naquilo que Waldron chamou de circunstâncias da política. São duas essas circunstâncias: (1) a existência de desacordos permanentes entre os cidadãos sobre como agir, sobre quais são os valores políticos, e (2) a necessidade de ação conjunta, social, para conseguirmos realizar objetivos ou garantir valores que reputamos importantes. Em síntese, nós não concordamos sobre o que fazer ou como fazer, mas precisamos agir em conjunto (WALDRON, 1999b, p. 154-155). Nas palavras do autor:

Assim como escassez e altruísmo limitado no caso da justiça, as circunstâncias da política são um par: desacordo não importaria se as pessoas não preferissem uma decisão comum; e a necessidade por uma decisão comum não daria ensejo à política da forma como conhecemos se não houve ao menos o potencial para o desacordo sobre o que essa decisão comum deveria ser (WALDRON, 1999b, p. 154, tradução minha).

O direito aqui surge como uma solução em meio às circunstâncias da política. Nós divergimos sobre o certo a ser feito, aliás, não dispomos sequer de consenso sobre qual o método adequado para definir o que é o certo (WALDRON, 1999a, p. 164-187). Porém precisamos agir, e mecanismos democráticos (o autor tem em mente mecanismos

²³⁴ Para ser mais rigoroso, Waldron não propõe sua teoria em termos de solução para problemas de coordenação, ao menos não da mesma forma que autores convencionalistas o fazem (e.g. Jules Coleman). No entanto, a preocupação de Waldron com ação em conjunto permite que possamos utilizar o termo “coordenação” em um sentido mais amplo. Essa preocupação de Waldron é evidente em: “In a variety of ways and for a variety of reasons, large numbers of us believe we should act, or organize things, together. *There are lots of things that can only be achieved when we play our parts, in large numbers, in a common framework of action*” (WALDRON, 1999b, p. 156, destaque meu).

majoritários) são uma reação natural aos casos nos quais uma decisão colegiada deve ser tomada em contexto de pluralidade. Para Waldron, o majoritarismo é “(...) um método que é moralmente respeitável de um modo que outras técnicas e convenções podem não ser” (1999a, p. 108)²³⁵. Decisões atingidas pelo método majoritário permitem a ação em concerto da comunidade, e “(...) quando realmente ocorre, a ação em concerto é uma conquista na vida humana” (WALDRON, 1999b, p. 157, tradução minha). Em síntese, o direito que é fruto de procedimentos democráticos goza de autoridade moral por ser uma conquista em meio às nossas divergências profundas e possivelmente intratáveis. Por meio do direito, podemos agir em conjunto para atingir objetivos que sozinhos não conseguiríamos²³⁶.

Nesta teoria, autoridade legítima decorre de procedimentos democráticos, que são os únicos capazes de demandar alguma fidelidade dos cidadãos em uma sociedade plural (WALDRON, 1999b, p. 156). Tais mecanismos dão aos cidadãos uma igualdade participativa no projeto comum da sociedade. Nós temos razões, portanto, para atribuir um grande peso às diretivas desse direito democrático em nossa deliberação sobre o que fazer. Por outro lado, no modelo da justificação normal, a legitimidade decorria da possível sabedoria da autoridade em suas diretivas. No modelo de Waldron, as diretivas do direito democrático não necessariamente serão as mais sábias ou as melhores de um ponto de vista moral, mas são mesmo assim moralmente legítimas. Para compreendermos o direito contemporâneo (ao menos nos países democráticos) precisamos vê-lo como uma conquista moral, como algo valioso que nos auxilia a viver melhor. Para Waldron,

A não ser que nossa teoria do direito seja uma completa bagunça, nós devemos esperar que o que dizemos *sobre o que o direito é* tenha alguma conexão com a razão pela qual o direito é visto como um modo distintamente importante ou aspecto da governança. (...) ela não poderá ser totalmente não-normativa²³⁷ (WALDRON, 2001, p. 420, tradução minha, destaque meu).

²³⁵ Acredito que Waldron, ao menos em minha leitura, pressupõe mais do que poderia em favor de mecanismos majoritários de tomada de decisão. No entanto, uma crítica a sua proposta fugiria aos propósitos da dissertação.

²³⁶ Vale a pena uma citação direta longa do autor (WALDRON, 1999b, p. 156, destaques meus): “The first thing to say is that the dignity of legislation, the ground of its authority, and its claim to be respected by us, have a lot to do with the sort of *achievement* it is. *Our respect for legislation is in part the tribute we should pay to the achievement of concerted, cooperative, coordinated or collective action in the circumstances of modern life.* (...) In a variety of ways and for a variety of reasons, large numbers of us believe we should act, or organize things, together. *There are lots of things that can only be achieved when we play our parts, in large numbers, in a common framework of action.* Enterprises like protecting the environment, operating a health care system, securing the conditions for the operation of a market economy, or providing a basis for dispute resolution will founder unless people act in concert, following rules, participating in practices, and establishing institutions.”

²³⁷ Normatividade aqui entendida como engajamento normativo da teoria. A teoria precisa assumir compromissos de valor político e moral.

A segunda teoria é a tese dworkiniana do direito como integridade. Dworkin não apresenta explicitamente sua teoria como uma concepção de autoridade legítima, mas ela pode ser formulada dessa forma²³⁸. O direito de uma comunidade política é legítimo quando exhibe a virtude política da integridade, o que significa dizer que

Juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis ao tentar encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e doutrina jurídica de sua comunidade. Eles tentam fazer dessa estrutura e material o melhor que podem ser (DWORKIN, 1986, p. 255, tradução minha).

Conforme vimos no capítulo anterior, para Dworkin, definir o que é o direito demanda aquilo que ele chamou de interpretação construtiva, e em seu argumento mais propositivo, o direito deve ser uma voz coerente em nome dos melhores princípios de uma comunidade política²³⁹. Isso é possível em uma comunidade que trata a cada um de seus membros com igual consideração e respeito, ou seja, uma comunidade de princípio. (1986, p. 213). Como o ideal de integridade demanda que se busque a formulação mais coerente e mais bem justificada do direito, uma comunidade de princípio busca endossar esse ideal, porque ele permite um tratamento igualitário a todos os cidadãos, dentro do projeto comum da comunidade. Em outras palavras, o direito, pela ótica da integridade, busca ser o mais coerente possível com os princípios de moralidade política que justificam sua própria existência. É dessa forma que ele pode, para Dworkin, possuir legitimidade moral (1986, p. 214).

A autoridade legítima, neste modelo, é decorrente da integridade que o direito possui. É importante perceber que integridade não é a mesma coisa que equidade ou justiça. Dworkin é explícito em afirmar que se tratam de valores políticos distintos. A busca por justiça ou igualdade a qualquer custo pode gerar atrito com a integridade. Isso é visível quando pensamos em uma lei radical de distribuição de renda que ignora a tradição jurídica e os direitos consolidados naquela comunidade. Essa lei poderia violar a integridade, mesmo

²³⁸ Ver, por exemplo, Mendonça (2017).

²³⁹ Para Dworkin, “(...) legal reasoning is an exercise in constructive interpretation, that our law consists in the best justification of our legal practices as a whole, that it consists in the narrative story that makes of these practices the best they can be. The distinctive structure and constraints of legal argument emerge, on this view, only when we identify and distinguish the diverse and often competitive dimensions of political value, the different strands woven together in the complex judgment that one interpretation makes law's story better on the whole, all things considered, than any other can” (DWORKIN, 1986, p. vii).

quando é recomendada pela justiça²⁴⁰. No entanto, a preocupação com a integridade só existe porque as pessoas se preocupam com as virtudes da justiça e da igualdade. Só faz sentido ver valor em buscar tratar a todos da maneira mais coerente e justificada se isso refletir um compromisso com essas outras virtudes (DWORKIN, 1986, p. 263)²⁴¹. Por isso, tratar a integridade meramente como sinônimo de coerência com a tradição é impreciso. É importante também perceber que para Dworkin, “(...) nós deferimos à autoridade de outros (...) quando nós aceitamos que temos uma obrigação de fazer o que eles comandam mesmo quando nós discordamos sobre sua justiça ou sabedoria” (DWORKIN, 2011a, p. 312, tradução minha)²⁴². Assim como no caso da conquista moral, a teoria do direito como integridade não significa que as diretivas emitidas pela autoridade legítima sejam mais sábias ou mais justas que nossos julgamentos individuais.

A escolha por qualquer destes conceitos de autoridade será normativamente orientada, uma vez que a justificação normal, a ideia de conquista moral e a virtude da integridade são argumentos eles mesmos em parte descritivos e em parte normativos. Como vimos, segundo o próprio Raz, os critérios para a escolha são a capacidade de elucidar algo sobre nosso uso do conceito e a força moral e política da teoria da autoridade. Acredito que os desacordos sobre qual a melhor teoria da autoridade podem ser bem descritos pela gramática dos conceitos interpretativos de Dworkin. Teóricos da autoridade elencam aqueles que são os paradigmas aceitos pelos participantes relevantes (na prática de autoridade), e então elaboram concepções mais concretas a partir de propósitos ou sentidos atribuídos a autoridade (DWORKIN, 1986, p. 4-6; 52)²⁴³. Em linguajar dworkiniano, justificação normal, direito como conquista normal e integridade seriam três concepções distintas de um conceito mais abstrato de autoridade, por exemplo, “o direito de governar aqueles que são sujeitos [à autoridade]” (RAZ, 1995g, p. 341). Isso significa que a autoridade é um conceito interpretativo, ou seja, que a autoridade pertence aos conceitos que:

²⁴⁰ Conforme Caio Ribeiro me lembrou, o exemplo pode ser problematizado. A depender do contexto, o exemplo pode ser invertido: a permanência de uma estrutura jurídica desigual é que violaria a integridade do direito. Cf. Dworkin (1986, p. 407): “We have found in the common law of accident a conception of equality which, if allowed to run freely across the American political and economic structure, to its natural limits, would require dramatic change in the distribution of property and other resources generally”.

²⁴¹ Isso é explícito em: “The spirit of integrity, which we located in fraternity, would be outraged if Hercules were to make his decision in any way other than by choosing the interpretation that he believes best from the standpoint of political morality as a whole. We accept integrity as a political ideal because we want to treat our political community as one of principle, and the citizens of a community of principle aim not simply at common principles, as if uniformity were all they wanted, but the best common principles politics can find. Integrity is distinct from justice and fairness, but it is bound to them in that way: integrity makes no sense except among people who want fairness and justice as well (DWORKIN, 1986, p. 263)”.

²⁴² Sou grato a Caio Ribeiro por ter chamado a minha atenção para esse trecho.

²⁴³ A proposta interpretativa de Dworkin será analisada em maior profundidade no próximo capítulo.

Nós os compartilhamos [tais conceitos] porque nós compartilhamos práticas e experiências sociais nas quais esses conceitos figuram. Nós tomamos os conceitos para descrever valores, mas nós discordamos, eventualmente de maneira drástica, sobre quais são esses valores e como eles devem ser expressos. Nós discordamos porque interpretamos as práticas que compartilhamos de maneira diferente: nós temos teorias diferentes sobre que valores melhor justificam aquilo que aceitamos como características centrais ou paradigmáticas daquela prática (DWORKIN, 2011a, p. 6-7, tradução minha)²⁴⁴.

A depender do propósito, sentido ou valor que atribuímos à prática compartilhada, construímos diferentes interpretações. As diferentes teorias são concepções de um mesmo conceito de autoridade, porque se prestam a fazer sentido de “características centrais ou paradigmáticas” daquilo que entendemos ser autoridade, é por isso que são desacordos autênticos, e não um simulacro de discussão²⁴⁵. Em termos mais concretos, as diferentes concepções de autoridade legítima pretendem explicar o que significa ter o “direito de governar”. A justificação normal afirma que tem esse direito a autoridade que for mais sábia que os cidadãos, a ideia de conquista moral defende que a autoridade tem o direito de governar quando permite a ação em concerto, a integridade afirma ter direito de governar a autoridade que trata aos cidadãos com igual consideração e respeito.

Resolvemos os desacordos sobre qual é a melhor interpretação da autoridade legítima ao checarmos o quão integradas são nossas diversas concepções, ou seja, devemos preferir uma concepção de autoridade legítima que seja coerente com nossos outros valores políticos, eles mesmos também interpretativos. Como nossa concepção de autoridade se relaciona com nossa concepção de igualdade, ou de justiça? Caso sejam contraditórias, temos razões para reformar uma ou mais concepções (DWORKIN, 2011a, p. 82-86)²⁴⁶. Conforme Dworkin aponta, “[n]ós não podemos defender uma concepção de qualquer um deles [valores políticos] sem mostrar como nossa concepção se encaixa com e dentro de concepções convincentes de outros [valores]” (DWORKIN, 2011a, p. 7, tradução minha). Não é o propósito da minha dissertação analisar a tese dworkiniana da unidade do valor²⁴⁷, mas parece-me que Dworkin explica um elemento importante de nossos desacordos sobre valores e conceitos políticos e morais ao frisar (1) como o propósito ou sentido que atribuímos à prática altera nossa concepção sobre ela, e (2) como concepções mais integradas devem ser preferidas à

²⁴⁴ A sugestão de interpretar os desacordos sobre conceitos de autoridade como desacordos interpretativos nos termos de Dworkin é feita por Neiva (2016, p. 237-268; 297-298). Neste ponto, estou de acordo com o autor.

²⁴⁵ Ver, em geral, Dworkin (1986, capítulos 1 e 2). Macedo Jr (2012) explica de maneira didática a gramática dos conceitos dworkinianos.

²⁴⁶ Reforço novamente como Raz, nas citações acima, acaba concordando com Dworkin nestes pontos.

²⁴⁷ No entanto, anticipo que o argumento da coerência entre valores ou rede de crenças será fundamental no próximo capítulo.

concepções que são francamente contraditórias entre si. Conforme mencionei antes, não vou tomar partido de alguma teoria da autoridade em especial neste capítulo, mas tal posicionamento deveria se dar nestes moldes.

3.3 – Teorias da Autoridade e Teorias do Direito

Na sub-seção anterior vimos duas concepções distintas de autoridade legítima, que competem com a justificação normal. Concluí apontando esquematicamente como se daria a defesa de uma teoria da autoridade em relação às demais. Agora, irei demonstrar como a adoção de diferentes teorias da autoridade levará diferentes teorias do direito, e isso alterará a resposta que é dada para a questão da justificação moral. Trata-se da terceira questão que aponte no início da seção. Essa questão surge por causa da afirmação raziana de ser da natureza do direito que ele reivindique autoridade legítima (vale lembrar o que disse no primeiro capítulo: estamos até este ponto da dissertação avaliando em que medida a teoria de Raz atende aos requisitos que o próprio autor coloca para uma teoria do direito ser bem sucedida).

Preliminarmente, é importante perceber os seguintes passos: (1) no capítulo anterior, vimos que diretivas jurídicas não são exclusionárias, logo, as razões estão por trás da própria diretiva são sempre acessíveis ao nosso raciocínio prático; (2) o conceito de autoridade é em parte normativo, ele não funciona da mesma maneira que conceitos da física ou da química; (3) é da natureza do direito que ele reivindique autoridade legítima. O passo (1) explica um elemento importante da prática jurídica, a saber, o fato de “questões sobre o que conta como direito, ou como fontes do direito, serem permeadas por considerações de legitimidade”²⁴⁸ (PRIEL, 2011b, p. 20, tradução minha). Juízes constantemente se referem a considerações sobre os limites do Estado ou sobre separação de poderes para interpretar o direito, e mesmo

²⁴⁸ A definição de legitimidade que Priel adota é compatível com a discussão que no capítulo tratei como sendo de autoridade legítima. Isso é tornado evidente quando comparamos o conceito mais abstrato de autoridade acima (o direito de governar) com Priel (2011b, p. 6, destaques meus): “Finally, *legitimacy is concerned with the question of when an issuer of putative legal norms is entitled to make such demands. Though normativity and legitimacy are obviously related—and on some accounts, inseparable—they seem to address two distinct issues: normativity deals with the metaphysical question, “how could a social, factual, practice, create norms?”*, that is, it tries to explain what has to be the case for a social practice such as law to, even in principle, create obligations; by contrast, *legitimacy deals with the moral or political question, “what gives any particular putative law-maker the right to demand that one should, prima facie, obey?”* Another way of putting the difference is that the question of normativity asks “how are legal obligations possible?”, whereas *the political question of legitimacy asks “what political conditions need to be in place for law to bind those subject to it?”*”. As três teorias da autoridade que venho analisando neste capítulo buscam responder esse tipo de demanda em destaque.

em “casos fáceis”, a legitimidade do direito pode ser colocada a qualquer tempo no centro de nossas discussões jurídicas. Isso é capturado na afirmação já citada, de Dworkin, de que “a teoria do direito é a parte geral da adjudicação, o prólogo silencioso de qualquer decisão judicial” (DWORKIN, 1986, p. 90, tradução minha)²⁴⁹. Dan Priel explica esse ponto da seguinte forma:

Não é que juízes americanos discordem sobre que atos do Congresso são fontes do direito; eles concordam sobre isso. *Eles discordam sobre qual é a teoria política que fundamenta o fato de que atos do Congresso são fontes do direito.* Enquanto seus desacordos são modestos o suficiente para permitir que os positivistas e Dworkin trabalhem juntos, o que explica por que todos eles aceitam atos do Congresso como fontes jurídicas, *os desacordos efetivamente afetam a questão do reconhecimento de outras fontes jurídicas (bem como a questão de que conteúdo atribuir a essas fontes)* e explicam, ao menos em parte, por que eles discordam da forma como o fazem (PRIEL, 2011b, p. 20-21, tradução minha, destaques meus)²⁵⁰.

Considerações sobre a legitimidade do direito, portanto, nunca estão fora do horizonte da prática jurídica. Quando analisamos os passos (2) e (3) acima, à luz do exposto em (1), as considerações sobre o que é ser uma autoridade legítima vão impactar a própria definição do que é o direito, já que é da “natureza” do direito que ele reivindique essa autoridade. Conforme mencionei no primeiro capítulo, na discussão sobre essencialismo e arquimedeanismo, e tentarei expor no próximo capítulo em mais detalhe, pode não haver um “objeto” chamado direito que possa ser descrito de maneira externa a própria prática social, de modo que o direito seria construído interpretativamente por seus praticantes (DWORKIN, 1986, p. 13)²⁵¹. Nossas visões sobre o que conta como autoridade legítima influenciarão de maneira decisiva nossa visão sobre o que é o direito e, conforme os próximos parágrafos mostrarão, alteram a resposta para a investigação sobre a justificação moral do direito.

