

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 archimedeanism, 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; Archimedeanism; 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 justificação 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 quanto 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 arquimedianoismo, 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 Arquimedianoismo

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 arquimedianoismo. 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 arquimedianoismo “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 *enfeitiçamento* 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.

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.