

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais
UFMG

Igor de Carvalho Enríquez

O uso do Argumento de Autoridade por tribunais superiores: A teoria da autoridade de Joseph Raz e a legitimação de decisões.

Belo Horizonte / MG
2013

Igor de Carvalho Enríquez

O uso do Argumento de Autoridade por tribunais superiores: A teoria da autoridade de Joseph Raz e a legitimação de decisões.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito da Universidade Federal de Minas Gerais como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direito, razão e história.

Projeto Estruturante: Hermenêutica como instrumento de realização da justiça.

Orientador: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante

Pesquisa desenvolvida com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. **O uso do Argumento de Autoridade por tribunais superiores: A teoria da autoridade de Joseph Raz e a legitimação de decisões.** Dissertação apresentada à banca examinadora de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, aprovado pela, em ___ de _____ de 2013, em banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante - UFMG (orientador)

Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior - USP

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes - UFMG

Prof. Dr. Andityas Soares de Moura Costa Matos - UFMG

RESUMO

A presente pesquisa busca entender o papel do argumento de autoridade utilizado por tribunais superiores na tentativa de legitimação de decisões judiciais definitivas. Para tanto, tenta-se esboçar umnexo entre o respeito à autonomia moral de matiz kelseniana e a internalização da normatividade perante o grupo social em que se está inserido, de origem hartiana, usando noções como razões para ação, decisão autoritativa, justificação independente de conteúdo e ponto de visto interno dos participantes e traçando um retrospecto da evolução do positivismo jusfilosófico ao longo do tempo.

Nesse sentido, busca-se na teoria de autoridade de Joseph Raz a resposta para uma série de perguntas relativas à normatividade e legitimação. Esse autor define a autoridade como aquela pessoa ou instituição cujas razões podem substituir as razões pessoais daqueles que a ela estão submetidos, em benefício dos próprios indivíduos submetidos à autoridade, mas desde que a autoridade tenha legitimidade para tanto. Ademais, ao diferenciar as autoridades *de fato* e *de jure*, ele estabelece a importância do processo de justificação da autoridade em cada uma delas, bem como a relação entre legitimação e reivindicação de autoridade.

Parte-se, portanto, da afirmação segundo a qual toda instituição pode se auto legitimar por meio do estabelecimento de uma conexão entre a decisão da autoridade e a noção de moral compartilhada pela comunidade, defendendo-se que esse tipo de legitimação *a posteriori* é possível, mas não se dá por si mesmo. Isso porque, depende do estabelecimento de uma conexão entre a fundamentação do caso concreto e a moral do grupo, bem como afeta as decisões de cunho político que precisem ser tomadas em determinados contextos.

Os tribunais devem em sua atividade decisória, portanto, alcançar o melhor resultado moral possível, uma vez que não atuam em nome próprio, mas no de uma sociedade política na qual estão inseridos. Ressalta-se, porém, que esse processo ocorre independente de ligação com um fato originário que atua como legitimador absoluto e ocasiona uma série de medidas a serem tomadas de caráter individual em cada julgado, no sentido de justificar suas decisões e conectá-las com o contexto jurisdicional e jurisprudencial que as antecedem.

PALAVRAS-CHAVE: AUTORIDADE; POSITIVISMO JURÍDICO; NORMATIVIDADE LEGITIMAÇÃO; RAZÕES PARA AÇÃO; RAZ; HART; KELSEN.

ABSTRACT

This research seeks to understand the role of the argument from authority used by superior courts in an attempt to legitimize definitive judgments. To do so, I try to draw a link between the respect for moral autonomy and the acceptability of normativity in each society, tracking how the legal system works. For that reason I use notions such as “reasons for action”, “authoritative decision”, “content-independent justification” and “internal point of view”, trying to draw a retrospect of legal positivism development over time.

By this reason, I have used Joseph Raz theory of authority to make possible to formulate a response to a series of questions concerning the normativity and legitimacy. He defines authority as that person or institution whose normative power makes possible to replace personal reasons of those who are subjected to it by his own reasons, producing benefits for both parties, since the authority was entitled to do that. Moreover, Raz draws a line between *de facto* and *de jure* authorities, establishing the importance of the justification of power in the relationship among citizens and rulers.

His starting point is therefore the assertion that every legal institution can legitimize itself by establishing a connection between the authority’s decision and the community inherent moral sense, defending an *a posteriori* legitimation as possible. In his theory, there is a dependent connection between the legal reasoning used in the case and the community’s internal point of view, as well as in the legal decisions of political nature that need to be taken in certain contexts or situations.

During the research it was noted that courts should, in the operative sense, achieve the best morally possible result, since they do not act in their own name, but inside a political society in which they work. This process occurs independently of the connections which have originated the fact who acts as an absolute legitimizer. By this way, it is necessary to take a series of measures, considering the individual character of each trial, in order to legitimate decisions and connect them with the jurisdictional and jurisprudential context of their society.

KEYWORDS: AUTHORITY; LEGAL POSITIVISM; LEGITIMATION; REASONS FOR ACTION; RAZ; HART; KELSEN.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO 1 - RAZÃO PRÁTICA E AUTORIDADE	8
1.1 A RACIONALIDADE PRÁTICA	9
1.1.1 Deliberação e racionalidade	9
1.1.2 A razão prática em Joseph Raz	12
1.2 DIVISÕES E CRÍTICAS À RAZÃO PRÁTICA	14
1.2.1 Formas de razão prática	14
1.2.2 Críticas kelsenianas à razão prática	18
1.3 CONEXÃO ENTRE RAZÃO PRÁTICA E AUTORIDADE	21
1.3.1 Razão prática e normas	21
1.3.2 Razões e normatividade	24
1.3.3 O raciocínio jurídico e moral em Raz	27
CONCLUSÕES PARCIAIS 1	32
CAPÍTULO 2 - O CONCEITO DE AUTORIDADE NA TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA	35
2.1 OS ANTECEDENTES DA AUTORIDADE EM JOSEPH RAZ	36
2.2 O CONCEITO DE AUTORIDADE EM JOSEPH RAZ	50
2.3 RAZ E OUTRAS TEORIAS DA AUTORIDADE CONTEMPORÂNEAS	56
CONCLUSÕES PARCIAIS 2	71
CAPÍTULO 3 - O ARGUMENTO DE AUTORIDADE E LEGITIMIDADE: A AUTORIDADE NA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	74
3.1 O ARGUMENTO DE AUTORIDADE SOB DIFERENTES ASPECTOS	75
3.1.1 Os aspectos epistêmico, semântico e prático da remissão à autoridade	75
3.1.2 Justificação independente do conteúdo e autoridade	78
3.1.3 A reivindicação de autoridade legítima pelo direito	80
3.1.4 A hierarquia e a petitio principii	85
3.2 O NEXO ENTRE AUTORIDADE E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	88
3.2.1 O instrumentalismo e o irracional	88
3.2.2 O individual e o comunitário em Joseph Raz	90
3.2.3 A argumentação jurídica, interpretação e autoridade	95
3.3 O USO DO ARGUMENTO DE AUTORIDADE COMO MECANISMO DE LEGITIMAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS	99
3.3.1 A legitimação da autoridade e coordenação	99
3.3.2 Legitimação e desacordo	102
3.3.3 Razão prática, legitimação e fortalecimento das instituições	105
CONCLUSÕES PARCIAIS 3	109
CAPÍTULO 4 - AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO E O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	112
4.1 O MODELO CLÁSSICO DE AUTORIDADE CONSTITUCIONAL	113
4.2 A SUPERAÇÃO DO MODELO CLÁSSICO DE TRANSMISSÃO DE AUTORIDADE	120
4.3 COMMON LAW E O CONSTITUCIONALISMO EM RAZ	132
CONCLUSÕES PARCIAIS 4	138
CONCLUSÕES FINAIS	141
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	146

INTRODUÇÃO

Na presente dissertação procurou-se lidar com uma questão tão pertinente quanto polêmica, que apesar de ser fundamental tanto no ponto de vista normativo (que estabelece como o sistema jurídico deveria se comportar) quanto no descritivo (que determina como o sistema jurídico de fato se comporta), não vem sendo tratada de forma satisfatória por boa parte da Teoria do Direito feita no Brasil. Nesse sentido, a obra de Joseph Raz abre novas possibilidades a serem exploradas por aqueles que reconhecem que apesar dos inúmeros avanços durante o século XX, ainda existem muitas questões em aberto para a teoria jurídica contemporânea.

A autoridade é um tema central em qualquer estudo que se aprofunde nas vinculações entre direito, moral e política. A normatividade (ou seja, a capacidade de um indivíduo ou grupo emitirem ordens e serem obedecidos por outros indivíduos ou grupos), por exemplo, está intrinsecamente relacionada à noção de autoridade, seja no seu aspecto justificativo, no qual a argumentação tem papel de destaque, ou nos seus limites morais, nos quais se relaciona com as noções de vínculos associativos. Busca-se nessa dissertação, portanto, abordar a noção de autoridade atuante em diversos ramos do direito, não se esquecendo do caráter teórico deste trabalho.

Para tanto, primeiramente se faz fundamental debater as diferenças entre os termos autoritativo e autoritário, que estarão presentes (muito mais o primeiro que o segundo) ao longo desta dissertação. Embora em português a palavra “autoritativo” seja entendida como um neologismo, e confundida por alguns com “autoritário”, é possível resumi-la como tudo aquilo referente a uma autoridade previamente estabelecida, fazendo com que suas ordens sejam razões para a obediência que substituem as próprias razões do que obedece. Destarte, o termo remete ao dever de obedecer a algo que se pressupunha ou esperava, enquanto que o autoritário carrega uma pecha ligada à incerteza arbitrária imposta pela força.

Certas ordens são tidas como autoritativas simplesmente por serem vinculantes e apontarem a confiança em dizer o caminho correto a ser seguido. Isso, contudo, esconde o caráter central do termo, já que o que faz algo autoritativo é a figura da autoridade que lhe sustenta. Essa pode ser prática ou teórica, conforme se

verá no capítulo 1, mas é inegável que em ambas existe uma reivindicação de autoridade que almeja ser materializada (de modos diferentes) por meio de um processo de legitimação, no qual a argumentação tem papel primordial.

Todavia, nem todos os que possuem autoridade são tidos como autoridades, já que a capacidade de produzir ordens pode ser transmitida para terceiros quando se trata do âmbito prático (tema central desse trabalho). Nesse sentido, as razões para ação em obedecer a um especialista em fármacos são bem diferentes das existentes para não consumir um remédio que está em uma lista estabelecida por burocratas governamentais. Isso porque, a ação e a crença atuam de maneira bem diversa em cada um dos casos, mas a autoridade presente no Direito demonstra um caráter especial, muito mais baseado nas noções de comando ou direito de comandar do que em crenças na divindade daquele que emite a ordem.

Ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, a moral continua sendo a fonte primária da efetividade da norma, aqui entendida como a capacidade de fazer com que indivíduos a considerem como algo que vale a pena ser seguido. Desse modo, a coerção já não pode ser tida como a principal ferramenta para produzir obediência por parte daqueles que almejam ter suas ordens vistas como razões para ação, muito embora sua existência permaneça como razão secundária para a realização desse objetivo (lição essa sem dúvida incorporada a partir da obra de Herbert Hart).

Antes, contudo, de aprofundar-se nos detalhes dessa ligação, é conveniente mencionar aquilo que Joseph Raz denominou como a primeira grande questão a respeito da noção moderna de autoridade: *Como conciliar autonomia moral e obrigação de obedecer à autoridade?* Uma resposta rápida pode ser dada, embora incompleta e, como se pretende demonstrar posteriormente, nada satisfatória, afirmando que em uma democracia a vontade de cada um se materializa nas decisões sobre a coletividade. Contudo, essa ideia esconde distorções produzidas por disparidades sociais e econômicas refletidas na capacidade de obter poder político dentro do grupo, o que faz necessária a busca por outro tipo de solução.

Para a visão de anarquismo filosófico, que nega a possibilidade de conciliação entre esses dois pressupostos, a aceitação da autoridade ou de uma

obrigação moral de obedecer ao direito implica em uma abdicação do poder de decidir sobre a própria vida e sobre as consequências individuais de cada ato tomado. Robert Paul Wolff, um dos idealizadores dessa visão, vai além, afirmando que existe uma impossibilidade moral de agir racionalmente e ao mesmo tempo legitimar qualquer autoridade para decidir em nome do indivíduo (WOLFF, 1990, p.23).

De forma contrária a esse pensamento, defende-se aqui que a autoridade, tanto no seu âmbito político como no jurídico, não é inconsistente com a autonomia, pois ela não compartilha seu status moral. Embora aspectos jurídicos e aspectos morais sejam discutidos nos mesmos termos normativos, eles representam diferentes usos da linguagem que não entram em conflito, uma vez que o direito faz reivindicações jurídicas de obediência que não são de natureza moral (apesar de sua aceitação depender da moral do indivíduo que a aceita).

Assim, embora os juízes tenham o poder de determinar que indivíduos, sob sua jurisdição, possuam certos deveres, e emitam ordens para a aplicação de tais decisões, ou seja, façam a escolha do que deve ser feito do ponto de vista do Direito, isso não se transforma, de acordo com a visão positivista aqui adotada, no que deve ser feito no ponto de vista da Moral. Assim, o fato de cada um aceitar a autoridade dos tribunais, bem como de outras instituições, não gera por si só a importação de nenhuma visão moral (a não ser em casos específicos que sejam previstos no ordenamento a competência do juiz para decidir certos casos lacunosos, fazendo com que o direito passe a ter a moral como fonte subsidiária em alguns casos específicos) e, portanto, não produz com este contradição com a existência da autonomia moral de cada um (RAZ, 1990, p.18).

O problema específico da questão previamente levantada com a autoridade, contudo, não é que ela requer que se considere a vontade alheia como razão para ação, mas que essa requisição pressuponha uma substituição prévia das próprias razões, fazendo com que essas razões exógenas substituam as individuais havendo ou não concordância. Essa característica especial da autoridade, porém, relaciona-se com a capacidade da mesma em cumprir aquilo que se propõe, pois o direito de comandar advém em grande parte da necessidade de haver comandos, implícita em

qualquer sociedade, ou seja, vincula-se à satisfação de necessidades e interesses da comunidade e seus membros por meio de melhorias na vida de todos.

Ao contrário de razões utilitaristas comuns, para as quais a satisfação das preferências da população é um fim em si mesmo, sem considerar as condições que levam as pessoas a terem essas preferências, as ordens da autoridade legítima devem ser obedecidas não porque isso satisfaz as vontades da autoridade, mas sim porque agindo de acordo com as mesmas verifica-se uma forma de servir aos interesses e necessidades diversos, como por exemplo, os interesses e necessidades dos membros da comunidade sujeitos àquela autoridade (RAZ, 1990, p.5). Nesse sentido, o utilitarismo não desaparece de todo como razão para ação, mas adquire novos contornos como elemento da normatividade.

A noção de consentimento de cada um dos governados, na forma de um contrato social, tem sido bastante utilizada com o intuito de demonstrar a ausência de violação da autonomia moral. Todavia, o consentimento sozinho não pode ser uma base para a fundação da autoridade legítima, já que limitações governamentais são necessárias diante de uma autoridade pretensamente absoluta, fazendo com que consentimento possa legitimar a autoridade desde que essa seja limitada. Dessa forma, parece razoável que esses limites tenham dois aspectos distintos.

O primeiro remete à capacidade daquele que reivindica obediência obter autoridade somente se conseguir realizar de modo eficiente aquilo que se propõe, enquanto o segundo se refere à delimitação do poder sobre o que está autorizado a ser feito, excluída a possibilidade de realizar certos atos mesmo que a autoridade seja muito boa em fazê-los. Ambas as partes dessa doutrina de limitações da autoridade serão sensíveis a variações de circunstâncias sociais, tecnológicas e culturais, que afetam não só a capacidade governamental de se obter certos objetivos, mas o significado e a moral implícita nessas ações (RAZ, 1990, p.13).

Em anos recentes, a teoria política liberal tem caminhado para uma ideia segundo a qual o Estado deve ser neutro diante de diversas concepções de bem. Nessa direção, Joseph Raz acredita que ao passo que normalmente exista uma regra para a qual obedecer às razões da autoridade levará a resultados melhores do que se o indivíduo seguir suas próprias razões, existe uma importante exceção:

aqueles casos nos quais é melhor agir de forma independente do que obter melhores resultados, muito embora o sucesso da autoridade seja mesurável pela obtenção daquilo que é tido como bom.

Destarte, diante desse dilema, deve existir sempre a possibilidade individual de escolher se associar à autoridade (e aos valores que permeiam a legitimação em cada contexto específico) ou poder correr o risco de decidir o próprio caminho (correndo o risco de sofrer sanções jurídicas e morais de todo tipo). Isso porque, nos vínculos associativos de cada comunidade estão as respostas do que pode ser considerado bom naquele contexto, mas tais laços só podem ser semi-voluntários, já que a alteração de certos valores morais é muito mais complexa do que a soma das vontades individuais para uma adoção de mudanças.

A presente dissertação busca ressaltar uma visão que ao mesmo tempo conceda a devida importância à noção de autonomia moral (herança kelseniana e kantiana), ao ponto de vista interno dos participantes (herança de um positivismo pós-hartiano no qual essa dissertação se situa), à coordenação social como uma das funções do Direito (embora o próprio Raz relativize o destaque que esse ponto tem recebido na teoria do direito mais recente) e à existência de vínculos associativos que estão completamente ligados à visão de moralidade presente em toda sociedade (apesar da teoria raziana sempre destacar que eles não podem ser o centro da normatividade por não existir uma obrigação moral absoluta de obedecer ao Direito).

Com esse intuito, pretende-se em um primeiro capítulo oferecer um resumo da obra raziana a respeito das concepções de razão prática e deliberação individual, já que ambos são pressupostos necessários para o entendimento da natureza do direito e da sua conexão com a lógica e a filosofia. Destarte, preza-se pelo entendimento de uma noção de autoridade que pretende estabelecer um vínculo entre o âmbito interno, lugar das decisões pessoais, e o âmbito externo, onde o nexa autoridade-indivíduo se determina.

Em um segundo capítulo almeja-se apresentar o contexto político-filosófico no qual as ideias de Joseph Raz foram baseadas, bem como as contribuições de sua teoria da autoridade na teoria do direito contemporânea. Buscam-se os seus

antecedentes teóricos de matriz anglo-saxônica, demonstrando como a sua noção de autoridade deriva tanto de premissas formuladas por Hobbes, Locke, Hume, Bentham, Austin e Hart, quanto de revisões críticas feitas por ele a essas ideias. Ao mesmo tempo, destaca-se a ideia de uma justificação da autoridade por meio de três teses morais formadoras de uma hipótese sobre como se manifesta a dinâmica do poder de ação sobre aqueles submetidos à autoridade.

No terceiro capítulo, parte-se da premissa de que o argumento de autoridade remete a uma decisão pretensamente superior que busca fundamentar uma asserção e fortalecê-la como razão para ação, apresentando elementos para tentar demonstrar o nexo entre autoridade e justificação das decisões judiciais. Assim, almeja-se uma explicação plausível de como a legitimidade institucional pode ser construída por meio de argumentos e apontar a melhor forma de se reivindicar a autoridade de uma norma ou instituição por meio de sua fundamentação.

No quarto capítulo, busca-se relacionar essa concepção de autoridade com a importância da argumentação para a legitimação das instituições jurídicas que a reivindicam, elucidando sua dependência mútua. Destarte, o uso da razão prática mostra-se ideal para alcançar uma justificação independente da noção de verdade metafísica, na qual é possível obter-se uma resposta construtivista sobre como um indivíduo autônomo deve se comportar diante da existência de instituições jurídicas que emanam normas e reivindicam obediência. Por fim, ressalta-se a sua ideia de legitimação pela práxis como forma mais adequada de produzir a aceitação da autoridade reivindicada por determinada instituição em um sistema político-jurídico.

CAPÍTULO 1 - RAZÃO PRÁTICA E AUTORIDADE

Este capítulo apresenta o contexto filosófico em que as ideias de Joseph Raz são formuladas, bem como busca ser uma introdução à noção de autoridade prática. Para tanto, em uma primeira parte, as relações entre deliberação e racionalidade são explicitadas, afirmando-se que ambas são intrinsecamente relacionadas, mas que a partir da deliberação, e seus resultados, torna-se possível entender a aplicação da noção de autoridade prática.

Em um segundo momento, são apresentadas três concepções concorrentes de racionalidade prática (as concepções kantiana, aristotélica e hobbesiana), ressaltando-se as implicações da adoção de cada uma na criação de uma teoria sobre o agir. São, também, apontados os motivos da opção de Joseph Raz pelo modelo hobbesiano, embora esse seja consideravelmente modificado sob diversas outras influências. Por fim, são analisadas as críticas de Hans Kelsen, para quem há uma contradição implícita no conceito de razão prática, formulando-se uma tentativa de resposta a estas objeções.

Na terceira parte, a teoria de Raz sobre a racionalidade e a normatividade será introduzida, assim como as concepções sobre onexo entre normatividade e razões. Isso porque, apesar de não ser o tema principal desta dissertação, somente a partir da compreensão do seu debate sobre o raciocínio e sua transformação em ações e normas é que se faz possível um pleno entendimento da noção de *substituição de razões*, que constitui um dos elementos nucleares da concepção de autoridade proposta pelo autor. Essa ideia é, portanto, base de sua teoria da autoridade, bem como da compreensão da autonomia moral na aceitação da autoridade.

Metodologicamente, portanto, o primeiro capítulo oferece um resumo da obra de Raz sobre razão prática e deliberação individual, tema ao mesmo tempo predecessor do da natureza do direito e determinante da sua conexão com a lógica e a filosofia. Assim, preza-se pelo entendimento de uma noção de autoridade que pretende estabelecer um vínculo entre o âmbito interno, lugar das decisões pessoais, e o âmbito externo, onde o nexo autoridade-indivíduo se determina.

1.1 A RACIONALIDADE PRÁTICA

1.1.1 *Deliberação e racionalidade*

Os termos razoar, deliberar ou raciocinar podem ser entendidos como o processo mental de contraposição, criação e soma de razões, que constituem o raciocínio humano. Esse tema é de grande complexidade e intensa controvérsia acadêmica, motivo pelo qual o presente trabalho pretende abordá-lo de modo sucinto e direcionado. Bart Streumer distingue deliberação e lógica, na medida em que essa é a análise das relações de encadeamento entre proposições, enquanto aquela é o processo de raciocínio para modificação do estado mental individual, formando, destarte, novos estados ou fazendo opções entre antigos.

A deliberação pode ser exemplificada simplificada da seguinte forma: se o indivíduo acredita que vai chover hoje e se também tem a convicção de que, ao chover, as ruas sempre ficam inundadas, logo, ao perceber hoje a chuva, é possível concluir que as ruas ficarão inundadas. Obviamente o processo possui uma complexidade considerável, não se realizando parcialmente ou unicamente no consciente, mas também no inconsciente (STREUMER, 2010, p.2). Entretanto, esse entendimento simplificado é suficiente para embasar o presente estudo ¹.

Segundo alguns estudiosos, é possível definir a conclusão lógica deliberativa como sendo a proposição acarretada em consequência de suas premissas (SAINSBURY, 2001). Contudo, o fim do processo de raciocínio não será analisado nesse sentido, uma vez que aqui se pretende vê-lo como o estado mental resultante de razões que o originaram sem, no entanto, desprezar o papel da lógica na sua formação. Assim, trabalha-se com as consequências fáticas desse estado mental, visando o debate a respeito de sua natureza entre aqueles para quem o produto do raciocínio são *ações*, *intenções* ou *crenças*.

A análise se concentrará, ainda, na deliberação voltada para a ação, situando-se, portanto, no âmbito do raciocínio prático. Cabe, portanto, uma explicação preliminar sobre a relação entre raciocínio prático e teórico.

¹ Em sentido contrário, ver John Broome (2009), que defende o processo de raciocínio como um meio de satisfazer requisições de racionalidade feitas individualmente, deixando em aberto a possibilidade de a racionalidade produzir realmente razões.

Tradicionalmente, a razão teórica é descrita como o estado mental resultante de deliberações sobre questões de fato e suas explicações, envolvendo sempre a noção de verdade. A razão prática, em contraste, é visualizada como lidando com questões de fato ainda não materializadas, em busca da ação que melhor atenda às pretensões do agente em questão, e estabelecendo, portanto, valores de *dever ser* desejáveis não necessariamente conectados à verdade.

Pode-se, todavia, entender diferentemente o contraste entre esses dois tipos de raciocínio. Segundo visão oposta, a razão teórica também lida com o aspecto normativo, além do fático supracitado. Do mesmo modo que o raciocínio prático, o raciocínio teórico também realiza um balanceamento e busca razões, só que focado na produção de uma visão de mundo baseada nas crenças epistemológicas e não em ações específicas voltadas para o que deve ser feito. Tem-se, portanto, dois processos mentais que funcionam de modo semelhante, mas com focos em atitudes diversas (WALLACE, 2009).

Assim, o resultado do processo de raciocínio vai variar conforme o produto final obtido. Para aqueles que acreditam que a deliberação produz ações, segundo uma visão tida como aristotélica ², o estado mental inicial é um desejo, seguido por uma crença nos meios necessários para alcançar a coisa desejada, terminando em uma ação que satisfaz as duas premissas anteriores. Baseada em uma visão mais ampla do processo, essa visão classifica-o como a modificação ou atuação no estado mental de forma racional, sendo que o produto é uma ação somente se for o resultado das razões específicas que o formaram (STREUMER, 2010, p.4).