A tese da autoridade como serviço, em sua formulação original pelas mãos de Raz, se fosse a melhor concepção de autoridade, implicaria no positivismo do autor. Parte do apelo da autoridade como serviço era que ela permitia aos cidadãos identificar o direito sem recurso às

²⁴⁹ Ver também o que Priel diz sobre a ideia do prólogo silencioso (2011b, p. 23, rodapés omitidos): “Dworkin claims here that jurisprudence is presupposed by every legal decision, because it is jurisprudence that can explain how the coercive acts of the state—including those involved in the legal decision—are (potentially) legitimate, and are not merely force backed by the threat of punishment. It is in this sense that we can understand his claim that the point of jurisprudence is to explain the “coercive” force of state power. It is thus not assumptions about the nature of law that is implicit in every legal decision, but rather a view about the fact that one can only make sense of the fact of legal coercion by offering an account of what can make it legitimate”.

²⁵⁰ O argumento de Priel aqui é, em minha interpretação, uma reafirmação da tese dworkiniana dos desacordos teóricos. Desacordos teóricos são aqueles sobre os fundamentos do direito, e não sobre questões empíricas (DWORKIN, 1986). Discuti isso no capítulo 03, mas voltarei a esse tema no capítulo 05.

²⁵¹ Ver Dworkin (1986, p. 87-113; 2006a), Priel (2011b; 2015), dentre outros.

próprias e controversas razões políticas e morais que fundamentavam as diretivas jurídicas (as diretivas eram, afinal, razões protegidas), daí essa concepção de autoridade culminar na tese das fontes sociais (RAZ, 1995c, p. 234). Essa versão da autoridade como serviço, no entanto, não está mais disponível uma vez que derrubamos a tese da preempção. Sem a ideia de razão protegida, as diretivas jurídicas não podem ser identificadas sem recurso às considerações de fundo. Isso significa dizer que essa concepção de autoridade falha em explicar como a autoridade do direito funciona em nossas vidas, ou seja, de acordo com a própria forma como Raz enxerga como deve ser a investigação do conceito de autoridade, sua teoria propositiva não seria plausível.

Por outro lado, a tese da justificação normal que busquei formular neste capítulo a partir do ideal moral de autonomia do indivíduo culminaria em uma teoria do direito bem diferente. Esse modelo via a autoridade legítima dialogicamente, era necessário constantemente avaliar se as diretivas estavam em conformidade com o ideal normativo ou não. Temos que colocar as diretivas jurídicas em um contexto normativo mais amplo, para lhes dar sentido. A definição do sentido das diretivas e de seu contexto, por sua vez, demanda julgamentos de moralidade política, conforme vimos no terceiro capítulo. Na prática, a adoção desse modelo significa que o tempo todo avaliamos moralmente o direito para conseguirmos definir o que o direito nos diz²⁵². Também conforme disse anteriormente, a adoção deste modelo implica que a justificação moral do direito será uma questão contingente (ou, em termos mais explícitos, que não é uma necessidade conceitual que o direito seja moralmente justificado)²⁵³.

As outras duas concepções de autoridade implicariam também em teorias distintas do direito. A tese do direito como conquista moral, por ver o direito como algo valioso em meio às circunstâncias da política, implica a defesa de alguma forma de positivismo normativo, ou seja, uma defesa normativa da tese das fontes sociais (WALDRON, 2001, p. 411-413). Devemos tratar o direito como sendo definido ao máximo possível pelos procedimentos de tomada de decisão majoritária, com isso restringindo a margem para o “ativismo judicial”, por exemplo, porque essa é a melhor forma de honrar o valor dessa conquista moral. Isso não

²⁵² Um leitor atento poderia notar a possibilidade de as conclusões do terceiro capítulo serem mais radicais para a teoria do direito do que dou a entender. Pode muito bem ser que, já que precisamos sempre avaliar moralmente o direito para saber o que o direito nos diz, ao cabo o direito seja um ramo da moralidade, um setor especializado de nossa moralidade política. Dworkin argumenta nesse sentido em *Justice for Hedgehogs* (2011a) e me parece uma abordagem plausível, que na verdade desenvolve em maior profundidade o que expus neste capítulo em minha discussão sobre o direito como integridade. Analisar a teoria propositiva de Dworkin, no entanto, está fora do escopo neste trabalho.

²⁵³ Caso a observação do rodapé anterior seja verdadeira, a resposta aqui seria positiva.

significa que a tese das fontes seja a melhor descrição, de um ponto de vista sociológico, de nossas práticas jurídicas em um determinado tempo e contexto social, mas sim que ela é a melhor forma de dar sentido para a prática jurídica como um todo e a melhor prescrição para como devemos tratar o direito²⁵⁴. Enquanto conquista moral, o direito será também moralmente justificado, por isso há aqui uma resposta positiva para a segunda pergunta de Dickson²⁵⁵.

A tese dworkiniana do direito como integridade vê o direito como um fenômeno moral. Dizer o que é o direito significa interpreta-lo de maneira a apresenta-lo em sua melhor luz, trata-se de uma prática interpretativa (DWORKIN, 1986, p. 226-227). A devida compreensão do que é o direito irá tanto apresentar a melhor adequação às práticas sociais compartilhadas (dimensão do “fit” no processo de interpretação construtiva) quanto representar da melhor forma possível o valor ou propósito dessa prática (dimensão da justificação na interpretação construtiva) (DWORKIN, 1986, p. 52). Isso é também uma resposta positiva para a questão da justificação moral. O direito devidamente compreendido exibe a virtude da integridade, e é por isso moralmente justificado²⁵⁶.

4 – Implicações para o Positivismo Raziano (II): Tese da Justificação Moral

É hora de sistematizarmos a discussão deste capítulo em um ataque mais claro. A segunda seção deste capítulo apresentou os problemas de coerência que a teoria da autoridade raziana possuía em si. O primeiro dos problemas era a falta de clareza sobre a ideia de “razão correta”, a base da legitimidade no modelo da autoridade como serviço. O segundo problema era a incompatibilidade da preempção com a justificação normal, porque a primeira implicava

²⁵⁴ Sobre isso, ver Dyzenhaus (2004). O autor argumenta que o positivismo contemporâneo na tradição analítica, na esteira de Hart, tem ignorado ou desprezado uma forma de positivismo engajado, de inspiração benthamita. Dyzenhaus cita Waldron como um expoente dessa forma de positivismo político (2004, p. 54). Ver também Waldron (2001; 2014). A teoria de Waldron é bastante próxima do “convencionalismo jurídico” que Dworkin formula em *Law's Empire* (1986). Ver também Priel (2011b, p. 33-34).

²⁵⁵ Ver Waldron (2001, p. 428-431) para algumas qualificações nessa posição. Em todo caso, “an evaluative account does not become non-evaluative simply because it includes negative as well as affirmative elements” (2001, p. 430).

²⁵⁶ Ainda que seja possível a um determinado país ter um direito tão nefasto que nenhuma interpretação plausível mostre seu valor de integridade.

uma visão da autoridade como consentimento, que demandava o tratamento das diretivas como razões protegidas, e a segunda uma visão de autoridade como fenômeno dialógico, na qual eu precisava constantemente julgar a correção da autoridade. O terceiro problema era a falta de clareza sobre a extensão da reivindicação de autoridade legítima. Em relação ao primeiro problema, defendi que Raz poderia se valer de sua própria teoria da autonomia para dar mais conteúdo à justificação normal. O que surgiu disso foi uma teoria da autoridade com conteúdo substantivo liberal, na qual a autoridade deve nos auxiliar a agir de maneira autônoma, a sermos “autores de nossa própria vida”. Sobre o segundo problema, resolvi o dilema em favor da justificação normal, porque descartamos a ideia de razões exclusionárias no capítulo anterior. O terceiro problema, em minha leitura, desaparece quando interpretamos a reivindicação de autoridade legítima a partir de uma abordagem contextual, que entende a autoridade legítima como se aplicando a certas áreas do direito ou conjuntos de diretivas. Em síntese, me parece possível salvar alguns dos principais elementos da tese da justificação normal.

A terceira seção, por sua vez, desenvolveu três argumentos. Em primeiro lugar, analisei qual seria a implicação da justificação normal baseada na autonomia para a pergunta sobre a justificação moral do direito, se “para poder compreender o direito adequadamente, o teórico do direito precisa afirmar que o direito é um fenômeno moralmente justificado?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha). Aqui, foi admitida a possibilidade de uma resposta negativa. Em segundo lugar, apresentei o argumento do próprio Raz sobre a dupla tarefa descritiva e normativa das teorias da autoridade, e illustrei com duas teorias rivais à justificação normal. Neste ponto, argumentei também que a explicação de Dworkin sobre conceitos interpretativos nos ajuda a compreender a escolha por uma ou outra teoria da autoridade. Em terceiro lugar, demonstrei como cada uma das distintas teorias da autoridade que vimos no capítulo endossaria uma teoria do direito diferente, e como isso mudaria a resposta dada para a questão da justificação moral. A justificação normal daria uma resposta negativa, não haveria uma necessidade conceitual de reconhecer o direito como um fenômeno moralmente justificável. Por outro lado, tanto a tese do direito como conquista moral quanto a integridade dworkiniana argumentariam pela necessidade desse reconhecimento, ou seja, uma resposta positiva para a justificação moral do direito.

As implicações da investigação desenvolvida no capítulo para o positivismo raziano são essencialmente duas. Em primeiro lugar, do fato (que venho tomando como incontroverso) de o direito reivindicar autoridade legítima não decorre que ele seja explicado

pela tese das fontes sociais, uma vez que essa autoridade legítima, mesmo se entendida por meio da justificação normal, não significa que as diretivas jurídicas sejam passíveis de identificação sem recurso a deliberações morais e políticas. Ao contrário, pela leitura caridosa da justificação normal que defendi na segunda seção, o julgamento moral sobre o desempenho da pretensa autoridade é inescapável. Em segundo lugar, não temos razões para *a priori* aceitarmos mesmo essa versão da justificação normal como nossa teoria da autoridade. Escolher por qualquer teoria da autoridade demanda argumentos morais e conceituais complexos, uma investigação de filosofia política que fugiria ao escopo da presente dissertação, mas que a meu ver se daria conforme a gramática dos conceitos interpretativos de Dworkin.

Em todo caso, o fato é que como nosso conceito de autoridade influencia nosso conceito de direito, a resposta negativa de Raz à tese da justificação moral não pode ser aceita da maneira prescrita pelo autor. Existem, no entanto, questões que devemos responder caso pretendamos defender o que foi exposto neste capítulo.

Para efeitos de ilustração, levanto algumas delas. (1) Por que precisamos pressupor que nossa teoria da autoridade define nossa teoria do direito? Caso o direito possua uma natureza ou essência (conforme o essencialismo preconiza), a investigação deveria ser de outro tipo: pela busca dessa natureza ou essência, independentemente de nossa visão sobre o que seria uma autoridade legítima. Investigar a natureza do direito demandaria um método distinto daquele usado para a compreensão da legitimidade do próprio direito. (2) Por que pressupor que haja apenas um conceito de direito (ou de autoridade) vigente em nossa sociedade? Não poderia haver múltiplos e conflitantes conceitos? Raz entende que sim, mas esses conceitos seriam, ou não, sobre o mesmo objeto? Neste capítulo, apresentei o debate sobre os diferentes conceitos de autoridade como um desacordo teórico nos termos de Dworkin. As pessoas divergem porque atribuem diferentes propósitos ou sentidos para a autoridade. É a partir de Dworkin que a meu ver podemos responder essas questões, mas antes iniciarei o capítulo seguinte retomando a visão raziana sobre conceitos, e apresentando suas limitações.

CAPÍTULO 5

ANÁLISE CONCEITUAL EM RAZ – NATUREZA DO DIREITO E DESACORDOS CONCEITUAIS

1 – Introdução: recapitulação da análise conceitual nos moldes razianos

No terceiro capítulo busquei atacar a tese raziana da preempção. Tentei demonstrar como a divisão que Raz promove entre razões de primeira e de segunda ordem é insustentável e quais as consequências disso para a teoria do direito. No quarto capítulo apontei tanto críticas à coerência interna das diversas teses razianas sobre a autoridade quanto tentei demonstrar que dos argumentos razianos não decorrem necessariamente suas conclusões. Algumas posições foram firmadas nestes capítulos: em primeiro lugar, o direito não funciona por meio de razões exclusionárias, ele não pode ser separado de questões morais a partir de uma distinção qualitativa em nosso raciocínio prático. Em segundo lugar, dizer o que o direito é sempre pode demandar reflexões morais. Em terceiro lugar, a concepção que temos sobre autoridade legítima influencia diretamente nossa concepção de direito, de modo que se a investigação sobre autoridade legítima for de cunho moral, a investigação sobre o direito também o será.

Os capítulos 03 e 04 tomaram, respectivamente, como fios condutores, as questões sobre avaliação moral e justificção moral que Dickson havia estabelecido. Como eu havia dito no primeiro capítulo, esses capítulos nos legam duas conclusões parciais no tocante a essas questões: (1) identificar o que é o direito demanda juízos morais e (2) a justificção moral pode ser necessária para a adequada compreensão do direito. A terceira questão de Dickson, sobre consequências morais benéficas, será o fio condutor deste capítulo. A questão era “juízos de valor sobre as consequências morais benéficas de se adotar determinada teoria podem legitimamente figurar como critérios de sucesso de teorias do direito?” (DICKSON, 2001, p. 9, tradução minha).

Raz responde negativamente a essa questão. Ele afirma que a teoria positivista do direito é “usualmente recomendada com o argumento de que ela claramente separa a descrição do direito de sua avaliação. Isso, alega-se, evita confusão e auxilia na clareza de pensamento. Isso é verdade, mas pressupõe a tese em vez de apoiar-la” (RAZ, 1979d, p. 41-42). Para Raz, é um equívoco “julgar o sucesso de uma análise do conceito de direito por seus resultados teórico-sociológicos (...) Nós não estamos livres para escolher quaisquer conceitos que gerem bons resultados” (RAZ, 1995c, p. 237). Em síntese, para Raz, as consequências de uma teoria não guardam qualquer relação com sua verdade. É esta a visão que pretendo atacar neste capítulo.

Para entendermos como Raz chega a essa resposta, e também quais as falhas em seus argumentos, precisamos recuperar a discussão do segundo capítulo, sobre o que o autor entendia como análise conceitual. A primeira coisa que precisamos perceber é que conceitos e palavras não são a mesma coisa. Podemos utilizar a mesma palavra para nos referirmos a diferentes conceitos (RAZ, 2009d, p. 55). Não existe uma relação de paridade entre conceitos e palavras: em determinados contextos de fala, uma palavra designa um conceito, em outro contexto, a mesma palavra vai designar outro conceito²⁵⁷. Para dar um exemplo, a palavra “lei” em “lei da gravidade” não se refere ao mesmo conceito que a palavra “lei” em “lei das concessões públicas”²⁵⁸.

Conceitos não são palavras. O que são eles então? Para Raz, “Conceitos são como nós concebemos aspectos do mundo, e residem entre palavras e seus sentidos, nos quais eles são expressos, de um lado, e a natureza das coisas às quais eles se aplicam, de outro” (RAZ, 2009c, p. 19). Como afirmei no segundo capítulo, Raz afirma que, em termos metafóricos, conceitos estão situados em um espaço entre o mundo e as maneiras que temos de expressá-lo (RAZ, 2009c, p. 18). Agora, é necessário apontar algo extremamente relevante para Raz:

Aqueles que, como Hart e Ryle, *enfatizam a conexão estreita entre conceitos e a natureza das coisas* podem ser ditos como implicitamente

²⁵⁷ Ver a explicação de Chau (2010, p. 232-233): “Raz highlights that words and concepts do not stand in a one-to-one relationship. The word “law” only refers to the concept of law that we talk about in jurisprudence in some circumstances but not others”. A resenha de Chau é a meu ver uma das melhores sínteses dos argumentos de Raz sobre conceitos. Muito de minha reconstrução no presente capítulo é tributário desse texto.

²⁵⁸ Ver também Raz (2009c, p. 20): “Of course we express the concept, use it and refer to it by using words. But we need not use the word ‘law’ or ‘the law’ to refer to it. We could talk of the law by talking of the system of courts and legislature and the rules they endorse in a state, for example. And we could do so in a large number of other ways. Most importantly, we rely on context, linguistic and non-linguistic, to determine whether we are talking of the right sort of law when talking of law, or whether we are talking of scientific or other laws. The availability of context to determine reference establishes that there is no need for concepts to be identified by the use of specific words or phrases”.

comprometidos com a visão de que o entendimento completo de um conceito consiste em conhecer e compreender todas as características necessárias de seu objeto, isto é, daquilo sobre o que o conceito trata. *Eu [Raz] vou segui-los em equacionar a maestria completa de um conceito com o conhecimento e compreensão de todas as características necessárias dos objetos ao qual o conceito se aplica.* Portanto, maestria completa do conceito de mesa consiste em conhecimento e compreensão de todas as propriedades essenciais de mesas, e assim por diante (RAZ, 2009c, p. 20-21, grifos meus)²⁵⁹.

Dois pontos importantes e conectados entre si são extraídos dessa citação. Em primeiro lugar, conceitos guardam uma conexão estreita com a natureza das coisas que eles representam. Em segundo lugar, dominar completamente um conceito significa conhecer todas as características necessárias do objeto ao qual o conceito se aplica. Irei detalhar esses dois pontos.

Para Raz, não é uma objeção à sua formulação que diferentes conceitos se apliquem ao mesmo objeto. Os conceitos de triângulo equiângulo e equilátero se aplicam necessariamente sobre os mesmos triângulos, mas os conceitos “diferem nas condições mínimas para sua posse” (2009c, p. 21)²⁶⁰. É por isso que conexão estreita entre conceitos e natureza não é a mesma coisa que equivalência total. Nós sabemos que os elementos necessários de triângulos equiláteros são os mesmos elementos necessários de triângulos equiângulos, estamos falando dos mesmos triângulos (ou seja, possuem a mesma natureza). Os conceitos possuem condições mínimas de conhecimento distintas, no entanto, se domínio *completo* de um conceito significa conhecer *todas* as características necessárias, o domínio *parcial* (que muitas vezes é o suficiente) implica em saber as condições *mínimas* para conhecer o conceito (RAZ, 2009c, p. 21)²⁶¹.

²⁵⁹ Ver também o trecho que citei no capítulo 02: “Eu farei duas pressuposições sobre conceitos: primeiro, vou assumir que nós podemos explicar o que eles são ao explicar o que é possuí-los e compreendê-los. Isto é, nós explicamos um conceito particular ao estabelecermos as condições nas quais é verdade que as pessoas possuem e compreendem aquele conceito. Segundo, vou assumir *que conceitos diferem uns dos outros graças à informação necessária para possuí-los e compreendê-los, e pelas habilidades e competências envolvidas em sua posse*” (RAZ, 2009c, p. 20, destaque meu).

²⁶⁰ Ver também Chau (2010, p. 233).

²⁶¹ Na formulação do próprio Raz (2009c, p. 21, destaques meus): “The concepts of an equilateral triangle and of an equiangular triangle are not the same concepts, but the necessary features of equilateral triangles are the same as those of equiangular ones. *The necessary features of the one kind of triangle are the same as the necessary features of the other. We can accept that complete mastery of these concepts involves knowing that they apply to the same triangles, knowledge that the conditions for their complete mastery are the same.* But they apply to the same triangles in different ways, for different reasons, the one because they are equilateral, while the other because they are equiangular”.

Conceitos são algumas das ferramentas que temos para compreender o mundo que nos cerca²⁶². Eles residem entre o mundo das palavras e o mundo da natureza das coisas, para retomar a expressão raziana. Em especial, dominar completamente um conceito significa compreender a natureza do objeto capturado pelo conceito. No entanto, isso levanta a questão: o que é a natureza de algo? Em uma citação da qual já apresentei um trecho anteriormente, Raz explica o que entende como natureza de algo:

Uma teoria consiste de verdades necessárias, porque apenas verdades necessárias sobre o direito revelam a natureza do direito. *Nós falamos de “a natureza do direito”, ou a natureza de qualquer coisa, para nos referirmos àquelas características do direito que são de sua essência, que fazem do direito o que ele é. Isto é, são as propriedades sem as quais o direito não seria direito (...) Naturalmente, as propriedades essenciais do direito são características universais do direito. Elas devem ser encontradas no direito em qualquer lugar ou tempo no qual ele exista.* Além disso, essas propriedades são propriedades universais não de maneira acidental (...) mas porque não há direito sem elas (RAZ, 2009c, p. 24-25, destaques meus).

Eis o que temos. Para Raz, a natureza de algo é aquilo que consiste em sua essência. No caso do direito, são aqueles elementos que necessariamente estão presentes em determinada prática social para que ela seja direito²⁶³. Nos dizeres do autor, “Filosofia do direito deve se contentar com aquelas poucas características que todos os sistemas jurídicos necessariamente possuem” (RAZ, 1979e, p. 104). Para compreender essas características necessárias dos sistemas jurídicos, a teoria do direito se vale do conceito de direito: o conceito é nossa forma de capturar elementos da natureza do fenômeno que desejamos explicar, por isso a teoria do direito é *sobre o direito*, e não *sobre o conceito de direito* (e certamente não é sobre a palavra “direito”).

O direito teria uma natureza, uma essência, porque seria um tipo específico de instituição social. A preocupação do teórico do direito é primariamente com a explicação dessa instituição (sua natureza), não dos meios através dos quais nós a compreendemos (seu conceito)²⁶⁴ (RAZ, 2009c, p. 29). No entanto, como é por meio do conceito que nós

²⁶² Acredito que a forma como Barber os define seja útil (2015, p. 3): “Concepts are mental representations of the world, units of thought that pick out and group together features of the world”.

²⁶³ Ver Raz (2009d, p. 55): “What, then, counts as an explanation of a concept? It consists in setting out some of its necessary features, and some of the essential features of whatever it is a concept of. In our case, it sets out some of the necessary or essential features of the law”.

²⁶⁴ Ver Raz (2009c, p. 29, destaque meu): “*But the essential properties of law of which legal theory is trying to give an account are not invoked to account for the meaning of any term or class of terms. We are inquiring into the typology of social institutions, not into the semantics of terms. We build a typology of institutions by reference to properties we regard, or come to regard, as essential to the type of institution in question*”.

conseguimos “enxergar” o objeto, acaba sendo uma tarefa secundária da teoria do direito explicar o conceito. Nas palavras do autor:

Não é nosso objetivo estudar a natureza do direito, em vez de nossa cultura e seu conceito de direito? Sim e não. Nós almejamos melhorar nosso entendimento da natureza do direito. *O direito é um tipo de instituição social, o tipo que é elencado – designado – pelo conceito de direito.* Portanto, ao melhorar nossa compreensão da natureza do direito, nós assumimos uma compreensão do conceito de direito, e a melhoramos (RAZ, 2009c, p. 31, destaque meu)²⁶⁵.

A distinção entre natureza e conceito permite a Raz afirmar que a teoria do direito é simultaneamente paroquial e universal. Como a teoria está preocupada com elementos essenciais do objeto que explica, ela tem aplicação universal. Onde quer que os elementos essenciais estejam presentes, haverá direito²⁶⁶. Raz é bastante explícito nesse ponto:

A universalidade das teses da teoria geral do direito é um resultado do fato delas afirmarem serem verdades necessárias, e não há nada menos que elas possam afirmar. Na medida em que a teoria geral do direito é sobre a natureza do direito ela tenta elucidar as características essenciais do direito, ie. aquelas características que estão presentes em todo sistema jurídico apenas porque ele é [um sistema] jurídico (...) Uma afirmação de necessidade é da natureza da empreitada (RAZ, 2009e, p. 92, destaques meus).

De outro lado, a teoria do direito é paroquial, porque toma como ponto de partida o *nosso* conceito de direito. Não há outra forma de proceder, já que são nossos conceitos que representam para nós o mundo que nos cerca. Nós compreendemos mudanças conceituais, aproximamos ou afastamos objetos concretos da incidência de conceitos, ou ainda entendemos um determinado conceito de direito como sendo um *conceito de direito* a partir da relação desse conceito com o *nosso conceito* (RAZ, 2009c, p. 32). Nós não temos como partir de algo que não seja paroquial:

(...) nós não podemos compreender outras culturas a não ser que possamos relacionar suas práticas e costumes com os nossos. Seus conceitos não serão entendidos por nós a não ser que possamos relacioná-los com nossos próprios conceitos, então o entendimento de culturas alienígenas requer a possessão de conceitos que se aplicam além da divisão entre nós e eles, conceitos que podem ser aplicados às práticas de outras culturas bem como às nossas próprias. Apenas com a ajuda de conceitos que se aplicam tanto às

²⁶⁵ Ver também: “[e]m seu mais fundamental, a filosofia do direito é uma investigação sobre a natureza do direito e as características fundamentais das práticas e instituições jurídicas” (RAZ, 2009d, p. 49)

²⁶⁶ Vale ver as palavras do próprio autor (RAZ, 2009c, p. 32, destaque meu): “Let us accept that what we are really studying is the nature of institutions of the type designated by the concept of law. These institutions are to be found not only in our society, but in others as well. *While the concept of law is parochial, ie not all societies have it, our inquiry is universal in that it explores the nature of law, wherever it is to be found*”. Ver também Chau (2010, p. 234-235).

*nossas quanto às culturas alienígenas nós poderemos compreender os conceitos usados por culturas alienígenas em seu próprio entendimento de suas próprias práticas e instituições que nós não compartilhamos. A centralidade do direito na vida social torna natural que o conceito de direito seja um desses conceitos que permitem construir pontes, ie. um que nós podemos aplicar a sociedades que não usam esse conceito em sua própria auto-compreensão (RAZ, 2009e, p. 96, destaques meus)*²⁶⁷.

Para que o conceito de direito seja capaz de construir essas pontes, é necessário que uma sociedade ter consciência do conceito de direito não seja um pré-requisito para que o direito exista (RAZ, 2009c, p. 40). Raz acredita que isso é verdade. Seu argumento é por meio de exemplos: existem sociedades que temos certeza de que possuem direito (da forma como nosso conceito de direito o compreende), apesar de elas mesmas não possuírem esse conceito. É o caso das comunidades judaicas no passado, ou de uma teocracia islâmica como o Irã contemporâneo. A conclusão de Raz é que “(...) o conceito de direito é em si fruto de uma cultura específica, um conceito que não estava disponível para membros de culturas anteriores, [mas] isso não mostra que essas culturas não tinham direito. A existência de direito requer consciência dos membros da sociedade (ou ao menos de alguns deles) de serem guiados por regras, consciência de disputas sobre o sentido das regras (...)” (RAZ, 2009c, p. 40). Eis novamente a tensão entre paroquialismo e universalismo na teoria do direito.

Essa exposição longa das ideias de Raz nos permite concluir duas coisas sobre o sistema do autor. Em primeiro lugar, e já mencionado anteriormente, as consequências morais de se adotar uma teoria não podem contar como critério de sucesso da teoria. Isso porque a teoria do direito trabalha com o *conceito* de direito para elucidar a *natureza* do direito. Caso a natureza do direito seja da forma X, tentar argumentar que ela é da forma Y porque isso teria melhores consequências morais seria cometer aquilo que Frederick Schauer chamou jocosamente de “falácia da anchova”: eu posso detestar anchovas e achar que o mundo seria um lugar melhor caso elas não existam, mas não posso, porque acho que tal mundo seria melhor, afirmar que tal mundo é o nosso mundo (SCHAUER, 2005, p. 495-496)²⁶⁸.

²⁶⁷ Ver também, como resumo, a citação que apresentei no segundo capítulo: “(...) na teoria do direito há uma tensão entre o paroquial e o universal. Ela é tanto paroquial quanto universal. De um lado, ela é paroquial porque visa explicar uma instituição apontada por um conceito que é um conceito local, um produto da civilização ocidental moderna. *De outro, ela é uma teoria universal porque se aplica ao direito em qualquer tempo e em qualquer lugar em que seja concebível*, e sua existência não pressupõe a existência de seu conceito; de fato, ela não pressupõe a existência de qualquer conceito jurídico (RAZ, 2009c, p. 38, destaques meus)”.

²⁶⁸ Ver Schauer (2005, p. 496): “(...) just as my normative preferences about anchovies should not influence my evaluation of their existence, so too should my (or the world's) normative preferences about theories of the concept of law, even if those normative preferences are sound, not figure in my evaluation of their truth or falsity”. Schauer propõe uma interessante posição mais “ecumênica” sobre a ideia de necessidade na teoria do direito. Cf. Schauer (2013).

Em segundo lugar, e relacionada à primeira conclusão, Raz é essencialista porque postula uma natureza ou essência que determinada instituição social apresenta. Além disso, essa natureza ou essência pode ser apreendida de forma satisfatória pelo nosso conceito de direito (o conceito, por sua vez, contingente). A relação entre as duas conclusões é a seguinte: para que as consequências morais sejam excluídas dos critérios de sucesso de uma teoria, é necessário que o objeto da teoria seja ele mesmo dotado de uma natureza relativamente fixa, estável. É necessário que haja uma essência universal do direito, presente em qualquer tempo ou lugar, para o conceito de direito apreender.

As duas conclusões, porém, fazem duas pressuposições relevantes: (1) é necessário que de fato haja uma natureza no objeto e que essa natureza possa ser apreendida pelo conceito e (2) é necessário que o conceito permita sua correta aplicação por meio de critérios de algum tipo, ou seja, o conceito é aplicado a determinado objeto quando tal objeto se conforma aos critérios do conceito. Caso não haja uma natureza do direito, ou caso essa natureza não possa ser apreendida conceitualmente, a teoria do direito nos moldes razianos se torna uma investigação fadada ao fracasso, porque não haveria nada para o conceito de direito fazer. De outro lado, caso o conceito de direito não funcione por meio de critérios razoavelmente objetivos, ou caso existam conceitos rivais de direito, não disporemos de meios para saber qual a natureza do direito, já que as próprias formas que temos para apreender a realidade são controversas.

Nas próximas seções deste capítulo pretendo analisar criticamente ambas as pressuposições. Na seção 2, argumentarei que a relação entre conceito e natureza não é algo que possa ser trivialmente afirmado. O argumento tem duas partes. De um lado, não podemos presumir que o conceito do direito automaticamente nos revele a natureza do direito, mesmo que tal natureza exista. De outro, os constantes desacordos sobre o direito e a inexistência de um método incontroverso para sua definição colocam o ônus de provar a existência de uma natureza do direito sobre aqueles que acreditam nela²⁶⁹. Na seção 3 vou procurar, a partir do trabalho de Ronald Dworkin sobre desacordos teóricos e tipos conceituais, mostrar como nosso conceito de direito (ou ao menos o conceito filosoficamente mais relevante) não funciona de maneira criterial. Caso nosso conceito de direito seja interpretativo, ou para usar a expressão de Gallie, essencialmente contestável, a teoria do direito nos moldes razianos se torna uma má teoria, já partiria de uma visão equivocada da gramática do conceito de direito.

²⁶⁹ Para isso, vou me basear principalmente em Nye (2016) e Barber (2015). Como autor que tenta defender posições razianas, aponto os textos de Bix (2003; 2005; 2007).

A consequência disso é que ela distorceria a prática que deveria representar. Na conclusão do capítulo, pretendo unificar as duas frentes de ataque, de modo a afirmar (1) que devemos abandonar a ideia de uma essência ou natureza fixa a ser apreendida e (2) que nosso conceito de direito é interpretativo nos moldes dworkinianos. Caso essas duas afirmações sejam verdadeiras, não há razões para excluir as consequências morais do rol de critérios de sucesso para uma teoria.

2 – A relação problemática entre conceito e natureza

Conforme acabo de explicar, para Raz a teoria do direito é preocupada primariamente com *a natureza do direito*, mas apreende essa natureza por meio do *conceito de direito*. No entanto, conceitos são constructos mentais que dispomos para compreender o mundo. Eles integram a compreensão que fazemos de nós mesmos, na visão do próprio Raz (1995c, p. 237). Por meio de algo artificial (nosso conceito) nós apreenderíamos a realidade sobre um determinado fenômeno. Seguindo Hillary Nye, acredito que o argumento raziano tem três problemas:

Deixe-me brevemente apresentar a razão inicial por que o nexo conceito-natureza é problemático. *Em primeiro lugar, há o problema de acesso epistêmico. Conceitos lidam com nossas formas de ordenar e categorizar o mundo, e metafísica é sobre a estrutura fundamental desse mundo. Como nós podemos saber que nossos conceitos refletem a estrutura subjacente? O que dá a eles acesso ao reino ontológico? Uma segunda preocupação é que Raz afirma que conceitos mudam, mas que a natureza de algo não se altera. Se conceitos mudam, como nós sabemos que tomando qualquer um deles, em um determinado ponto no tempo, podemos apreender a verdadeira natureza do direito? Não apenas os conceitos mudam, mas seu desenvolvimento depende, Raz diz, de nossa história e cultura. Esse aspecto contingente dos conceitos deveria fortalecer nosso ceticismo sobre eles serem capazes de nos dizer algo sobre a natureza universal e imutável. Finalmente, as constantes referências de Raz ao ‘nosso’ conceito mascaram desacordos sobre o direito. Se nós não concordamos todos sobre o conceito, como nós podemos determinar qual conceito está corretamente no rastro da natureza do direito?* (NYE, 2016, p. 9, destaques meus, rodapés omitidos).

Nesta seção, analisarei os dois primeiros pontos, a saber, a questão do acesso epistêmico (sub-seção 2.1) e a questão das alterações no conceito (sub-seção 2.2). Após a

análise desses dois pontos, farei um importante esclarecimento antes de avançar para a seção seguinte (sub-seção 2.3). Na terceira seção, analisarei o problema dos desacordos no direito.

2.1 – O problema do acesso epistêmico

Eis a questão: mesmo que o direito possua uma natureza, como seria possível que o nosso conceito, uma construção social e contingente, pudesse adequadamente apreender essa natureza? Raz afirma que “[n]ós almejamos melhorar nosso entendimento da natureza do direito. O direito é um tipo de instituição social, o tipo que é elencado – designado – pelo conceito de direito” (RAZ, 2009c, p. 31). Em minha leitura, a afirmação raziana é uma petição de princípio, porque apela à ideia de instituição social, ou seja, a outro conceito que delimitaria a aplicação do nosso conceito de direito. Instituições sociais não estão no mundo de maneira independente das interpretações humanas. Os limites daquilo que chamamos de instituição são dados pelo nosso conceito de instituição, e Raz argumenta que o direito é uma instituição que o conceito elenca. No entanto, a depender de qual é o nosso conceito de instituição, nós poderíamos elencar menos do que a natureza direito, ou mais do que a natureza do direito. A citação de Raz meramente faz um conceito depender de outro (o conceito de direito elenca aquilo que foi designado pelo conceito de instituição social), mas não “atinge” a natureza do fenômeno.

Raz pode ser interpretado como dizendo algo mais elaborado do que a petição de princípio. Ele poderia ter em mente uma teoria “folk” dos conceitos, para usar a expressão de NW Barber (2015, p. 5)²⁷⁰. Segundo uma teoria folk, o ponto de partida da análise conceitual é o entendimento que a comunidade relevante (o chamado entendimento comum) tem sobre quais os critérios corretos de aplicação de determinado conceito que pertença a essa sociedade (BARBER, 2015, p. 5-8)²⁷¹. Isso é mais concreto do que a citação no parágrafo anterior, mas também não auxilia na descoberta da natureza do direito.

²⁷⁰ Nas palavras do próprio Barber (2015, p. 7, rodapés omitidos): “Raz argues that it is ‘a major task of legal theory to advance our understanding of society by helping us to understand how people understand themselves’. Raz writes that he follows Hart in ‘equating complete mastery of a concept with knowledge and understanding of all the necessary features of the objects to which it applies’ and that, broadly speaking, ‘the explanation of a concept is the explanation of that which it is a concept of’. By mastering the concept—which I take Raz to mean a refined form of the common understanding—we reach a superior understanding of the phenomena to which the concept relates. Others writing in the positivist tradition have also endorsed this methodology”.

²⁷¹ Ver também Nye (2016, p. 10-11).

O entendimento comum configura um ponto de partida interessante para nossas investigações, porque dentre outras coisas garante que a teoria que esboçamos seja inteligível para aqueles que utilizam o conceito ou lidam com a instituição teorizada. Outra vantagem do entendimento comum é a capacidade de se valer dos insights que a comunidade em questão tem sobre o assunto a ser teorizado (BARBER, 2015, p. 25)²⁷². O entendimento comum, no entanto, não é capaz de resolver o problema para Raz. Conforme Nye aponta, esse tipo de entendimento, uma teoria folk, pode nos auxiliar a compreender as formas por meio das quais nós compreendemos o mundo ao nosso redor, mas não nos dá acesso às “coisas em si” (NYE, 2016, p. 11). A pergunta retorna: por que pressupor que o entendimento da comunidade é capaz de descobrir a natureza das coisas?²⁷³ À essa pergunta, Raz poderia responder que os oficiais e aplicadores do direito não podem estar sistematicamente equivocados em suas afirmações sobre o direito. Afinal, as afirmações dessas pessoas em parte constituem aquilo que o direito é (RAZ, 1995c, p. 217).

A réplica raziana é parcialmente verdade, mas fracassa frente ao desafio colocado. De um lado, é verdade que o *conteúdo* do direito em um determinado sistema jurídico é dado ao menos em parte pelas afirmações de seus operadores (e.g. decisões judiciais, decretos, etc). De outro, para o próprio Raz, a *natureza* do direito é universal e diz respeito apenas aos elementos necessários para haver direito. As declarações dos oficiais não fazem muito nesse sentido, já que Raz é explícito ao dizer que, em sua visão, as opiniões dos operadores do direito não têm a última palavra sobre a natureza do direito (1995b, p. 203-206). Cabe inclusive apontar que para Raz os oficiais não têm sequer a última palavra sobre o conceito de direito (2009c, p. 36)²⁷⁴.