Entretanto, essa visão parece problemática na medida em que ações não parecem ter proposições como seu conteúdo. A isso, duas respostas podem ser dadas. Para a primeira o conteúdo da ação é idêntico ao conteúdo da intenção que a baseia. Nesta perspectiva, ambos, somados ao conteúdo das crenças nos meios necessários para alcançar a coisa desejada, formam proposições, embora isso pudesse levar à conclusão de que a lógica aplicada à razão prática difere da aplicada à teórica. Já a segunda, nega que a razão prática seja uma resposta a

² Embora haja alguma discordância a esse respeito. Para uma defesa da visão aristotélica de ações como produto de deliberações, ver ANSCOMBE (1957), DANCY (2004) TENENBAUM (2007).

razões dadas por fatos sobre relações entre proposições, sendo na realidade as crenças que fazem racional a própria execução do ato. Logo, o fato não é uma razão para a ação, mas uma conclusão lógica evitando uma consequência indesejada (DANCY, 2004).

Já para aqueles que defendem o produto do processo deliberativo como *intenções*, a visão que defende ser a ação o resultado do processo está equivocada. Para estes, ao raciocinar estar-se-ia tomando uma decisão, mas diante da diferença intrínseca entre os atos de decidir e de agir é possível concluir que o último requer algo mais do que um processo mental (BROOME, 1999). Segundo Raz, isso implica em uma retirada da responsabilidade pela inação do âmbito da ponderação de razões, colocando-a no âmbito da inabilidade, incapacidade ou fraqueza de vontade (RAZ, 1978-a, p.3).

Uma segunda objeção, feita pelos que defendem a intenção como produto da deliberação, afirma que é exatamente o fato de algo poder ser decidido em um momento e somente executado posteriormente que faz com que se trate de uma intenção. Isso porque, para os autores da objeção, não é plausível crer que o processo mental se estenda por um longo período, ou que não seja possível definir que aquele raciocínio é prático até a sua execução efetiva. A objeção, porém, não acaba com a possibilidade de se ter ações como resultado, criando uma visão híbrida sobre a questão (STREUMER, 2010, p.8).

Existem, por fim, aqueles que defendem que a *crença* é a conclusão do processo deliberativo entre razões, tanto no âmbito do fazer (razão prática) quanto no epistemológico (razão teórica). É com base nesta concepção que Raz sustenta que é possível alguém ponderar as razões sobre o que outra pessoa deve fazer, sendo tal processo de ordem prática, mesmo não resultando em intenções de nenhum tipo (RAZ, 1978-a, p.5). Muito embora seja comum a negação da capacidade de arrazoamento sobre razões alheias, Raz utiliza-se do caráter normativo do direito como prova de que a razão prática pode, além de produzir crenças pessoais, transcender o âmbito privado e se aplicar também ao âmbito público, fato que terá papel primordial na sua noção de normatividade.

Para ele, as teses definidoras da conclusão deliberativa como conjunto de ações ou de intenções, que admitem e, por vezes, exageram a diferença entre a deliberação em primeira e terceira pessoas, estão erradas, de modo que pensar o processo como resultando em uma crença apresenta uma solução melhor, sem, no entanto, colocar em xeque a visão de que existem valores morais vinculantes mesmos para aqueles que não os adotam ou a ideia de que os valores serão razões para a ação daqueles que os rejeitam (RAZ, 1978-a, p.6).

1.1.2 A razão prática em Joseph Raz

Segundo Raz, as razões são a base da explicação dos atos humanos e até da ideia de ação humana. Nesse contexto, o agir intencional definir-se-ia como aquele executado por um agente que sabe o que está fazendo e que o faz por uma razão, mas cuja intencionalidade depende do seu estado mental. A *crença* é, portanto, a conclusão natural da deliberação e guia a ação intencional em conjunto com o que se crê, mesmo não correspondendo à realidade, pois a crença na razão explica a ação intencional (RAZ, 1978-a, p. 7).

De fato, o autor estabelece uma nova relação entre crença, intenção e ação, cujos efeitos relativizam a divisão entre razões prática e teórica. Daí a diferença entre razões que guiam (*guiding reasons*) e razões que explicam (*explicative reasons*), sendo aquelas fatos que afetam o que deve ser feito ou a manifestação de certos desejos, guiando a ação, e essas explicações do pensamento de pessoas que executam atos especificamente, sejam desejos, metas, crenças fatuais individualizadas ou convicções morais específicas (crença pessoal sobre o cumprimento de promessas).

Enquanto as razões explicativas precisam das razões guias para ser entendidas, o contrário não é verdadeiro, uma vez que razões explicativas pressupõem razões que guiam (Por exemplo: A crença pessoal que vai chover explica a ação de pegar um guarda-chuva só porque o indivíduo acredita, naquelas circunstâncias, que o fato de chover é uma razão guia para realizar tal ato.) (RAZ, 1978. p.4).

Destarte, a relação entre razões práticas (*practical reasons*) e a deliberação prática (*practical reasoning*) é importante para entender a ambos, pois a transição entre a crença em uma premissa e a aceitação presumida da conclusão da inferência prática é essencial para a compreensão da justificação desse processo deliberativo, mostrando, por exemplo, que as conclusões do agente em questão estão firmemente apoiadas em premissas antecedentes.

Assim, a conclusão prática também pode ser tida como a afirmação deôntica sobre a realização de certa ação (RAZ, 1978-a. p.9), sendo que, assim, rompe-se com a ideia de que somente é possível haver avaliação da deliberação feita em primeira pessoa e jamais por terceiros, já que as normas estão incluídas nesse último caso.

Segundo Raz, uma teoria do processo de deliberação prática tem como principal meta resolver os problemas decorrentes dos conflitos deliberativos. Para tanto, é necessário considerar o caráter *prima facie* das razões, pois o resultado último formador da crença, e a conseqüente materialização desta em atos, são o resultado da adjudicação entre diversas considerações conflitantes levando a ações diversas e mutuamente incompatíveis. Assim, só é possível afirmar que cada razão tem força em um sentido primário, já que novas razões podem reverter o cálculo previamente realizado.

Nesse âmbito, pode-se falar que razões tendem a se chocar e que algumas são abandonadas em detrimento de outras à medida que novas surgem durante o processo de deliberação. Quando o despertador toca pela manhã, por exemplo, existem diversas razões para levantar ou permanecer dormindo, mas só será a consciência pessoal, com os diversos tipos de razões ali compreendidos, que determinará o peso das razões a serem ponderadas.

A teoria raziana sobre a deliberação prática, todavia, apenas tenta estabelecer padrões de ponderação e derrotabilidade dessas razões. Nesse contexto, qualquer fato pode se tornar uma razão no âmbito prático, pois “*uma vez que razão é o fato estabelecido pela premissa de um argumento aceito, excluem-se premissas redundantes ou em sentido contrário*” (RAZ, 1978-a, p.15). Assim, é possível distinguir os componentes do que ele chamou de razão completa: o conteúdo operativo, que estabelece objetivos válidos, e o conteúdo auxiliar, que conjuntamente determinam os fatos pelos quais se realiza o objetivo.

Por fim, Raz defende que razões para ação estão fortemente ligadas a valores que podem ser materializados com os atos (RAZ, 1999). Essa visão será mais bem explicada abaixo, mas faz-se fundamental entender que o ato deliberativo representa a escolha de todas as decisões a serem tomadas e que a busca de materialização de valores se encontra tanto na decisão em primeira pessoa quanto no processo de produção e aplicação do direito. Do mesmo modo, a aceitação ou não da autoridade envolve razões e valores.

1.2 DIVISÕES E CRÍTICAS À RAZÃO PRÁTICA

1.2.1 Formas de razão prática

Segundo Robert Alexy, três são as principais concepções de racionalidade prática, cujas diferenças vão além do debate acadêmico e adentram na fundação normativa da coexistência humana e percepção pessoal sobre o indivíduo e sobre a sociedade (ALEXY, 1992, p.233). Para ele, a visão aristotélica, defendida especialmente por Alasdair MacIntyre, almeja a rejeição de todas as variantes do individualismo liberal, da moralidade universalista, assim como de qualquer ideia de direitos humanos baseada no jusnaturalismo. Criticando o abandono de Aristóteles, iniciado com o iluminismo, essa tradição recomenda uma ideia de vida boa em um sentido clássico, vinculando-a a uma noção de local e específico (MACINTYRE, 2007, p.219; SANDEL, 2009, p.185).

Essa concepção, ademais, tenta reavivar as noções de sabedora prática e prudência, demonstrando que a racionalidade prática não se reduz a uma mera teoria ou à racionalidade instrumental. Preocupada com as virtudes desse tipo de deliberação e com a sua relação com as noções de virtude de caráter, busca-se dar

um enfoque ao conhecimento individual cuja particularidade não exclui a emoção. Nesse sentido, a racionalidade prática aristotélica é substantiva e, portanto, tem como desafio não se confinar à codificação do que o supostamente virtuoso tem personificado na sua atitude, reafirmando que a noção de moralidade está ligada à comunidade na qual o sujeito se insere.

Essa visão de racionalidade prática, embora pertinente, já que se baseia em ideias que fundaram a noção de *práxis* (prudência) e sua diferenciação em relação ao campo epistemológico, não será posteriormente discutida de forma direta ao longo deste trabalho, pois, por uma questão metodológica, optou-se por focar na contraposição entre as concepções de razão prática de Kant e de Hobbes, que representam os campos majoritários do debate recente. Ideias aristotélicas, principalmente da lógica e sua aplicação na deliberação racional, têm, todavia, notável influência na construção argumentativa de ambos os lados.

A concepção de razão prática baseada em Thomas Hobbes, embora também influenciada por John Locke e David Hume, fundamenta-se na premissa de um estado de natureza no qual não existe a obrigação de obediência ao direito até que surja um soberano capaz de impô-lo por sua vontade ³. Essas são noções de moralidade objetivamente identificáveis por meio das ações que as produzem, existindo uma necessidade de buscar o bem em detrimento do mal. O soberano, destarte, firma um “contrato” com o súdito, obrigando-se a proporcionar o máximo que pode em troca da aceitação de sua autoridade e com a cessão de parte da autonomia daqueles que se submetem às suas ordens (KORSGAARD, 1992, p.27).

Já que conceitos morais produzem benefícios naturais para todos e trazem o equilíbrio para a sociedade em questão, o legislador não precisa definir, mas apenas inseri-los no direito, pois seu conhecimento se dá pela conclusão racional acerca do que é benéfico, ao menos em um sentido coletivo. Mas, em contraste, faz-se necessária a existência de sanções para aqueles que desrespeitam o direito, já que, embora o dever de obedecer seja racionalmente perceptível, a razão por si só não

³ Embora nomeadas por ele como leis naturais, essas noções de moralidade não são vinculantes durante o estado de natureza previsto pelo autor (HOBBS, 2003, p. 64).

produz obediência, diante da necessidade de diferenciá-la do moralmente exigível (KORSGAARD, 1992, p.30)⁴.

Assim, apesar de Hobbes não poder ser considerado instrumentalista, sua teoria baseia-se no auto interesse como motivação primária para a ação e na suposição de que a segurança individual se pauta na decisão do soberano, sendo o súdito garantidor de sua autoridade ao fazer do Estado o legitimador do uso da força (CRIMMINS, 2002). Por conseguinte, ele acaba influenciando Jeremy Bentham na sua busca pela criação, por meio da análise racional da utilidade, de um sistema jurídico capaz de proporcionar o maior prazer possível para o maior número de pessoas, a partir de uma visão científicista de eficiência (SCHOFIELD, 1992, p.2) Esta será, então, a visão de Raz, muito embora seu utilitarismo seja hibridizado com noções construtivistas advindas de Hart, bem como com um individualismo intrínseco à Tese da Justificação Normal (TJN)⁵.

Em sentido contrário, Robert Alexy afirma que a concepção contemporânea de razão prática hobbesiana se baseia na expansão da ideia weberiana de racionalidade como instrumento para a obtenção de certos objetivos, focando-se na maximização da utilidade individual. O uso da teoria clássica dos contratos serve como base de teorias da decisão e da negociação racional, sendo que BUCHANAN (1975) e GAUTHIER (1986) são exemplos dessa maximização, não só devido a sua deliberação entre meios e fins na racionalização de propósitos, mas na consideração de possibilidades envolvidas nesse sopesamento de razões (ALEXY, 1992, p. 234).

A teoria de racionalidade prática kantiana, por sua vez, baseia-se na prevalência da autonomia da vontade, tendo como base um pano de fundo universalista racional (ALEXY, 1989, p.117). Isso porque, para Kant, proposições normativas não podem ser justificadas por meio de princípios de utilidade ou felicidade, mas somente em termos de autonomia individual ou razão prática

⁴ Têm-se aí algumas das raízes do pensamento utilitarista a ser fundado por Jeremy Bentham.

⁵ Raz tenta, por meio dessa tese, explicar porque os indivíduos abririam mão de suas próprias razões em detrimento de um raciocínio prévio emitido pela autoridade. Apesar de um caráter instrumentalista implícito na TJN, ele nega a existência de razões instrumentais isoladas do contexto no qual se inserem, afirmando que valores podem basear o raciocínio prático, ou seja, afetando os motivos para alguém fazer algo, mas não sendo obrigatórios para o indivíduo que se depara com eles. Assim, sua visão liberal tenta englobar tanto noções de um utilitarismo vinculado a um comunitarismo em sentido fraco, quanto à ideia que o direito provém de fontes sociais (RAZ, 1996, p.214).

(BJARUP, 2006, p.289). Partindo de pressuposto similar a Hobbes, Kant defende a inexistência de uma moralidade inerente à natureza, mas vinculada a uma racionalidade advinda da liberdade de ação pessoal. Isso se deve ao fato de, na condição de seres racionais e autônomos, todos terem a capacidade de transcender os instintos e governar-se por princípios objetivos e racionalizáveis, expressos no conceito de imperativo categórico (KANT, 1996, p.421).

Esse conceito pode ser definido como um *dever ser* que se estabelece por meio da razão prática e que determina que a máxima produzida pelo raciocínio, ou seja, a razão que preponderou no processo decisório sobre os atos individuais, deve, para ser considerada válida, poder ser reconhecida como uma lei universalmente aplicável. Assim, já que todos são providos de igualdade e compartilham a racionalidade, cria-se uma obrigação de adaptar a vontade de cada um ao contexto no qual se verifique a possibilidade de coexistência.

Desse modo, seguindo a premissa de separação entre o *ser* e o *dever ser*, Kant entende o indivíduo como agente racional autônomo que adota uma posição intelectualista, e não voluntarista como Hobbes, diante do direito positivo, já que busca guiar seu comportamento pela comparação entre o conteúdo da lei positiva e os princípios racionais advindos da razão prática. Nesse sentido, a norma só deve ser obedecida ao se encaixar naquilo tido como lei universal, sendo vista como justa (BJARUP, 2005, p.291).

Nota-se, portanto, que ao contrário da concepção hobbesiana, que se pauta pelo conceito de decisão racional buscando a negociação como forma utilitarista de alcançar o bem, Alexy vê na razão prática kantiana e no seu universalismo as bases para uma teoria do raciocínio jurídico mais adequado. Entretanto, ao defender que para isso deva haver também uma associação com o uso da teoria discursiva baseada na argumentação, ele afirma que somente pela justificação racional é que se torna possível apontar o que é de fato uma razão para ação (ALEXY, 1992, p. 235).

Ao afirmar que a racionalidade do discurso se dá quando da descoberta das condições racionais de argumentação prática, Alexy acredita que essas podem ser resumidas em um sistema de regras do discurso orientador da racionalidade. Por

consequência, a razão prática pode ser definida como a habilidade de chegar a um juízo prático em consonância com esse sistema de regras (ALEXY, 1992, p. 238). Para tanto, parte da premissa de que as regras do discurso podem ser divididas em dois grupos, um diretamente relacionado com a estrutura do discurso e, portanto, com sua logicidade, e outro ligado ao processo de produção do discurso (BUSTAMANTE, 2005, p. 127; Gardner, 2005, p. 155).

A partir daí, percebe-se a existência de um caráter universal do discurso ligado à capacidade de todo ser humano de participar na sua construção, pois essa teoria da argumentação busca, a partir de regras discursivas válidas, alcançar um acordo universal sobre uma norma. Esse acordo, porém, só é possível se a norma da qual se parte é aceita racionalmente por todo aquele que vai ser por ela afetado (ALEXY, 1989, p.56; HABERMAS, 1984, p.280) ⁶. Assim, a norma que alcança essa aceitação, por meio de uma teoria da argumentação, é tida como correta e implica em uma pretensão de correção existente a partir desse momento e que se reflete em todo ordenamento.

Vale notar que é exatamente a teoria do discurso o elemento que complementa a tendência original de Kant por uma racionalidade prática voltada somente para o indivíduo como agente moral e que por vias indiretas acaba alcançando a coletividade. A compatibilidade da teoria discursiva com a razão prática utilitarista, entretanto, será analisada posteriormente, focando-se, a seguir, nos motivos da adoção por Joseph Raz da premissa hobbesiana, sem, todavia, a assunção de um modelo único e puramente utilitarista.

1.2.2 *Criticas kelsenianas à razão prática*

Antes de prosseguir, vale ressaltar que a possibilidade metodológica da existência da razão prática, todavia, ainda permanece em discussão. Para Hans Kelsen, existe uma tensão entre as noções de prática, intrinsecamente presa ao

⁶ A inspiração de Alexy, nesse ponto, é notavelmente habermasiana, uma vez que o princípio de universalidade (chamado princípio do U), defende que a validade da norma depende da sua aceitação por parte de todos os concernidos. Esse assentimento, contudo, é racional, não sendo motivado por um entendimento individual de que ela é vantajosa para si, ou para todos, e sim porque ela é correta, independentemente de ser ou não vantajosa. Essa atitude perante a norma se chama ponto de vista moral.

campo normativo ou do *dever ser*, e de razão, necessariamente vinculada ao ato de conhecer. Haveria, portanto, um choque que torna o termo autocontraditório.

Razão denota a faculdade cognitiva do ser humano. O ato de criar a norma ou legislar, entretanto, não é um ato de conhecimento. Quando uma norma é criada, não é o caso de percepção de um objeto previamente dado como a extensão de algo que realmente existe, mas como a pretensão de algo que deve ser. Nesse sentido, a criação da norma é um ato de vontade e não de conhecimento (KELSEN, 1960, p. 415).

Assim, o filósofo austríaco se afasta de Kant, apontando o equívoco desse autor ao identificar vontade com o raciocínio prático e, no intuito de unificar todo tipo de razão, afirmar que somente por ser uma manifestação volitiva a razão prática pode ser produtora de normas (KELSEN, 1960, p.421). Como é impossível conhecer algo que não existe, esse erro advém da vontade de justificar a criação normativa além de julgamentos subjetivos de valor, tentando lastreá-los na noção de verdade e ameaçando a separação entre ser e dever ser e a existência mesma de qualquer norma (KELSEN, 1949, p. 501).

Ao contrário do que ocorre em sua obra, Kant não estende a todos os âmbitos da reflexão a desconfiança que, ao se dedicar à epistemologia, havia destinado ao transcendente. Assim, ao prever a possibilidade de serem extraídas disposições normativas da natureza humana racional, Kelsen aponta em Kant um regresso ao jusnaturalismo, o que não é aceitável. Destarte, a concessão ao metafísico é resultado da religiosidade dos que não tiveram coragem de superar certos pontos ou da confusão de caráter lógico entre os desejos e a realidade daqueles que afirmam algo e ignoram a separação entre ser e dever ser. Para Kelsen, pois, “*do fato que os homens se dedicam e sempre se dedicaram guerra, não advém que a guerra deva ser ou não deva ser*” (PORCIÚNCULA, 2009, p.47).

Jörg Kammerhofer compara esse equívoco com a atual tendência de constitucionalização da lei internacional, alegando que os defensores desse viés confundem *o que realmente existe*, um sistema de leis internacionais cuja aplicação é restrita aos signatários de certos acordos, *com o que deve existir*, ou seja, um conjunto de normas aplicáveis a todos os estados existentes. Embora o autor reconheça a importância dos argumentos pragmáticos em contrário a um plano hipotético de dever ser, ele afirma que isso não muda a interpretação que as normas

têm no plano do ser, por mais que essas interpretações sejam desejáveis (KAMMERHOFER, 2010, p.65).

Nesse caso, percebe-se uma tentativa de aproximação entre o empírico e o normativo, que não pode ser alcançada por uma interpretação da carta da ONU equiparada a uma constituição. Ao se tentar fazer isso, segundo o autor, demonstra-se um descaso com toda a construção histórica e metodológica implícita a uma carta constitucional, que não pode simplesmente existir com base no argumento de que assim é melhor. Para tanto, fazem-se necessárias outras condições formais e de conteúdo, o que não se verifica.

Em sentido contrário, Robert Alexy afirma que a norma que alcança um sentido de correção, ou seja, que tem sua pretensão de ser tida como correta em uma argumentação racional, sendo possível dotá-la de uma validade moral ideal baseada no mútuo entendimento da coletividade, faz com que seja possível uma racionalidade prática segundo premissas kantianas (ALEXY, 1992, p.248) . Essa racionalidade se dá por meio da argumentação universalizável que traz para o debate todos aqueles que são interessados e estão dispostos a participar. Produz-se, assim, uma racionalidade baseada no discurso.

A norma, por fim, encontra consenso universal em um consenso ideal, provando a pretensão de correção presente no direito. Essa tendência, portanto, guia a normatividade, sendo baseada, entretanto, não apenas em uma busca por determinar interesses comuns partilhados por todos, mas também por uma preocupação em uma reconciliação de interesses por meio de um sopesamento e balanceamento destes (ALEXY, 1992, p.236 e 237). No mesmo sentido, Herbert Hart não se prende a uma distinção tão rígida entre o ser e o dever ser, pois a existência da regra última de reconhecimento leva logicamente à derivação do que é a norma baseada em descrições de práticas sociais, sendo que esses fatos descritivos não estão limitados a serem objetos somente de avaliações descritivas, mas também de avaliações normativas (HART, 1994).

1.3 CONEXÃO ENTRE RAZÃO PRÁTICA E AUTORIDADE

1.3.1 Razão prática e normas

Segundo Joseph Raz (1978, p.128), existe uma teoria padrão a respeito da resolução de conflitos entre razões no âmbito prático que, sendo de natureza lógica, determina que o peso ou força relativa de cada uma delas é a característica a ser comparada no caso concreto, havendo a superação de uma pela outra na formação da razão para a ação. Assim, em sua opinião, se *X deve fazer A em C*, no qual X é o agente, A o conteúdo da razão e C a condição específica, tem-se uma forma de sopesar razões dentro de um contexto deliberativo prático, constituindo a forma adequada de se fazê-lo.

Todavia, embora reconheça a utilidade do modelo padrão, o autor discorda tanto de que essa seja a única forma de ponderar razões, como da premissa de que existem apenas razões do mesmo tipo a serem ponderadas. Para tanto, ele introduz a divisão entre *razões de primeira e de segunda ordem*, na qual as primeiras são os motivos básicos para atuar ou não em dada situação específica, enquanto as segundas são as razões para atuar ou deixar de atuar *por determinada razão*, podendo ser entendidas como razões sobre razões. Raz utiliza-se do exemplo da vinculação surgida por meio de promessas para diferenciar ambos os tipos, mas reconhece que ambos continuam a atuar conjuntamente no processo deliberativo.

A partir do mesmo raciocínio, permanecer em uma situação na qual se opta por não decidir em face da inexistência de condições de tomar a melhor escolha em determinado momento, como cansaço, abalo psicológico considerável ou tentação irresistível, faz com que se esteja diante, mais uma vez, de razões que não seguem a teoria padrão. Assim, demonstra-se a possibilidade de existência de razões de segunda ordem, já que essas são razões para não atuar por determinados motivos e a própria deliberação prática está comprometida diante de suas fortes motivações em impedir uma avaliação pretensamente imparcial (RAZ, 1978-b, p.130).

Essas razões de segunda ordem negativas são a princípio denominadas por Raz como razões excludentes, já que no momento em que são balanceadas com razões de primeira ordem em sentido contrário, excluem-nas diante da sua indicação de não realizar determinado ato. Essa prevalência é, segundo ele, derivada

diretamente de um princípio geral da deliberação prática que determina que as razões excludentes sempre prevalecem quando confrontadas com razões de primeira ordem (RAZ, 1978-b, p.132).

Antes de entrar no tema do caráter normativo das razões positivadas vale a pena, porém, detalhar a importância que Raz dá ao processo de tomada de decisões e como isso influencia as razões ali originadas. Como visto anteriormente, o resultado do processo de deliberação mental sobre o que fazer, chamado de raciocínio prático (*practical reasoning*), produz uma crença que acaba formando uma intenção sobre o que deve ou não ser feito. Essa intenção, via de regra, finaliza o processo deliberativo e nada mais é do que uma razão de primeira ordem para fazer algo somada a uma razão de segunda ordem para desconsiderar todas as razões em sentido contrário.

Desse modo, Raz determina uma nova dinâmica na deliberação prática, pois sugere a existência de razões secundárias que excluem de plano as primárias em sentido contrário, não simplesmente se sobrepondo a elas como na teoria padrão. Determina-se, desse modo, *standards* comportamentais a serem seguidos, já que as razões não derrotadas são as que estabelecerão a conduta do indivíduo sujeito a elas (RAZ, 1978-b, p.134).