Mais importante ainda, quando oficiais e operadores do direito dizem o que dizem, eles têm em mente o seu conceito de direito, a sua forma de organizar o material do mundo ou

²⁷² Nye sintetiza bem as três razões que Barber aponta para o uso do entendimento comum (NYE, 2016, p. 11, rodapés omitidos): “There are three reasons we should be attentive to it: firstly, because the account we develop must ring true to our audience; secondly, because humans are the creators of social institutions, and therefore people’s beliefs about institutions affect what they become; and thirdly, because the idea of the ‘wisdom of crowds’ might lead us to think that the common understanding holds some truth about the institution in question”.

²⁷³ Para ilustrar o ponto, basta pensar em outro uso da expressão folk: “folk lore”. Folclore, literalmente traduzido como histórias do povo comum ou histórias populares, é uma forma de a comunidade compreender o mundo que a cerca, mas não é evidentemente sinônimo de compreensão da realidade ou da natureza desse mundo.

²⁷⁴ Nas palavras do próprio Raz (2009c, p. 36): “[o conceito de direito] it is a common concept in our culture which applies not only to our law but to the law of other countries, now as well as in the past or the future. It also applies to law in fiction, and in hypothetical cases. In short it is not a concept regarding which the courts have special authority”.

ainda a forma que eles entendem tomar o conteúdo do sistema jurídico ao qual pertencem. Não há porque supor que suas declarações consigam capturar a natureza do direito de maneira mais precisa que as declarações de um cidadão consciente ou de um filósofo. Para colocar em termos técnicos, não há por que supor que operadores e oficiais do direito tenham prioridade epistêmica em relação a cidadãos ou filósofos.

Acredito que é possível dar mais clareza ao ponto com um exemplo que Barber apresenta. Teorias do direito de caráter marxista tendem a dizer que a natureza do direito – enquanto superestrutura – é reforçar a hegemonia da classe dominante. Os operadores do direito não perceberiam isso porque a classe dominante exerceria sobre eles poder ideológico. A natureza opressora do direito seria, portanto, escondida. Teorias que sejam semelhantes a esse exemplo que apresentei certamente divergirão do entendimento comum do direito, e em especial do entendimento que os operadores do direito têm. No entanto, não são teorias ininteligíveis e nem podem ser dadas como equivocadas na apreensão da *natureza* do direito por meramente divergirem do entendimento comum (BARBER, 2015, p. 19). Na verdade, essas teorias muitas vezes invertem o argumento raziano: justamente por não estarem presas à cortina de fumaça do entendimento comum é que elas conseguiriam revelar a natureza subjacente das coisas.

Em síntese, existe no argumento raziano uma lacuna entre conceito e natureza que a meu ver o autor não consegue responder satisfatoriamente²⁷⁵. Sua teoria poderia ser interpretada como uma teoria do conceito de direito (que será objeto de análise na terceira seção do capítulo), mas disso não podemos inferir que ela revele algo sobre a natureza do direito. Nas palavras de Nye, “(...) nosso conceito consiste de nossas crenças sobre a natureza do direito. No entanto, isso apenas nos leva a uma conexão conceito-conceito. Isso nos leva às nossas crenças, mas não pode nos levar a qualquer afirmação sobre a própria natureza do direito” (NYE, 2016, p. 14, rodapé 79).

2.2 – Mudanças conceituais e natureza do direito

Como o próprio Raz reconhece, nosso conceito de direito é contingente, ele é fruto de construção histórica e passível de mudanças com o tempo (RAZ, 2009d, p. 98-99). Isso significa que há uma pluralidade de conceitos de direito. Esses diversos conceitos de direito

²⁷⁵ Esse é o ponto do artigo de Nye (2016).

muitas vezes divergem brutalmente, e todos eles em tese captam a natureza subjacente do fenômeno. O problema que surge aqui é na verdade uma extensão do problema da relação conceito-natureza. Não é só que há uma lacuna entre conceito e natureza, nós também dispomos de uma infinidade de conceitos de direito e não temos como saber qual deles melhor capta a natureza. Como escolher um conceito dentre vários?²⁷⁶

Conceitos surgem em contextos determinados, com eles as pessoas buscam responder a necessidades localizadas no tempo e espaço. Segundo Raz, “[o] conceito de direito é um produto histórico, mudando com os anos, e *o conceito que temos é mais recente do que instituição que ele é utilizado para identificar*” (2009c, p. 85, destaque meu). Segundo Nye, há aqui um dilema. De um lado, se todos os diversos conceitos de direito (contraditórios entre si) capturarem algo de verdade, essas “naturezas capturadas” seriam muito distintas, ou seja, esses conceitos seriam, na verdade, de coisas diferentes para as quais usamos a mesma palavra. Por exemplo: os romanos tinham um conceito de direito fundamentalmente diferente do nosso. Se, com Raz, assumirmos que os usuários não podem estar sistematicamente equivocados sobre as afirmações que fazem, o conceito romano de direito deveria capturar uma essência diferente daquela que o nosso conceito contemporâneo captura. Serão duas naturezas ou essências distintas, ou seja, não haveria uma relação ou continuidade entre o direito o romano e o nosso direito, exceto pela palavra “direito”, o que é uma afirmação altamente implausível (NYE, 2016, p. 14).

Por outro lado, podemos assumir que todos os conceitos exceto pelo nosso estão equivocados, que apenas o nosso conceito consegue captar a natureza do direito. Esse lado do dilema é igualmente implausível, mas por motivos diferentes. Essa alternativa demandaria uma confiança injustificada em nosso conceito, e se abraçarmos essa hipótese nos comprometemos também com a afirmação algo ridícula de que ninguém antes de nós conseguiria promover análise conceitual do direito, já que ninguém antes de nós possuía o nosso conceito de direito (NYE, 2016, p. 14).

Tentar utilizar nosso conceito para apreender uma natureza ou essência subjacente tem se parecido, a meu ver, com tiros às cegas. No entanto, outra interpretação do argumento raziano poderia ser a seguinte: nosso conceito de direito não busca apreender a natureza do

²⁷⁶ Trata-se de um ponto que mesmo Brian Bix, usualmente simpático aos argumentos de Raz, entende como uma limitação. Cf. Bix (2003, p. 554-555; 2005, p. 315-316)

direito, mas na verdade ele a reflete. O conceito seria, portanto, um reflexo da natureza das coisas²⁷⁷. A natureza do direito seria *a causa* do nosso conceito.

Essa interpretação tem três problemas. Em primeiro lugar, ela claramente não é o que Raz argumenta, então há um problema de fidelidade ao autor. Conforme viemos discutindo, Raz afirma que o conceito de direito busca apreender a natureza de uma instituição, e não que a natureza seja causa do conceito. Em segundo lugar, é misterioso como a natureza de algo poderia *causar em nós o conceito*. Que tipo de mecanismo poderia ser esse? Seria necessário que nosso aparato cognitivo fosse capaz de captar alguma propriedade no mundo que fosse capaz de nos dizer a natureza do direito, algo análogo a algumas formas de realismo moral. Dada a implausibilidade disso, temos bons motivos para desconfiarmos desse caminho²⁷⁸. Em terceiro lugar, e relacionado ao problema anterior, na ausência de conhecimento sobre como esse mecanismo de causalção funciona, nós não podemos sequer ter uma crença justificada de que nosso conceito reflete adequadamente a natureza do direito, porque as pessoas divergem fortemente sobre o próprio conceito de direito (NYE, 2016, p. 15). Mesmo que não soubéssemos sobre a lei da gravidade, poderíamos ter uma crença justificada de que os corpos caem porque nossas percepções humanas convergem sobre isso. Nada remotamente próximo acontece com o conceito de direito. Não existe uma convergência sobre ele da mesma forma que existe sobre a queda dos corpos, por isso não podemos ter a crença de que ele reflita alguma natureza do fenômeno²⁷⁹.

2.3 – Interlúdio: abandonado a ideia de “natureza”

A investigação até aqui mostra que existem conceitos de direito diferentes, e que nós não dispomos de “um meio que de saber qual deles pode nos dizer sobre a natureza [do direito], ou de uma garantia que algum deles possa” (NYE, 2016, p. 15). A análise do *conceito* se mostra incapaz de apreender a *natureza* do direito. No entanto, talvez a busca por

²⁷⁷ Nye explica essa interpretação da seguinte maneira, para então descartá-la: “The world sets the boundaries of the institution in question, and our concept is responsive to that. The thing has an independent existence and our theory is trying to reflect it” (2016, p. 14).

²⁷⁸ Sobre isso, ver a crítica de Dworkin às hipóteses da dependência e do impacto causal (2011a, p. 69-87). Esse tipo de discussão envolve questões epistemológicas complexas que não tenho condições de abordar aqui. Acredito que possa evitar essas discussões sobre causalção dos conceitos por se tratarem de algo muito distante do que Raz afirmava.

²⁷⁹ Em minha leitura, trata-se aqui de um argumento parecido ao que Williams faz na comparação entre ciência e ética no tocante à objetividade. Para Williams, “science has some chance of being more or less what it seems, a systematized theoretical account of how the world really is, while ethical thought has no chance of being everything it seems” (2006, p. 135).

essa natureza seja uma empreitada estéril. O direito pode não possuir uma natureza além daquela construída por nossos conceitos e interpretações. Até este ponto, permaneci agnóstico sobre a existência de uma natureza do direito, porém as dúvidas que levantamos a meu ver colocam o ônus filosófico para os “crentes”: afinal, existe uma natureza do direito que seja distinta dos conceitos que empregamos?

Nada nas práticas dos operadores do direito ou dos cidadãos requer que haja tal natureza, nem seus discursos a pressupõem. A ideia de uma natureza fixa e compartilhada por todos os sistemas jurídicos é uma crença filosófica cuja plausibilidade não pode ser vindicada, exceto por um argumento filosófico que muito provavelmente não pode ser feito. Em todo caso, como disse acima, mesmo que exista essa natureza, nós não dispomos de meios para apreendê-la, de modo que talvez a postura mais sensata a termos em relação a ela seja wittgensteineana: sobre aquilo que não podemos falar, devemos permanecer em silêncio²⁸⁰.

As tentativas de Raz em dizer o que seria a natureza do direito acabam sendo vagas demais (e.g. “instituição social”), não há um ganho de clareza com a ideia de natureza, certamente não no sentido de avançarmos a compreensão que fazemos de nós mesmos (RAZ, 2009c, p. 31). Por outro lado, nosso entendimento de nós mesmos é ampliado quando investigamos o nosso conceito de direito. O conceito de direito, diferentemente da natureza, figura em nosso mundo de razões. Juízes, oficiais e cidadãos possuem alguma compreensão mais ou menos refletida desse conceito quando se engajam nas práticas argumentativas jurídicas. A partir deste ponto no capítulo vou, portanto, abandonar o termo natureza e focar a discussão na análise que Raz faz do *conceito* de direito. Em outras palavras, em uma leitura caridosa de Raz, vou tratar natureza e conceito como sinônimos. Trata-se de uma interpretação possível porque o próprio Raz afirma que “(...) explicar um conceito é próximo a explicar a natureza” (RAZ, 2009c, p. 24) e que “(...) o que nós realmente estamos estudando é a natureza das instituições do tipo designado pelo nosso conceito de direito” (RAZ, 2009c, p. 32), ou seja, ele equivale as expressões.

Tratar igualmente natureza e conceito é também o que faz Brian Bix²⁸¹ ao interpretar Raz como propondo uma teoria do direito que é uma teoria do conceito de direito. Para Bix, “Raz argumentou que teorias do direito são teorias do nosso conceito de direito. Alguém poderia primeiramente perguntar: por que nós deveríamos estudar *o conceito* se nós podemos

²⁸⁰ A expressão de Wittgenstein aparece no *Tractatus Logicus-Philosophicus* (2001, prop. 7).

²⁸¹ Ver também Waldron (2014, p. 82-83).

estudar *a coisa em si* (a prática, o tipo de instituição) no lugar? A resposta de Raz é negar que os dois possam ser separados” (BIX, 2005, p. 313, tradução minha, rodapés omitidos)²⁸². Com essa nova interpretação de Raz em mãos, avanço para a análise do terceiro problema apontado por Nye, a questão dos desacordos no direito²⁸³.

3 – Desacordos no direito: conceitos criteriais e interpretativos

3.1 – O argumento de Dworkin sobre desacordos e o papel do conceito doutrinal

Recordemos o argumento de Dworkin sobre os desacordos teóricos. Dworkin havia argumentado que o direito é um conceito interpretativo porque existem desacordos de um tipo especial sobre o que é o direito, que não se confundem com meras divergências empíricas sobre os casos concretos. O direito está sujeito, segundo Dworkin, a desacordos teóricos (*theoretical disagreements*), que são sobre quais os fundamentos do direito (*grounds of law*), sobre quais proposições devem ser verdade para que determinada proposição jurídica seja verdadeira (DWORKIN, 1986, p. 5)²⁸⁴. Um exemplo de desacordo teórico seria o seguinte: “como devemos interpretar a ideia de razoabilidade dos contratos”? Outros exemplos são os casos Riggs, TVA e Sorenson, apresentados no terceiro capítulo. Esses desacordos teóricos, que no limite são questões sobre o que é o direito e quais seus limites, podem aparecer em qualquer ponto da prática jurídica, mas para Dworkin eles aparecem com especial clareza e relevância nos chamados casos pivotais (*pivotal cases*) (1986, p. 41).

Casos pivotais são aqueles que levantam discussões sobre aspectos centrais do conceito ou prática em disputa. Por exemplo, quando dois críticos de arte debatem se fotografia é arte, pode se tratar de um caso pivotal quando a discussão envolve o próprio

²⁸² No mesmo sentido, ver Chau (2010, p. 234).

²⁸³ No entanto, ver o argumento de Schauer sobre a ideia de necessidade (2013). Neste texto, Schauer defende que existem investigações filosóficas importantes sobre elementos que não são “necessários e suficientes” ao conceito de direito, ainda que sejam elementos necessários (no aqui e agora) ao nosso conceito contingente de direito, por exemplo.

²⁸⁴ Apesar de o argumento sobre os desacordos teóricos ser desenvolvido explicitamente em *Law's Empire* (1986), Dworkin já antecipava alguns de seus elementos em (2011b; 2011c; 1985). Endosso a interpretação de Macedo Jr (2012), segundo a qual a mudança de termos não implicou contradição entre o “jovem” Dworkin e o Dworkin “de maturidade”, mas sim um maior aprofundamento e sofisticação.

sentido ou propósito da arte (DWORKIN, 1986, p. 41-42)²⁸⁵. Discussões entre diferentes escolas de arte são ilustrativas disso. Quando um crítico acusa certa obra de arte de ser “excessivamente política”, ele tem em mente um propósito ou sentido atribuído à arte distinto daquele de um crítico que celebra essa mesma obra por ser “representativa de seu tempo”. Para Dworkin, desacordos teóricos ocorrem em casos pivotais do direito, como os já citados Riggs, TVA e Sorenson, que questionam o que vem a ser o próprio direito.

Devemos tomar cuidado para distinguir em que contextos os desacordos teóricos figuram. Existem contextos de uso distintos, que geram conceitos também distintos. Segundo Dworkin, “Nós precisamos aceitar o que Wittgenstein apontou: que nossos conceitos são ferramentas e que nós temos diferentes tipos de ferramentas em nossa caixa de ferramentas conceitual” (DWORKIN, 2011a, p. 160, tradução minha)²⁸⁶. Trata-se de um ponto que Dworkin tentou esclarecer nos textos de *Justice in Robes* e *Justice for Hedgehogs*, e que precisamos compreender para melhor localizar os problemas de Raz. Existe um *conceito sociológico* de direito, por exemplo, que é utilizado quando procuramos estudar um determinado tipo de estrutura social. O exemplo do próprio Dworkin é o uso que Max Weber faz do conceito de direito (DWORKIN, 2006b, p. 3). Existe também um *conceito aspiracional* de direito, que utilizamos quando nos referimos aos ideais ou valores que o direito deve atingir²⁸⁷. É o conceito aspiracional que mobilizamos quando discutimos o que o direito deve ser ou o ideal do Estado de Direito (DWORKIN, 2006b, p. 5)²⁸⁸.

O conceito que interessa para a presente dissertação, porém, é o chamado *conceito doutrinal* de direito. Trata-se do conceito que mobilizamos quando investigamos o que o direito “requer ou proíbe ou permite ou cria” (DWORKIN, 2006b, p. 2, tradução minha). É o conceito que é utilizado quando queremos saber “o que é o direito sobre determinado assunto” (DWORKIN, 2011a, p. 402, tradução minha)²⁸⁹. O conceito empregado em casos jurídicos

²⁸⁵ Ver também Neiva (2017, p. 129-130).

²⁸⁶ A ideia de nossa linguagem como caixa de ferramentas aparece em Wittgenstein (2009, parágrafos 11-14).

²⁸⁷ Dworkin aponta a teoria do direito de Fuller (1969) como sendo um uso sociológico do conceito de direito. Parece-me, no entanto, que ele seria melhor interpretado como propondo um uso aspiracional.

²⁸⁸ Natalie Stoljar também chama a atenção para a variedade de usos do conceito de direito, mas apresenta uma conceitografia diferente da dworkiniana (2013).

²⁸⁹ Vale ver a síntese que o próprio Dworkin faz dessas distinções (2011a, p. 402, rodapés omitidos, destaques meus): “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. Positivism and interpretivism are both theories about the correct use of the doctrinal concept. Positivism has traditionally treated that concept as criterial: it has aimed to identify the tests of pedigree that lawyers or at least legal officials share for identifying true propositions of doctrinal law. Interpretivism treats the doctrinal concept as interpretive: it treats lawyers’

relevantes é o conceito doutrinal, porque exatamente o que queremos saber é o que diz o direito sobre aqueles casos. É neste contexto de uso que surgem os desacordos teóricos.

Dworkin adiciona dois argumentos em cima dessa construção. Por um lado, conforme vimos no terceiro capítulo, ele propõe que entendamos o conceito doutrinal de direito como sendo um conceito interpretativo, um conceito que nós compartilhamos porque “nós compartilhamos práticas sociais e experiências [consistentes em casos paradigmáticos do conceito] nas quais esses conceitos figuram. Nós tomamos esses conceitos como descrevendo valores, mas nós discordamos, às vezes de maneira marcante, sobre quais são esses valores e como eles devem ser expressos” (DWORKIN, 2011a, p. 6, tradução minha)²⁹⁰. Segundo Dworkin, conceitos interpretativos são sujeitos àquilo que chamou de interpretação construtiva, consistente em “impor propósito a um objeto ou prática de modo a fazer dele(a) o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele(a) é tido(a) como pertencente” (DWORKIN, 1986, p. 52)²⁹¹.

Por outro lado, e imediatamente mais relevante para meu argumento, há a constatação de que a vasta maioria da filosofia do direito, em especial a tradição positivista, tratou o conceito doutrinal de direito não como um conceito interpretativo, mas como um conceito criterial, ou seja, um conceito que compartilhamos “quando, mas apenas na medida, em que usamos os mesmos critérios para identificar instâncias [de sua aplicação]” (DWORKIN, 2011a, p. 158, tradução minha). Conceitos criteriosais apresentam um “teste decisivo” para sua aplicação, e uma vez que todos os fatos relevantes estejam expostos e o teste decisivo aplicado, qualquer tipo de desacordo deve desaparecer, se estivermos de fato lidando com conceitos criteriosais (DWORKIN, 2011a, p. 160)²⁹².