Essas razões de segunda ordem foram posteriormente denominadas razões protegidas⁷, pois ao combinar o caráter negativo da razão excludente com a motivação positiva de uma razão de primeira ordem, elas criam uma razão que se sobrepõe às demais, ainda que de modo *prima facie*. Com esse conceito, o autor possibilita a existência de razões preestabelecidas que vinculem a própria pessoa ou coletividade. Explicando, Raz faz uma comparação entre as promessas e as decisões, já que as duas são razões protegidas que, embora com objetivos diversos, têm em comum a existência de razões de segunda ordem que excluem qualquer razão de primeira ordem com que venham a conflitar. Destarte, ele definiu que, em

⁷ Raz modifica seu pensamento anos após a publicação de *Razão Prática e Normas*, pois percebe que o poder normativo da autoridade não deriva unicamente da razão para não realizar algo por determinada razão, ou seja, das razões exclusionárias (*exclusionary reasons*), mas sim da combinação dela com uma razão positiva de primeira ordem para agir, cuja soma vem a ser denominada de razões protegidas (*protected reasons*) (RAZ, 1999, p.18).

certo sentido, o processo deliberativo é previamente determinado (RAZ, 1978-b, p.137).

Assim, o autor estabelece uma relação entre normas e declarações advindas de razões, mas não sem antes demonstrar suas diferenças. Segundo sua teoria, as declarações podem ser falsas ou verdadeiras, enquanto as normas são válidas ou inválidas, podendo ser obedecidas ou violadas. Ademais, produzir uma norma é mudar as razões possuídas pelos indivíduos sujeitos a ela, enquanto fazer uma declaração de razões chama a atenção sobre as razões que a originaram sem, no entanto, modificá-las.

Isso faz com que toda norma seja uma razão para ação sem, contudo, estabelecer que toda razão seja uma norma. Ademais, é preciso considerar que nem toda norma deriva de uma autoridade que pode ser definida, como as de natureza moral, e que existem normas que reivindicam aplicação universal, não sendo, contudo, praticadas universalmente, como as normas de etiqueta social. Poder-se-ia, portanto, estabelecer que a característica que une razões e normas é o fato de que as últimas podem ser entendidas como razões que já foram previamente delimitadas e estabelecem uma obrigação *prima facie* de ser, ao menos, consideradas antes da decisão final.

Essa escolha prévia apresenta a vantagem de facilitar a ação em um momento futuro, quando o indivíduo se defrontará com uma escolha necessária em um caso concreto. A tomada de decisões é, portanto, flexível, fazendo com que, apesar de existir a possibilidade de mudança de ideia ao longo do exame deliberativo no momento da aplicação, seja inegável a existência de razões protegidas envolvendo a norma. Se essas razões irão prevalecer, entretanto, será uma questão de aceitação da autoridade que emite a norma (RAZ, 1978-b, p.142) ou de assunção do risco da sua violação.

Por fim, Raz estabelece que a efetividade da norma está diretamente ligada à crença, por parte da pessoa que a obedece, na existência de razões de primeira ordem positivas e de segunda ordem negativas presentes dentro da norma em questão. Somente a partir dessa crença é que se faz possível justificar a execução da norma, uma vez que, como se explicará no capítulo seguinte, a legitimidade da

autoridade é o elemento capaz de assinalar a efetividade normativa, de modo que as razões da autoridade passem a ser as razões para ação do indivíduo que aceitou moralmente a autoridade. Logo, embora não seja garantia de sua validade, que se dá pela positivação e entrada no âmbito jurídico, é a legitimidade da autoridade fator determinante na eficácia normativa (RAZ, 1978-b, p.144).

1.3.2 Razões e normatividade

Joseph Raz tenta, também, estabelecer a relação entre Razão (*Reason*), entendida aqui como a capacidade universal de reconhecer e reagir a razões específicas (*reasons*), e normatividade, tida como a faculdade de estabelecer ordens que vinculam seus destinatários. Para tanto, ele rejeita tendências de identificar a normatividade apenas com a orientação sobre valores e de associar a normatividade à busca de racionalidade, de modo que, ainda que o caráter valioso de algo forneça razões para a ação, não é capaz de fornecer todas essas razões. Em nenhum momento, destarte, é possível explicar sua força, não existindo, a princípio, razão por si só para ser racional (RAZ, 2010, p.16).

Com o intuito de demonstrar que valores não influenciam as razões, especialmente aquelas para crença, Raz afirma que é possível falhar em se adequar a razões que se aplicam a determinado grupo ou indivíduo e ainda assim, permanecer racional. Esse fato se deve ao mau funcionamento das capacidades envolvidas, como erros ou ignorância, não havendo motivos para dar continuidade a uma situação na qual se falha em identificar razões por meio de um erro não culpável, mesmo não sendo esse um equívoco de racionalidade.

Existem, portanto, dois motivos pelos quais se confundem racionalidade e razões, sendo o primeiro a incapacidade de percepção da não necessidade de motivos para se agir racionalmente, e o segundo a confusão entre as noções de agir conforme princípios lógicos e ser racional. Esse equívoco leva à tentativa de se evitar a contradição com base na busca por racionalidade, pois, embora na adoção de duas crenças contraditórias uma delas seja necessariamente falsa, não existiria irracionalidade na adoção de ambas em conjunto (RAZ, 2010, p.16). A teoria constitucional prova esse ponto, pois afirma que a existência de princípios

contraditórios em um mesmo corpo legal não pressupõe a noção de que se trata de um texto irracional.

Desse modo, o autor afirma que é possível desafiar razões a respeito de crenças e permanecer racional. Assim, mesmo que isso implique em incoerência, é plenamente compatível com a racionalidade, embora tenha outros efeitos adversos. Todavia, fica demonstrada a necessidade de uma análise externa para que seja possível associar a capacidade de resposta a razões à própria formação da personalidade individual (RAZ, 2010, p.18).

De acordo com sua visão, uma noção constitutiva de razões não pode estabelecer quais razões existem e quais não, uma vez que o ato de deliberar baseia-se na atividade mental lastreada pela capacidade de decidir agir ou não, dentro de uma dinâmica de âmbito prático. Quando se lida com razões para crença, também conhecidas como epistêmicas, entretanto, não é possível escolher no que se acredita ou não, sendo limitada a autonomia em relação a como responder a tais razões. Nesse caso, a sujeição à normatividade das razões está ligada à capacidade de crença, sendo ela uma forma de normatividade constitutiva (RAZ, 2010, p.18).

Qualquer declaração corretamente feita, desse modo, descreve o que se tem como conhecido, não sendo preponderante a consciência sobre o fato. Isso porque, tem-se muito pouco controle voluntário sobre o que se acredita, já que, nas palavras de Raz, *é possível fechar os olhos para não ver algo, mas estando eles abertos, não se pode impedir a crença naquilo que está sendo visto ou na existência de uma razão para duvidar daquilo*. Em contrapartida, o controle voluntário sobre as nossas crenças não é o único controle possível já que a Razão, tida como capacidade de responder a razões, também governa as crenças e as ações, mesmo não respondendo por todas elas (RAZ, 2010, p.20).

Tentando entender a busca pelos fundamentos da normatividade das razões, ele percebe que essa busca não pode se dar internamente ao indivíduo, pois nesse âmbito só são perceptíveis razões para razões ou o não funcionamento do raciocínio, condenando a procura a permanecer em círculos. Do ponto de vista externo, as razões possuem normatividade porque não podem ser ignoradas diante do fato de que a nossa condição humana é constituída por capacidades racionais.

Como a audição, que não pode ser simplesmente desligada, a deliberação sobre razões constitui parte do conjunto de capacidades inatas ao ser humano, embora erros sejam possíveis, assim como más interpretações.

Conclui-se, portanto, que razões são governadas por máximas que estabelecem que uma razão para a crença é um fato participante do motivo para se ter uma crença e uma razão para ação é um fato participante do motivo para se executar uma ação. Embora essas definições possam ser consideradas formais, elas demonstram que valores não são normativos por si sós, sendo que o fator produtor da sua normatividade deve-se à sua capacidade de funcionar como razões, sendo reconhecidas nesse sentido por indivíduos usando sua racionalidade.

Destarte, embora Raz reconheça a existência de objetivos, condições e atividades cujo valor não está, pelo menos não exclusivamente, ligado às suas reais ou prováveis consequências ou utilidades, tendo valor em si (RAZ, 2005, p.3), ele acredita que buscar meios para a realização de objetivos faz parte do raciocínio humano, não implicando, porém, que a razão prática se resume somente a isso. Assim, sua teoria engloba tanto ideias que visam alcançar benefícios coletivos, como sua versão branda de utilitarismo baseada em valores da sociedade em questão, quanto o instrumentalismo individualista que dá suporte a sua teoria da autoridade, no qual o auto interesse tem papel fundamental na legitimação da autoridade⁸.

Isso é possível mediante a adoção de um liberalismo que vê na razão prática um mecanismo de raciocínio não necessariamente ligado a noções de verdade e pelo qual se pode construir um sistema de normas ao mesmo tempo baseado em valores específicos e que separe necessariamente direito e moral.

Desse modo, o autor mitiga algumas características egoísticas de teorias filosóficas que o precederam, buscando com isso uma concepção de bem-estar individual que combine a autonomia da deliberação pessoal e o pluralismo de

⁸ Desse modo, é possível afiliar Joseph Raz à teoria da razão prática de matiz hobbesiana, já que o instrumentalismo tem papel importante tanto na sua noção de raciocínio prático, quanto na sua explicação para a obediência a uma autoridade legitimada. Ele, todavia, faz concessões à visão prática kantiana, admitindo que existam valores e ações que podem ser entendidas como fins em si mesmos, mas não em um âmbito determinista e sim como resultado de construções sociais ou individuais.

valores presentes em sociedades modernas (RAZ, 1996, p.88). Na teoria raziana, portanto, o instrumentalismo estará sempre conectado à importância dada pelo autor à complementariedade entre noções de bem comum, liberdade individual e tolerância, sendo, portanto, impossível falar em um raciocínio prático que seja somente instrumental ou que esteja isolado na busca de determinados objetivos individualistas.

1.3.3 O raciocínio jurídico e moral em Raz

Consistindo no processo mental com o intuito de definir qual é o direito e como devem ser resolvidas controvérsias segundo o direito, o raciocínio jurídico pode ser visto, de acordo com as ideias razianas, como qualquer atividade deliberativa baseada em razões jurídicas, mesmo que não realizadas exclusivamente por agentes estatais. Assim, essa deliberação racional pode ser efetuada por qualquer cidadão, inclusive em atividades cotidianas, não tendo natureza especial quando posto em prática pelos tribunais, mesmo considerando o seu caráter vinculante (RAZ, 1996, p.327).

Pode-se imaginar, à primeira vista, o raciocínio jurídico como uma deliberação de natureza moral sobre questões de direito, mas para Raz (RAZ, 1996, p.327) esse pensamento é demasiadamente simplista e equivocado, pois desconsidera a *autonomia* entre o raciocínio jurídico e o moral devido às características específicas de ambos.

Ambas as autonomias se dão diante da capacidade diferenciada de pensar razões, criando-se dois sistemas com dinâmicas próprias e que podem resultar em conclusões diferentes. No caso do raciocínio jurídico, por exemplo, parte-se necessariamente de considerações autoritativas, que estarão ausentes no raciocínio moral.

Quanto às relações entre raciocínios moral e jurídico, Raz afirma que:

Eu tenho rejeitado a tese forte da autonomia do raciocínio jurídico. Raciocínio jurídico é um exemplo de raciocínio moral. Doutrinas jurídicas só se justificam se forem moralmente justificadas, e devem ser seguidas somente se é moralmente correto para segui-las. (...). No raciocínio de acordo com o direito, os tribunais devem seguir princípios morais, embora possam ser princípios morais equivocados. Assim, o raciocínio jurídico é um

exemplo de raciocínio moral, apesar de, por vezes, ser moralmente incorreto, ou ser baseado em princípios jurídicos moralmente deficientes. (RAZ, 1996, p.340)

É possível pensar que as autonomias levam a uma separação total entre ambos os sistemas, tornando-os não comunicantes. Porém, essa separação desconsidera a capacidade individual de cada sistema emitir juízos sobre o outro, sem com que isso viole a autonomia de qualquer deles, e sem considerar como necessária uma prevalência do raciocínio moral sobre o jurídico (RAZ, 1996, p.324).

Essa prevalência ocorrerá apenas quando existirem valores e razões que governam incondicionalmente o pensamento humano e, por consequência, não podem ser descartados ou não considerados. Embora se possa defender que um magistrado julga de maneira diferente como juiz e como cidadão, é pouco razoável acreditar que pudesse haver uma separação total de ambos os âmbitos, uma vez que certas avaliações morais sempre terão lugar no raciocínio jurídico, mesmo que inconscientemente.

Como explica Gardner (2001, p. 215-216), que adota virtualmente a mesma concepção de raciocínio jurídico de Raz, "o raciocínio jurídico, nesse sentido, não é simplesmente um raciocínio sobre quais normas jurídicas já se aplicam ao direito. É um raciocínio que tem normas já tidas como válidas entre as suas premissas maiores ou operativas, mas as combina de maneira não-redundante, na mesma argumentação, com premissas de natureza moral ou baseadas no mérito da decisão que se pretende tomar"⁹.

Por conseguinte, ainda que o raciocínio jurídico e o raciocínio moral se distingam porque o primeiro inclui necessariamente argumentos institucionais ou considerações autoritativas que estão ausentes no segundo, é desacertado imaginar o raciocínio jurídico como necessariamente apartado do moral.

Céticos sobre essa teoria, todavia, negam a defesa da relação entre direito e moral, sendo que Raz denomina essa posição como tese da doutrina judicial formalista. Segundo esse pensamento, o raciocínio jurídico consiste em um tipo de

⁹ No original: "Legal reasoning, in this sense, is not simply reasoning about what legal norms already apply to the case. It is reasoning that has already-valid legal norms among its major or operative premises, but combines them non-redundantly in the same argument with moral or other merit-based premises".

raciocínio técnico que obedece às próprias regras, fixando-se no direito em seu âmbito fático e estando livre da contaminação da moral. Já o raciocínio moral, por sua vez, teria a capacidade de definir se a aplicação do direito, de modo geral ou específico, é moralmente obrigatória, verificando a necessidade de qualquer alteração para adaptá-lo ao que deve ser. Assim, é possível deliberar moralmente sobre o raciocínio jurídico, mas não internamente¹⁰ (RAZ, 1996, p.324).

Raz identifica com o problema do formalismo uma tendência do direito em orientar as instituições jurídicas a produzirem resultados de natureza jurídica, embora não exclusivamente, estabelecendo um núcleo institucional que produz direito, mas que carrega, também, uma grande quantidade de objetivos e crenças da sociedade na qual se insere, bem como de cada pessoa que participou da sua criação e modificação. Verifica-se, destarte, que caso o único intuito do direito seja obedecer às instituições, produzir-se-iam mandados contraditórios, já que valores opostos existem intrinsecamente a elas e os conflitos daí resultantes não podem ser resolvidos somente por meio do uso de normas de resolução de conflitos derivadas somente da vontade legislativa¹¹ (RAZ, 1996, p.325).

O formalismo, ademais, tem que lidar com a questão da tese das fontes sociais. Segundo premissas formalistas, todo direito emana, ou é dependente, exclusivamente de atividades e intenções do legislador. Isso implica na libertação da moral dentro da deliberação jurídica, fazendo com que a deliberação sobre o que é o direito seja autônoma, mas acarretando que o ato de raciocinar juridicamente envolva muito mais que aplicar o direito. Assim, ou considera-se que a tese das fontes sociais é falsa e o direito provenha também da moral, que deve ser considerada no raciocínio jurídico, ou que ela é verdadeira e o processo deliberativo de natureza jurídica não se restrinja a obedecer ao legislador. Para Raz, em ambos os casos o formalismo não se sustenta (RAZ, 1996, p.332).

¹⁰ Percebe-se claramente a influência de Hart, e de sua ênfase no direito do ponto de vista interno, no pensamento de Joseph Raz. A doutrina chamada de formalista, ao tentar perpetuar a separação entre ser e dever-ser, advinda da guilhotina de Hume, acaba por se focar unicamente no aspecto externo da divisão, cometendo um grande erro.

¹¹ Isso se deve à tessitura aberta da linguagem usada na redação das leis e da impossibilidade do legislador prever todas as possibilidades fáticas envolvidas, não havendo como positivizar um direito que contenha todas as respostas ao caso concreto.

Para resolver essa questão, ele propõe que seguindo a tese das fontes e desconsiderando o formalismo, o raciocínio jurídico envolva implicações de atos, objetivos e intenções das instituições jurídicas, sendo que as cortes devem obedecê-las porque (e na medida em que) a doutrina da autoridade estabelece essas instituições como autoridades legítimas. O fato de a doutrina da autoridade ser ela mesma moral é consistente com a *autonomia do raciocínio jurídico*, fazendo com que o argumento que a defende seja baseado em um processo de *dois estágios*. O primeiro busca estabelecer o direito como moralmente justificável pela deliberação moral, sendo que ele é, no segundo estágio, aplicado por um raciocínio jurídico autônomo (RAZ, 1996, p.333).

Assim, somente as invocações de considerações de autoridade, dentre os diversos tipos de considerações morais, podem cumprir simultaneamente a condição de utilizar-se da moral na deliberação jurídica, mas sem recepcioná-la diretamente e ser reconhecida moralmente como a melhor decisão a ser tomada. Isso porque, como ele deixa claro em sua crítica ao positivismo inclusivo, a deliberação jurídica sobre a validade de uma norma não pode incorporar elementos morais, ainda que de forma contingente, sob pena de trazer a instabilidade da moral para dentro do sistema jurídico (RAZ, 1996, p.215).

Para demonstrar essa ideia, Raz utiliza-se do exemplo do direito internacional privado, no qual uma lei de um determinado Estado pode determinar que uma matéria específica deva ser julgada de acordo com a norma alienígena, sem, no entanto, aceitar o outro ordenamento como parte de si. Igualmente, quando o direito do Estado *A* não incorpora normas do Estado *B* no momento em que o direito internacional privado de *A* exige a aplicação de normas específicas de *B* para solucionar um caso concreto, o direito não incorpora a moral quando a legislação faz referência a conceitos morais cuja interpretação depende de uma valoração moral (RAZ, 1996, p.215).

A deliberação jurídica só pode, portanto, ser usada dentro de uma dinâmica de “tese das fontes”¹², de modo que a validade de uma norma jurídica decorra de

¹² “Raz acredita que a existência e o conteúdo do direito se baseiam em fatos sociais e não em considerações morais ou valorativas, considerando sistemas jurídicos instituições vinculadas, cujas normas

suas fontes sociais e não de sua correção moral. Tem-se, assim, uma divisão da deliberação jurídica entre o *deliberar sobre o direito* e o *deliberar de acordo com o direito*, no qual aquele é governado pela tese das fontes e esse advém do raciocínio moral. (RAZ, 1996, p.335).

Destarte, é possível a consideração das diferenças entre o que deve ser feito de acordo com o direito e o que deve ser feito considerando todos os fatores envolvidos no caso concreto, sendo que esse último deve ter prevalência, mesmo que seja possível produzir, *a priori*, resultados jurídicos moralmente inaceitáveis. Quando uma corte superior decide pela utilização de um recurso penal sobre o qual existia uma dúvida considerável em relação a sua validade jurídica no momento do julgamento, não o faz apenas por esse recurso ser moralmente justo, mas por ele ser válido segundo o direito. A noção de moralidade, porém, é levada em consideração diante da eficácia que a decisão no processo de legitimação moral da referida corte tem perante a sociedade.

Assim, existem diversas referências contidas nos sistemas jurídicos que reclamam a deliberação moral em um nível mais elevado do que o mínimo necessário para justificar suas decisões, dotando-os de aceitabilidade, uma vez que mesmo conceitos abstratos positivados dependem de deliberações morais para serem preenchidos.

A atividade de interpretação, ao menos quando ela for compreendida no sentido de criação do direito pela via judicial, remete a argumentos morais que são tidos como necessários para a correta aplicação em casos controvertidos. Isso ocorre a qualquer momento enquanto a decisão está sendo tomada, pois toda tentativa de restringir o raciocínio jurídico à tecnicidade erra ao desconsiderar a influência exercida pela moral sobre ele, mesmo diante de sua independência em relação ao raciocínio moral (RAZ, 1996, p.335).

Nota-se também outro motivo para defender a autonomia da deliberação jurídica. Raz não nega que a deliberação jurídica seja uma classe dentro da

são normalmente incompletas e derrotáveis e nas quais existe considerável discricionariedade para os que devem aplicar o direito. Assim, ele filia-se a uma longa tradição positivista que vê o direito como eivado de lacunas" (GREEN, 2005, p.504).

deliberação moral, mas sim que existam considerações morais que indiquem a maneira pela qual se deva resolver problemas específicos acerca da validade de regras jurídicas, já que a moral se esgota diante da sua incapacidade de resolver o impasse entre razões morais igualmente consideráveis. Tal fato se dá pela inexistência de critérios empíricos de juízos internos à moral, pois ela, ao contrário do direito, leva a impasses não solucionáveis e carece de parâmetros seguros para determinar a validade de suas normas. Destarte, torna-se útil um tipo de raciocínio artificial que contribua na determinação dos casos nos quais a razão moral se esgota, garantindo que ela não seja uma escolha aleatória do juiz.

Assim, conclui-se que deve haver uma rejeição da tese de separação total entre as deliberações de natureza moral e jurídica, uma vez que essa constitui uma subdivisão daquela. As doutrinas jurídicas desenvolvidas pelos tribunais, por conseguinte, só se justificam na medida em que tratem de sistemas jurídicos moralmente legitimados, que se lastreiem na autoridade das instituições legalmente constituídas, deixando que a moral influencie na solução de diversos casos específicos, em que o próprio sistema reclama uma fundamentação moralmente adequada das diretivas criadas por seus agentes para solucionar casos concretos.

Faz-se útil, portanto, um contraste entre razões morais e jurídicas. Todavia, critérios artificiais, ou seja, jurídicos, devem ser utilizados para alcançar a uma solução quando a moral não apresentar respostas perceptíveis, mesmo que essas sejam moralmente incorretas ou baseadas em princípios abstratos.

CONCLUSÕES PARCIAIS “1” :

Neste capítulo, tratou-se de introduzir o conceito de deliberação racional, definida como o processo mental avaliativo de razões, cujo produto pode ser entendido como crenças sobre intenções para realização de atos. Para tanto, apresentou-se a visão de Joseph Raz, segundo a qual é possível ponderar razões sobre o que outro indivíduo deve fazer, com a autoridade realizando um processo de ordem prática na produção de normas sem criar um comprometimento prévio com a existência de valores morais vinculantes.

Isso porque ao optar por uma concepção de razão prática de matriz hobbesiana como meio para a construção de uma autoridade que determina as razões para a ação a serem adotadas, Raz aparentemente se vincula a teorias instrumentalistas, como o utilitarismo e contratualismo, sendo essas as bases da forma pela qual a autoridade é legitimada, fazendo ressalvas para a existência de outras formas possíveis de legitimar a autoridade. Isso fica evidente na sua Tese da Justificação Normal, que será explicada em capítulo posterior.

Porém, seu instrumentalismo não pressupõe a existência de uma racionalidade instrumental, já que a razão prática por ele defendida pressupõe a aceitação de valores que têm uma valoração independente de suas finalidades, bem como a não obrigatoriedade de realização de determinados fins, mesmo diante da existência de razões para tanto.

Ademais, em sua teoria da deliberação racional, Raz defende que as relações entre razão prática e razão teórica são mais acentuadas do que pode indicar uma visão inicial e desenvolve a ideia de um processo deliberativo prático com o intuito de demonstrar que o direito tem a capacidade de se guiar com base em razões de natureza moral, tanto no momento da escolha e interpretação quanto no instante da produção normativa, sem, no entanto, comprometer a separação necessária entre direito e moralidade.

As razões com vista à ação, portanto, tem um caráter *prima facie* que deve considerar a possibilidade constante do surgimento de uma nova razão. Ademais, por meio da contraposição com as ideias de Robert Alexy, buscou-se demonstrar que a concepção hobbesiana de razão prática, que segundo esse autor visa uma razão prática mais voltada para a maximização dos benefícios em detrimento dos malefícios e com tendências fortemente contratualista, pode, na realidade, ter semelhanças com a noção kantiana defendida por ele, segundo a qual a razão prática está ligada à racionalidade universal alcançável pelo discurso.

Desse modo, defende-se que Raz não contradiz a possibilidade de uma teoria procedimental discursiva norteando o sistema normativo e permitindo que a razão se alie à escolha individual na busca de um sistema jurídico adequado. Para ele, todavia, a própria noção de democracia, além de insuficiente para explicar todo o espectro de relações entre autoridade e cidadão, deve ser entendida de um modo mais amplo. Na sua teoria, a divisão entre razões primárias e secundárias, sendo aquelas os motivos para realizar determinada ação enquanto essas os motivos que agem sobre razões, é primordial na fundação da base do agir humano, bem como impedem essa mesma atuação.

Ademais, ao separar as razões positivas, que são as para agir, das negativas, que são as para excluir as outras em sentido contrário, Raz torna possível criar a noção de razões protegidas, que são a soma de uma razão excludente com uma razão primária para atuar de determinada forma, sendo essa a sua base para explicar como uma autoridade faz com que suas ordens tenham prevalência sobre a autonomia do indivíduo ao qual elas são direcionadas e o vinculem por meio de um sistema normativo.

Por fim, ao estabelecer a relação entre Razão, tida como a capacidade de reconhecer e reagir a razões específicas, e normatividade, vista como a faculdade de estabelecer ordens que vinculam seus destinatários, ele reafirma as teorias que apontam a normatividade como uma orientação sobre valores e associam a força da norma com a busca de racionalidade, destacando, contudo, que o valor de algo fornece razões, mas não todas, e em nenhum momento explica sua força em relação a cada indivíduo ou grupo específico, não existindo, segundo Raz, motivos para entender essa ligação como racional, a não ser por meio da produção de um sistema normativo baseado em fontes sociais.

Destarte, destaca-se a diferenciação entre o raciocínio de natureza moral e o jurídico, afirmando que existem características peculiares a cada um deles, embora exista uma conexão que não pode ser desconsiderada. Assim, a prevalência da tese das fontes e do raciocínio jurídico envolve implicações de atos, objetivos e intenções das instituições judiciais, sendo que o Judiciário deve obedecê-las na medida em que a doutrina da autoridade estabelece essas instituições como autoridades legítimas.

CAPÍTULO 2 - O CONCEITO DE AUTORIDADE NA TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

O presente capítulo pretende apresentar o contexto político-filosófico no qual as ideias de Joseph Raz foram baseadas, bem como as contribuições que sua teoria da autoridade exerceu sobre a teoria do direito contemporânea. Para tanto, em uma primeira parte, serão apontados os seus antecedentes teóricos de matriz anglo-saxônica, demonstrando como a sua noção de autoridade deriva tanto de premissas formuladas por Hobbes, Locke, Hume, Bentham, Austin e Hart, quanto de revisões críticas feitas por ele a essas ideias.

Em um segundo momento, apresentar-se-á a teoria da autoridade de Joseph Raz. O autor oferece na sua obra uma justificação da autoridade por meio de três teses morais sobre a autoridade, que juntas formam uma hipótese sobre como se manifesta a dinâmica do poder de ação sobre aqueles submetidos à autoridade. Estas teses são: a tese da dependência, a tese da justificação normal e a tese substitutiva prévia (*pre-emptive thesis*); juntas, elas têm a função de explicar a legitimação da autoridade em um âmbito de razão prática.

Na terceira parte, expor-se-ão as principais críticas à teoria raziana da autoridade, bem como outras propostas de teorias da autoridade. Com esse intuito, serão apresentadas as contribuições de Finnis, Dworkin, Green, Soper, Alexy e Shapiro, destacando-se os pontos nos quais Raz as supera e, em contrapartida, os momentos nos quais não consegue ser completamente satisfatório.

Em uma quarta parte, finalmente, traçar-se-á a relação entre a teoria da autoridade de Raz, notadamente em seus aspectos sobre cooperação e organização social, e as ideias de Scott Shapiro, que em muito se baseiam em premissas razianas, mas que tentam dar um caráter mais democrático e menos instrumentalista para suas concepções. Assim, estabelecem-se os pressupostos básicos introdutórios para a questão argumentativa que este trabalho pretende focar, em especial os argumentos de autoridade, pois esses são constantemente utilizados por tribunais superiores sem o devido cuidado metodológico, que é fundamental para um exercício adequado da autoridade na jurisdição máxima.

2.1 OS ANTECEDENTES DA AUTORIDADE EM JOSEPH RAZ

A primeira influência a ser destacada na obra de Raz deve ser a de Thomas Hobbes, notadamente por suas inovações na teoria política de justificação da autoridade. Em um sentido contrário ao jusnaturalismo que o precedeu, Hobbes rechaçava a tese da existência de uma verdade moral absoluta. Ele fez, portanto, com que fosse necessária a elaboração de uma nova concepção sobre o direito de governar, enfatizando, pela primeira vez, a ideia de autonomia moral do indivíduo diante do soberano (MACDONALD, 1994, p.2).

A ideia de autoridade legítima é estabelecida com base na teoria hobbesiana que define o poder real como não advindo diretamente de Deus, mas do consentimento humano. Esse é oferecido por indivíduos que, na busca por autopreservação, abrem mão do exercício pleno da vontade inerente ao estado de natureza. Nota-se, destarte, a inovação da transferência da autoridade entre mãos humanas, fato que, somado ao reconhecimento do homem como ser capaz de escolher seu próprio destino racionalmente, muda completamente a noção de autoridade vigente até então.

Muito embora essa autonomia fosse ainda relativa e restrita ao momento anterior à cessão da liberdade pessoal, quando o indivíduo se subordina e cria uma vinculação às ordens superiores, é notável a evolução, já que a razão prática surge pela primeira vez como forma de justificação do poder. A dinâmica da legitimação, entretanto, constitui um ponto de discórdia entre os dois autores, pois Raz se filia às ideias lockeanas que estabelecem a legitimação da autoridade não somente em momento anterior ao pacto, como pretendia Hobbes, mas ao longo da relação entre autoridade e súdito, podendo essa ser até rompida depois.

Como visto, mesmo que a sua noção de autonomia da vontade ainda seja parcial, Hobbes estabelece as bases do que será posteriormente conhecido como utilitarismo, a ser desenvolvido por Bentham no século XIX. Com efeito, ao associar-se e romper com o estado de natureza, o súdito não o faz por obediência religiosa ou medo do soberano, mas por um cálculo intencional de benefícios a serem alcançados (CRIMMINS, 2002, p.678). A partir desse ponto, é possível concluir-se que o instrumentalismo observado em Raz tem raízes hobbesianas, muito embora o

autor contemporâneo não aceite que a estabilidade social tenha preponderância enquanto forma máxima de bem estar coletivo.

Raz, por sua vez, sustenta que a autoridade é possuidora de um papel primordial na regulação das relações interpessoais e na garantia da coordenação social segura (RAZ, 1990, p.6), sendo possível uma autoridade definidora de respostas e mediadora de disputas em que interesses múltiplos entram em conflito e existem muitas opções exequíveis. Essa noção tem suas raízes em Hobbes, pois com o intuito de acabar com a guerra de todos contra todos e a impossibilidade de acordo, o soberano tornar-se-ia responsável por garantir o bem do súdito individual e coletivamente. Sem embargo, a concepção de Raz não deixa de ser inovadora ao lançar mão da ideia de uma autoridade coordenadora por meio do planejamento e da execução de políticas públicas.

Outra diferença entre esses autores se encontra exatamente na possibilidade de alcançar o consenso e produzir normas universalmente aplicáveis. Raz baseia a sua teoria na divisão entre razões de primeira e de segunda ordem, sendo que estas prevalecem sobre aquelas e as normas jurídicas, por conseguinte, constituem razões de segunda ordem que predominam, em princípio, sobre motivações pessoais e tem caráter vinculante autoritativo.

Já Hobbes, por sua vez, embora reconheça a possibilidade de se produzir leis que controlem o poder real, sustenta que essas devem emanar do próprio soberano, que a princípio é possuidor da capacidade absoluta de decisão. Destarte, a autoridade pode produzir razões de segunda ordem que a vinculasse e vinculasse os súditos, mas essa prerrogativa não pode ser atribuída aos últimos, pois a separação e não interferência entre soberano e súdito são fundamentais para a coerência de sua teoria (LANDENSON, 1990, p.45).

Isso porque, para Hobbes, os indivíduos não são capazes de obter consenso no estado de natureza exatamente pelo fato de não existirem padrões pré-estabelecidos acerca do que deve ser certo ou errado, sendo essa uma conclusão lógica do relativismo moral hobbesiano. O soberano, portanto, fornece uma interpretação autoritativa, ou seja, baseada em um consentimento previamente obtido, daquilo que deve ser realizado, situando-se aí a fonte de toda razão de

segunda ordem que deve preponderar sobre motivações pessoais. Logo, o soberano é a autoridade e dele devem emanar as ordens a partir do momento da submissão, já que essa tem caráter irrevogável depois de cedida (MACDONALD, 1994, p.36).

Já para David Dyzenhaus as diferenças entre Hobbes e Raz são ainda mais profundas. Ao discordar da visão padrão que associa o primeiro ao autoritarismo, ele alega que essa interpretação padrão, pretensamente compartilhada por Raz, está equivocada por se valer de critérios externos ao direito¹³ para estabelecer a legitimação da autoridade. Para Dyzenhaus, a visão hobbesiana original ligar-se-ia a uma legitimidade baseada em critérios internos, na qual os interesses dos súditos são sempre respeitados, não havendo, pois, legitimidade sem essa condição essencial (DYZENHAUS, 2010, p.167).

Considerando que ambos não acreditam que a autoridade *de facto*, aquela que tem efetivamente o poder, tenha a capacidade de se transformar automaticamente em autoridade *de jure*, aquela que é legitimada, simplesmente devido ao seu poder de mando, esse autor vê Raz como alguém que diminui a importância do consentimento na legitimação e entra em choque com a teoria de Hobbes nesse aspecto. Assim, ao estabelecer como características primordiais a satisfação de interesses individuais na aceitação da autoridade produtora da melhor decisão e da importância do sentimento de se estar legitimando, Raz diminui o papel original do consentimento (RAZ, 1996, p.368).

Isso porque não existiria uma obrigação moral generalizada de obedecer ao direito na teoria raziana, já que o consentimento tem papel secundário na legitimação da autoridade se comparado às duas premissas anteriores, derivadas de vínculos associativos com a comunidade a que se pertence. Assim, a lealdade para com a comunidade cria laços que são, no entanto, semi-voluntários, diante da impossibilidade de obrigatoriedade moral da identificação total com a própria comunidade em uma sociedade multicultural complexa (RAZ, 1996, p.343).

Desse modo, Raz se distancia de Hobbes quando este defende que a reinvidicação de legitimidade da autoridade *de facto* sempre se justifica devido ao

¹³ No caso de Joseph Raz, critérios morais.

consentimento prévio dado ao soberano, fazendo com que o direito se tornasse tanto moral quanto juridicamente vinculante na medida em que observasse o critério de validade adotado naquele ordenamento. Assim, Hobbes transforma o direito em elemento definidor da autoridade, não sendo necessário nenhum critério externo para tanto, o que, em sentido contrário ao desejado por ele, retira do indivíduo a prerrogativa de definir a extensão da autoridade (DYZENHAUS, 2010, p.182).

Já para John Locke, os vínculos com o ente estatal são de natureza diferente. Ao contrário da visão hobbesiana, acredita-se que os laços contratuais unificadores da autonomia individual do cidadão ao Estado são facultativos, apesar de automáticos, tanto no momento da adesão quanto no da rescisão, podendo aquele romper os vínculos quando achar que esse não é mais merecedor do seu apoio. Sua noção de individualismo, porém, é muitas vezes exagerada e deve ser analisada cuidadosamente para não retratar um cidadão não associado por mecanismos morais ao grupo (GREEN, 1988, p. 200).

Para Raz, uma visão extremada da teoria contratualista, segundo a qual a autoridade do Estado se baseia unicamente no consentimento, não é apenas equivocada, mas também incoerente, já que supõe que todas as obrigações tenham a vontade como fonte única. Dessa forma, não se explica como a vontade pode se justificar sem ser um fim em si mesma e, apesar da defesa da interpretação radical de uma pretensão associativa apenas com o que o indivíduo considera justo, a noção de justiça cria um paradoxo, pois ao estar conectada à ideia de moral faz, ao mesmo tempo, parte do pano de fundo compartilhado por toda a coletividade (GREEN, 1988, p. 200).

Ademais, embora existam dificuldades em ligar essa visão de Locke com seu argumento sobre o consentimento tácito, para Green existe uma linha clara de separação entre a autoridade legítima e a coerção estatal, já que aquela não deriva da vontade das partes envolvidas, mas de limitações da validade do contrato social ligadas à ideia de estado de natureza. Assim, como a única intenção imputada aos contratantes é a vontade de autopreservação vinda da lei natural, garante-se a impossibilidade de transferência de um poder absoluto sobre si mesmo, já que o indivíduo não o possui totalmente (GREEN, 1988, p. 202).

A partir desse ponto, o cidadão não é obrigado a obedecer por causa da concordância em relação ao Estado, já que isso é automático, mas devido a certas atitudes governamentais, como o agir de acordo com os vínculos de confiança baseados em um suposto contrato original. O consentimento passa a depender da obediência a certas características esperadas por parte do Estado, que pode se legitimar ou deslegitimar de acordo com sua forma de agir em relação ao cidadão, garantindo ou comprometendo, assim, sua governabilidade. Aponta-se, desse modo, umas das bases da noção raziana de autoridade legítima.

Autoridade, nesse sentido, passa a ser uma questão sobre o que pessoas racionais podem supostamente concordar com e não quais deveres criam para si mesmos. Para Green, a doutrina de Locke se resume a como o consentimento é irrelevante em relação às obrigações de obedecer ou sua ausência, pois segui-lo depende do caráter do governo da ocasião, sendo que caso esse esteja agindo de acordo com os vínculos previamente estabelecidos, sejam eles morais ou jurídicos, há uma aceitação de seus atos. Caso contrário, dar-se-ia a rejeição e a própria capacidade de governar pode ser questionada (GREEN, 1988, p. 203).

Complementando essa ideia, ele propõe que a obra maior lockeana, *Dois tratados sobre o governo*, não deve ser vista como uma defesa de obrigações sociais geradas por meio da força do desejo individual ou do grupo social, mas sim que vontades compartilhadas limitam a atuação da autoridade legítima. Desse modo, a interpretação radical por muitos atribuída a ele mostra-se equivocada, pois sua teoria, na verdade, é meramente uma defesa da capacidade do cidadão livre limitar seu governo e não um manifesto defendendo lidar-se com o Estado da forma que fosse mais conveniente para cada um (GREEN, 1988, p. 204).

Joseph Raz exemplifica bem a questão ao defender a existência de razões instrumentais e não instrumentais para obedecer ao direito. As primeiras são aquelas causadas por alguma motivação calculada com determinado objetivo, como, por exemplo, evitar a sanção a que determinada conduta está relacionada (sanção jurídica) ou não querer ser considerado violador do ordenamento pela comunidade na qual se está inserido (sanção moral). Raz coloca as razões de Hobbes e Locke como instrumentais, já que elas buscam a segurança jurídica e preservação da lei natural, respectivamente (RAZ, 1999, p.172).

Já as razões não instrumentais são citadas por esse autor como aquelas que não estão ligadas a um objetivo específico, mas conectadas à noção de justiça (*fairness*). Destarte, para Raz é injusto usufruir de benesses derivadas do direito sem contribuir pessoalmente para a efetivação desses benefícios, existindo uma obrigação moral de se atuar pelo conteúdo normativo, cuidando para que ele seja cumprido. Para ele, todavia, diante da existência de atos inócuos em relação a uma suposta distribuição de justiça, mesmo que ilegais, não é possível defender a existência de uma obrigação geral de obedecer ao direito aplicável universalmente (RAZ, 1999, p.172).

Ademais, essas razões não instrumentais podem ser baseadas tanto na noção de concordância quanto na de vínculos associativos de natureza moral, mas não é praticável confundir a motivação em obedecê-las com a justificação moral na qual elas se baseiam. Isso porque a extensão da vinculação com a moral altera-se individualmente, não sendo possível a comparação com a extensão jurídica aplicável pelo Estado, pretensamente universal (RAZ, 1999, p.164).

Nesse sentido, o direito tem um caráter obrigacional próprio, pois apesar de se basear na moral de uma comunidade que resolveu positivizar certas atitudes, ele não produz efeitos, pelo menos juridicamente, tanto antes da positivação quanto depois de retirado do ordenamento, além da possibilidade de existirem situações excepcionais nas quais sua aplicação não deve ser efetivada. Assim, a faculdade de superação de uma razão por considerações contrárias faz com que o direito e a moral se diferenciem pela dinâmica interna, sendo essa mais uma evolução de premissas lockeanas baseadas na importância da razão e da tolerância.

Seguindo esse raciocínio, embora o ato avaliado tenha um valor moral interno positivado condenado pela sociedade, a obrigação moral de seguir comandos não é integralmente transferível na mesma proporção ao tipo penal positivado dela resultante, verificando-se duas obrigações independentes, apesar de conectadas. Nota-se, destarte, que uma excludente de ilicitude, como a legítima defesa, faz com que a obrigação jurídica desapareça, embora a de natureza moral continue existindo.

Entretanto, essa independência não exclui o fortalecimento que considerações de natureza moral podem ter sobre o cumprimento de determinadas atitudes, principalmente envolvendo a coordenação para objetivos específicos. Nesses casos, a coerção estatal não é suficiente para controlar as ações individuais, sendo que somente sentimentos e razões de natureza moral são capazes de levar grande número de pessoas a agirem visando fins comuns. Mas a aceitação muda individualmente, sendo necessária a coerção estatal para evitar casos extremos de não cooperação ou sabotagem (RAZ, 1999, p.166).

Mas Raz não segue a visão lockeana de consentimento como base da autoridade estatal sobre os indivíduos, preferindo seguir o caminho de David Hume (RAZ, 1996, p. 372). Deve-se a isso o fato de o filósofo escocês desafiar a noção de permissividade como base da obediência, alegando que, diante das imensas dificuldades socioeconômicas de se mudar de soberano, evitando sua autoridade, não é possível argumentar pelo consentimento tácito. Então, far-se-ia necessário interpretar o comportamento pessoal para verificar a existência dessa autorização, sendo imprescindível a presença de um governo que se faz justo.

Assim, ele busca uma conciliação entre autonomia e autoridade, mas negando ao consentimento o papel de responsável por essa harmonização. Para tanto, alega que remeter a legitimação a uma vontade autônoma original que se transmite até os dias de hoje e tê-la como base da vinculação do cidadão com seu Estado é equivocado por não considerar aquelas que ele afirma serem as duas condições essenciais da legitimação: a produção pela autoridade de razões que serão aceitas como suas pelos legitimadores, independentemente do conteúdo das razões que as fundaram, e a capacidade destas razões de serem tidas como mais benéficas pelos cidadãos, sendo mais vantajoso obedecê-las que seguir as próprias razões (RAZ, 1996, p.368).

Isso porque, embora pudesse ser um elemento criador de obrigações entre cidadão e Estado em um contexto no qual os dois elementos garantidores da legitimidade já estivessem presentes, na ausência desta, ele não consegue, sozinho, produzir a legitimação estatal. Desse modo, a autonomia, que baseia o consentimento, já que este é um ato individual de cessão do próprio exercício de vontade, tem a capacidade de fortalecer o vínculo com a autoridade, pois aumenta

as oportunidades disponíveis para as pessoas, e esse aumento, provavelmente, é revertido no seu bem-estar individual, sem, contudo, basear a relação.

Assim, Raz considera que a cessão por vias autônomas da faculdade de se autogerir politicamente, pelo menos em seu modelo clássico, não pode ser transmitida gradualmente, ao contrário da legitimação, tendo, portanto, que se dar no modelo tudo ou nada e, por conseguinte, fazendo com que a legitimação supere a ideia de consentimento como melhor opção. Todavia, ele reconhece que algumas vezes é preferível que se escolha por si mesmo a optar pelo caminho mais vantajoso, criando uma condição complementar à legitimidade da autoridade.

Ademais, para Raz, tanto a teoria de sistema jurídico de John Austin quanto sua definição de direito giram em torno e pressupõem a aplicabilidade do conceito de soberano (RAZ, 1980, p.5), fazendo com que essa noção acabasse por influenciar sua própria ideia de autoridade. Esse conceito, todavia, parte de premissas originalmente elaboradas por Jeremy Bentham, fato que faz com que a análise conjugada de soberania em ambos seja importante para entender algumas premissas razianas a respeito de sistema jurídico e da transmissão de autoridade.

Nesse sentido duas grandes novidades foram introduzidas por Bentham e usadas por Austin: de um lado, a ideia de que a moralidade não explica nem deriva do soberano, mas sim daquilo que ele chamou de fato social da obediência e, de outro lado, a noção de submissão reiterada à vontade da autoridade, sendo essa a chave para a noção de soberania. A posição austiniana, contudo, deriva da benthamista por considerar duas condições para a sociedade política: uma positiva, segundo a qual a maior parte da população deve obedecer ao soberano, e uma negativa, só presente em Austin, para quem o soberano não precisa obedecer a ninguém. Essa noção, embora implícita, define quem é realmente o supremo governador (RAZ, 1980, p.7).

Além disso, o soberano de Austin tem quatro grandes atributos: a) não subordinação, ou seja, seu poder legislativo não pode ser conferido ou revogado pela lei; b) não limitação, ou seja, seu poder legislativo é pleno, podendo legislar sobre o que entender como necessário ao mesmo tempo em que não pode se sujeitar a deveres legais pelo seu exercício; c) exclusividade, ou seja, para cada

sistema jurídico existe um, e apenas um, soberano e d) unidade, ou seja, o poder soberano está controlado por um indivíduo ou corpo de indivíduos. Bentham, entretanto, apenas se baseia nas duas primeiras características.

Isso porque, afirma-se, Bentham nunca definiu claramente as diferenças entre limitações legais e limitações factuais ao poder de legislar do soberano, uma vez que, embora ele tenha tentado explicar o fenômeno ligado a fatos sociais, esse passo só é realmente dado por Herbert Hart, muitos anos depois. Entretanto, a teoria benthamista já está ciente do problema causado pela tentativa de conciliar sua teoria do direito com as noções de exclusividade e unidade. Ele permanece, destarte, distante dessas duas características, o que leva Raz a crer que a inconsistência de parte das ideias de Austin se deve a essa herança, bem como gera a necessidade de modificação das mesmas (RAZ, 1980, p.10).

Todavia, nesse momento, é adequado explicar um pouco mais a teoria austiniana. Para Austin a norma é um comando de um superior para um inferior, e ao mesmo tempo de um soberano para seus subordinados. Nesse contexto, as noções de superioridade e soberania são diferentes na medida em que a primeira se relaciona com o ato de punir ou causar dor àquele que descumprisse a norma previamente estabelecida, enquanto que a segunda é um mecanismo de validação da norma dentro do sistema. Enquanto a superioridade varia em cada norma, sendo específica em cada lei, a soberania por sua vez é idêntica, não dependendo do conteúdo individualizado na norma em questão (RAZ, 1980, p.14).

Ademais, essas duas noções são independentes, de modo que um soberano não necessariamente tem superioridade sobre os súditos, não podendo, portanto, aplicar-lhes qualquer sanção nesses casos. Raz sugere, no mesmo sentido, que Austin sabia que a condição negativa da soberania não leva à superioridade, sendo que a sua incapacidade em notar a diferenciação entre ser objeto de obediência habitual e ser superior àqueles que obedecem acarreta a conclusão de que as normas são necessariamente direcionadas a uma mesma sociedade política à qual pertence o soberano e cria um problema sobre os deveres de obediência por parte de estrangeiros.

Para tanto, importante destacar que o hábito de obediência ao soberano por parte da maioria da população envolve uma relação entre ambos. Raz destaca que obedecer a um comando envolve também conhecê-lo, bem como saber de onde ele provém, ademais de, em alguns casos, agir por causa dele, embora Austin certamente não concordasse com essa última colocação. Nesse sentido, sua teoria se cala, não assumindo a assunção da noção de autoridade que apoia a conformidade com o direito baseada em uma legitimidade adquirida pelo soberano junto aos que o obedecem (RAZ, 1980, p.15).

Assim, a obediência habitual ao soberano pressupõe não somente que as normas tenham sido criadas por ele, mas que venham sendo regularmente obedecidas pelos cidadãos. Sua existência, portanto, basear-se-ia no pertencimento a um sistema jurídico, bem como na eficácia desse sistema, sendo que uma lei particular pode ser desconsiderada e constantemente violada, mas ainda assim continuar a existir na medida em que o sistema ao qual ela pertence seja obedecido em sua totalidade.

Portanto, pode-se falar, segundo a teoria austiniana, em critérios para a existência de um sistema jurídico, tendo como ponto preponderante, além dos já citados acima, o fato de todas as leis do sistema serem de fato e legitimamente legisladas unicamente por uma pessoa ou grupo de pessoas, diferindo-se dos demais critérios por se referir ao exercício de poderes e não ao cumprimento de deveres. Desse modo, a existência de um sistema jurídico leva não somente à ideia de que deveres legais são cumpridos, mas também de que o legislativo é exercido, partindo-se do pressuposto de que essa condição rege a criação de normas, pois elas, segundo Austin, emanam do soberano (RAZ, 1980, p.16). Pessoalmente, acredita-se que esse pressuposto pode ser entendido como base teórica da noção de regras de reconhecimento a serem adotadas por Hart e Raz.

Por fim, o critério de identidade de Austin, acima debatido, pressupõe que todas as leis formuladas pelo soberano estão contidas no sistema jurídico em questão, não afirmando, contudo, que o soberano fosse pessoalmente o responsável pela sua emissão, mesmo esse sendo o legislador direto e indireto de todas as leis ali contidas. Mais uma vez, essa questão aparenta ser determinante na noção de fontes emanantes do direito (*source-based thesis*).

Ademais, ao estabelecer a diferença entre uma pessoa como fonte última da norma e o indivíduo como competente para produzir a norma na figura de legislador subordinado, já que esse o faz por meio da capacidade conferida pela lei e aquele pelo poder inerente a sua condição de soberano, ele dá os primeiros passos em direção ao que vem a ser a noção de transmissão da autoridade de Raz, bem como à sua diferenciação entre *ser* autoridade e *ter* autoridade. Nota-se, contudo, que as noções de Austin são ainda demasiadamente *autoritárias*, pois o poder funda-se em si mesmo; a estas concepções se contrapõem as *autoritativas*, para as quais o poder é transmitido, que surgem a partir dos autores seguintes.

A partir daí, Herbert Hart afirma que é na obra de Bentham que se inicia um processo gradual de racionalização do direito, cuja importância, dentre outros aspectos, está na introdução da ideia de razões jurídicas autoritativas, ou seja, considerações de reconhecimento de comandos da autoridade em um sistema jurídico possuidor de efetividade e que tem a capacidade de fazer com que os cidadãos tenham de substituir razões pessoais por outras de natureza mais forte, desde que cumpridas certas condições. Para Hart, a noção benthamista de separação entre direito e moral foi o início do abandono da teoria imperativista e a assunção de um novo conceito de autoridade (HART, 1982, p.243).