É importante perceber que tanto conceitos interpretativos quanto criteriosais dependem de algum tipo de prática compartilhada para haver de fato o conceito, mas as diferenças aqui são fundamentais. No caso dos conceitos criteriosais o que é compartilhado é o teste decisivo

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”.

²⁹⁰ Já expliquei no terceiro capítulo a ideia de conceito interpretativo, mas para tornar o argumento deste capítulo mais claro, adiciono aqui a seguinte explicação de Dworkin (2011a, p. 158): “We share an interpretive concept when our collective behavior in using that concept is best explained by taking its correct use to depend on the best justification of the role it plays for us”.

²⁹¹ Ver também Dworkin (2006b, p. 14-15).

²⁹² Nas palavras de Dworkin (2011a, p. 160): “People do not share a concept of either kind [natural ou criterial] unless they would accept a decisive test— a kind of decision procedure— for finally deciding when to apply the concept (except in cases they agree are marginal). Genuine disagreement about application is ruled out once all pertinent facts are agreed upon”.

para aplicação correta do conceito. No caso dos conceitos interpretativos, são compartilhados casos paradigmáticos, por exemplo, reconhecemos que “dar a cada pessoa o que lhe é devido” é um paradigma de justiça. Compartilhar paradigmas é algo bem menos demandante que compartilhar um teste decisivo. Paradigmas são meramente casos que qualquer interpretação plausível de um conceito interpretativo deve levar em conta. Qualquer interpretação do conceito de justiça deve prestar contas ao paradigma que apresentei nesse parágrafo, por exemplo (DWORKIN, 2011a, p. 160-161)²⁹³.

Para Dworkin, tratar o conceito doutrinal de direito como um conceito criterial “estragou” boa parte da filosofia do direito contemporânea (2011a, p. 160). Isso porque não existe sobre o conceito doutrinal de direito o tipo de acordo entre advogados e juízes (e eu incluiria cidadãos na lista) necessário para se formular o “teste decisivo” que um conceito criterial demanda para sua aplicação (DWORKIN, 2011a, p. 404). Em casos pivotais no direito, vale lembrar, existem desacordos teóricos. Ao tratarem o conceito doutrinal como sendo criterial, os filósofos positivistas acabaram ou se lançando em uma investigação fútil, ou distorcendo o fenômeno jurídico de maneira a enquadrá-lo em suas teorias²⁹⁴. Uma explicação mais satisfatória do conceito doutrinal de direito o interpreta como um conceito interpretativo:

O conceito doutrinal de direito só pode ser entendido como um conceito interpretativo (...) Então defender uma análise desse conceito interpretativo pode apenas significar defender uma teoria controversa de moralidade política. Uma análise do conceito precisa assumir de início uma conexão íntima entre direito e moralidade (...) (DWORKIN, 2011a, p. 404, tradução minha).

Dworkin inclusive nominalmente acusa Raz de distorcer o direito ao tratar o conceito doutrinal como criterial (DWORKIN, 2006e, p. 229)²⁹⁵. Para ilustrar sua crítica, Dworkin

²⁹³ Segundo Dworkin (1986, p. 72), “(...) the paradigms will be treated as concrete examples any plausible interpretation must fit, and argument against an interpretation will take the form, whenever this is possible, of showing that it fails to include or account for a paradigm case”. No entanto, o autor também destaca que paradigmas não são invencíveis (1986, p. 72): “Paradigms anchor interpretations, but no paradigm is secure from challenge by a new interpretation that accounts for other paradigms better and leaves that one isolated as a mistake”.

²⁹⁴ Ver, em especial, o que diz Dworkin em (2006e). Neste artigo, escrito especialmente para *Justice in Robes*, Dworkin didaticamente resume seu argumento do agulhão semântico (semantic sting) como sendo a crença de que todos os conceitos são de tipo criterial (ou natural, mas não precisamos nos deter sobre a ideia de conceito natural aqui). Cf. Dworkin (2006e, p. 225-226).

²⁹⁵ Sendo mais preciso, a acusação de Dworkin é de que Raz “assumes the sociological and the doctrinal concepts of law function in our thought as something in the nature of natural kind concepts” (DWORKIN, 2006e, p. 229). O próprio Raz, no entanto, se diz engajado em uma investigação criterial (RAZ, 2009d), e Dworkin entende que conceitos criteriosais e de tipo natural compartilham um traço comum, que é a presença do “teste decisivo” (DWORKIN, 2011a, p. 160).

conta a seguinte narrativa. Quando dois advogados divergem sobre o que diz o direito, ambos podem ter igual domínio sobre o conceito de direito. Quando um dos advogados perde, isso ocorre porque seus argumentos eram mais fracos que os de seu rival, mas disso não se pode inferir que o perdedor tinha uma pior compreensão do conceito de direito do que o vencedor. “Então, nós não podemos dizer que a teoria do direito deveria identificar a natureza essencial do que advogados, exibindo sua maestria convergem em identificar, com o direito” (DWORKIN, 2006e, p. 228, tradução minha). O que eu entendo ser o principal argumento de Dworkin é aquilo que já foi dito acima: não existe um “teste decisivo” para identificar o direito que permita tratar o conceito doutrinal como sendo de tipo criterial²⁹⁶.

3.2 – A defesa raziana dos conceitos criteriais

Raz responde diretamente os argumentos de Dworkin que acabo de reconstruir²⁹⁷. A réplica raziana é consistente de três argumentos, didaticamente elencados por Neiva:

Em primeiro lugar, ele procura demonstrar que a crença numa explicação criterial de conceitos não implica nenhum tipo de explicação individualista dos conceitos. *Em segundo lugar*, Raz irá argumentar que é possível que existam diversos critérios para o uso correto de um mesmo conceito. *Por fim*, Raz argumentará que os desacordos entre juízes e advogados não significam, necessariamente, desacordos acerca dos critérios sociais para uso do conceito, já que juízes e advogados não possuem autoridade especial sobre o significado do nosso conceito de direito (NEIVA, 2017, p. 131, destaques meus).

Desses três argumentos, o menos problemático me parece ser o terceiro. Segundo Raz, adotar a perspectiva do operador do direito como ponto privilegiado de análise é acabar se valendo de uma visão demasiadamente restritiva do direito. Isso porque o direito interage com outras instituições e desempenha um papel no mundo de razões de toda a sociedade (RAZ, 1995b, p. 203-204). Tentar orientar-se exclusivamente pelo viés do operador do direito,

²⁹⁶ Chau resume o desafio de Dworkin nos seguintes termos (2010, p. 235): “(...) if jurisprudence is about stating the shared criteria for the correct use of the concept of law, then it is a non-starter since we do not have shared linguistic rules for the use of the concept of law”. Sobre o desafio dworkiniano a teorias que dependam de práticas compartilhadas em sentido criterial, ver, em geral, Macedo Jr (2013). No texto de 2013, Macedo Jr pretende criticar as teorias convencionalistas, notadamente Jules Coleman e Andrei Marmor, por falharem em responder ao que ele chama de desafio dworkiniano: “[a] crítica das explicações do positivismo hartiano sobre como a regra de reconhecimento se torna normativa e gera obrigações para as autoridades às quais ela serve de fundamento do direito e sobre a natureza das controvérsias e dos desacordos acerca dos fundamentos do direito nas práticas jurídicas argumentativas comuns em nossos tribunais” (MACEDO JR, 2013, p 8).

²⁹⁷ Na reconstrução das respostas razianas a Dworkin nesta parte devo muito à Chau (2010) e a Neiva (2017). Em especial, Neiva (2017, p. 127-139) reconstrói didaticamente o “criterialismo raziano”. Neiva (2016, p. 170-190) faz uma análise mais pormenorizada.

portanto, distorceria o objeto ao promover um recorte arbitrário. Nas palavras de Raz, o conceito de direito “é um conceito comum em nossa cultura, que o aplica não apenas ao nosso direito, mas ao direito de outras culturas, bem como no passado ou no futuro. Ele também se aplica ao direito na ficção, e em casos hipotéticos. Em suma, não é um conceito sobre o qual os tribunais tenham autoridade especial” (RAZ, 2009c, p. 36).

Em minha visão, não há nada de errado com este argumento. Quando Martin Luther King afirmava, por exemplo, que o direito constitucional americano garantia aos negros tais e tais direitos, a afirmação é tão dotada de sentido quanto a afirmação de um juiz ou advogado. No jargão dworkiniano, King estaria disputando o conceito doutrinal de direito. O argumento de Raz também faz justiça a abordagens realistas em teoria do direito, como o “homem mau” de Holmes. O “homem mau” claramente não participa da perspectiva do operador do direito, mas nem por isso seus “insights” deixam de ser relevantes para compreendermos nosso conceito de direito. Como o fim do monopólio dos operadores do direito sobre o conceito de direito é um argumento bem-vindo, passo para a análise do primeiro argumento apresentado na citação de Neiva.

Raz afirma que Dworkin entendeu mal o que são conceitos criteriais, porque imputou a tais conceitos uma visão individualista sobre o “teste decisivo”. A visão individualista do conceito criterial estabelece que cada indivíduo possui um teste para aplicação correta do conceito. Por se tratar de um teste individual, o indivíduo não pode estar equivocado sobre ele. Isso significa que nós só compartilhamos um conceito criterial, na visão individualista, se compartilharmos o teste para correta aplicação do conceito (RAZ, 2009d, p. 63)²⁹⁸. Como evidentemente esse não é o caso com o conceito de direito, ele não poderia ser de tipo criterial. Segundo Raz, esse é o argumento de Dworkin.

Conceitos criteriais, no entanto, são mais complexos do que essa visão. Para Raz, as pessoas compartilham um conceito criterial quando se veem como “(...) responsáveis frente aos critérios estabelecidos por sua regra. Por exemplo, elas estão comprometidas em admitir (ao menos para si mesmas) que suas afirmações estão erradas se, quando compreendidas por esses critérios, eles estiverem erradas” (2009d, p. 64). Essas regras de aplicação do conceito,

²⁹⁸ Nas palavras de Raz (2009d, p. 63): “The individualistic picture regards each person as holding to a set of criteria that he or she follows when applying the concept. In principle each person may be the only person using that concept, ie the only one using these criteria. Those who have the concept may make mistakes in application (due to misperception, miscalculation, etc) but cannot make mistakes about the criteria. Each person’s criteria define the concept for that person. If others follow different criteria, that cannot show that either of them made a mistake. It only shows that they are following different concepts. You will recognize that Dworkin’s articulation of the semantic sting contains echoes of this view”.

no entanto, não precisam ser plenamente especificadas de antemão. O que é demandado é que as pessoas se vejam como responsáveis pelos critérios comuns de aplicação do conceito, não que elas concordem na especificação plena desses critérios. Isso permite que as pessoas possam divergir sobre conceitos criteriais. Tudo que a regra pessoal delas diz é que elas são responsáveis diante dos critérios comuns de aplicação. Por sua vez, os “critérios corretos são aqueles que as pessoas que pensam que entendem o conceito ou termo usualmente compartilham, ie. aqueles que são geralmente tidos como os critérios corretos são os critérios corretos” (2009d, p. 64)²⁹⁹.

A força da resposta de Raz é que ela aparentemente responde de maneira satisfatória ao problema dos desacordos que Dworkin havia identificado. Pessoas realmente divergem, essa divergência se dá porque elas não concordam sobre quais são os critérios corretos para aplicação do conceito, ou seja, elas divergem sobre quais os critérios compartilhados na comunidade linguística. Porém, se especificados, esses critérios devem por fim à divergência por serem um teste decisivo de aplicação do conceito (NEIVA, 2017, p. 134). É esclarecedor transcrever o próprio Raz:

A rejeição do individualismo não significa uma rejeição de explicações criteriais. Explicações criteriais são explicações em termos de regras estabelecendo critérios para o uso correto de conceitos ou palavras – e não há nada individualístico nisso – em quais são as regras corretas se elas forem compartilhadas pela comunidade linguística. Esse compartilhamento é precisamente o que insiste o não-individualismo. *O compartilhamento é estabelecido pelo fato de que todos os usuários da linguagem se veem como responsáveis diante dos critérios comuns, quaisquer que sejam eles* (RAZ, 2009d, p. 65-66, destaques meus).

À este argumento (rejeição do individualismo, o primeiro apresentado na citação de Neiva), Raz soma um segundo, que explica por que as pessoas tem desacordos. Se o argumento não-individualista expõe como desacordos são possíveis, o argumento da complexidade e não-transparência dos conceitos criteriais visa demonstrar o que faz surgir os desacordos (RAZ, 2009d, p. 67). Raz aponta que muitos conceitos não possuem “formulações canônicas”, ou seja, podem ser formulados de formas distintas, fazendo menção ou não a diversos outros conceitos, que muito possivelmente também não possuem formulações canônicas. Além disso, via de regra qualquer formulação de um conceito não será exaustiva,

²⁹⁹ Penso que a síntese de Neiva é bastante feliz (2017, p. 133): “A regra pessoal, de acordo com Raz, não especifica de maneira exaustiva os critérios para uso de conceitos, apenas reportando-se aos critérios comuns utilizados na comunidade linguística que definem o que é um uso correto daquele conceito. A própria regra pessoal permite que erros ocorram: afinal, ela refere-se aos critérios efetivamente usados, e não aos critérios que nós pensamos ser efetivamente usados”.

de modo que diferentes formulações, cada uma elencando aspectos distintos do conceito, podem ser oferecidas (2009d, p. 67-68)³⁰⁰.

Como surgem, portanto, os desacordos? Em primeiro lugar, conceitos particularmente complexos, como inevitavelmente é o caso do conceito de direito, podem ser elaborados de formas diferentes, sem que isso implique estarmos falando de conceitos diferentes. Muitos dos desacordos na verdade são frutos das comparações entre essas elaborações diferentes. Isso não significa, porém, que não sejam sobre o mesmo conceito criterial compartilhado. Em segundo lugar, como explicações não necessariamente são exaustivas, elas podem elencar elementos distintos, de modo a suscitar também divergências entre usuários do conceito. Eu apresento uma explicação que elenca X, você apresenta uma exposição que elenca Y, nós divergimos sobre qual de nós tem a correta compreensão do conceito de direito. Porém, nós compartilhamos o mesmo conceito criterial desde que nos vejamos como “como responsáveis diante dos critérios comuns”. Se esse requisito estiver presente, é possível dizer que nossas diferentes explicações são sobre um mesmo conceito.

Em síntese, Raz afirma que (1) conceitos criteriais não são individuais, eles dependem de reconhecimento de que existem *critérios compartilhados de correta aplicação*; (2) esses critérios compartilhados não precisam ser especificados para que existam, basta haver uma atitude³⁰¹ de reconhecimento de sua existência e importância, independente de sua formulação transparente ou precisa; (3) como explicações criteriais muitas vezes não possuem fórmula canônica ou são parciais, desacordos podem surgir entre usuários de um conceito criterial, ainda que à rigor sejam desacordos “falsos”, já que a revelação dos critérios compartilhados deve por fim à divergência.

³⁰⁰ Novamente Neiva (2017, p. 135): “Como não há uma explicação canônica de um conceito que aponte de maneira exaustiva os exemplos criteriais aos quais o conceito se aplica, duas pessoas podem discordar a respeito destes critérios, mas concordar quanto a sua aplicação a alguns exemplos. Esta concordância será acidental, e um contraexemplo ainda não considerado poderá revelá-la. Por outro lado, duas pessoas que discordam acerca da explicação de um conceito podem, na verdade, ter um desacordo meramente *aparente*. Cada uma delas pode ter uma explicação parcial do conceito, ou uma fórmula diferente para explicar os mesmos critérios de uso correto. Estas explicações podem ser, à primeira vista, diferentes, mas elas apenas são explicações distintas sobre os mesmos critérios compartilhados”.

³⁰¹ Chau utiliza o termo “atitude” para se referir à ideia de responsabilidade diante dos conceitos que Raz fala (CHAU, 2010, p. 236). Parece-me uma boa forma de explicar o que Raz quer dizer.

3.3 – Encruzilhadas metodológicas: Raz versus Dworkin

Em termos de coerência interna, parece-me evidente que Raz apresentou uma resposta satisfatória. No entanto, pretendo nesta sub-seção argumentar que de se estabelecer que conceitos criteriais não estão comprometidos com uma visão individualista não se segue que nosso conceito de direito seja criterial. Antes disso, vale a pena esclarecer um ponto: Raz não diz que *todos* os nossos desacordos conceituais são de tipo criterial. O que ele tenta fazer é demonstrar como desacordos de tipo criterial podem existir. Ele reconhece que para muitos conceitos o tipo de desacordo será diferente. Debates sobre conceitos morais ou éticos, por exemplo, poderiam ter uma gramática mais parecida com a dos conceitos interpretativos de Dworkin (RAZ, 2009d, p. 69). Essa posição de Raz é coerente com a maneira que ele estabelece sua teoria da autoridade em *The Morality of Freedom* (1986a). Conforme vimos no quarto capítulo, o conceito de autoridade é marcado pela “interdependência entre argumentos conceituais e normativos” (RAZ, 1986a, p. 63). Parece-me possível dizer que Raz sustenta metodologias diferentes para o conceito de autoridade legítima e para o conceito de direito³⁰².

Sobre o que nos interessa, é importante destacar que segundo Dworkin, Raz trata o conceito sociológico de direito e o conceito doutrinal como sendo o mesmo conceito, e que isso gera diversos problemas para o autor (DWORKIN, 2006e, p. 227-228). Dworkin cita o seguinte trecho de Raz, que transcrevo do original:

Aqui e no que se segue utilizarei “direito”, como usualmente é usado, *para referir algumas vezes a um sistema jurídico*, e às vezes para se referir a uma regra de direito, *ou a uma afirmação sobre o que é o direito em algum ponto particular*. Algumas vezes eu vou usar a palavra de modo ambíguo para se referir a um ou outro desses sentidos, já que não importa para os propósitos da discussão deste capítulo qual o modo que é entendido (RAZ, 2009c, p. 28, rodapé 8, destaques meus).

O primeiro destaque que aponto na citação dá a entender um conceito sociológico, como na questão “os aborígenes australianos tinham um sistema jurídico?”. O segundo destaque, no entanto, é certamente mais próximo da ideia de conceito doutrinal formulada por Dworkin. Raz, no entanto, trata os diversos usos de direito da mesma maneira. O uso do conceito sociológico, sobre quais tipos de estrutura social nós atribuímos o nome “direito”, parece satisfatoriamente descrito pela gramática criterial raziana. Caso um teórico queira saber qual é o conceito sociológico de direito prevalecente em uma comunidade política, ele muito provavelmente fará uma descrição de tipo criterial, tentando elencar quais os critérios

³⁰² Sobre isso, ver também Nye (2016, p. 7-9).

necessários para haver direito segundo aquela sociedade (e contará com uma grande dose de estipulação³⁰³ nessa empreitada). Segundo Dworkin, é dessa maneira que interpretamos a divergência entre um sociólogo weberiano e um sociólogo marxista sobre qual seria nosso conceito (sociológico) de direito. No que diz respeito ao conceito sociológico, portanto, não parece haver disputa entre Dworkin e Raz³⁰⁴.