A origem dessa ideia, entretanto, vai ainda mais longe, podendo ser atribuída à visão hobbesiana, sendo ela o fundamento para a noção de razões excludentes de Joseph Raz. Com base nesse contexto, essas razões têm a faculdade de excluir todas as demais em sentido contrário, fazendo com que, em um contexto de deliberação prática, aquele que tivesse capacidade de emití-las pudesse impor a sua vontade sobre os submetidos a elas, tendo, portanto, autoridade sobre eles. A capacidade de produzi-las, todavia, está conectada à legitimação, sendo a forma desse processo o ponto de discórdia entre ambos.

Para Raz, comando e proibições, por serem expressões de vontade, podem parecer asserções, mas não o são, uma vez que existem diferenças entre o que é dito pelo uso da sentença e o que ela pode significar, existindo às vezes algum conteúdo implícito, embora não declarado. Assim, a diferença entre comandos e asserções deve ser vista de modo diverso da contraposição entre o desejo do falante de ter suas asserções materializadas e a sua crença na veracidade do que é

declarado. Essa dualidade, segundo Hart, é base da teoria imperativista de Bentham, devendo ser substituída por algo mais adequado.

Isso porque, segundo Hart, Bentham introduz a ideia equivocada, mas capaz de modificar o paradigma, segundo a qual o emissor da ordem, em alguns casos, não fala somente com a intenção que o comandado aja de acordo com o comando, mas também com o intuito que ele reconheça que essa é a intenção do comandante, fazendo com que esse reconhecimento funcione, mesmo que parcialmente, como razão a ser considerada na ação que será feita (HART, 1982, p.250). Essa razão, porém, é somada às demais e não as substitui.

Assim, para Hart, Bentham afirma corretamente que a pretensão de reconhecimento, pelo ouvinte, do comandante faz parte do comando e do discurso que o emite, mas erra em outros dois pontos: a) ao não perceber que o reconhecimento que o comandante pretende não é meramente do desejo de ser obedecido, mas de fazer o ouvinte agir por meio do seu reconhecimento sobre o que o falou com essa intenção e b) ao desconsiderar que o uso do imperativo não é somente uma forma de se estabelecer que o falante deseja algo, pois, embora o comandante demonstre o conteúdo do seu desejo, ele não o explicita ao fazê-lo (HART, 1982, p.252).

Ao apontar esses erros, Hart pretendia demonstrar que a crença do ouvinte na afirmação do falante deixa de ser fundamental para estabelecer o comando e sua vinculação, fazendo com que o conteúdo da ordem seja indiferente à obrigação de obedecer, ressaltando que, a partir da premissa de existência de uma separação entre direito e moral, não há necessidade do uso de uma obrigação moral de obedecer ao direito como forma de validação da autoridade. Nesse sentido, Hobbes é o precursor da ideia de que comandos gerais ganham seu caráter normativo quando advindos de uma obrigação de natureza contratual, e não moral, tendo os interesses individuais do súdito um papel primordial na escolha racional por ceder autonomia em prol do soberano, sendo que Hobbes é também o precursor da noção de razões autoritativas excludentes, e não mais somatórias (HART, 1982, p.253).¹⁴

¹⁴ Para maior entendimento da noção de razões excludentes, capítulo 1 página 20.

Ademais, Hart afirma que ameaças futuras sob a forma de sanções têm apenas um caráter adicional diante da força existente nas razões autoritativas, já que a relação tida como normal é a do indivíduo vinculado à autoridade por ele legitimada, e por isso obedecida, sendo o direito a forma primordial de estabelecer os contornos tanto da limitação da autoridade como do modo como essa é transmitida dentro, ou além, do devido processo legislativo. A natureza autoritativa dos comandos é, portanto, justamente ligada ao caráter peremptório e ao conteúdo independente dessas razões, fazendo com que a sanção tenha funções apenas onde a vinculação não se estabeleceu, sendo necessário um elemento somatório para a coerção. Todavia, como se destacará adiante, sem uma regra última de reconhecimento tal modelo existe apenas em caráter embrionário (HART, 1982, p.254).

Essas duas características, contudo, merecem explicações mais detalhadas. A condição peremptória de um comando autoritativo, segundo Hart, faz com ele não seja apenas mais uma razão, mesmo que a mais forte, a ser somada no processo de deliberação prática, mas a razão que vai reivindicar ser a ação definitiva em relação ao ouvinte, eliminando as razões independentes que ele possui previamente. A isso, também, se soma a condição de comando dotado de conteúdo independente, uma vez que essas ordens têm o intuito de funcionar independentemente da natureza ou do caráter das ações que serão feitas, criando uma ruptura com a própria noção raziana de razões para ação, na qual a ação se liga necessariamente a sua função.

Para Hart, destarte, uma razão peremptória e de conteúdo independente tem uma atitude normativa distinta em relação à noção de hábito de obediência estabelecida por Bentham, pois sua teoria a respeito de comandos e hábitos não tem sido capaz de perceber: a) que o legislador exerce a autoridade jurídica ou poder jurídico e não meramente um poder coercitivo; b) que a autoridade jurídica ou poder jurídico podem ser delimitados, não sendo apenas ineficientes a respeito de certas áreas de conduta e c) que o que o legislador tente fazer por meio do processo legislativo pode ser considerado como válido/inválido e não somente como permitido/proibido ou como bem-sucedido/malsucedido em determinar que os cidadãos se comportem em determinado sentido (HART, 1982, p.258).

Por fim, Hart afirma que o reconhecimento pelos tribunais de razões de conteúdo independente como fontes do direito, embora não derivadas de leis escritas mesmo que subordinadas a elas, elimina a necessidade das explicações benthamistas sobre a jurisprudência baseadas na noção dessas fontes jurídicas como formas tácitas de comando legislativo. Assim, a autoridade pode ser transmitida também para e pelos tribunais, sendo esses, da mesma forma, agentes formadores daquilo que é conhecido como regra última de reconhecimento. Faz-se importante, todavia, destacar que a teoria hartiana prevê apenas uma regra última de reconhecimento, enquanto Raz trabalha com a hipótese de várias delas agindo concomitantemente, tendo esse fato notáveis consequências, muito embora ele nunca tenha explicado totalmente como essa convivência se daria (HART 1994, p. 113), (RAZ, 1979, p.25).

Assim, faz-se conveniente desenvolver os pontos nos quais a teoria raziana se separa de Hart, especialmente em relação à fundamentação da autoridade. Para tanto, faz-se necessário trazer à tona a diferenciação feita por Hart entre autoridades de natureza teórica e prática. Na primeira, o indivíduo deve ter um conhecimento superior, inteligência ou sabedoria que faz razoável que se acredite na veracidade de suas afirmações, se comparadas às afirmações de outros indivíduos, sendo que ele é autoridade ao mesmo tempo em que é considerado autoridade. Na segunda por sua vez, o caráter autoritativo não está em nenhum tipo de crença, mas no poder transmitido por meios específicos com determinado intuito preestabelecido para se fazer algo (HART, 1982, p.262).

Assim, a diferenciação de ambos os conceitos basear-se-ia na noção mais fundamental da obra hartiana: a separação entre direito e moral. De forma contrária, também é possível negar o paralelo entre os dois aspectos da autoridade. Afirma-se, destarte, que essa divisão inegavelmente leva ao entendimento de que a moral pode ser a fonte de uma autoridade prática jurídica, ou seja, que as razões para ação peremptórias ali surgidas podem ser originadas na moralidade, já que isso desafia a noção de autoridade jurídica baseada unicamente em critérios legais previamente fixados.

Raz, nas palavras de Hart (HART, 1982, p.264), não se filia a essa visão extrema, mas equivocar-se-ia ao sugerir a possibilidade da moral como forma da

legitimação da autoridade prática, mesmo que essa legitimação ocorresse fora do âmbito jurídico, e que viesse a atingi-lo, já que Raz também defende a hipótese da necessidade de separação entre direito e moral, mas que em sua opinião se dá apenas indiretamente. Logo, não há motivos para a defesa de que a crença pode ser fator decisivo na escolha de uma dentre várias opções juridicamente válidas.

Destarte, embora ambos concordem na inexistência de uma obrigação moral de obedecer ao direito, Hart vislumbra Raz erroneamente defendendo que para a existência de obrigações jurídicas se faz necessário apenas acreditar, verdadeiramente ou não, que aquilo que é juridicamente requisitado também é moralmente obrigatório. Ademais, Raz se equivoca ao defender que somente declarações comprometidas de obrigações jurídicas carregam com elas as implicações de tal crença. Assim, para que pudesse existir, a autoridade legislativa precisa apenas que haja a crença na sua legitimidade e, em um grau mais extremo, essa crença pode se limitar ao Judiciário (HART, 1982, p.264).

2.2 O CONCEITO DE AUTORIDADE EM JOSEPH RAZ

Segundo Joseph Raz, a teoria hartiana está correta ao estabelecer a chave da existência do sistema jurídico baseada na regra última de reconhecimento, entendida por ambos como a aceitação, por parte de agentes públicos, de práticas institucionalizadas dos tribunais reconhecendo certas formas de razões peremptórias de conteúdo independente. Porém, ao negar que o reconhecimento da legitimidade da legislatura leva à crença em uma contínua criação do direito, Hart está equivocado, pois confunde crenças pessoais do juiz com sua aceitação da autoridade previamente estabelecida (RAZ, 1984, p.129) e (HART, 1982, p.265)¹⁵.

Nesse sentido, a teoria raziana tenta demonstrar que uma pessoa pode aceitar uma regra sem saber qual razão justifica sua ação, devendo, porém, acreditar na existência dessa mesma razão, já que é necessário um entendimento mínimo para sua justificação. Ademais, Raz defende que caso uma regra seja aceita sinceramente e de boa fé, ela será considerada uma razão moralmente correta,

¹⁵ Segundo Raz a premissa hartiana segundo a qual “Judges who accept the rule of recognition accept the legitimacy of the legislature” (Juizes que aceitam a regra última de reconhecimento aceitam a legitimidade da legislatura) está equivocada (RAZ, 1984, p. 129-130).

levando à conclusão de que juízes que aceitam uma regra última de reconhecimento aceitam também obrigações jurídicas como vinculadas a critérios morais. E, do mesmo modo, regras que estabelecem conteúdo normativo devem obrigatoriamente legitimar-se por meio do autointeresse do subordinado ou em razões de natureza moral.

Então se rompe parcialmente a premissa básica de Hart, que defende a separação entre direito e moral, mas não ao ponto de haver uma negação total da mesma, já que não há mais como defendê-la em sua forma extrema. Destarte, Raz se vê obrigado repudiar a ideia hartiana, e também kelseniana, segundo a qual deveres jurídicos implicam em leis que impõem deveres como instruções para os tribunais (que seriam os verdadeiros destinatários das normas) aplicarem sanções contra indivíduos acusados de descumprirem suas obrigações. Alega, ademais, que o próprio Hart se sentiu desconfortável com essa conclusão, pois ela leva ao entendimento de que não há nada de errado em não cumprir um dever e de que agir equivocadamente não é algo que o indivíduo tenha razão para não fazer (RAZ, 1984, p. 131).

Para ele, em contraste, nenhum sistema jurídico o é a menos que inclua uma reivindicação de legitimidade da autoridade, definindo-se essa como uma pretensão de ser tida por autoridade legítima (RAZ, 1994, 233). Isso significa que o direito incorpora exigências legais cuja legitimação se dá pela moral, mas que, tendo em vista o seu caráter jurídico, suas fontes só podem se localizar em fatos sociais e não na moral diretamente.

Para tanto, Raz utiliza-se da noção de norma como razão conclusiva, sendo essa uma razão que é simultaneamente excludente, como explicado acima, e protegida, pois tem uma força apriorística que impede razões em sentido contrário de se sobreporem a ela, pelo menos em um primeiro momento (RAZ, 2009-b, p.4). Destarte, a autoridade tem primazia sobre a deliberação do cidadão que a legitima, já que substitui suas razões pelas dele caso seja aceita. Fazem-se necessários, portanto, critérios não morais previamente estabelecidos para que seja possível lastrear o que a autoridade legitimada pode e não pode definir como autoritativo (RAZ, 2009-b, p.7).

Nesse sentido a distinção entre autoridade *de facto*, autoridade legítima e indivíduo (ou grupo) com mero poder é de importância capital. Inicialmente fica claro que nem todo mero poder busca autoridade, uma vez que pode haver uma simples imposição de vontade sem o intuito de se estabelecer um vínculo de obediência por parte do submetido. A ameaça de um grupo de ladrões tem o objetivo de produzir cooperação momentânea e não uma ligação com base na continuidade, mesmo que essa fosse desejável. O exercício de autoridade, por sua vez, inclui um apelo por aceitação dos sujeitos, de modo que a autoridade é tipicamente exercida por ordens diversas, mas o apelo à obediência só faz sentido precisamente por ser uma invocação normativa para obedecer (RAZ, 1985, p.5).

Destarte, diferencia-se a autoridade *de facto* da autoridade legítima, pois, para Raz, a primeira necessariamente detém autoridade, mesmo que em um grau mínimo já tivesse esse elemento reconhecido por alguns poucos, de modo que seu intuito é sempre aumentar sua aceitação e por consequência seu poder perante a coletividade. A segunda, por sua vez, tem sua legitimidade já alcançada pelo reconhecimento, embora Raz afirme que a aceitação unânime é impossível, de modo que seu intuito é manter seu poder mediante sua capacidade de justificação baseada no seu reconhecimento¹⁶.

Nesse momento, a teoria raziana afasta-se do pensamento de Hobbes já que sua reivindicação não se confunde com ameaças de coerção, embora acredite na presença dela como elemento secundário na busca por obediência. Em sentido contrário, Raz defende que a autoridade realiza muito mais do que ameaças, já que impõe deveres e concede direitos, estabelecendo sua legitimidade para governar lastreada na obrigação de obediência e sendo esse o mantenedor do seu poder pela justificação da sua própria existência perante aqueles que o garantem.

Desse modo, a noção de *concordância* parece mais importante para a explicação da autoridade *de facto* do que da legítima. A partir do momento em que ter um efetivo controle político requer um alto nível de concordância e apesar da

¹⁶ “Authority in general can be divided into legitimate and de facto authority. The latter either claims to be legitimate or is believed to be so, and is effective in imposing its will on many over whom it claims authority, perhaps because its claim to legitimacy is recognized by many of its subjects. But it does not necessarily possess legitimacy”. (RAZ, 1996, 211).

visão hobbesiana afirmar que toda autoridade *de facto* é legítima, isso está muito longe da realidade na atual cultura política (RAZ, 1985, p.6). Isso porque, em um contexto hipotético no qual não se reivindica autoridade não é possível estabelecer um mínimo de ordem, haja vista a impossibilidade de estabelecer obrigações. Assim, o direito de governar advém, segundo Raz, da estreita relação entre a reivindicação de autoridade e as obrigações surgidas a partir dessa vinculação (RAZ, 1985, p.6).

Para entender, porém, como funciona a vinculação necessita-se de uma mais completa explanação sobre a diferença entre autoridade teórica e autoridade prática. Ao contrário de Hart, Raz defende a não plausibilidade de o indivíduo tomar como suas as razões da autoridade, sendo apenas necessária a obediência àquilo que foi requisitado por ela. Sua crença na veracidade das razões que levam aos atos, portanto, pouco importa já que o âmbito da razão prática está focado em ações e não em pensamentos. Não são proibidas, todavia, reflexões sobre os atos, mas no momento em que elas possuem um papel menor diante do que é realizado, demonstra-se a inadequação do submeter-se ao julgamento alheio, já não há de fato uma submissão, mas sim uma escolha de certas diretrizes em detrimento de outras.

Assim, embora a autoridade prática também exerça a atividade de aconselhar os indivíduos em determinados assuntos, permitindo-os por consequência optar por seus próprios caminhos, a sua função primordial é estabelecer diretrizes juridicamente obrigatórias. Nesse sentido, Raz afirma (RAZ, 2009-a, p. 138) que autoridades práticas e teóricas compartilham da mesma estrutura, em que razões conclusivas são produzidas por legitimados e existe nexo entre as razões já existentes e comandos emitidos para a realização de determinado fim.

Recapitulando esses conceitos, de acordo com Joseph Raz, existem três requisitos para alguém ser tido como autoridade: 1) A *Tese Dependência*: todas as suas diretrizes autoritativas devem ser baseada em razões que já se aplicam de forma independente aos seus sujeitos e são relevantes para a sua ação em situações abrangidas pela diretiva, 2) a *Tese Substituição Prévia (Pre-emption)*: quando uma autoridade exige a realização de uma ação, esta é uma razão para seu desempenho, mas que não deve ser ponderada juntamente com todos os outros motivos levados em consideração quando se busca deliberar sobre o que fazer, mas

sim *excluir* e *substituir* alguns deles, e 3) a *Tese Justificação Normal*: o caminho normal para se estabelecer o reconhecimento da autoridade de uma pessoa sobre outra envolve a demonstração de que o objetivo almejado pelo sujeito será provavelmente melhor atendido com razões que se lhe apliquem autoritativamente, caso ele aceite as diretrizes da alegada autoridade como melhor opção e tente segui-las, do que com a consideração direta de suas próprias razões de primeira ordem (RAZ, 1994, p.231).

A combinação do primeiro e terceiro critérios de autoridade é chamada de tese de Concepção de Serviço sobre a Autoridade (*Service Conception thesis*), enquanto a segunda é conclusão lógica de ambos, e deve mostrar como autoridades fornecem razões aos indivíduos que lhe estão submetidos e legitimam as autoridades para agir com base em diretivas específicas autoritativas intrínsecas aos sistemas jurídicos em questão. De acordo com Raz, os dois primeiros critérios são universais, enquanto o terceiro não é, pois há maneiras diferentes para justificar a autoridade em diferentes contextos. No entanto, a "Tese da Justificação Normal" é, no mínimo, a melhor forma para justificar a autoridade política em todos os sistemas políticos em vigor.

Para tanto, são quatro as formas de a autoridade legítima agir adequadamente, as quais funcionam como *formas de justificação do seu poder* e permitindo que a sua natureza prática seja perpetuada por meio de diretrizes autoritativas.

A primeira remete ao estabelecimento de diretrizes para a autoridade, que, muito embora possam ter recorrentemente natureza burocrática, aplicar-se-iam também à tese de dependência. Apesar de não vinculadas às razões pelas quais indivíduos optam em benefício próprio caso fossem deixados sozinhos, as razões dependentes estabelecidas pelas autoridades são também razões pertinentes à coletividade e a cada um deles devido ao modo autoritativo pelo qual foi feita sua escolha (RAZ, 1994, p.232).

A segunda, por sua vez, relaciona-se com a constatação de inexistência de razões específicas para deliberar por uma escolha em detrimento de outra. Destarte, quando fosse impossível a superação de certas razões por outras, produzir-se-ia um

impasse que é resolvido pela atuação autoritativa. Em alguns casos, especialmente quando não fosse possível conceder essa prerrogativa aos indivíduos para que eles decidam por si mesmos, a autoridade nega a escolha pessoal a cada um, fazendo-a por si mesma e se beneficiando do fim do impasse, mesmo que potencialmente, já que a situação tem uma resposta legítima.

A partir daí, vem a terceira forma, uma vez que ela se liga à capacidade da autoridade para estabelecer convenções com o intuito de facilitar a coordenação e planejamento de políticas públicas. Dessa forma, a partir do momento em que a diretriz é adotada, surge um motivo adicional para organizar razões já existentes e que contam com amplo apoio popular, não podendo, porém, ser materializadas sem decisões autoritativas que pudessem coordená-las. Essa é, segundo Raz, a razão pela qual uma legislação é adotada, sendo para o legislador uma razão dependente após a sua entrada em vigor.

Já a quarta forma, está relacionada à capacidade da autoridade para resolver problemas ligados à noção de “dilema dos prisioneiros”, sendo mais um caso no qual a autoridade deve se ater à tese da dependência¹⁷. Essas dificuldades advêm, mais uma vez, da *falta de coordenação*, mas nesse caso específico far-se-iam necessárias diretrizes autoritativas contendo um cálculo de probabilidade que envolvesse todas as escolhas possíveis, bem como uma visão ampla da situação (RAZ, 1985, p.17).

Por fim, embora existam semelhanças estruturais entre conselhos de autoridades práticas e teóricas, somente as primeiras têm o seu poder relacionado com o processo de legitimação, enquanto as segundas se referem a crenças. Assim, a autoridade prática é construída a partir de uma *reinvindicação que se legitimou pela capacidade de servir aos interesses daqueles que a aceitaram*. Essa aceitação, ademais, pode ser uma forma, embora dificilmente seja a única, de um indivíduo se relacionar com os vínculos associativos em determinado meio (RAZ, 1985, p.20), demonstrando, assim, o papel da *moral* na legitimação de toda autoridade prática,

¹⁷ O dilema dos prisioneiros pode ser definido como um problema de natureza lógica no qual indivíduos ganham mutuamente em caso de cooperação e perdem individualmente em caso de não cooperação. Todavia, a coordenação necessária para a obtenção dos melhores resultados depende de confiança e colaboração mútuas, o que torna a questão mais complexa diante da impossibilidade prévia de se conhecer a atitude alheia e a certeza da colaboração do outro.

inclusive a jurídica, mesmo que não haja uma penetração da moralidade no ordenamento¹⁸.

2.3 RAZ E OUTRAS TEORIAS DA AUTORIDADE CONTEMPORÂNEAS

Segundo John Finnis, ao contrário do que possa inicialmente aparentar, a autoridade se faz necessária não pela ausência de competência ou inteligência dos membros da comunidade, mas sim pelo seu excesso. Destarte, quanto mais presentes se tornam essas características, mais complexas são as relações internas ao grupo e mais os problemas inerentes à coordenação se tornam evidentes, assim como a necessidade de respostas (FINNIS, 2011, p.323).

Na opinião deste autor, em uma análise finalística, há apenas duas maneiras de produzir escolhas entre as diversas alternativas de ação coordenada em busca de um propósito comum ou bem comum para cada grupo, sendo que essas são a unanimidade e a autoridade. Isso porque a coordenação consentida somente ocorre quando os participantes mantenham sua unanimidade original ou reconheçam a autoridade de uma regra requisitando o cumprimento de promessas ou estejam presos pela sua concordância com um poder de natureza autoritativa, de modo que o que foi antes fixado guie suas ações.

Ademais, a noção de Finnis de bem comum se projeta como objetivo máximo da coletividade, sendo que a coordenação tem como finalidade alcançá-la. Ao contrário de outros autores, o bem comum não se contrapõe aos interesses individuais, devido a esses serem inclusive desejáveis na medida em que a autonomia estimula a responsabilidade e o interesse por habilidades e anseios particulares. Todavia, esses desejos individualizados só aumentam o bem estar geral quando coordenados de modo que seja possível alcançar certas metas na forma de valores, cuja importância é auto evidente (FINNIS, 2011, p.333).

Destarte, a vida da comunidade política tem a conclusão em aberto, já que seus fins nunca são completamente alcançados e poucos dos seus problemas de coordenação são resolvidos de uma vez por todas. Nesse sentido, a unanimidade,

¹⁸ É dizer, mesmo que não se reconheça que o conteúdo moral determina diretamente a validade de uma norma jurídica.

que teoricamente é uma forma de solucionar algumas dessas questões, não é uma possibilidade prática em uma comunidade na qual inteligência e dedicação ao bem comum se vêm misturadas com egoísmo e decisões equivocadas, características intrínsecas à vida democrática nas sociedades complexas modernas (FINNIS, 2011, p.333).

Embora sua noção de necessidade de justificação, bem como seus limites e operacionalização da autoridade estejam ligados à noção de bem-comum previamente estabelecida em sua teoria, a forma com que essa autoridade se estabelece pode, segundo Finnis, ser comparada à formação de convenções e normas costumeiras do direito internacional. Para tanto, ele se utiliza de três aspectos linguísticos diferentes usados para definir a autoridade: 1) quando se diz que existe autoridade, mas não só para um determinado grupo, senão também para o próprio falante, que a reconhece como tal; 2) quando se diz que existe autoridade, mas somente para determinado grupo, sendo que o falante não a reconhece e apenas a identifica e 3) quando se diz que existe autoridade, mas não se avalia sua extensão ou seu reconhecimento, sendo esse o ponto de vista supostamente neutro do jurista.

Assim, apesar de ser paradoxal que certa norma costumeira passe a existir com base em uma crença errônea que ela já existia e deve ser obedecida, ou seja, que é autoritativa, Finnis acredita que quando algo é desejável tanto em âmbito particular quanto em âmbito geral, forma-se uma “desejabilidade” que também funciona como bem-comum e deve ser alcançada. Nesse sentido, quando tal comportamento se verifica empiricamente, apesar de ser necessária uma ocorrência reiterada, consciente e generalizada, mas não unânime, tem-se uma norma costumeira autoritativa em vigor, válida sobre todos. A partir daí, elementos empíricos e de aceitação da norma como desejável se misturam, formando uma norma juridicamente verificável e produtora de razões excludentes.

Dessa forma, valores auto evidentes com aceitação ampla, voluntária e reiterada e cuja aplicação pode ser provada empiricamente, criam normas costumeiras autoritativas que baseiam a coordenação desejada e promovem o próprio valor que originou a norma, sendo que esse não autoriza a criação da norma, mas regula a sua produção servindo tanto como devido processo legal,

quanto como mecanismo de coordenação (FINNIS, 2011, p.344). A determinação do grau de autoritatividade é, pois, definida pela coletividade, de estados ou cidadãos, aceitantes de práticas e valores, embora alguns desses, como já dito, devam ser reconhecidos incondicionalmente pelo seu caráter universal. Destarte, todas as teorias que pregam o consentimento à autoridade erram ao enfocarem na sua criação e transmissão e não na sua função (FINNIS, 2011, p.348).

Raz responde às críticas de Finnis afirmando que a teoria desse autor implica em uma obrigação moral generalizada de obedecer ao direito decorrente da capacidade dos criadores da lei em cometer menos erros de avaliação do que os indivíduos por eles mesmos e possibilitar a coordenação como um bem em si mesmo. Assim, embora Finnis associe a capacidade do direito de fazer bem às pessoas a uma obrigação moral geral de obedecê-lo, generalizar essa premissa seria equivocar-se sobre a real natureza do direito e dar à coordenação uma importância maior do que ela de fato possui (RAZ, 1996, p.351-352).

Já para Ronald Dworkin, um Estado pode ser considerado legítimo se sua estrutura e práticas constitucionais forem tais que cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer a decisões políticas que se proponham a impor deveres a eles, sendo que um argumento para a legitimidade precisa apenas prover razões para tanto (DWORKIN, 1986, p. 191). Nesse sentido, ele coloca que obrigações associativas se sobrepõem a teorias de consentimento e escolha, na medida em que elas são a melhor base para o surgimento de obrigações perante o grupo e funcionam como formas de legitimação da autoridade em um determinado contexto.

O dever de obedecer ao direito, portanto, é um dever para com a coletividade advinda da fraternidade inerente ao grupo e ao pertencimento à comunidade que cada um está vinculado. E, embora seja possível alegar que para muitos não existe qualquer opção em relação ao grupo ou comunidade ao qual se está associado, Dworkin afirma estarem equivocados aqueles que negam a importância dessa ligação. Isso porque, para ele, obrigações políticas não legitimam qualquer prática relacionada à coletividade, mas apenas demonstram a origem e a motivação para cumprir determinados atos diante de uma postura interpretativa que deve ser tomada (DWORKIN, 1986, p. 195).

Isso decorre do cumprimento necessário de quatro condições para se tornar uma comunidade real, ou seja, possuidora de características inerentes capazes de produzir obrigações aos seus membros. A primeira condição é considerar as obrigações internas para com sua coletividade como especiais, havendo um caráter diferenciado e preponderante em relação às obrigações genéricas existentes com pessoas externas ao grupo (DWORKIN, 1986, p. 199).

A segunda condição, por sua vez, está vinculada à aceitação da responsabilidade por cada membro como individual, provindo, portanto, de um para o outro e não do grupo como um todo, no sentido de uma responsabilidade coletiva. Isso posto, apesar de uma pessoa entender que é melhor tomar certas atitudes para o atendimento do bem coletivo, como usar seu tempo para ganhar mais dinheiro e ser um maior contribuinte de impostos, ao ignorar noções de fraternidade e as obrigações dela provenientes, esse indivíduo rompe os vínculos associativos ao invés de fortalecê-los, pois deixa de formar a base para propagação de certos valores (DWORKIN, 1986, p. 200).

Em terceiro lugar, os membros da comunidade devem notar as obrigações como provenientes de uma obrigação geral que cada um possui e é referente ao bem estar coletivo, sendo que eles devem tratar obrigações menores como derivadas e expressando uma responsabilidade ativa mais generalizada ligada inteiramente à associação em diferentes maneiras. Nesse sentido, aproxima-se da noção de parceria comercial ou desafio conjunto que tem, de certa forma, vida própria na medida em que cada parceiro não se preocupa apenas com os negócios relacionados à empresa mas com a parceria como um fim em si mesma.

A quarta condição, por fim, afirma que os membros devem supor que as práticas do grupo não demonstram apenas preocupação de forma generalizada, mas *igual consideração* ou interesse para com todos. Destarte, associações fraternais têm na igualdade um fundamento, apesar da estrutura hierárquica, já que essa, apesar da assunção de papéis específicos por cada um, reflete a existência de uma igualdade inerente em toda a ação coletiva, de sorte que a vida de nenhuma pessoa seja mais importante que outra (DWORKIN, 1986, p. 201).

Para Dworkin, portanto, mesmo uma prática de dominação estabelecida e inquestionada no contexto de uma coletividade faz com que a atitude interpretativa, ou seja, o senso crítico formado pela consciência de que um conceito nada mais é do que uma construção dos seus participantes, seja isolada e classificada com erro diante de princípios necessários para justificar todo o resto das instituições externas. Assim, a noção de obrigação associativa torna-se complexa ao combinar questões de prática social e de interpretação crítica, de modo que se faz necessário tanto o preenchimento das quatro condições, quanto o uso da interpretação na percepção da possibilidade da questão ser adequadamente entendida pela comunidade genuína.

Ademais, Dworkin alega que uma comunidade de princípios, que tem a integridade como eixo central, fornece uma defesa melhor da legitimidade política, uma vez que assimila obrigações políticas em uma classe geral de obrigações associativas, de modo que a defesa dessa ideia se faz possível na comunidade específica que assume um compromisso expresso na preocupação com cada um dos seus membros com o alcance de certos valores importantes para o grupo de acordo com padrões aceitos por todos (DWORKIN, 1986, p. 216).

Por fim, Dworkin crítica no artigo *30 years on* (DWORKIN, 2010, p. 265-313) uma série de aspectos da teoria positivista, afirmando que essa concepção de direito não tem apelo inerente, já que se baseia em uma separação artificial entre direito e moral. Todavia, ela continua sendo seguida por oferecer uma visão da filosofia do direito como disciplina autônoma, analítica e autossuficiente¹⁹.

Raz rebate essas críticas, negando uma obrigação generalizada em obedecer ao direito e afirmando que o direito somente pode gerar uma obrigação moral, obviamente derrotável por razões mais fortes, caso já exista uma vinculação entre indivíduo e autoridade que reivindica legitimidade. Essa, por sua vez, estaria fortemente ligada ao entendimento de que autoridade é capaz de realizar aquilo que o indivíduo enxerga com o papel da autoridade, dependendo, pois, de uma avaliação

¹⁹ Discorda-se de boa parte das críticas ao positivismo exclusivo contidas no citado artigo, seja pelo excesso de simplificação da teoria raziana ou pela não consideração da diferença proposta por Kelsen entre as noções de validade e eficácia jurídicas, bem como das consequentes implicações da moralidade ligadas a essa última.

moral da sua função como fonte de razões que substituem as daqueles que aceitam sua reivindicações (Raz, 1989, pg. 153).

Já para o comunitarismo moderado de Leslie Green, a noção de autoridade é uma questão sobre o que pessoas racionais podem supostamente concordar com e não quais deveres criam para si. Utilizando-se de uma interpretação da doutrina lockeana, esse autor entende o consentimento pessoal como irrelevante em relação às obrigações de obedecer, pois a obediência depende do caráter do governo da ocasião, sendo que se ele estiver agindo de acordo com os vínculos associativos previamente estabelecidos, sejam eles morais ou jurídicos, haverá uma aceitação de seus atos. Caso contrário, nota-se a rejeição e a contestação da capacidade de governar (GREEN, 1988, p. 203).

Complementando essa ideia, Green coloca que a obra maior de Locke, *Dois tratados sobre o governo*, não deve ser entendida como defesa da forma pela qual obrigações sociais são geradas com uso da força da vontade individual ou coletiva, mas sim como vontades compartilhadas limitadoras da atuação daqueles legitimados para agir. Destarte, a interpretação radical por muitos atribuída a ele, na verdade, é meramente uma defesa da capacidade do cidadão livre limitar seu governo, não sendo uma defesa de se tratar o Estado como melhor lhe convenha.

Para tanto, esse autor compara a concordância, e os vínculos produzidos por ela, com a instituição do casamento, uma vez que, assim como quando se decide casar, pode-se escolher participar de tal acordo ou não e quanto tempo se estará nessa associação, ou seja, sua validade e aplicação, mas não existe maneira legalmente válida de regular a sua estrutura e conteúdo, já que estas foram previamente estabelecidas pelo costume ou pela lei de determinada coletividade, na qual se está inserido, delimitada a liberdade de escolha em diversos desses aspectos (GREEN, 1988, p. 205).

Resumindo, para o comunitarismo de Green é possível dizer que no agir político ocidental existem laços sociais e, portanto, morais, entre indivíduos, mas que esses vínculos não são os formadores exclusivos da relação entre Estado e cidadão, pois é a autonomia moral de cada um o elemento avaliador do nexo entre ambos os

lados. Assim, a moral existe paralelamente à política, sendo que existe uma conexão entre elas, mas há, também, uma individualidade indiscutível.

Raz, por sua vez, segue o mesmo raciocínio, mas faz algumas objeções, afirmando que a obrigação de obedecer é parte do dever de lealdade para com a coletividade na qual se está inserida, sendo essa, entretanto, semi-voluntária. Isso se dá devido à não existência de obrigação moral do indivíduo de se identificar com a respectiva comunidade, já que muitos não se identificam nem mesmo com qualquer instituição reivindicadora de autoridade. Segundo Raz, a própria tradição política ocidental se baseia na adesão voluntária à autoridade, tornando-se ela criadora, a partir da aceitação, da obrigação de obedecer (RAZ, 1999, p. 174).

Em direção diversa, Philip Soper busca um enfoque empírico em sua teoria da autoridade, acreditando na possibilidade de separação entre as concepções descritiva, que aborda o significado da reivindicação de autoridade, e normativa, que trata do modo como as reivindicações são justificadas. Assim, embora reconheça que tal abordagem é tida como superada pela filosofia jurídica contemporânea, defende essa divisão como mecanismo auxiliar no entendimento de conceitos essencialmente conectados (SOPER, 1999, 214).

Para tanto, não é mais possível entender a questão da conexão entre direito e moral como uma simples questão conceitual, pois a maioria dos positivistas considera que por meio de uma análise linguística ou observação sociológica é factível perceber ambas como não necessariamente conectadas. Destarte, se acertada, tal perspectiva falha ao produzir um conceito de direito inconsistente com aquele usado pelos participantes (*insiders*), sendo que o desacordo entre direito e moral faz sentido apenas como uma disputa interna à teoria política, devido à impossibilidade de mostrar na filosofia moral se a validade da reivindicação de moralidade jurídica é feita pelos participantes.

Nesse âmbito, Soper renega tanto a afirmação positivista da inexistência de obrigação geral de obedecer ao direito quanto a tese de conexão necessária entre a existência do direito e sua relevância moral sobre decisões a respeito do que fazer. Para tanto, defende que os participantes (*insiders*) continuam a reivindicar que o direito obriga somente por existir, não fazendo diferença o que é alegado pela

filosofia política e que a coerência, por conseguinte, demanda a busca por uma harmonização entre dados empíricos e teoria do direito, misturando-os em uma relação de mútua dependência (SOPER, 1999, 216).

Nesse sentido, Soper também apresenta uma série de críticas em relação à teoria dworkiniana, diferenciando-a do seu ponto de vista pela necessidade de encontrar elementos empíricos que comprovem a tese da integridade e não simplesmente assumindo-a como verdadeira. Além do mais, alega que o conteúdo das reivindicações feitas pelos participantes internos é necessário para manter a conexão entre direito e moral defendida por Ronald Dworkin, sendo que tudo aquilo que eles reivindicam produz obrigações a todos, mesmo que haja equívocos para com a moralidade em questão.

Por fim, com o intuito de se contrapor a Raz, Soper busca apresentar uma série de argumentos que rebatem as suas principais ideias, demonstrando que diversos elementos de sua obra estão parcialmente corretos, apesar de conterem erros consideráveis. Sobre a substituição prévia (*preemption*), por exemplo, afirma que, embora Raz esteja certo ao discordar de Hart e afirmar que o que se substitui de fato não é a deliberação, mas somente a ação na base da deliberação, o direito, na realidade, tende a relocar tanto a deliberação individual a respeito do conteúdo, quanto a legitimidade do sistema jurídico. Isso acarreta, por conseguinte, que a reivindicação deva ser obedecida mesmo que errada nos méritos e havendo equívoco sobre a legitimidade da autoridade.

Em relação ao conteúdo independente, por sua vez, Soper discorda da divisão feita por Raz entre a autoridade teórica e a autoridade prática, alegando que a visão raziana está correta ao afirmar que na primeira o conteúdo é necessariamente dependente, já que sua legitimidade deriva do reconhecimento da sua condição de autoridade, mas errado ao dizer que no segundo não há necessidade de tal assunção, já que existe uma força vinculante independente do seu conteúdo. Segundo Soper, ao contrário, a avaliação do conteúdo da norma pelos participantes internos faz toda a diferença, pois a questão a respeito dela estar certa ou errada depende da avaliação individual em cada caso concreto, surgindo, portanto, vinculação ou não vinculação dependendo dessa análise.

Já em relação à ideia de correção, Soper concorda com Raz que entes estatais devem ser vistos como capazes de ordenar legitimamente que os cidadãos lhe obedçam, mas que nem eles ou aqueles sujeitos ao seu poder precisam concluir pela existência de uma obrigação de obedecer por parte dos cidadãos, de modo que qualquer visão que negasse a relação entre a declaração de autoridade e a afirmação do dever de obedecer é inconsistente com a atual noção de autoridade na nossa cultura política (RAZ, 1985, p.6). Todavia, enfatiza primeiramente que a noção de correção de Raz é demasiadamente baseada em uma ênfase empírica, já que tem de ser considerada por acontecer em todos os sistemas jurídicos. Ademais, ela se funda no ponto de vista dos agentes públicos (*officials*), o que embora Soper defenda ser o mais adequado, deveria considerar “o ponto de vista do homem mau” para ser condizente com a origem externa proposta por Raz (SOPER, 1999, 223) ²⁰.

Por fim, Soper defende que ao contrário dos elementos que formam a tese da dependência e que estão, mesmo que também só parcialmente, corretos e embasados em fatos empiricamente verificáveis, os diversos aspectos da tese da justificação normal são, por sua vez, invariavelmente equivocados. Isso porque, existem quatro consequências negativas da sua utilização apresentadas por esse autor que demonstram a ineficiência da tese da justificação normal.

A primeira remete novamente à divisão entre autoridade prática e teórica, já que Raz elimina quase toda essa diferenciação, fazendo com que a descoberta de que o especialista esteja errado destrua a sua autoridade, ao passo que provar que o direito esteja equivocado não produza efeito algum na sua autoridade.

Desse modo, não é possível que alguém seguisse uma autoridade com o intuito de fazer o melhor para si, uma vez que ela pode estar equivocada. Raz até busca responder essa questão por meio da diferenciação entre a regra e o agir utilitarista, afirmando o porquê de alguém obedecer ao cálculo já feito ao invés de fazer seu próprio, mas Soper não crê que ele consiga compatibilizar a tese da justificação normal com a tese da dependência (SOPER, 1999, 228).

²⁰ Soper entende o ponto de vista dos agentes públicos (*officials*) como o mais adequado por se interno ao ordenamento, mas afirma que já que Raz pretende uma análise empírica da questão, deveria adotar o ponto de vista externo para avaliar o motivo de obediência ao ordenamento. Todavia, ele não entende que Raz adota o ponto de vista interno-externo que analisa ambos os âmbitos.

A segunda consequência, por sua vez, é a inconsistência da alegação de que a autoridade pode tomar melhores decisões, sendo que, para Soper, existem instâncias não governamentais que podem ser mais precisas e entender melhor as necessidades locais.

A terceira consequência vem do fato de que muitas decisões que a autoridade transforma em direito representam resoluções de controvérsias morais feitas por meio de deliberações políticas circunstanciais, de sorte que a capacidade de se alcançar o melhor resultado é posta em dúvida, devido à possibilidade de que a autoridade reivindicada seja ilegítima e não represente a melhor escolha.

A quarta consequência, por fim, relaciona-se ao fato de que mesmo se uma legislatura particular estiver provavelmente certa em suas deliberações a respeito das melhores normas a serem positivadas, leis, pela sua generalidade, operam tão abstratamente que não é possível dizer que essa escolha é melhor do que aquela feita aleatoriamente pelo indivíduo. Destarte, para Soper governos existem, e somente têm autoridade, para prover diretrizes necessárias nos momentos em que houver ausência de acordo sobre quais são as pretensões dos cidadãos, tendo um papel muito mais contido que o defendido por Raz (SOPER, 1999, p.233).

Respondendo a essas questões, é possível formular uma contra argumentação, com base na teoria de Raz: 1) A descoberta dos erros do Estado, pelo menos de avaliação e não de obediência ao processo legislativo ou judiciário, não anulam sua autoridade devido à noção de justificação independente do conteúdo, característica do direito; 2) Raz não nega que particulares possam ser melhores que a autoridade para decidir sobre temas específicos, mas valoriza a certeza da produção de ordens estatais em detrimento das de particulares que se intitulam os melhores para decidir, mas de fato não o são. O Estado mesmo podendo ter incompetentes ou mal-intencionados entre suas fileiras, os quais produzirão decisões equivocadas que farão que sua legitimidade como emissor seja invariavelmente afetada, produz mecanismos de controle devido ao intuito da autoridade buscar sempre ser reconhecida como tal; 3) Embora às vezes a escolha circunstancial não represente a melhor escolha, desde que ela tenha respeitado um processo deliberativo tido como adequado, ela possuirá ao menos legitimidade como a decisão mais legítima, haja vista até a impossibilidade humana de prever o futuro e

4) As situações de ausência e presença de acordos não são tão claras quanto Soper pressupõe, sendo que a própria existência da autoridade se deve à necessidade de mediar razões e fornecer respostas para questões que causarão mais danos se não resolvidas.

Em outro sentido, Robert Alexy associa sua visão não positivista ao conceito de pretensão de correção e obrigações autoritativas e não-autoritativas dos aplicadores do direito. Nesse sentido, John Gardner afirma que tanto Raz quanto Alexy acreditam que é da natureza do direito que todo ato jurídico faça uma reivindicação moral, muito embora existam sérias divergências entre ambos quanto ao conteúdo dessas reivindicações, com o primeiro relacionando-a com a correção e o segundo com a autoridade (GARDNER, 2012, p.2).

A pretensão à correção é, para Alexy, um elemento necessário do conceito de direito já que tanto as normas jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos levantam uma pretensão à correção. Destarte, sistemas normativos que não formulassem explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos (relevância classificadora) ou que a formulassem, mas não a satisfizessem, são juridicamente defeituosos (relevância qualificadora).

A pretensão de correção é formulada por aqueles que atuam na criação, interpretação, aplicação ou reforço de normas, não se tratando de um assunto privado, mas oficial ou objetivo e sendo ela uma exigência associada ao papel do participante no sistema jurídico, de modo que os seus destinatários são todos aqueles que assumem a perspectiva interna nesse ordenamento. Para tanto, qualquer participante pode tentar dar uma resposta ou criticar a respeito do que é juridicamente obrigatório, permitido ou proibido, havendo um gradual ganho da importância central como participantes na medida em que sejam formuladas reivindicações pertinentes a temas jurídicos essenciais (ALEXY, 1989, p.270).

Assim, a pretensão de correção desdobra-se na possibilidade de atos institucionais, fundamentados em normas que atribuem poder ou autoridade, serem declarados corretos por atos não institucionais, provenientes dos demais participantes. Nesse sentido Alexy também busca analisar a prática jurídica como autoritativamente formulada, o que consiste em entendê-la como uma ação coletiva

intencional desenvolvida por agentes que criam, aplicam e obedecem ao direito. É possível, portanto, comparar sua ontologia com outras ações coletivas intencionais mais simples, tais como jogar xadrez ou futebol, mas destacando a existência de certas características particulares que se relacionam ao seu caráter massivo e ao fato de que a prática jurídica implica no exercício da autoridade por parte de alguns de seus agentes sobre outros (BUSTAMANTE, 2008, p.157).

Com isso, o direito é garantido por uma justificabilidade uma vez que aqueles autoritativamente dotados de poder são também dotados de justificação, razão pela qual suas ordens devem ser cumpridas para que surja uma maior expectativa na aceitação como correto por parte de todos os destinatários do ato. Uma vez assumido o ponto de vista do respectivo ordenamento e havendo razoabilidade nos indivíduos, os participantes de um sistema jurídico formulam necessariamente uma pretensão à correção. Assim, demonstra-se a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral (ALEXY, 1989, p.197).

Entretanto, a tese da pretensão de correção moral ainda é insuficiente, pois quando se fala em vinculação necessária entre direito e moralidade, tem-se em mente uma conexão necessária entre o direito e uma moral correta. Para tanto, ao aplicar um princípio moral a um caso duvidoso, também se formula, com sua decisão, uma pretensão à correção de modo que ela implica em uma pretensão de justificabilidade, devido ao fato da sentença não só dever ser fundamentada conforme o direito, mas também ser adequada a uma moral fundamentável.

Alexy ressalta que o fundamental é a existência de uma pretensão à correção, não sendo essencial seu cumprimento, uma vez que o direito reivindica ser justo, não derivando que realmente seja justo. Dizer, portanto, que o direito cumpre necessariamente a pretensão à correção moral equivale a dizer que o direito é sempre moralmente correto (tese forte da vinculação). Entretanto, segundo a exigência de correção moral da tese fraca da vinculação, antes do limiar da injustiça extrema, uma violação da moral correta leva necessariamente à imperfeição jurídica, embora não resulte na perda da qualidade jurídica da norma. Abaixo do limiar de injustiça extrema ainda é possível definir o que é justo e o que é injusto, sendo que o critério é a pretensão à fundamentabilidade. A tese da correção leva, desse modo, a

uma conexão necessária entre o direito e uma ideia de moral correta, no sentido de uma moral fundamentada (BUSTAMANTE, 2005, p.87).

Embora, tanto Raz quanto Alexy concordem que o direito faz uma reivindicação de natureza moral (GARDNER, 2012, p. 21) o segundo se atém a uma ideia de reivindicação de correção, enquanto o primeiro afirma que o direito reivindica autoridade. Nesse sentido, a teoria de Alexy se baseia em uma noção de justiça universalmente aplicável, lastreando-se em pressupostos lógicos advindos da racionalidade compartilhada por todos. A teoria de Raz, por sua vez, pressupõe uma reivindicação de autoridade onde ela tem um caráter muito mais específico à moralidade intrínseca daquela comunidade, sendo que a eficácia em executar valores locais será o padrão de medição de sua aceitação como aquele que deve ter suas razões tidas como as mais adequadas a serem cumpridas.

Já segundo Scott Shapiro, o modelo raziano é único devido à sugestão de que sanções não são a forma primordial de fazer com que indivíduos e grupos se comportem da maneira desejada, devendo ser somadas às diretrizes autoritativas que possuem um poder de substituição prévia (*pre-emption*) das valorações dos indivíduos, já que a força da autoridade está exatamente nessa substituição. Todavia, alega a existência de inadequações tanto no modelo de Raz, quanto no de seus críticos, em grande parte por focar o debate na tese da justificação normal e não na substituição de razões, sendo esse o principal erro daqueles que querem entender a noção de autoridade (SHAPIRO, 2002, p. 414).

Nesse sentido, ele sugere o que denomina Modelo de Restrição (*Constraint Model*), que é um caminho alternativo baseado na premissa de que diretrizes autoritativas são instrumentalmente valiosas quando, e somente quando, sejam capazes de afetar a plausibilidade da não conformidade, de modo que um sujeito comprometa-se individualmente a obedecer a decisões futuras da autoridade. Assim, a autorrestrrição funciona como base, fazendo com que não exista a escolha sobre a obediência quando a ordem for dada, pois a vinculação já terá se dado, não mais sendo deliberável (SHAPIRO, 2002, p. 415).

Essa teoria se baseia, em grande medida, na rejeição de duas premissas adotadas pelos outros modelos. A primeira remete a uma possibilidade de as

peças que se submetem à autoridade serem livres para não seguir os comandos se assim desejarem, podendo escolher entre obedecer ou não. A segunda, por sua vez, refere-se à ideia de que as diretrizes autoritativas afetam a deliberação prática comprometendo as preferências do sujeito a respeito de suas opiniões ou crenças sobre opiniões. Assim, quando um agente legitima a autoridade, e conseqüentemente é compelido a agir de certa forma, ele deve acreditar que prefere a conformidade ao invés da não conformidade.

Com o intuito de negar essas ideias, Shapiro propõe um modelo no qual se compromete não o “eu atual”, que pode optar por legitimar a autoridade ou não, mas o que ele chama de “eu futuro”, que está vinculado ao que foi decidido no presente. Desse modo, diretrizes não são ferramentas para tomar decisões, mas sim formas de prevenir que decisões fossem feitas (SHAPIRO, 2002, p. 419).

Obviamente o modelo de restrição não defende que alguém se submeta à autoridade sem a possibilidade de desobediência, já que embora seja necessário um comprometimento verdadeiro do “eu futuro”, isso não significa que houve uma real restrição, mas apenas que existiu uma tentativa de fazê-lo, tendo, portanto, um caráter ideal e hipotético. Ademais, não defende que diretrizes da autoridade façam com que indivíduos as obedeam, pois obediência é uma ação intencional, fazendo, em contrapartida, com que diretrizes autoritativas restrinjam a não conformidade, prevenindo sua própria desobediência (SHAPIRO, 2002, p. 420).

A ausência de modos de agir em sentido contrário dissolve o paradoxo entre autoridade e racionalidade, tornando racional a obediência a uma ordem que não é apoiada pela deliberação prática pessoal. Isso se deve, portanto, ao fato de que ao se submeter, em busca de benefícios, às deliberações da autoridade, o agente não tem outra escolha a não ser efetuar o que lhe foi ordenado, desde que reconheça sua aplicabilidade, estando vinculado à deliberação que não é originalmente sua, mas que passa a sê-lo diante do compromisso assumido.