No entanto, a descrição da gramática do conceito sociológico não os ajuda a compreender o conceito doutrinal. A questão é saber se Raz consegue provar que esse segundo conceito, apontado no segundo destaque da citação, funciona de maneira criterial. Quando dois advogados divergem sobre o que é o direito em determinada jurisdição, eles estão realmente buscando os critérios comuns que eles compartilham, ainda que não saibam quais sejam? Ou, ao contrário, cada um deles está buscando a melhor interpretação disponível do direito? Qual teoria explica de maneira mais satisfatória a gramática de nossos desacordos?

Para fazer meu argumento, gostaria de colocar a discussão em um nível de generalidade maior do que os argumentos que o próprio Dworkin lança diretamente contra Raz³⁰⁵. Tomo como ponto de partida um “passo em falso” que Raz dá em sua explicação. Peter Chau chama a atenção para o seguinte pulo na argumentação do autor: Raz assume que a atitude compartilhada de reconhecer a existência de critérios comuns é o *suficiente para afirmar que de fato* os falantes realmente compartilham tais critérios. No entanto, Raz não diz por que as atitudes que os falantes têm em relação aos seus conceitos não poderiam basear-se em equívocos (CHAU, 2010, p. 236-237). Existe a possibilidade de a atitude dos falantes não corresponder à realidade, ou seja, de que eles “erroneamente assumem que compartilham um set de critérios para o uso correto de um conceito, sem realmente compartilharem [tais critérios]” (CHAU, 2010, p. 237).

Já comentei anteriormente que, para Raz, operadores do direito não podem estar sistematicamente equivocados nas proposições que fazem sobre o direito, porque são essas

³⁰³ Não haveria, em princípio, nada de errado com isso (DWORKIN, 2006e, p. 228-229). Para facilitar a pesquisa ou evidenciar achados, pesquisadores podem estipular critérios conceituais. Isso, no entanto, não tem relevância para a investigação filosófica.

³⁰⁴ Ainda que devemos notar que quando levamos a sério o que significa investigar um conceito sociológico criterial, vemos que a teoria do direito não seria tão útil para essa investigação quanto parecia à primeira vista. Isso porque caso a investigação seja pela forma como as pessoas pensam ou compreendem o direito, sociólogos de campo e psicólogos teriam muito mais a dizer (PRIEL, 2015, p. 29). A confusão entre conceitos, no entanto, faz o filósofo do direito parecer mais relevante do que é para a investigação sociológica, porque há o que ser investigado filosoficamente sobre o conceito doutrinal.

³⁰⁵ Em minha leitura, o argumento que desenvolvo guarda bastante semelhança com Neiva (2016, p. 225-237). Se existe alguma diferença entre nós, acredito que ela seja mais de ênfase ou “temperamento filosófico”.

proposições que em parte estabelecem o que o direito é (RAZ, 1995c, p. 217). Esse argumento não funciona como resposta ao problema detectado por Chau pelo seguinte motivo: as pessoas podem estar equivocadas na *explicação* que dão *sobre* seus próprios argumentos, ou seja, caso operadores do direito digam que o conceito doutrinal é de tipo criterial (o que seria altamente implausível de um ponto de vista empírico), isso não significa que o conceito realmente seja desse tipo. Eles podem estar equivocados na descrição que fazem da própria prática.

Como alguém pode estar equivocado na descrição que faz da própria prática é um ponto relevante para entendermos a proposta de Dworkin e qual o seu potencial explicativo. Acredito que valha a pena citar o autor em suas próprias palavras:

Apesar de as distinções que nós traçamos entre conceitos criteriais, de tipo natural e interpretativos serem justificadas pelo uso – pela forma que as pessoas usam e respondem aos conceitos – essas distinções são interpretações do uso, não em si mesmas parte do uso (...) Mas nós mesmo assim precisamos da ideia de um conceito interpretativo para explicar seu comportamento [das pessoas que usam o conceito] (...) As pessoas não estão sempre ou mesmo na maior parte das vezes conscientes sobre a estrutura teórica enterrada necessária para justificar o resto do que elas pensam (DWORKIN, 2011a, p. 163, tradução minha, destaques meus).

Isso significa dizer que a conceitografia de Dworkin, para usar a expressão de Macedo Jr (2012), não demanda que os falantes tenham consciência desses tipos conceituais, ou de qualquer coisa do gênero. Dworkin é explícito ao afirmar que, ao contrário, os tipos conceituais são “ideias de filósofos” que se justificam na medida em que nos auxiliam a compreender as práticas nas quais os conceitos figuram (DWORKIN, 2011a, p. 163)³⁰⁶. Aqui entra aquele que me parece ser um dos principais argumentos de Dworkin, ainda que frequentemente negligenciado:

Nossa abordagem sobre os conceitos que estruturam um campo intelectual é em si uma interpretação desse campo, um meio de fazer sentido da investigação, reflexão, argumentos e estratégias que marcam o campo. Então em um sentido todos os conceitos são interpretativos (...) (DWORKIN, 2011a, p. 163, tradução minha, destaques meus).

Em outras palavras, o argumento de Dworkin é que nós interpretamos os conceitos, e fazemos isso no sentido de interpretação que ele chamou de interpretação construtiva³⁰⁷, antes de sabermos se aquelas práticas são mais bem compreendidas como de um tipo ou outro (criterial, interpretativa etc). É por isso que “em um sentido, todos os conceitos são interpretativos”. Isso significa, em especial, que conceitos interpretativos são interpretativos

³⁰⁶ Ver também Dworkin (2006e, p. 231-232).

³⁰⁷ Em *Justice for Hedgehogs* (2011a), Dworkin passa a utilizar o termo “interpretação conceitual”.

em dois níveis distintos: (1) precisamos interpretar construtivamente os conceitos, e este primeiro nível de análise pode concluir que sua melhor interpretação desses materiais os trata como conceitos interpretativos, ou criteriais, ou naturais etc; (2) a melhor interpretação trata o conceito como interpretativo quando os usuários do conceito são mais bem compreendidos como intérpretes eles mesmos do conceito (DWORKIN, 2011a, p. 163-164). No caso dos conceitos interpretativos, há uma “reflexividade” que Dworkin chamara em *Law’s Empire* de uma “atitude interpretativa” (DWORKIN, 1986, p. 46-47).

Raz ignora a discussão sobre se a melhor interpretação que podemos fazer daqueles que utilizam o conceito doutrinal de direito os representa como usando o conceito em sentido criterial ou em sentido interpretativo³⁰⁸. No esquema do parágrafo anterior, ele declara em (2) que o conceito é criterial, mas sem se engajar em (1). O autor infere da possibilidade de desacordos sobre conceitos criteriais que o conceito de direito é criterial, mas para sustentar essa conclusão, ele precisa responder à primeira pergunta interpretativa³⁰⁹. Raz precisaria sustentar que a melhor interpretação das práticas jurídicas as retrata como criteriais, no entanto, ele não faz esse argumento. Um argumento raziano nesse sentido teria a forma do Raz convencionalista que apresentei ilustrativamente no terceiro capítulo. Seria uma forma de positivismo normativo: a tese das fontes sociais (ou seja, um teste criterial) deveria ser endossada porque promove valores relevantes, como previsibilidade e segurança jurídica. Esse Raz convencionalista é interpretativo nos termos de Dworkin, porque afirma que a melhor interpretação das práticas de uso do conceito de direito é aquela que vê esse conceito como criterial. Esse Raz trava com Dworkin uma disputa sobre o sentido a ser atribuído às práticas sociais, e não uma disputa sobre quem explica de maneira mais precisa os critérios compartilhados.

Em síntese, a “miopia” de Raz para a questão da interpretação da prática do uso de conceitos oculta uma dimensão na qual qualquer explicação filosófica é controversa, porque baseada nas melhores justificações que dispomos para aquelas práticas. Ao ocultar essa dimensão, Raz declara inadvertidamente que o conceito de direito é criterial. No entanto, isso não é algo que pode ser assumido de maneira trivial. Existem várias outras interpretações disponíveis que tratam os conceitos usados na prática de maneiras distintas, como a

³⁰⁸ Neiva sintetiza a investigação: “qual a melhor interpretação dos desacordos surgidos na prática jurídica e dos contextos relevantes do uso do conceito de direito?” (NEIVA, 2017, p. 152).

³⁰⁹ Em minha interpretação, a crítica de Neiva (2017, p. 149-152) é nesse sentido. Raz assume mais do que pode a partir de sua defesa dos conceitos criteriais.

interpretação que vê o conceito de direito como sendo interpretativo³¹⁰. Dworkin afirma que “tratar um conceito como interpretativo supõe que essa forma de compreender uma prática interpreta melhor a prática do que a interpretação rival [criterial] que faz o aparente acordo ou desacordo ser espúrio. Aqui também interpretação é interpretativa em toda a sua extensão” (DWORKIN, 2011a, p. 162, tradução minha). Raz não nos dá motivos para rejeitarmos a explicação dworkiniana.

4 – Implicações para o Positivismo Raziano (III): filosofia do direito como interpretação

4.1 – Consequências morais benéficas e interpretação do conceito doutrinal

Precisamos retomar as principais conclusões do capítulo para entendermos como a resposta negativa de Raz para a questão das consequências morais benéficas falha. Na seção 2, eu concluí que ou o direito não possui uma natureza que seja independente de nós (a hipótese mais forte, já que o ônus da prova passou para aqueles que acreditam nessa natureza) ou que nós não temos qualquer acesso a essa natureza caso ela exista (a hipótese mais fraca, endossada pela própria Nye). A proposta foi que abandonássemos a discussão sobre natureza do direito e focássemos a discussão sobre o conceito de direito, um constructo humano que desempenha um papel relevante em nosso mundo de razões.

Na análise do conceito de direito, vimos que uma abordagem criterial individualista não está disponível, porque existem os chamados desacordos teóricos. Raz, no entanto, propõe uma visão não individualista dos conceitos criteriosais, capaz de explicar a existência de desacordos. O ponto cego de Raz, porém, é que ele não reconheceu que as nossas classificações conceituais são justificadas por fazerem sentido dos usos dos conceitos, não por serem elas mesmas parte dos usos. Isso significou que os praticantes podem cometer equívocos quando descrevem as próprias práticas, e mais importante, que *toda teoria ou explicação é ela mesma interpretativa*.

³¹⁰ Ver também Neiva (2016, p. 228-229; 295-296).

Teorias do direito são interpretações sobre nosso conceito doutrinal de direito. Interpretações devem levar em conta os paradigmas relevantes para serem de fato interpretações e não devaneios. No entanto, existe margem para que as consequências morais desempenhem papel relevante para decidirmos qual é a melhor teoria. Isso por causa de duas situações. Começarei pela mais simples, a situação do empate teórico. Observemos o seguinte caso: existem duas teorias igualmente plausíveis em sua explicação do conceito de direito, no entanto, uma delas, se endossada, teria consequências morais benéficas (por exemplo, juízes decidiriam casos prestando mais atenção e de forma menos mecanicista, ou uma melhor compreensão do conceito de justiça será fomentada). Como a “natureza do direito” ou não existe ou é irrelevante, e como também não temos razões para tratarmos o direito como um conceito criterial socialmente compartilhado, não há por que deixarmos de optar por essa teoria mais benéfica. Seria uma escolha em espírito de pragmatismo moderado: não teríamos por que não escolher o que funciona melhor para nós.

Antes de avançarmos para a segunda situação, é necessário percebermos que existe uma ambiguidade na ideia de consequências morais benéficas. Ela pode ser lida em termos utilitaristas/consequencialistas, como em “ao adotarmos essa teoria o estado de coisas no mundo será melhor”, ou então de maneira mais abrangente, como em “ao adotarmos essa teoria estamos endossando uma explicação moralmente mais atraente das práticas e conceitos”. Em minha visão, Dickson não chega a distinguir exatamente o que entende como consequências morais benéficas, mas parece-me que a primeira leitura é demasiadamente restritiva. Na prática, ela significaria que apenas utilitaristas endossam a tese das consequências morais. Como isso é uma leitura implausível, sugiro que fiquemos com a segunda alternativa, que reconhece o fato de uma interpretação ser moralmente mais satisfatória como uma consequência moral benéfica.

A segunda situação é mais complexa, porém mais abrangente e a meu ver o argumento decisivo em favor do papel das consequências morais. Como saber qual dentre duas interpretações do conceito de direito é superior? Voltemos à ideia de conceito interpretativo. Nós compartilhamos um conceito desse tipo quando reconhecemos paradigmas como pertencentes a este conceito e “tomamos esses conceitos como descrevendo valores, mas nós discordamos, às vezes de maneira marcante, sobre quais são esses valores e como eles devem ser expressos” (DWORKIN, 2011a, p. 6, tradução minha). Nós interpretamos construtivamente estes conceitos, tentando “impor propósito a um objeto ou prática de modo a

fazer dele(a) o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele(a) é tido(a) como pertencente” (DWORKIN, 1986, p. 52, tradução minha).

É importante notar que nós atribuímos propósitos, sentidos ou valores aos conceitos interpretativos. Esses propósitos, sentidos ou valores são eles mesmos também conceitos interpretativos, cada um deles com sua própria atribuição de outros propósitos, sentidos ou valores e assim por diante. Em algum ponto da história, todos os nossos valores (para simplificar, utilizarei apenas essa palavra) irão se tocar e formar uma “cúpula geodésica”, cada um dos valores apoiando e sendo apoiado por outro (DWORKIN, 2006c, p. 160-161). Nossos conceitos interpretativos são integrados entre si (DWORKIN, 2011a, p. 7). Por exemplo, uma interpretação que estabeleça o sentido do valor da justiça como sendo o valor da meritocracia vai depender de uma interpretação sobre por que a meritocracia é importante, e assim por diante. Para fazer sentido de um conceito interpretativo, vamos precisar de outros conceitos interpretativos, e todos eles compõem uma rede de crenças que possuímos (DWORKIN, 2011a, p. 117)³¹¹. Assim, uma interpretação é superior à outra quando for mais bem integrada à rede de crenças do que as interpretações rivais³¹².

Com essa explicação, podemos voltar ao ponto principal: qual a melhor interpretação do conceito doutrinal de direito? Será aquela que melhor integrar esse conceito com os de justiça, igualdade, liberdade, etc. Em outras palavras, a melhor interpretação do direito é aquela que o retrata da forma mais moralmente atraente³¹³, e podemos/devemos optar por essa interpretação porque nossos conceitos interpretativos são dependentes uns dos outros. Na verdade, as consequências morais desempenham um papel central na escolha que fazemos por uma teoria: “[a] teoria do direito lida com direitos jurídicos, mas é mesmo assim uma teoria

³¹¹ Dworkin explica este ponto da seguinte maneira (2011a, p. 117, destaques meus): “The best we can say is: the argument ends when it meets itself, if it ever does. We can elaborate the metaphor I used earlier. *If you organized all your moral convictions into an ideally effective filter encapsulating your will, they would form a large interconnected and interdependent system of principles and ideas. You could defend any part of that network only by citing some other part, until you had somehow managed to justify all parts in terms of the rest.* Justifying your condemnation of the Iraq war might in that way include, at some point in an extraordinarily extended account, appealing to principles about negligence in personal matters, trustworthiness as a virtue, and caginess as a vice, and then to further principles purportedly justifying each of these convictions, and so on nearly forever. *The truth of any true moral judgment consists in the truth of an indefinite number of other moral judgments. And its truth provides part of what constitutes the truth of any of those others*”.

³¹² Um didático sumário da visão de Dworkin sobre a possibilidade de conflito de valores é seu texto *Do Values Conflict? A hedgehog's approach* (2001).

³¹³ É evidente que nem todos os conceitos interpretativos são “morais”. Notadamente, os conceitos relacionados à estética são interpretativos também, mas não são morais. Apesar disso, nossa rede de crenças é integrada e não há razões para compartimentalizarmos quaisquer crenças (DWORKIN, 2011a, p. 117). O seguinte exemplo deve ilustrar essas conexões: caso nosso conceito (interpretativo) de beleza humana gere muito atrito com conceitos morais como igualdade ou dignidade, temos razões para reinterpretarmos o conceito de beleza, buscando restaurar a harmonia em nossas crenças.

política porque busca uma resposta normativa para uma questão de política normativa: sob que condições as pessoas adquirem direitos e deveres genuínos, que são demandáveis juridicamente (*enforceable on demand*) na maneira descrita [em instituições adjudicatórias]?” (DWORKIN, 2011a, p. 406, tradução minha)³¹⁴. O que nós buscamos, ao cabo, é a melhor resposta moral a essa pergunta³¹⁵. Nós até poderíamos concluir que a melhor resposta seria um positivismo normativo (ou político), mas isso significaria o abandono do positivismo metodológico raziano³¹⁶. Na síntese de Priel:

A grande ironia sobre tudo isso é que na medida em que filósofos do direito apresentam a nós explicações razoavelmente determinadas da natureza do direito, entendida dessa forma [raziana], eles fazem isso apenas ao implicitamente interpretar a prática, ao escolher qual, dentre a miríade de valores conflitantes e atitudes que fazem a “nossa cultura”, importa para a explicação do direito e então apresentando uma visão do direito à luz dessas escolhas normativas. Isso é, em linhas gerais, ainda que não em todos os detalhes, o interpretativismo de Dworkin, exatamente o que a maioria dos filósofos descritivos do direito diz enfaticamente não estar fazendo (PRIEL, 2015, p. 29-30, tradução minha).

4.2 – Essencialismo e Arquimedeanismo na análise conceitual raziana

A exposição nesta seção deve ter demonstrado também porque o essencialismo e arquimedeanismo são vícios filosóficos na teoria do direito, mas acredito que valha a pena reconstruir os argumentos do capítulo de maneira a explicitamente atacar esses vícios. Sobre o essencialismo, se o compreendermos de maneira mais “estrita”, ou seja, como a crença em uma natureza ou essência imutável e independente das interpretações humanas, temos que ele é simplesmente impraticável na teoria do direito. Não temos como saber se existe ou não uma essência do direito – e os permanentes desacordos sobre o direito dão munição para o cético sobre esse ponto – e mesmo que haja algo assim, nós não temos meios de apreender essa natureza, porque nada garante que nossos conceitos, contingentes e mutáveis com o contexto, sejam capazes de fielmente capturar seus elementos.

³¹⁴ Ver também a citação que transcrevi no primeiro capítulo: “(...) direitos e responsabilidades fluem de decisões passadas e contam como jurídicas, não apenas quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando oriundos dos princípios de moralidade pessoal e política que decisões explícitas pressupõem para sua justificação” (DWORKIN, 1986, p. 96, tradução minha).