Ademais, mesmo que a ordem seja apoiada pela sua própria deliberação prática, a sua origem autoritativa permanece relevante diante da capacidade dessas diretrizes em transformar a plausibilidade das opções em jogo, tornando o que era antes possível em não mais exequível. Nesse sentido, o paradoxo entre autonomia e

autoridade também é dissolvido, já que a ordem daquele que é legitimado passa a possuir poder normativo devido à natureza causal da sua legitimação, sendo que as suas ordens são razões para obedecer que tornam implausíveis razões contrárias para desobedecer (SHAPIRO, 2002, p. 421).

Com o intuito de justificar essa postura, Shapiro remete ao que chamou de modelo da decisão, buscando demonstrar que ele também falha em suas cinco utilidades. A primeira falha se refere à inutilidade do papel da autoridade como fornecedora de conselhos aos cidadãos com a existência da opção de não segui-los. Segundo esse autor, a teoria raziana está correta ao diferenciar o conselho da autoridade daquele feito por qualquer outro, uma vez que aquele não pode ser tido meramente como uma evidência de veracidade, como ocorre com esse, tendo que haver uma autoridade para com que se vincule e sirva de referência.

A segunda falha, por sua vez, conecta-se com o fato da autoridade ter a função de tomar decisões nos casos em que essa atitude fosse muito perigosa ou custosa ao indivíduo. Para o modelo da decisão, nesses casos, é racional seguir a ordem mesmo que ela pudesse ser errada, comparando essa atitude com aquela tomada por apostadores em cassinos, que apesar de perderem algumas rodadas, tem uma compensação com o ganho final. Essa visão, porém, é falaciosa, uma vez que quando se conhece os resultados possíveis, não há vantagem alguma na existência da autoridade, que só por meio de comprometimento prévio com ela, tem alguma utilidade (SHAPIRO, 2002, p. 426).

A terceira falha está ligada à ideia de que as diretrizes autoritativas produzem evidências sobre as atitudes de diversos elementos em um sistema de coordenação, de modo que criassem projeções do que vai ser feito. Shapiro contesta essa versão, afirmando que os problemas de coordenação não são resolvidos por meio de projeções, já que o sujeito às ordens deve entender que os demais participantes da sociedade também são restringidos pela autoridade em suas ações e que também acreditam que eles estão sendo restritos. Assim, a coordenação pode ser implementada com base em expectativas e não projeções.

A quarta falha, a seu turno, está relacionada à não utilização do conceito de plausibilidade de determinada atitude do sujeito à ordem, preferindo-se no modelo

da decisão optar pela noção de possibilidade. Para Shapiro, o curso de uma ação é uma opção praticável para o agente se, e somente se, ele tem a habilidade de executá-la por alguma razão. É impraticável, por sua vez, na medida em que o agente não possa executá-la por uma razão, ou seja, quando a ação é uma ação intencionalmente possível (SHAPIRO, 2002, p. 433).

A quinta falha está na impossibilidade de o modelo de decisão utilizar-se da potencialidade instrumental das ordens da autoridade, já que o modelo da restrição sustenta que agentes racionais podem se beneficiar de ordens destinadas a eles caso não façam escolhas a respeito da obediência às diretrizes autoritativas. Destarte, quando autoridades formulam ordens equivocadas, não se está sendo irracional ou imoral ao segui-las, pois a obediência é a única resposta exequível diante do compromisso previamente firmado (SHAPIRO, 2002, p. 436).

Nesse momento, Shapiro critica a Tese da Justificação Normal de Raz, alegando que embora ela esteja parcialmente correta ao representar uma visão radical de como as autoridades legitimadas devem servir ao cidadão, há uma incompatibilidade de sua atuação com a visão de democracia procedimental em vigor na atualidade. Assim, ao negar que o valor da escolha democrática não se localiza em seus aspectos instrumentais, Shapiro afirma que procedimentos democráticos legitimam a autoridade porque representam consensos de divisão de poder que são justos (*fair*) e essa vinculação ao invés de violar a autonomia individual, demonstra respeito pelas faculdades racionais alheias, reconhecimento da justiça em aceitar encargos em objetivos compartilhados e suportar a equidade na distribuição de poder feita pela sociedade²¹ (SHAPIRO, 2002, p. 439).

CONCLUSÕES PARCIAIS “2”:

Ao longo deste capítulo, foi possível notar que a teoria da autoridade de Joseph Raz herda boa parte de seus pressupostos da filosofia política britânica que a precedeu, tendo vínculos consideráveis com as ideias de Thomas Hobbes e John Locke. Do primeiro, ele utiliza-se da noção de legitimação da autoridade, bem como

²¹ Devido a maior relação com a noção de autoridade de Joseph Raz, as respostas às críticas de Scott Shapiro serão apresentadas no capítulo seguinte.

dos motivos de ordem instrumentalista como propulsores da aceitação concessória de poder àquele que dita ordens.

Em contrapartida, ao discordar da cessão da autonomia em “mão única”, ou seja, na qual o soberano recebe o poder e não pode ser destituído, Raz tenta a partir das ideias de Locke a introdução das noções de legitimação e deslegitimação contínuas e incessantes, de modo que o poder é cedido à autoridade na medida em que consiga convencer sobre a sua utilidade aos subordinados e faça com que a deliberação prática desses indivíduos penda em seu favor.

Ademais, Raz considera que a cessão por vias contratuais da faculdade de se autogerir politicamente não pode ser transmitida de forma gradual, ao contrário da legitimação, fazendo com que essa supere aquela como melhor opção explanatória da transmissão de autonomia do indivíduo à autoridade. Reconhecendo, porém, a natureza individual da escolha do caminho mais vantajoso, Raz cria uma condição complementar e instrumental à legitimação, que, inserida no contexto proveniente de Hart, de processo gradual de racionalização do direito, é capaz de conectar a ideia de razões jurídicas autoritativas com as premissas positivistas de separação necessária entre direito e moral e da tese das fontes sociais do direito.

Nesse contexto, as razões dadas pela autoridade na forma de ordens tem a faculdade excluir todas as demais em sentido contrário, fazendo com que, em um contexto de deliberação prática, aquele que tenha capacidade de emití-las, possa impor sua vontade sobre os submetidos a ele, tendo, portanto, autoridade sobre esses indivíduos, cuja capacidade de decidir o que deve ser feito, a partir de então, está conectada ao poder da autoridade legitimada. Essa legitimação, contudo, dar-se-ia por meio da moral específica de cada grupo, podendo ser aumentada ou diminuída de acordo com a capacidade de justificar aquilo que foi reivindicado anteriormente.

De acordo com Joseph Raz, existem, portanto, três requisitos para alguém contar como uma autoridade: A Tese Dependência, onde todas as suas diretrizes autoritativas devem ser baseada em razões que já se aplicam e que são relevantes para a sua ação em situações prévias; a Tese Preempção, segundo a qual quando

uma autoridade exige uma ação, esta é uma razão para seu desempenho, excluindo-se todas as razões em sentido contrário e substituindo-se as do indivíduo antes que ele as use; e, finalmente, a Tese Justificação Normal, que afirma ser o reconhecimento da autoridade fortemente influenciado por motivos instrumentais que são mais provavelmente alcançados aplicando as diretrizes da autoridade.

Por fim, diversas críticas foram feitas à teoria raziana, sendo a visão de Scott Shapiro uma das mais destacadas ao alegar ser Joseph Raz defensor do Modelo da Mediação, segundo o qual a autoridade deve mediar razões e pessoas, de modo que, substitua as razões individuais pelas suas e seja legitimado na medida em que suas decisões se mostrem mais eficientes. Em sentido contrário, o autor norte-americano defende que o Modelo de Arbitragem tem a fórmula de exercício de autoridade mais adequada para servir à teoria liberal moderna e que seu fundamento da autoridade legítima está na sua capacidade de arbitrar disputas e se legitimar pelo processo democrático, de modo que a função da autoridade é servir aos cidadãos por meio da emissão de diretivas moralmente adequadas e propícias para alcançar o que seja tido como bem comum, mas se submetendo à legitimação pelo procedimento, na qual o processo democrático define o que deve ser autoritativo e permite a restrição do “eu futuro” baseada em uma obrigação de natureza moral entre cidadãos e autoridade.

Contudo, Shapiro não trabalha corretamente a obra de Raz, pois não percebe que o modelo adotado é híbrido entre a arbitragem e a mediação, por permitir tanto vinculação ou não à autoridade quanto a faculdade dos já vinculados permanecerem obedecendo à autoridade até o ponto que lhes interesse. Assim, o processo democrático não está menosprezado, sendo a legitimação vista como algo bem mais complexo e intrincado do que a mera escolha daquilo que pode ser considerado autoritativo e sua posterior vinculação ao grupo. Ademais, a não existência de uma obrigação moral de obedecer ao direito e, portanto, à autoridade, dá ao modelo uma abertura maior que qualquer modelo ligado a moral.

CAPÍTULO 3 - O ARGUMENTO DE AUTORIDADE E LEGITIMIDADE: A AUTORIDADE NA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Partindo-se da premissa de que o argumento de autoridade remete a uma decisão pretensamente superior que busca fundamentar uma asserção e fortalecê-la como razão para ação, o presente capítulo apresenta elementos para tentar demonstrar a relação entre a autoridade e a justificação das decisões judiciais, de modo que seja plausível explicar como a legitimidade institucional pode ser construída por meio de argumentos e apontar a melhor forma de se reivindicar a autoridade de uma norma ou instituição por meio de sua fundamentação.

Em um momento inicial remeter-se-á a três diferentes aspectos do argumento de autoridade, sendo esses o epistêmico, o semântico e o prático. O primeiro se refere à autoridade como fonte de conhecimento, na medida em que relaciona as noções de crença e verdade, servindo como base da argumentação. O segundo remete às suas necessidades lógicas e à vinculação racional entre a autoridade e o subordinado, estando nessa inteligibilidade o meio para o fortalecimento efetivo do argumento, bem como para se evitar falácias. O terceiro aspecto, por sua vez, reafirma o caráter argumentativo especial do direito e as peculiaridades geradas pela razão prática na tentativa de remissão à autoridade.

Na seção subsequente, pretende-se relacionar a concepção de autoridade de Joseph Raz, anteriormente apresentada, com a importância da argumentação para a legitimação das instituições jurídicas que reivindicam autoridade, elucidando como esta depende daquela. Destarte, a avaliação da importância do instrumentalismo e do vínculo indivíduo/comunidade será de grande relevância para analisar a capacidade da autoridade para justificar (moralmente) os seus comandos.

Por fim, buscar-se-á ressaltar como o uso do argumento de autoridade tem a capacidade de conferir legitimidade a quem o usa, pois decisões judiciais são mecanismos de legitimação dos próprios tribunais que as proferem. Destarte, o uso da razão prática mostra-se ideal para alcançar uma justificação independente da noção de verdade metafísica, na qual é possível obter-se uma resposta construtivista sobre como um indivíduo autônomo deve se comportar diante da existência de instituições jurídicas que emanam normas e reivindicam obediência.

3.1 O ARGUMENTO DE AUTORIDADE SOB DIFERENTES ASPECTOS

3.1.1 *Os aspectos epistêmico, semântico e prático da remissão à autoridade*

Pode-se entender o argumento de autoridade como a remissão lógica a um indivíduo ou grupo com conhecimento superior que garanta força argumentativa baseada na sua condição de especialista. Por estruturar-se tanto no cumprimento de requisitos lógico-semânticos – uma vez que adotam uma base que pode ser resumida na fórmula “*a disse que P, logo, P*” (WALTON, 1999, p.172) –, quanto na relação epistemológica entre crença e verdade, esse tipo argumentativo parece pouco aplicável ao direito, especialmente devido à sua natureza por vezes tautológica e à sua remissão necessária a agentes externos. Essa visão, contudo, é extremamente superficial.

No capítulo 1, introduziu-se os aspectos epistêmico, semântico e prático inerentes à noção de autoridade, afirmando que o primeiro remete a crença naquilo que seria verdade, tendo essa crença um caráter metafísico ou não, o segundo referente a noção de lógica implícita na semântica envolvida na linguagem que permite a própria reivindicação de autoridade e a terceira envolvendo a obediência à autoridade baseada em uma visão de sua execução, na qual se desconsidera, mesmo que parcialmente, as crenças e se foca nas razões para ação.

Destarte, ao longo desse texto, busca-se demonstrar que, embora os aspectos lógico-semânticos e epistêmicos sejam desejáveis para garantir força argumentativa, no contexto jurídico a inteligibilidade fornecida por ambos não garante sozinha a fundamentação da autoridade que pretende ser obedecida, tornando necessário o uso de mecanismos referenciais internos ao próprio direito. Isso porque a autoridade jurídica é eminentemente prática e mesmo que um conteúdo mínimo de crença e de semântica seja útil para garantir a efetividade normativa, a autoridade teórica produz efeitos somente na medida em que o ordenamento o permite.

Antes, contudo, faz-se importante explicitar o papel dos aspectos semânticos e epistêmicos do argumento de autoridade em um contexto jurídico, ressaltando que a inteligibilidade garantida por ambos é fundamental para o alcance pretendido pela

norma, uma vez que mesmo que a autoridade e o subordinado compartilhem de uma série de vínculos associativos, sem uma comunicação entre eles a legitimação não será possível. Raz, inclusive, afirma que o que não pode se comunicar não pode ter autoridade, pois lhe faltaria um pré-requisito básico para a conexão necessária entre o que emite o comando e aquele que o segue (RAZ, 1996, p.217). Nesse sentido, os aspectos lógico-semânticos e epistêmicos são importantes, mas não imprescindíveis, pois, pela própria natureza do direito, a assimilação de conhecimentos externos só se dá proporcionalmente à necessidade de aproximar o ordenamento da realidade social que fundou sua produção e de não permitir que a juridicidade alcance níveis contrafactuais ameaçadores de sua efetividade.

Segundo os diálogos socráticos do Teeteto (PLATÃO, secção 189e) é possível definir o conhecimento como crença verdadeira justificada, sendo que para saber se uma dada proposição é dotada de verdade, deve-se não somente acreditar no conteúdo da proposição, mas na justificação para tanto. Assim, *S* sabe que uma proposição *P* é verdadeira, se e somente se: 1) *P* for verdade; 2) *S* acreditar que *P* é verdade e 3) *S* tiver alguma justificativa para acreditar que *P* é verdade.

Já no âmbito lógico-semântico, o '*apelo à autoridade*' deve seguir quatro regras para não ser tido como falacioso: 1) O especialista invocado tem que ser um bom especialista da matéria em causa; 2) Os especialistas da matéria em causa não podem discordar significativamente entre si quanto à afirmação em questão; 3) Só se pode aceitar a conclusão do argumento de autoridade se não existirem outros argumentos mais fortes ou de força igual a favor da decisão contrária e 4) Os especialistas da matéria em causa, no seu todo, não podem ter fortes interesses pessoais na questão (BRANQUINHO, GOMES e MURCHO, 2006, p.49-50).

Desse modo, demonstra-se preocupação com seu uso em um contexto argumentativo, já que as noções de verdade não alcançam todos os participantes do discurso de modo único. Ademais, ele pressupõe a dependência a uma generalização de uma noção de verdade, no caso a condição de especialista da autoridade e sua capacidade de saber a melhor resposta, aplicando-a a um caso específico, no qual não há garantia de compartilhamento das premissas nem da capacidade do especialista em trazer a melhor resposta.

Seus atributos lógico-semânticos, portanto, garantem somente que o argumento não seja falacioso. A legitimidade dessa condição e o consenso entre especialistas precisam, contudo, de elementos epistêmicos, pois a condição de argumento indutivo faz com que a verdade da sua conclusão não possa ser garantida pela veracidade de suas premissas. Assim, seria nítida a relação entre lógica e crença, sendo perceptível que sua justificação dependa da associação de pressupostos semânticos, mesmo que mínimos, com noções compartilhadas, de modo que o argumento de autoridade em sua versão comum dependa significativamente do uso desses dois atributos.

Para alguns teóricos que buscam encontrar um contraponto entre coerência e eficácia, uma crença só será justificada se, e somente se, existir uma razão que a sustente de melhor forma do que sustentaria outras crenças a que a ela fossem contrapostas. Assim, as razões individuais tidas como relevantes para essa justificação seriam também crenças sobre a forma como essas razões foram adquiridas e como elas se sustentam, podendo haver, contudo, avaliações equivocadas que são transformadas em crenças e comprometem todo o raciocínio (RAZ, 1990, p.292).

Assim, a existência de vícios epistêmicos sobre a maneira como surgem e são sustentadas as crenças (preconceito, superstição, incompetência de julgamento), poderia torná-las injustificadas, mesmo que seu possuidor não tenha consciência desses defeitos. Isso porque, para que uma crença seja fundamentada, não se faz indispensável que exista justificação externa sobre a veracidade da crença, mas apenas que o seu possuidor a tenha como justificada, fazendo com que essa fundamentação dependa somente da pessoa que acredita.

Nesse sentido, um sistema normativo que se baseie em crenças compartilhadas para determinar as formas pelas quais indivíduos devem agir teria efetividade limitada diante da dificuldade de se determinar todas as ações adequadas naquele ordenamento e da necessidade de uniformização de pensamento e ausência de erros lógicos sobre o que é a crença certa. Essa passagem da noção de verdade individual para uma verdade que seja aplicável coletivamente tem sido uma das grandes dificuldades daqueles que defendem a superação de razões metafísicas na produção do direito (RAZ, 1996, p.183).

Para tanto, fez-se importante a criação de conceitos normativos fundadores de um ordenamento jurídico que simultaneamente consiga ser legitimado com base em vínculos associativos pré-existentes impregnados em seu conteúdo e ser autônomo em relação às noções morais que baseiam a construção e adesão ao ordenamento jurídico, mas não implicam uma confusão entre direito e moral. Destarte, garante-se a liberdade moral que melhor convier ao indivíduo e uma consequente não obrigatoriedade de adesão a supostas verdades, que, por serem tidas como universalmente aplicáveis, condenam todos os sujeitos a elas a uma eterna subserviência.

3.1.2 *Justificação independente do conteúdo e autoridade*

Embora se assemelhe ao raciocínio lógico-semântico comum, e dele nunca se desvincule completamente, o raciocínio jurídico apresenta características específicas em relação aos demais raciocínios, tendo inclusive a capacidade de incorporar diversos deles e fundi-los dentro de suas próprias peculiaridades. Mas essa diferenciação só ocorre devido a características especiais do direito que lhe permitem ter uma desconexão com aos argumentos originais, não os transmitindo logicamente. A essa característica peculiar das normas, Herbert Hart denominou justificação independente do conteúdo (HART, 1982, 243-268).

No mesmo sentido, Frederick Schauer afirma que o motivo pelo qual o argumento jurídico deve se basear em fontes legais é o fato de elas substituírem razões de primeira ordem dos indivíduos por suas ordens, fazendo com que o dever-seja regido pelo ordenamento sem precisar retornar a uma eterna deliberação sobre as razões para ação. Isso porque a força da norma não está nos argumentos que lhe deram origem, de modo que sua condição de norma criada de forma autoritativa lhe assegura uma *justificação independente do conteúdo*, o que constitui a essência do raciocínio jurídico e do próprio direito (SCHAUER, 2009, p. 61-67).

Para tanto é imprescindível elucidar outra característica, embora não exclusiva ao direito, chamada por Raz de “natureza opaca das regras” (*opaqueness of rules*) e que em um primeiro momento poderia parecer paradoxal. Segundo esse autor, é possível uma regra jurídica simultaneamente prever que uma ação deva ser executada sem se basear em qualidades tidas como boas para a realização dessa

mesma ação, tendo sua força, em contrapartida, na condição de norma e não em qualquer fundamentação relacionada ao seu valor moral. Raz denomina esse distanciamento entre norma e valor como afastamento normativo (*normative gap*). Já Schauer se refere a ele como razões entrincheiradas (*entrenched reasons*), já que possuem uma força maior que as razões individuais e faz com que sejam necessários argumentos muito fortes para sua superação (SCHAUER, 2002, p.121).

Com isso, eles não defendem a deslegitimação da necessidade do processo legislativo, ou qualquer outro meio democrático de produção jurídica, tentando demonstrar, ao invés disso, que razões normativas não deveriam ser misturadas com razões valorativas. Igualmente, ser positivada não necessariamente torna uma norma boa, mas dá a ela validade, sendo essa razão suficiente para considerá-la durante o processo deliberativo individual. Assim, ao se escolher aceitar a reivindicação da autoridade como legítima, as razões da autoridade passam a serem tidas, *prima facie*, como as razões a serem obedecidas (RAZ, 1996, p.227).

Para explicar essa característica própria ao direito, Raz foca sua atenção na noção que denomina “regras constitutivas”²², tidas por ele como espécie de regras que estabelecem o permitido e o proibido em um sistema e não a forma de se alcançar qualquer objetivo específico em algum jogo pré-determinado, já que sua condição é de razões condicionais de comportamento para aqueles que pretendem atuar no referido sistema. Destarte, elas são razões em si mesmas das quais se deve partir ao pretender agir da forma sistemicamente adequada.

Afirma-se aqui, entretanto, que apesar de as ordens normativas serem entendidas como opacas, pois estabelecem o que deve ser feito e tem um caráter valorativo implícito, o direito possui a característica especial de ser simultaneamente uma ordem normativa e uma razão para a ação, sem romper, contudo, com outra característica intrínseca, o afastamento entre o valorativo e o normativo (*normative gap*). Assim, é possível compreender que a condição opaca se deve à

²² John Searle afirma que a linguagem é uma atividade governada por regras e nesse sentido pode-se traçar a diferença entre regras constitutivas e regras regulativas, na qual aquelas criam atividades cuja existência é dependente logicamente das regras, enquanto essas criam atividades cuja existência é independente das mesmas. Assim, as regras constitutivas fazem ações institucionais possíveis (SEARLE, 1969).

independência do conteúdo em relação aos motivos que levaram à produção da norma, sendo esse um aspecto do afastamento normativo inerente ao direito.

Isso porque, apesar do afastamento ser limitado diante da necessidade de recorrer a alguma justificação valorativa para se explicar a força normativa de qualquer regra jurídica, a ligação ocorre fora do âmbito jurídico, o que deixa espaço para um afastamento interno ao sistema. Destarte, seria possível a existência de uma justificação independente do conteúdo, na qual qualquer regra tem sua fundamentação normativa no pertencimento à ordem jurídica e não no desejo ou conveniência dos atos para os quais a regra seria uma razão (RAZ, 2009-a, p.210).

Surge, todavia, um problema diante da impossibilidade de se justificar genericamente normas, ou seja, fora de um contexto específico. Raz responde a essa questão afirmando que uma justificação geral de normas não existe de fato, pois existem séries infinitas de justificações individualmente possíveis. Mas como algumas nem sequer seriam justificadas ou vinculantes, haveria plausibilidade em se defender a existência de uma conexão entre a justificação e a validade da norma.

Nesse sentido, tanto a justificação normativa quanto a geral teriam que possuir natureza transitiva, sendo essa uma regra lógica (Se A justifica B e B justifica C, logo A justifica C). Todavia é exatamente isso o que não ocorre na normatividade jurídica, pois ao ser positivada a regra adquire uma condição especial que a deixa desligada daquilo que motivou o seu surgimento. Surge daí a sua semelhança com o argumento de autoridade, pois ela requer para a sua validade simplesmente que se faça uma referência correta à sua fonte de origem, sendo dotada de validade, pelo menos a princípio, simplesmente a partir dessa ligação.

Essa capacidade, segundo Raz, deve-se à chamada tese da autonomia (*autonomy thesis*), que seria a capacidade de se definir o direito sem recorrer a considerações morais, mesmo aquelas que legitimam a autoridade vinculada àquela norma, dando-lhe eficácia. Para tanto não seria necessário recorrer a considerações deontológicas, embora esse caminho também seja possível, bastando remissão à dependência da normatividade em relação à positividade (RAZ, 2009-a, p.215). A continuidade do afastamento normativo (*normative gap*) depende, pelo menos nesse sentido, do pertencimento ao ordenamento jurídico.

Para reafirmar, todavia, a inexistência de qualquer contradição entre essas ideias, faz-se necessário recorrer a conceitos já citados. Para Raz, normas jurídicas não seriam apenas razões primárias para se agir, mas a associação dessas com razões secundárias para excluir outras razões em sentido contrário, conhecidas como razões protegidas (por ser a soma de uma razão positiva com uma razão excludente). Soma-se a isso a existência de uma maior probabilidade de que seguindo a autoridade seja tomada a decisão mais adequada do que a ignorando. Destarte, a norma é parâmetro mais eficaz, à primeira vista, para balizar ações futuras, pois se trata de uma deliberação já feita pela autoridade nesse sentido.

Assim, a associação dessas noções faz com que existam razões de segunda ordem que devem ser consideradas primordialmente por aqueles que pretendem agir ou se omitir de algo previsto pela norma. Obviamente, a vinculação à autoridade, por meio da sua legitimação como tal, vai influenciar diretamente na opção pela aceitação da norma como razão principal e na sua obediência, sendo esse um reflexo da adesão à autoridade. Esse fenômeno pode ser entendido como um pré-comprometimento com ela, o que torna possível tanto a coordenação quanto a formulação de planos, sendo essas funções do ordenamento jurídico.