³¹⁵ Este é o fundamento de outra proposição dworkiniana também citada no primeiro capítulo: “Em minha visão, o argumento jurídico é caracteristicamente e continuamente um argumento moral. Advogados devem decidir qual set de princípios competidores fornece a melhor – moralmente mais convincente – justificativa para a prática jurídica como um todo” (DWORKIN, 2006c, p. 144, tradução minha).

³¹⁶ Ver também Neiva (2016, p. 301-302).

Caso interpretemos essencialismo como criterialismo do conceito de direito (como na prática é minha sugestão a partir da metade deste capítulo), a questão passa a ser se essa é uma boa forma de representar nosso conceito de direito. No entanto, dizer que os engajados no uso do conceito o utilizam de maneira criterial é em si uma *interpretação* que fazemos, que pode ou não ser a melhor interpretação disponível. Isso significa que uma vez que passamos a discutir em termos interpretativos como interpretar nosso conceito de direito, somos obrigados a reconhecer que ele não pode ser criterial “all the way down”. Existe um nível interpretativo em qualquer teoria, que derruba a pretensão de um conceito doutrinal de direito que seja criterial da mesma forma que o conceito sociológico. Raz, no entanto, trata equivocadamente o conceito doutrinal como de tipo criterial, não por apresentar uma interpretação nesse sentido, mas por confundir o conceito doutrinal com o sociológico. Quando esclarecemos as diversas formas por meio das quais utilizamos os conceitos, vemos que apesar de os conceitos doutrinal, sociológico, aspiracional, dentre outros que temos de direito, serem ligados por “semelhanças de família”³¹⁷, eles possuem gramáticas distintas. A maneira como Macedo Jr apresenta o argumento de Dworkin é esclarecedora³¹⁸:

[Dworkin] apontou como os “jogos de linguagem” envolvidos em nosso uso de diversos tipos de conceitos variam e como o não reconhecimento dessa variação leva a equívocos filosóficos. Por não percebermos qual é o jogo de linguagem que estamos jogando, acabamos por nos tornar vítimas do “enfeitamento da linguagem”, como diria Wittgenstein. Para este não existe gramática fixa para o uso dos conceitos que nos permita elaborar uma gramática ou *conceitografia* geral. A linguagem não possui uma estrutura gramatical única, como queriam os positivistas lógicos e o próprio *Tractatus* de Wittgenstein. Antes o contrário: ao compreendermos o uso de cada conceito, devemos atentar para o fato de que o usamos (e, portanto, atribuímos a ele sentido) segundo jogos de linguagem possivelmente distintos (MACEDO Jr, 2012, p. 180, rodapés omitidos)³¹⁹.

O fato de estarmos lidando com interpretações também mostra por que o arquimediano é um equívoco filosófico. Nós elaboramos nossas teorias tendo em vista nossos diversos valores morais e políticos, e escolhemos entre melhores e piores teorias a partir destes valores. Não existe um ponto arquimediano a partir do qual podemos elaborar uma explicação do conceito de direito, tampouco dispomos de métodos arquimedianos para escolher entre as diversas interpretações, já que interpretações são melhores ou piores a

³¹⁷ O conceito aparece em Wittgenstein (2009, parágrafo 67). Sobre isso, ver também Glock (1986, p. 120-124).

³¹⁸ Ver Neiva (2017, p. 153, citações omitidas): “Dworkin argumentou que o conceito de direito funcionaria, no contexto das práticas jurídicas argumentativas, como um conceito interpretativo. Caberia aos positivistas mostrar o contrário, e não argumentar, como fez Raz, que é possível existirem desacordos criteriais. Essa resposta ignora que o real desafio lançado por Dworkin estava baseado em sua nova conceitografia, e não numa negação genérica da possibilidade de desacordos criteriais”.

³¹⁹ Ver também Neiva (2016, p. 298-299).

dependem de como elas integram às nossas outras interpretações de outros conceitos relevantes. É evidente que qualquer interpretação plausível deve levar em consideração os paradigmas do conceito interpretado, mas isso em si não torna verdadeira a afirmação vazia de que é um equívoco “julgar o sucesso de uma análise do conceito de direito por seus resultados” (RAZ, 1995c, p. 237). Em termos grandiloquentes, não existe algo como uma “metateoria” e nós escolhemos nossas interpretações a partir de nossas convicções morais.

CONCLUSÃO

TEORIA DO DIREITO APÓS A TEMPESTADE

Com o fim do quinto capítulo, acredito ter demonstrado as razões que me levam a crer no fracasso das respostas de Raz para as três perguntas sobre o papel dos juízos de valor moral na teoria do direito. Em uma conclusão, reconstruir detalhadamente todos os argumentos está fora de questão, mas pretendo apresentar quais foram os saldos de cada capítulo. A apresentação desses saldos será feita de maneira menos sistemática do que o esquema no primeiro capítulo, mas espero conseguir chamar a atenção para a relação que há entre os diversos argumentos que elaborei, já que a análise detalhada dentro de cada um dos capítulos da dissertação pode ter ocultado o panorama geral. Por necessidade, também, a reconstrução é feita à pinceladas grossas. Não apresentam as nuances que vimos em cada um dos capítulos. Pretendo também, em um segundo momento desta conclusão, colocar uma agenda de pesquisa decorrente dos resultados da presente dissertação. Em termos mais provocativos, a primeira parte da conclusão apresentará o que a meu ver não devem ser os rumos da teoria do direito, e a segunda parte apresentará o que deveriam ser tais rumos em minha leitura.

1 – Um modelo de teoria naufragado

Michael Moore havia elogiado Raz por ter elaborado uma teoria detalhada e coerente, na qual as partes mais concretas são realmente decorrentes dos pressupostos filosóficos mais abstratos (MOORE, 2000, p. 150). Tentei apontar na dissertação alguns pontos nos quais Raz parece ter derrapado em termos de coerência, como as variações na definição de razão exclusionária³²⁰ e a incompatibilidade entre as teses da preempção e da justificação normal³²¹.

³²⁰ Discutido no capítulo 3, seção 2.2.

³²¹ Discutido no capítulo 4, seção 2.2.

Apesar disso, a afirmação de Moore me parece correta no tocante à maioria dos argumentos razianos. Essa integração de seus argumentos foi o que permitiu que eu explorasse tanto as teses mais concretas de Raz quanto seus compromissos metodológicos mais profundos.

Essa integração das ideias razianas é claramente vista no tratamento das diretivas jurídicas como razões exclusionárias. Como vimos nos capítulos 2 e 3, Raz tem uma teoria da razão prática que é usada para explicar a forma como nós tratamos diretivas dotadas de autoridade legítima, especialmente diretivas jurídicas. No terceiro capítulo, foi essa teoria da razão prática que tentei colocar em xeque, e caso as críticas que lá levantei vinguem, há impactos em nossa teoria do direito³²². Notadamente, sem a ideia de razões exclusionárias, somos obrigados a reconhecer que nosso balanço de razões é sempre “all things considered”, de modo que razões morais influenciam decisivamente em nossa argumentação jurídica. Nós não temos também motivos para defender a distinção qualitativa que Raz fazia entre teoria do direito e teoria da adjudicação. A diferença entre essas teorias é de grau. É a discussão no terceiro capítulo que mostra a inescapabilidade da avaliação moral, porque para definir o que é o direito nós precisamos nos engajar argumentativamente³²³.

Reconhecer a inescapabilidade da avaliação moral é, em certo sentido, reconhecer a impossibilidade de um ponto arquimediano para a elaboração de uma teoria do direito. No quinto capítulo, busquei mostrar como nossas escolhas teóricas são sempre orientadas moralmente, porque interpretamos as próprias práticas de uso dos conceitos, ou seja, nos perguntamos qual é a melhor forma de fazer sentido dessas práticas, atribuindo a elas um propósito. O principal argumento desenvolvido na segunda parte do quinto capítulo foi o de que teorias são elas mesmas interpretações (no sentido que Dworkin entende a interpretação construtiva ou conceitual), e que nós escolhemos entre essas interpretações a partir de nossas outras convicções (notadamente convicções morais)³²⁴. Combinados, os capítulos 03 e 05 mostram que: (1) a avaliação moral é inevitável, porque argumentos morais figuram na própria definição do que é o direito; (2) como argumentos morais tem essa proeminência, não existe um ponto arquimediano a partir do qual podemos formular nossas teorias.

O quinto capítulo também atacou a ideia de uma teoria do direito essencialista. Raz afirmava que “[e]m seu mais fundamental, a filosofia do direito é uma investigação sobre a natureza do direito e as características fundamentais das práticas e instituições jurídicas”

³²² As seções 2 e 3 do capítulo 3 apresentam esse ataque à teoria das razões apresentada por Raz.

³²³ Essa é a conclusão da seção 4 do capítulo 3.

³²⁴ Especialmente na seção 3 do capítulo 5.

(RAZ, 2009d, p. 49). Para o autor, essa investigação usava como ferramenta o nosso conceito de direito. Minha crítica foi de que nós não temos como saber se realmente existe tal natureza ou essência que seja distinta de nosso conceito, e que mesmo que exista, nós não temos meios de apreendê-la. Interpretar o essencialismo raziano como sendo a crença no direito como um conceito criterial apenas muda o problema: o próprio argumento de Raz é uma interpretação, passível de contestação³²⁵. Se tudo o que temos são interpretações, e essas interpretações são dependentes umas das outras, nós não teríamos por que não escolher aquela que fosse mais moralmente atraente. As consequências morais de uma teoria, portanto, podem figurar como um dos critérios para o sucesso dessa teoria³²⁶.

O fato de nosso conceito de direito ser integrado a outros conceitos morais e políticos fortalece o meu argumento desenvolvido no quarto capítulo. Nele, eu busquei tanto apontar tensões internas à própria teoria de Raz (notadamente a impossibilidade de se manter as teses da justificação normal e da preempção dentro de uma mesma teoria da autoridade)³²⁷, quanto mostrar um *non sequitur* cometido pelo autor: do fato de o direito reivindicar autoridade legítima não se segue automaticamente que tal autoridade seja explicada por sua teoria da autoridade como serviço³²⁸. A conclusão geral do quarto capítulo é de que o conceito de autoridade legítima que viermos a adotar influencia nosso conceito de direito. Como nossos conceitos são integrados em nossa cúpula geodésica, essa relação entre os dois conceitos é inevitável. No capítulo, tentei demonstrar como diversas teorias da autoridade se coadunam com teorias do direito distintas. Isso significou que a resposta que damos à questão da justificação moral pode ser diferente da oferecida por Raz³²⁹.

No primeiro capítulo, apresentei a visão de Raz sobre o que era uma teoria do direito bem sucedida. Ela deveria (1) ser composta de proposições necessariamente verdadeiras sobre o direito; (2) ser uma explicação satisfatória sobre o que o direito é³³⁰. Deve ser mais claro agora porque a meu ver Raz está equivocado nestes pontos. Se “proposições necessariamente verdadeiras” significar a busca por uma natureza ou essência ou por critérios compartilhados, isso é algo impossível de se fazer. Caso deixemos (1) de lado, a teoria raziana falharia

³²⁵ Isso foi sistematizado na seção 3 do quinto capítulo.

³²⁶ Concluí isso na seção 4 do quinto capítulo.

³²⁷ Isso é feito principalmente na seção 2 do quarto capítulo.

³²⁸ Isso é feito principalmente na seção 3 do quarto capítulo.

³²⁹ Essa foi a conclusão da seção 4 do quarto capítulo.

³³⁰ A citação de Raz era essa: “[uma] teoria do direito fornece uma visão da natureza do direito. A tese que defenderei é que uma teoria do direito é bem sucedida se satisfaz dois critérios: primeiro, se ela consiste em proposições sobre o direito que são *necessariamente* verdadeiras, e, segundo, se elas [proposições] *explicam* o que o direito é” (RAZ, 2009c, p. 17).

também em (2), porque, como vimos, sua teoria falha em explicar como funciona nosso conceito de direito. O fracasso de Raz é duplo: ele falha em propor um modelo de avaliação do sucesso para as teorias do direito e falha também em propor uma teoria que seja satisfatória em seus próprios termos.

2 – *Horizontes mais promissores*

Como então fazer teoria do direito? Eis uma abordagem possível, a partir da discussão que travamos sobre os desacordos teóricos. Conforme afirma Macedo Jr, “Na verdade, os desacordos teóricos possuem uma natureza argumentativa de tipo especial. Eles são desacordos formulados linguisticamente e construídos dentro de um *jogo de linguagem* que tem como condição de sentido poderem ser verdadeiros quando e se estiverem alicerçados em melhores *justificativas*” (2013, p. 214). Trata-se de algo que vimos no quinto capítulo e já repetido nessa conclusão. Desacordos teóricos lidam com o conceito doutrinal de direito, que é de tipo interpretativo. Nós julgamos interpretações como melhores ou piores de acordo com a coerência que elas têm com as interpretações que fazemos de outros conceitos interpretativos.

Reconhecer a interdependência de nossos conceitos é perceber que não temos reinos conceituais com fronteiras impenetráveis. Direito, política, moralidade e ética são reinos ligados uns aos outros por meio de nossas interpretações. É por isso que Dworkin considera como equivocada a visão clássica que separa direito e moralidade em dois sistemas distintos para então investigar qual a relação entre eles (2011a, p. 400-404)³³¹. Quando, por outro lado, tratamos o conceito de direito como de tipo interpretativo, temos caminhos mais interessantes de pesquisa. Em vez de buscarmos por uma natureza misteriosa ou por critérios compartilhados que ninguém sabe que endossa, passamos a prestar atenção nas práticas sociais e políticas nas quais o conceito de direito é utilizado (DWORKIN, 2011a, p. 404-405).

³³¹ Nas palavras de Dworkin (2011a, p. 404): “We cannot solve the circularity problem of the two-systems picture through an analysis of the concept of law unless that concept can sensibly be treated as a criterial (or perhaps as a natural-kind) concept. But it cannot be. There is no agreement among lawyers and judges in complex and mature political communities about how to decide which propositions of law are true”.

A pergunta passa a ser: quais sentidos pode esse conceito ter que são capazes de tornar inteligíveis as práticas nas quais ele figura? Ou ainda nas palavras de Dworkin:

Nós construímos uma concepção do direito (...) ao encontrar uma justificação para essas práticas em uma rede integrada mais ampla de valores políticos. Nós construímos uma teoria do direito, isto é, dá mesma maneira que construímos uma teoria de outros valores políticos – da igualdade, liberdade e democracia. Qualquer teoria do direito, entendida nesse sentido interpretativo, será inevitavelmente controversa, da mesma maneira que essas outras teorias são (DWORKIN, 2011a, p. 405, tradução minha).

O direito está integrado junto aos nossos demais valores políticos. Ele integra, portanto, nossa moralidade política. No entanto ele é um ramo específico dessa moralidade porque possui uma *dimensão institucional* própria. O direito está preocupado com que direitos jurídicos, ou seja, direitos demandáveis juridicamente (*enforceable on demand*) em instituições adjudicatórias, as pessoas possuem. A busca pelo conceito doutrinal é uma tentativa de responder quais são esses direitos (DWORKIN, 2011a, p. 404-406).

Ainda que se trate de uma investigação normativa, existe uma dimensão institucional que impede a conclusão (absurda) de que o direito “é sempre exatamente o que deveria ser” (DWORKIN, 2011a, p. 405, tradução minha). Como vimos no capítulo anterior, qualquer interpretação plausível deve prestar contas aos paradigmas relevantes do conceito. No entanto, a própria razão desse lastro institucional ser respeitado é de caráter moral. Paradigmas da prática jurídica são considerados relevantes por razões como igualdade de oportunidades, fair-play ou justiça formal. Dessa forma, a melhor interpretação possível do direito pode demandar que respeitemos algum paradigma que consideramos injusto ou problemático, mas nós fazemos isso por razões elas mesmas morais (DWORKIN, 2011a, p. 407-409). Era por isso que, como vimos no quarto capítulo, para Dworkin integridade e justiça são duas virtudes distintas.

Podemos fazer teoria do direito, portanto, ao formularmos interpretações que buscam atribuir um sentido ou propósito às práticas de usos dos conceitos. A teoria do direito como integridade de Dworkin é uma interpretação nesse sentido³³², bem como o chamado positivismo ético ou normativo³³³. Disputas entre teorias do direito se convertem, assim, em discussões de filosofia política: os teóricos disputam qual é a melhor interpretação do direito à luz de nossos demais valores. Dworkin, por exemplo, defende que existe um valor próprio ao direito, que ele chama de integridade, que é concretizado por meio de nossas instituições

³³² A formulação clássica da teoria do direito como integridade está em Dworkin (1986, capítulos 6 e 7).

³³³ Ver, por exemplo, Waldron (2001), Murphy (2001), Dyzenhaus (2004).

jurídicas. Por outro lado, os positivistas normativos poderiam argumentar que o direito deve ser interpretado por juízes de maneira mais formalista, porque isso garantiria valores importantes como previsibilidade e segurança jurídica (DWORKIN, 2011a, p. 409-410).

Novas pesquisas em filosofia do direito não necessitam estar comprometidas com uma visão demasiadamente conservadora. Paradigmas de um conceito não são invencíveis. Novas interpretações podem fazer melhor sentido da prática e isolar um ou outro paradigma como um erro a ser descartado (DWORKIN, 1986, p. 87-90). Novas interpretações também podem reorganizar os paradigmas, fornecer novas classificações ou reestruturar aspectos relevantes das práticas sociais. No início do século XX, as relações trabalhistas eram vistas como uma área afim ao direito contratual. No entanto, novas interpretações, em um primeiro momento vistas como excêntricas, foram ganhando espaço, e o direito do trabalho passou a ter uma relação mais próxima com o direito público, passou a ser em parte uma questão pública. A argumentação jurídica vista a partir do caso *Brown v. Topeka Board of Education* é ilustrativa da derrotabilidade de paradigmas no direito constitucional norte-americano. Havia consenso que o princípio do “separados, porém iguais” era constitucional. No entanto, a nova interpretação mostrou que esse princípio não era coerente com os demais princípios constitucionais norte-americanos. Pesquisas em filosofia do direito podem ter esse caráter: serem interpretações de áreas mais específicas do direito que mostram como certos paradigmas na verdade são equívocos.

Nesta abordagem que estamos considerando, a diferença entre teoria política, teoria geral do direito e teorias de ramos particulares do direito seria de “grau” ou de nível de especificação³³⁴. Teorias políticas mais abrangentes, digamos assim, buscariam apresentar simultaneamente interpretações de diversos valores políticos e a relação entre elas. Por exemplo, uma teoria política liberal-democrata tem uma interpretação de igualdade, de liberdade, de democracia, de autonomia, etc. Uma teoria geral do direito é uma interpretação sobre o sentido ou propósito da prática jurídica como um todo, e geralmente demanda alguma interpretação estabilizada de alguns dos outros valores políticos. A teoria do direito como

³³⁴ Acredito que uma importante limitação do escopo do meu argumento como aqui o desenvolvo seria a seguinte: eu *não* analisei de maneira pormenorizada o que seria a política, ou em termos wittgensteineanos, o que seria o jogo de linguagem da política. De modo bastante preliminar, poderia ser dito que, caso a política tenha peculiaridades ou questões próprias, uma gramática própria, isso significaria que discussões sobre filosofia do direito e filosofia política englobariam considerações outras que não morais, ou seja, considerações políticas autônomas. A estrutura de árvore dworkiniana, com o tronco moral e os ramos da política e do direito, seria substituída por algo mais semelhante a uma rede de veios interconectados. Os impactos de uma autonomia, ainda que relativa, da política em relação à moralidade na teoria do direito seria tema para mais um trabalho a ser desenvolvido. Sobre a autonomia da política e a importância disso para a filosofia política, cf. Williams (2005).

integridade é dependente de uma determinada teoria política liberal, por exemplo. Uma teoria de um ramo particular do direito interpreta de maneira mais detalhada esse ramo, e por sua vez demanda alguma interpretação sobre o direito como um todo para fazer sentido, como é ilustrado pelo fato de a interpretação de Dworkin sobre liberdade de expressão e de imprensa ser dependente de sua visão mais geral sobre o direito³³⁵.

Como todas essas teorias são interpretativas, é sempre possível questioná-las com interpretações rivais. Quando questionamos o argumento de Dworkin sobre o direito à liberdade de expressão, nós podemos ser levados a questionar sua teoria geral do direito. Ao questionar sua teoria geral do direito, podemos ser levados a discutir sua filosofia política. A possibilidade dos questionamentos cada vez mais gerais é sempre presente, por causa da dependência mútua dos conceitos em nossa rede de crenças. O livre pensar pode ir de uma questão extremamente concreta e específica, como “existe um direito jurídico ao consumo de materiais obscenos?” até uma questão abstrata que diga respeito a toda uma área do conhecimento, como “o que significa um julgamento moral ser verdadeiro?”.

Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin afirmou que “Tratar a teoria do direito como um ramo da filosofia política, para ser investigado em departamentos de filosofia e de política, como também em escolas de direito, aprofundaria ambas as disciplinas” (2011a, p. 410, tradução minha). Acredito que podemos concluir, também, que essas relações inescapáveis entre conceitos justificam que questões de filosofia política sejam investigadas não apenas por pensadores nos departamentos de filosofia e política, mas também por advogados e juristas em escolas de direito. Essa conclusão, espero, é a maior contribuição da presente dissertação para o debate metodológico em teoria do direito.

³³⁵ Ver, por exemplo, seus artigos sobre o assunto em *A Matter of Principle* (1985).

BIBLIOGRAFIA

Barber, NW. 2015. The Significance of the Common Understanding in Legal Theory. *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 1-25.

Beltrán, Jordi; Moreso J.J.; Papayannis Diego (Eds). 2013. *Neutrality and Theory of Law*. London: Springer.

Bix, Brian. 2003. Raz on Necessity. *Law and Philosophy*, 22: 537–559.

Bix, Brian. 2005. Raz, Authority and Conceptual Analysis. *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 50, p. 311-..

_____. 2006. Conceptual Questions and Jurisprudence. In Ed. Bix, Brian. *Philosophy of Law: Critical Concepts in Philosophy*, Vol. 1, London: Routledge.

_____. 2007. Joseph Raz and Conceptual Analysis. In Ed. Steven Scalet. *APA Newsletters (Newsletter on Philosophy and Law)*, Vol 6, nº2: 1-7

_____. 2010. *Methodology in Jurisprudence*, JOTWELL, disponível em <http://juris.jotwell.com/methodology-in-jurisprudence/> <acessado em 07 de março de 2016>

Bustamante, Thomas. 2015. A Breve História do Positivismo Descritivo. O que Resta do Positivismo Jurídico depois de H. L. A. Hart?. *Novos Estudos Jurídicos* (Online), Vol. 20: 307-327.

Chau, Peter. 2010. Raz on the Methodology of Jurisprudence. *Law and Philosophy*, Vol. 29, nº2: 231-243.

Clarke Jr, D.S. 1977. Exclusionary Reasons. *Mind*, LXXXVI (342): 252-255.

Coleman, Jules (Ed.). 2001. *Hart's postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press.

Coleman, Jules; Shapiro, Scott (Eds.). 2002. *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press.

Coleman, Jules. 2007. Law and Political Morality. In Ed. Steven Scalet. *APA Newsletters (Newsletter on Philosophy and Law)*, Vol 6, nº2: 1-7

_____. 2013. The Architecture of Jurisprudence. In Eds. Beltrán, Jordi; Moreso J.J.; Papayannis Diego. 2013. *Neutrality and Theory of Law*. London: Springer.

Danto, Arthur C. 2010. *A Transfiguração do Lugar-Comum*. São Paulo: Cosac Naify.

Darwall, Stephen. 2010. Authority and Reasons: Exclusionary and Second-Personal. *Ethics*, Vol. 120, nº2.

_____. 2013a. *Morality, Authority and Law*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2013b. Authority and Second-Personal Reasons for Acting. In: _____. 2013a. *Morality, Authority and Law*. Oxford: Oxford University Press.

Dickson, Julie. 2001. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart Publishing.

_____. 2009. Descriptive Legal Theory. *IVR Encyclopedie*. Disponível https://www.academia.edu/9746248/J_Dickson_Descriptive_Legal_Theory_2006_IVR_Encyclopaedia_of_Jurisprudence_Legal_Theory_and_Philosophy_of_Law... (acessado em 26/09/2015)

_____. 2015. Ours is a Broad Church: Indirectly Evaluative Legal Philosophy as a Facet of Jurisprudential Inquiry. *Jurisprudence*, Vol. 6, n° 2: 207-230.

Dolcetti, Andrea; Ratti, Giovanni. 2013. Legal Disagreements and the Dual Nature of Law. In Eds. Waluchow, Wilfrid; Sciaraffa, Stephan. *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Dworkin, Ronald. 1977. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

_____. 1985. *A matter of principle*. Cambridge, USA: Harvard University Press.

_____. 1986. *Law's empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press.

_____. 1994. Law, Philosophy and Interpretation. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 80, H. 4: 463-475.

_____. 1996. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, Hoboken, v. 25, p. 87-139.

_____. 2001. Isaac Marks Memorial Lecture: Do Values Conflict? A hedgehog's approach. *Arizona Law Review*, n. 43: 251-259.

_____. 2006a. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

_____. 2006b. Introduction: Law and Morals. In _____. 2006a. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

_____. 2006c. Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy. In _____. 2006a. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

_____. 2006d. Thirty Years On. In _____. 2006a. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

_____. 2006e. Concepts of Law. In _____. 2006a. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

_____. 2011a. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, USA: Harvard University Press.

_____. 2011b. *Levando os Direitos à Sério*. 3ª Edição, São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes.

_____. 2011c. Modelo de Regras I. In _____. 2011b. *Levando os Direitos à Sério*. 3ª Edição, São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes.

_____. 2011d. Modelo de Regras II. In _____. 2011b. *Levando os Direitos à Sério*. 3ª Edição, São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes.

Dyzenhaus, David. 2004. The Genealogy of Legal Positivism. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, nº1: 39-67.

Edmundson, William. 1993. Rethinking Exclusionary Reasons. *Law and Philosophy*, Vol. 12: 329-343.

_____. 2013. Why Legal Theory is Political Philosophy. *Legal Theory*, 19: 331-346.

Ehrenberg, Kenneth. 2013. Law's Authority is not a Claim to Preemption. In Eds. Waluchow, Wilfrid; Sciaraffa, Stephan. 2013. *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Endicott, Timothy. 2007. Interpretation, Jurisdiction and the Authority of Law. In Ed. Steven Scalet. *APA Newsletters (Newsletter on Philosophy and Law)*, Vol 6, nº2

Flores, Imer B. 2015. The Legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules, and One Right Answers. *Problema – Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, nº 9: 157-192.

Fuller, Lon. 1969. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.

Gans, Chaim. 1986. Mandatory Rules and Exclusionary Reasons. *Philosophia*, Vol. 15: 373-394.

Gardner, John. 2001a. General Editor's Preface. In Dickson, Julie. 2001. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart Publishing.

_____. 2001b. Legal Positivism: 5 ½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 46: Iss. 1.

Glezer, Rubens Eduardo. 2010. Hermenêutica e Realidade: O debate metodológico entre Hart, Dworkin e Raz. *Revista FIDES*, Vol. 1: 259-270.

Glock, Hans-Johann. 1986. *A Wittgenstein Dictionary*. Oxford: Blackwell Publishers.

Guest, Stephen. 2009. How to Criticize Ronald Dworkin's Theory of Law. *Analysis*, Vol. 69, No. 2: 352-364.

Gur, Noam. 2007. Legal Directives in the Realm of Practical Reason: A Challenge to the Preemption Thesis. *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 52: 159-228.

Halpin, Andrew. 2006. The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years off the Point. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XIX, nº 01: 67-105.

Hart, H.L.A. 1994. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2010a. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. São Paulo: Elsevier.

_____. 2010b. Introdução. In _____. 2010a. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. São Paulo: Elsevier.

_____. 2010c. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In _____. 2010a. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. São Paulo: Elsevier.

Hershovitz, Scott. 2012. The Authority of Law. In: Andrei Marmor (Ed). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge.

Himma, Kenneth E. 2001. Review of Evaluation and Legal Theory (J. Dickson). *Law and Politics Book Review*, 11(12): 567-569.

Holmes, Oliver Wendell. 1897. The Path of the Law. *Boston Law School Magazine*, Vol 1, nº4: 1-19.

Hurd, Heidi. 1991. Challenging Authority. *Yale Law Journal*, Vol. 100: 1611-1677.

Hurd, Heidi. 1999. *Moral Combat*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hurd, Heidi. 2005. Why you should be a law-abiding anarchist (except when you shouldn't). *San Diego Law Review*, Vol. 42: 75-84.

Kramer, Matthew. 2003. Review of Evaluation and Legal Theory (J. Dickson). *Cambridge Law Journal*, 62(1): 210-215.

MacCormick, Neil. 2010. *H.L.A. Hart*. São Paulo: Elsevier.

Macedo Jr, Ronaldo Porto. 2007. O método de leitura estrutural. *Cadernos Direito GV*, Vol. 4, nº 2: 5-41.

_____. 2012. *Do Xadrez à Cortesia – Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. Tese de livre-docência apresentada à FDUSP.

_____. 2013. *O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico*. Tese de Titularidade apresentada à FDUSP.

Macedo Jr, Ronaldo Porto (Org). 2017. *Teoria do Direito Contemporânea – Autores e Temas*. Curitiba: Ed. Juruá.

Maranhão, Juliano. 2012. *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons.

Marcondes, André; Struchiner, Noel (Eds). 2015. *Textos Básicos de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar.

Marmor, Andrei. 2010. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press.

Martin, Margaret. 2014. *Judging Positivism*. Oxford: Hart Publishing.

McGinn, Marrie. 1997. *Wittgenstein and the Philosophical Investigations*. London: Routledge.

Mendonça, Bernardo. 2017. Raz, Dworkin, e a Autoridade do Direito. In Macedo Jr, Ronaldo Porto (Org). 2017. *Teoria do Direito Contemporânea – Autores e Temas*. Curitiba: Ed. Juruá.

Meyer, Lucas; Pogge, Thomas; Paulson, Stanley (Eds.).2013. *Rights, Culture and the Law – Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press.

Miam, Emran. 2002. The Curious Case of Exclusionary Reasons. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 15, 99-124.

Michelon Jr, Cláudio Fortunato. 2004. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Moore, Michael. 2000. Authority, Law and Razian Reasons. In Moore, Michael. 2000. *Educating Oneself in Public – Critical Essays in Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.

Murphy, Liam. 2001. The Political Question of the Concept of Law. In Ed. Jules Coleman. 2001. *Hart's postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press.

Neiva, Horácio Lopes Mousinho. 2016. *Uma crítica metodológica ao Positivismo Jurídico Exclusivo de Joseph Raz*. Dissertação de Mestrado apresentada à FDUSP (orientador: Ronaldo Porto Macedo Jr.)

Neiva, Horácio Lopes Mousinho. 2017. Joseph Raz e as Explicações Criteriais de Conceitos: uma saída para o positivismo metodológico?. In Macedo Jr, Ronaldo Porto (Org). 2017. *Teoria do Direito Contemporânea – Autores e Temas*. Curitiba: Ed. Juruá.

Nye, Hillary. 2016. A critique of the concept-nature nexus in Joseph Raz's methodology. *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 1-27.

Orrego, Cristóbal. 2005. Joseph Raz's Service Conception of Authority and Natural Law Theory. *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 50, p. 317-.

Patterson, Dennis; Oberdiek, John. 2007. *Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925628 (acessado em 07 de março de 2016)

Patterson, Dennis. 2011. *Methodology and Theoretical Disagreement*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1748589 <acessado em 07 de março de 2016>

Perry, Stephen. 1995. Interpretation and methodology in legal theory. In Ed. Marmor, Andrei. *Law and interpretation*. Oxford: Clarendon.

_____. 2001. Hart's methodological positivism. *Legal Theory*, Oxford, v. 4: 427-467. Também disponível em Ed. Jules Coleman. 2001. *Hart's postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2007. Two Problems of Political Authority. In Ed. Steven Scalet. *APA Newsletters (Newsletter on Philosophy and Law)*, Vol 6, nº2

Postema, Gerald. 1999. Law's Autonomy and Public Practical Reason. In Ed. George, Robert. 1999. *The Autonomy of Law*. Oxford: Clarendon.

_____. 2011. *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*. Vol. 11. New York: Springer.

Priel, Dan. 2010. Description and Evaluation in Jurisprudence. *University of Warwick School of Law, Legal Studies, Research Paper* n° 2010-01, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1538270 <acessado em 07 de março de 2016>

_____. 2011a. Positivism and the Separation of Law and Jurisprudence. *Osgoode Hall Law School Research Paper Series*, research paper n° 26/2011, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1951912 <acessado em 07 de março de 2016>

_____. 2011b. The Place of Legitimacy in Legal Theory. *McGill Law Journal*, 57:1

_____. 2013. Reconstructing Fuller's Argument against Legal Positivism. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 26: 399-413.

_____. 2015. The Misguided Search for the Nature of Law. *Osgoode Hall Law School Research Paper Series*, research paper n° 34, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2642461> <acessado em 07 de março de 2016>

Ratti, Giovanni e Sánchez, Pau (Eds.) 2012. *Acordes y Desacuerdos – Cómo y por qué los juristas discrepan*. Madrid: Marcial Pons.

Raz, Joseph. 1979a. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1979b. Legitimate Authority. In _____. 1979a. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1979c. The Claims of Law. In _____. 1979a. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1979d. Legal Positivism and the Sources of Law. In _____. 1979a. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1979e. The Institutional Nature of Law. In _____. 1979a. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1979f. Legal Validity. In _____. 1979a. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1979g. Legal Reasons, Sources and Gaps. In _____. 1979a. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1979h. The Obligation to Obey the Law. In _____. 1979a. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1986a. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1986b. Dworkin: A New Link in the Chain. *California Law Review*, Vol. 74, Issue 3: 1103-1119

_____. 1990. *Practical Reason and Norms*. 2nd Ed. Princeton: Princeton University Press.

_____. 1995a. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon.

_____. 1995b. The Problem about the Nature of Law. In _____. 1995a. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon.

_____. 1995c. Authority, Law and Morality. In _____. 1995a. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon.

_____. 1995d. The Relevance of Coherence. In _____. 1995a. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon.

_____. 1995e. On the Autonomy of Legal Reasoning. In _____. 1995a. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon.

_____. 1995f. Government by Consent. In _____. 1995a. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon.

_____. 1995g. The Obligation to Obey. In _____. 1995a. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon.

_____. 2009a. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2009b. Introduction. In _____. 2009a. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2009c. Can There be a Theory of Law? In _____. 2009a. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2009d. Two views of the nature of the Theory of Law: a partial comparison. In _____. 2009a. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2009e. On the Nature of Law. In _____. 2009a. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2009f. The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception. In _____. 2009a. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2009g. About Morality and the Nature of Law. In _____. 2009a. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2009h. Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment. In _____. 2009a. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2009i. Introduction. In _____. 2009a. *Between Authority and Interpretation – On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.

Ribeiro, Caio Gentil. 2017. Desobediência Civil e Teorias do Direito. In Macedo Jr, Ronaldo Porto (Org). 2017. *Teoria do Direito Contemporânea – Autores e Temas*. Curitiba: Ed. Juruá.

Scalet, Steven (Ed.). 2007. *APA Newsletters (Newsletter on Philosophy and Law)*, Vol 6, nº2.

Schauer, Frederick. 1991. *Playing by the Rules – A philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1999. Positivism as Pariah. In Ed. George, Robert. 1999. *The Autonomy of Law*. Oxford: Clarendon.

_____. 2005. The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, No. 3: 493-501.

_____. 2013. Necessity, Importance and the Nature of Law. In Eds. Beltrán, Jordi; Moreso J.J.; Papayannis Diego. 2013. *Neutrality and Theory of Law*. London: Springer.

Shapiro, Scott. 2002. Authority. In Eds. Coleman, Jules; Shapiro, Scott. 2002. *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2007. *The Hart-Dworkin Debate: a short guide for the perplexed*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=968657> <acesso em 02 de junho de 2018>.

Shiner, Roger. 1992. Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour. *Ratio Juris*, Vol. 5, n1, March.

Stoljar, Natalie. 2013. What do we want law to be? Philosophical analysis and the concept of law. In Eds. Waluchow, Wilfrid; Sciaraffa, Stephan. 2013. *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Waldron, Jeremy. 1999a. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press.

_____. 1999b. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.

_____. 2001. Normative (or Ethical) Positivism. In Ed. Jules Coleman. 2001. *Hart's postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*. Oxford: Oxford University Press.

_____. 2013. Jurisprudence for Hedgehogs. New York University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 13-45, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309 <acesso em 07 de março de 2016>

_____. 2014. Arguing about the Normativity of Jurisprudence: Comments on Andrei Marmor's Philosophy of Law. *Jerusalem Review of Legal Studies*, Vol. 10, nº1: 81-92.

Wallace, R.; Pettit, Philip; Scheffler, Samuel; Smith, Michael (Eds). 2004. *Reason and Value – Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press.

Waluchow, Wilfrid; Sciaraffa, Stephan (Eds.). 2013. *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Weber, Max. 1978. *Economy and Society – An outline of interpretive sociology* (Guenther Roth & Claus Wittich eds). Berkeley: University of California Press.

Williams, Bernard; Hawthorn, Geoffrey. (ed). 2005. *In the Beginning Was the Deed – Realism and Moralism in Political Argument*. Princeton: Princeton University Press.

Williams, Bernard. 2006. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Abingdon: Routledge.

Wittgenstein, Ludwig. 2001. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Edusp.

_____. 2009. *Philosophical Investigations, 4th ed.* Editado por P. M. S. Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Wiley-Blackwell.