Mais uma vez, destaca-se que esse pré-comprometimento não é absoluto e definitivo, mas apenas substitui previamente as razões individuais após cada um escolher pela adesão à reivindicação da autoridade feita por meio da norma. Como se verá adiante, exatamente por se tratar de um dever de realizar determinado ato que a reivindicação de autoridade tem que ocorrer de maneira contínua e cíclica, de modo que a legitimação obtida anteriormente torna-se fundamento para o indivíduo que opta por seguir certas normas e abrir mão de suas próprias razões.

3.1.3 A reivindicação de autoridade legítima pelo direito

Nesse contexto, faz-se necessário destacar o papel da reivindicação de autoridade inerente a todo ordenamento jurídico, já que essa seria uma característica essencial a uma teoria da autoridade que pretenda estar em comunhão com a noção de separação necessária entre direito e moral. Segundo Kenneth Himma, a diferenciação entre positivistas exclusivos e inclusivos estaria na defesa, por parte dos primeiros, da incompatibilidade entre a teoria da incorporação

e a teoria da separação, enquanto os segundos acreditariam em critérios morais incorporados a uma regra última de reconhecimento (HIMMA, 2001, p.272).

Isso implica que, enquanto Hart²³ e seus seguidores inclusivos defendem a existência de sistemas jurídicos que incorporem normas morais como critérios de validade, os positivistas exclusivos acreditam que a existência e conteúdo do direito devam ser determinados por referência a fontes sem um argumento moral, muito embora isso não implique em uma negação de que a linguagem moral esteja presente em constituições ou que não se use de algum raciocínio moral ao interpretar o conteúdo de regras últimas de reconhecimento.

Este trabalho filia-se à última corrente (positivismo exclusivo), pois acredita na inconsistência entre, de um lado, a natureza da autoridade que reivindica obediência e legitimação daquele que produz a norma e, de outro lado, uma defesa de critérios morais incorporados em regras de reconhecimento. Para tanto, defende-se que no momento em que uma norma hierarquicamente superior, como o art. 5º, XLVII, alínea “e” da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece a inexistência de penas cruéis, conceitos morais do que seria crueldade não estão incorporados à norma, mas sim existe uma abertura de discricionariedade para que o STF crie um direito novo no momento da interpretação e faça uma reivindicação de autoridade inerente a essa criação.

Para tanto, é imprescindível que o sistema normativo seja capaz de sustentar autoridade por meio do exercício da sua função de mediador entre indivíduos e razões que se aplicam a cada um deles, de modo que o ordenamento seja a fonte de razões determinantes que estabelecem o que cada um deva fazer caso aceite a autoridade como legítima, de modo que essas razões possam substituir os motivos individuais pelos da autoridade (RAZ, 1996, p.214).

Destarte, para Raz o processo de legitimação da autoridade pressupõe a possibilidade de identificar a existência e conteúdo da norma sem recorrer a justificações dependentes do conteúdo, já que, se um critério de validação incorpora

²³ Segundo, Raz e Shapiro, Herbert Hart teve uma visão positivista muito próxima daquilo que posteriormente viria a ser o positivismo exclusivo. Todavia, no posfácio de “O conceito do direito”, ele modifica diversas premissas que pautaram sua obra durante anos e adota um conjunto de ideias que baseariam a fundação do positivismo inclusivo (RAZ, 2009-a e 2009-b); (SHAPIRO, 2011).

padrões morais, faz-se impossível determinar a validade da norma sem obrigatoriamente remeter a esse mesmo conteúdo moral (HIMMA, 2001, p.275). Portanto, para Himma, na medida em que a autoridade tem que remeter necessariamente ao conteúdo moral incorporado, sua capacidade de mediar razões é consideravelmente diminuída, de forma que a autonomia moral individual se enfraquece diante da referência necessária e da impossibilidade de fugir do que é por ela determinado. Todavia, é exatamente o contrário que se verifica.

O argumento de autoridade deixa de ser aquele que remete à autoridade legítima e passa a ser aquele que faz remissão à moral incorporada. Confrontando esse pensamento positivista inclusivo, Raz propõe um sistema normativo no qual cada norma reivindica legitimidade e obediência à autoridade, sendo essa vinculação de natureza moral, mas sem implicar em uma violação da tese da separação necessária entre direito e moral. Todavia, esse sistema só é possível diante da noção de justificação independente do conteúdo e de um tipo específico de obrigação moral de obedecer ao direito.

Em sentido contrário ao defendido por alguns (HIMMA, 2001, p.275)²⁴, a obrigação moral de obedecer ao direito não ocorre pelo fato das normas terem natureza especial, diferentemente da obrigação jurídica de obedecer ao direito, mas sim porque cada indivíduo conscientemente optou por se associar à autoridade, legitimando-a, e conseqüentemente teve suas razões pessoais substituídas por razões produzidas pela autoridade. Elas, entretanto, têm apenas força preponderante *prima facie*, para gerir todo ato a ser executado, sendo que a obrigação moral seria de considerar sua força especial e sua prioridade no raciocínio deliberativo a respeito do que deve ser feito, mas não havendo uma obrigação definitiva e absoluta de obedecê-las em detrimento de outras razões em sentido contrário que vierem a surgir no caso concreto. Essa propriedade dá-se mesmo levando em considerações que razões jurídicas são razões protegidas, ou seja, que contém uma razão de primeira ordem positiva para que seja feito algo e uma negativa de segunda ordem para que se excluam todas em sentido contrário.

²⁴ Raz nega enfaticamente a existência de uma obrigação moral generalizada no sentido descrito por Himma, deixando explícito que “a extensão do dever de obedecer ao direito em países relativamente justos varia de pessoa a pessoa e de um caso a outro” e “se há um obrigação geral de obedecer ao direito, ela só existe devido a uma assunção voluntária” (RAZ, 1999, p.169 e 174).

Para um melhor entendimento da noção de obrigação moral de considerar as razões emitidas pela autoridade criadora da norma jurídica, é plausível o uso do exemplo do filho doente levado ao hospital, quando o pai depara-se no caminho com um sinal de trânsito em luz vermelha. Ao deliberar se a ordem da autoridade deve ser obedecida, ou seja, parar até o aparecimento da luz verde, o cidadão que tem a autoridade como legítima considera a razão que deveria substituir suas próprias razões, mas no caso concreto, muito provavelmente tem essa razão superada por outras que lhe são mais importantes, sem abdicar da legitimação da autoridade.

Raz deixa isso claro no seu debate com Postema, ao alegar que a substituição prévia somente ocorreria em momento posterior à aceitação da autoridade, sendo que a legitimidade do direito como sistema normativo vinculante depende da sua aceitação pela população à qual o ordenamento como um todo se destina (RAZ, 2009-a, p.394). Destarte, a aceitação geral da população é fato necessário para existência da legitimidade, que não pode ser medida de forma binária, mas sim gradual, sendo que essa aceitação, em nosso entendimento, seria composta pela soma de inúmeras legitimações individuais de autoridades em toda uma sociedade que aceita a reivindicação a ela direcionada.

Somado a isso, como acertadamente defende Himma, somente agentes estatais poderiam fazer reivindicações de autoridade, e não o direito como instituição autônoma, pois ele não é um agente intencional capaz de reivindicar qualquer coisa em um sentido performativo, executando um ato linguístico que sustenta um valor tido como verdadeiro, mas somente em um sentido expressivo, expressando proposições sobre o que requer (HIMMA, 2001, p.278). Assim, a natureza jurídica abstrata o impede de ter sua autoridade aceita diretamente e torna-o dependente daqueles que compõe seus quadros, que por sua vez também são dependentes do ordenamento jurídico para o exercício do poder.

Diante de tudo isso, tem-se que o ordenamento jurídico precisa de uma estrutura para coordenar a própria distribuição da autoridade prática que seria possuidor, sendo que vários agentes reivindicam autoridade em nome do direito por meio de leis, decretos e sentenças, mas poucos são os dotados de autoridade, ou seja, discricionariedade para mudar o ordenamento transformando-o naquilo que,

por sua vez e por meio das suas ações, vai reivindicar legitimidade mais uma vez, em um ciclo contínuo inerente à natureza prática da autoridade no direito.

3.1.4 *A hierarquia e a petitio principii*

Para Raz o direito é um sistema normativo institucional, consistindo em um conjunto de normas identificáveis pela origem (*source-based*) capaz de vincular certas instâncias jurídicas dentro das instituições estatais com base em regras de segunda ordem que as identificam e as aplicam. Devido à sua natureza prática, esse sistema pode ser vislumbrado como um conjunto no qual as normas estão hierarquicamente sobrepostas em estruturas de justificação e cuja crença na força normativa de certas leis ou decisões judiciais cria um comprometimento com a crença em outras normas ligadas às primeiras pela lógica (RAZ, 1996, p.259).

Tem-se daí o direito como estrutura de autoridade que remete a procedimentos previamente determinados (legislativos, administrativos e judiciais) de produção normativa. Entretanto, isso não implica necessariamente em um sistema jurídico piramidal com uma norma suprema que autoriza as demais, mas apenas que várias normas podem se agrupar por origem comum. Raz cita a existência no *common law* dos conjuntos normativos do *statutory law*, cuja autoridade deriva da autoridade do Parlamento para criar direito, e do *case law*, cuja autoridade deriva da autoridade das cortes superiores de fazer o mesmo, não existindo, no entanto, hierarquia entre esses dois conjuntos normativos (RAZ, 1996, p.260).

Essa nova possibilidade não acarreta uma rejeição da noção de justificação independente do conteúdo, cuja força deriva dos vínculos entre a norma e a autoridade com poder suficiente para produzi-la dentro de limitações estabelecidas pelo ordenamento. Ao invés disso, determina-se a existência simultânea de um novo tipo de justificação, dessa vez dependente do conteúdo de outras normas.

Para sua fundamentação, ao seu turno, notar-se-á a preponderância de uma hierarquia de justificações, já que a primeira delas tende a ser mais geral do que as seguintes, bem como a existência de uma conexão contínua entre elas. Embora se diferenciem quanto à sua ligação com a autoridade, tanto Raz quanto Himma dividem o direito em grupos de normas nos quais uma, ou uma série em combinação, fornecem justificação para as demais. Assim, quando a justificação for

independente do conteúdo a combinação poderá ser identificada por sua origem comum, e quando a justificação for dependente do conteúdo, os grupos criados por ela serão baseados na unidade doutrinária comum a todos, ou seja, estarão marcados pela ligação lógica entre uma justificação e outra (RAZ, 1996, p.261).

Destarte, para estabelecer a validade de um enunciado jurídico deve-se determinar não seu conteúdo – mesmo na justificação de conteúdo dependente, já que no começo da cadeia lógica haverá uma norma cuja justificação independe do conteúdo –, mas sua condição de validade dentro do ordenamento. Isso demonstra que o direito pode se organizar em subsistemas que, mesmo não hierarquicamente posicionados, relacionam-se de forma lógica. Essa característica, porém, não modifica o fato de que hierarquias entre normas, normalmente, podem ser estabelecidas para facilitar sua harmonização sistêmica.

Com uma visão oposta, Hans Kelsen não nega a possibilidade de uma justificação jurídica bem sucedida estabelecer a validade de enunciados normativos justificados, mas refuta que aqueles dependentes do conteúdo possam estabelecer enunciados jurídicos justificados como válidos (KELSEN, 1973). Logo, não é possível concluir que de um enunciado geral (Todos tem o direito de ir e vir) conclui-se que a validade de um enunciado específico (João tem o direito de ir e vir), sendo que as justificações independentes do conteúdo também falham em estabelecer a validade de enunciados justificados. Assim, para a Kelsen, a validade de legislação delegada não pode ser estabelecida por referência a estatutos autoritativos, mas depende de declarações judiciais sobre sua validade (RAZ, 1996, p.264).

A teoria de Raz, em sentido diverso, baseia-se no que denominou de tese das fontes (*Sources Thesis*), segundo a qual seria possível determinar a existência e conteúdo de uma norma sem recorrer a qualquer argumento moral. Estabelece-se, desse modo, que uma justificação jurídica bem sucedida determina a validade de qualquer norma sem vinculá-la diretamente à moral. Da mesma forma, a ligação entre os enunciados (Todos tem o direito de ir e vir) e (João tem o direito de ir e vir) é verificável, não tendo, todavia, a justificação dependente de conteúdo a capacidade de apontar a validade segundo o ordenamento. Para tanto, seria necessária uma decisão judicial que reconheça a força do precedente ou a incorporação do enunciado no estatuto.

Assim, a relação entre um enunciado jurídico e outro não incorporado ao direito é de grande significância mesmo que não se possa estabelecer a validade do segundo a partir do primeiro. Apesar de sua justificação ser baseada no nexo e não no procedimento legal nesse sentido, sempre há possibilidade de modificação no direito e sua recepção, embora isso dependa da discricionariedade do julgador.

Dessa forma, o caráter hierárquico do direito se destaca, uma vez que além de fundamental nos conjuntos normativos de justificação de conteúdo dependente ele é também de grande valor para regular as relações entre normas cuja justificação independe do conteúdo. A transmissão da autoridade, nesse sentido, dá-se por regulamentação legal prevista no sistema jurídico (autoritativamente), muito embora, como já visto, a legitimação da autoridade ocorra em um âmbito moral fora do ordenamento e vínculos associativos de natureza moral possam ser elementos chave na legitimação da autoridade, que será refletida dentro do ordenamento.

O conteúdo independente das razões da autoridade permite, portanto, o uso do argumento de autoridade hierárquico, ou seja, aquele que retorna autoritativamente a uma autoridade hierarquicamente superior. Mas isso só seria possível desde que a própria hierarquia seja previamente reconhecida pelo ordenamento. Com esse intuito, Joseph Raz, ao longo de sua obra, destaca o papel das instituições como fontes de diretivas autoritativas e cujos agentes públicos reivindicam autoridade para as mesmas e não em âmbito pessoal. Ademais, defende que a autoridade de um corpo hierarquicamente superior (uma constituição) com normas secundárias de adjudicação, reconhecimento e modificação, teria sua autoridade ao mesmo tempo baseada em um impulso dado por aqueles que a adotaram, mas que se autolegitimaria de modo construtivista (RAZ, 2009-a, p.330).

No capítulo seguinte tratar-se-á mais detalhadamente do surgimento, da transmissão da autoridade e de sua autolegitimação, mas é importante ressaltar aqui que a estrutura do direito é dependente do argumento de autoridade. O raciocínio jurídico, portanto, parte da pressuposição de que algumas premissas são inicialmente válidas pela sua condição de integrantes do ordenamento, não podendo se alegar que a remissão à validade de normas positivas seja entendida como um argumento falacioso do tipo *petitio principii* (retorno ao princípio).

Isso porque, embora a natureza hierárquica e remissiva da construção do direito faça com que toda norma positivada seja por si só uma razão primordial *prima facie* para ser obedecida, sua modificação e não aplicação deve seguir pressupostos estabelecidos pelo próprio ordenamento. Daí advém, destarte, a conclusão de que toda obrigação jurídica de obedecer ao direito depende da estrutura jurídica na qual se insere, não implicando, contudo, na possibilidade de existência de uma argumentação *contra-legem* capaz de afetar a sua eficácia. Esse tipo de argumento, portanto, só seria possível no âmbito da validade de certas normas no caso concreto, sendo transformado em parte do ordenamento pelo julgador que o aceitasse razoável.

3.2 O NEXO ENTRE AUTORIDADE E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

3.2.1 O instrumentalismo e o irracional

Como explicado anteriormente, razões normativas são aqui entendidas como razões para obedecer advindas da norma e cuja natureza preponderante *prima facie* faz com que não possam ser superadas facilmente e se imponham dentre as diversas opções possíveis. Quando a razão normativa não é derrotada, ela permanece como razão determinante para uma ação ou omissão, não havendo como ignorar sua condição especial, sob pena de incorrer em irracionalidade na deliberação prática. Existem, todavia, diversas maneiras de produzir uma razão de natureza normativa, inclusive por meio de decisões judiciais.

No caso da razão não derrotada, percebe-se um motivo para executar qualquer, mas apenas uma, das possíveis alternativas para facilitar sua execução. Se, por exemplo, um indivíduo pretende ir para casa após o trabalho, ele tem diversas formas de fazê-lo (a pé, de carro ou de trem), mas apenas uma bastará para cumprir seu objetivo. Essa ideia foi denominada por Raz de princípio facilitador e os motivos para a execução de um objetivo inicial, seriam denominados razões facilitadoras. Assim, a razão para se desejar algo será denominada razão originária e o ato de sua execução será conhecido como ação originária (RAZ, 2005, p.5).

Nesse sentido, defende-se que o desejo de materializar uma razão originária (encontrar a família) por meio de uma ação originária (ir para casa) seria um motivo para adotar um plano que facilite sua execução (utilizar carro) por uma razão

facilitadora (carro é o meio de transporte mais rápido). Assim, a existência ou força das razões originárias e razões facilitadoras não depende do seu reconhecimento pelas pessoas para as quais elas são razões (aquele que vai pra casa).

Nesse sentido, razões facilitadoras independentes das razões originárias são chamadas de instrumentais, não havendo mais nexos entre ambas, mas apenas uma preocupação com a execução das primeiras. Isso ocorreria pela crença na não conexão entre o princípio facilitador e o que se pretende ou se deseja. Atende-se, destarte, à determinação da existência de razões instrumentais para alcançar qualquer estado ou ação, tidas como valorosas, sem uma maior preocupação com o conteúdo das razões que motivaram a ação originalmente (RAZ, 2005, p.24).

Aqui, todavia, discorda-se dessa visão, afirmando-se que aquilo que é conhecido como racionalidade instrumental não seria uma forma autônoma de racionalidade ou normatividade, devido à não existência de uma forma específica de racionalidade e normatividade que trate apenas das relações entre meios e fins. Para Raz, razões facilitadoras dependem das razões originárias, pois aquelas são a soma dessas com um relacionamento facilitador (ligação não-normativa) entre a ação facilitadora e a ação originária. Já o raciocínio sobre a decisão de executar uma ação facilitadora é dependente do raciocínio entre todas as razões (prós e contras) envolvidas, tendo um caráter tipicamente racional prático (RAZ, 2005, p.24).

Ademais, embora algumas razões de natureza instrumental sejam plausíveis e não pressuponham a existência de uma conexão necessária entre os meios e os fins originalmente deliberados por indivíduos, essas finalidades fazem diferença na medida em que podem constituir ou gerar razões adicionais (por exemplo, querer ficar o máximo de tempo com a família) ou afetar o caráter e o peso das razões existentes. Se cumprirem essa função, é possível afetar, da mesma forma, as razões de natureza instrumental existentes, acabando com um pretense isolamento entre razões, mas não implicando a existência de razão instrumental (RAZ, 2005, p.9).

Nesse sentido, Raz fala do que seria a irracionalidade, ou seja, a incapacidade de concluir quais razões estão envolvidas na deliberação ou ignorar alguma razão que deva ser considerada, mesmo que para ser derrotada por outra mais forte. Quando alguém, por exemplo, sabe que determinada conduta é proibida

pelo ordenamento, mesmo que tenha diversas razões para agir em sentido contrário, tem a obrigação racional de considerar as razões normativas antes de executar sua ação, sob pena de irracionalidade em caso contrário. Além disso, no caso de ser a norma emanada por uma autoridade legítima, existe também obrigação moral de considerar a força diferenciada das razões inerentes à norma.

A existência de finalidades bem como a capacidade humana de formular planos, portanto, não implicam na existência de uma racionalidade simplificada voltada para a análise exclusiva dos meios para os quais se busca esses fins, uma vez que o raciocínio sempre vai ser pautado pelo processo contínuo de contraposição de razões e a consequente transformação de crenças em atos por meio da deliberação de qual razão é a mais forte no caso concreto.

3.2.2 *O individual e o comunitário em Joseph Raz*

Embora se constate uma pretensão de universalidade da teoria do direito graças a uma pretensão de aplicação universal de premissas tidas como verdadeiras, todas as teorias jurídicas de sucesso têm caráter paroquial, pois seu sucesso só pode ser avaliado em contextos específicos. Destarte, Raz diferencia o conceito de direito e a natureza do direito, sendo a última um objeto metafísico possuidor de propriedades universais e essenciais, embora só existam a partir das crenças daqueles que as aplicam. O primeiro, por sua vez, deriva de noções específicas de determinada coletividade (paroquiais), apesar de não haver nenhum impedimento ao uso de um conceito por outra cultura que não aquela que o criou e desenvolveu, sendo que a explicação de um conceito de direito é um tipo de ferramenta descritivo-explicativa usada por aqueles que atuam a partir da sua perspectiva (RAZ, 2009-a, p.332).

Assim, a universalidade das teses de teoria geral do direito é resultado da sua reivindicação de serem necessariamente verdadeiras, mas não há como fugir da natureza local e específica de cada sistema. Longe de alegar a inexistência de características gerais comuns a todo ordenamento, ou seja, que são possuídas por todo sistema jurídico apenas pelo fato de ser direito, enfatiza-se aqui a importância do ponto de vista interno no entendimento do que é o direito, destacando o papel da teoria hartiana e da influência que ela herdou da obra de Wittgenstein. É possível,

nesse sentido, tirar duas lições de Hart: (1) embora uma teoria do direito seja verdadeira, isso não significa sua adequação, pois apesar de sua existência ser perceptível, os resultados desejados não necessariamente serão produzidos, e (2) é da natureza do direito que sua existência seja de conhecimento daqueles sujeitos a ela, com o ordenamento jurídico desempenhando um papel em suas vidas (RAZ, 2009-a, p.327).

Apesar de Hart não ver conflitos entre o ponto de vista interno e o caráter universal do direito, no que até certo ponto ele está correto, pois não existe contradição entre ambos, ele não nota que a posse de um conceito de direito seja logicamente independente do fato de se viver em uma comunidade governada pelo direito. A consciência de um conceito de direito se faz necessária, segundo Raz, em uma sociedade governada pelo direito, sendo que Hart não notou que a consciência de regras que de fato constituem o direito de cada sociedade marca a diferenciação entre o direito que existe e aquele que deveria existir (RAZ, 2009-a, p.94).

Para Hart, na concepção raziana existem dois tipos de enunciados, os comprometidos e os desconectados (“committed” and “detached” statements) fazendo com que seja possível alguém que não compartilha dos vínculos associativos (*the bad man*) descrever o direito em termos normativos e fazer o raciocínio jurídico (HART, 1982, p.153– 161). Para Raz, quem expressa uma declaração comprometida demonstra aceitação da regra, como por exemplo, o vegetariano que se referindo a si mesmo diz “eu não devo comer esse hambúrguer”, fazendo um enunciado comprometido. Já o enunciado desconectado não expressa uma aceitação pessoal da regra, demonstrando outro ponto de vista no qual a regra é aceita como legítima. Assim, quando o comedor de carne diz ao vegetariano “você não deve comer esse hambúrguer” ele está expressando o ponto de vista alheio e não o seu. Para Raz, ambas as declarações expressam a mesma proposição normativa, mas tem diferentes condições de verdade. Declarações comprometidas têm condições de verdade normativas, ao passo que declarações desconectadas têm condições de verdade exclusivamente descritivas. Se o vegetarianismo não é moralmente requisitado, a declaração “Você não deve comer carne” é falsa segundo a interpretação comprometida, mas é verdadeira para a interpretação desconectada.

Destarte, Hart assimilou a teoria de Raz de declarações normativas e passou a afirmar que aquele que não compartilha o ponto de vista interno em um sentido mais forte pode descrever o direito em termos normativos e realizar o raciocínio jurídico, pois as normas jurídicas podem ser tidas como desconectadas, fazendo com que quando o “homem mau” descreve a validade de uma norma, ele não esteja expressando a regra de reconhecimento, mas o ponto de vista daqueles que aceitam tal regra última de reconhecimento. Essa declaração desconectada é verdadeira só no caso de haver aceitação judicial da regra última de reconhecimento que valida a norma em questão, sem se importar se o declarante aceita a regra última de reconhecimento²⁵ (RAZ, 2009-b, 156).

Assim, essa dissertação discorda de Dworkin em relação a esse aspecto, uma vez que este autor defende uma consciência necessária do conceito de direito para sua existência em qualquer sociedade, pois apesar de o conceito de direito ser somente uma prática interpretativa existente onde se tem noção de sua natureza e de seu caráter interpretativo, não deixa de ser um produto cultural específico não disponível para membros de culturas temporalmente anteriores. De fato, Raz usa como exemplo o fato de o sistema jurídico de um Estado de bem-estar social não estar disponível para o povo europeu da Idade Média.

Ademais, os conceitos de direito são essenciais não só para o entendimento das próprias práticas e instituições, como para a comparação das mesmas com contextos jurídicos externos e a recepção das contribuições que esses têm a oferecer. É exatamente pelo contato e troca de informações que Raz acredita ser possível o conhecimento da própria cultura jurídica, pois o uso de conceitos de direito implica na construção de pontes conceituais a serem aplicadas por sociedades que compartilham algum pano de fundo (RAZ, 2009-a, p.96).

²⁵ Infelizmente, a distinção de Raz entre as declarações comprometidas e desconectadas é consideravelmente complexa e ainda não completamente explicada. Para Shapiro, (2011, nota 44, p.416) “Em primeiro lugar, a distinção pressupõe uma teoria semântica heterodoxa, pois, segundo Raz, ambas as afirmações expressam a mesma proposição, mas têm diferentes condições de verdade, já que a suposição semântica habitual é que as proposições são individualizadas de acordo com suas condições de verdade. Em segundo lugar, a ideia de que uma declaração pode ser tanto individual e normativa parece incoerente. Em que sentido pode uma declaração expressar uma proposição normativa, ou seja, uma proposição sobre o que deve ser feito, e ainda ter condições de verdade descritivas? A menos que isto possa ser explicado, contando com a noção de uma declaração separada para resolver o problema do homem mau meramente substitui um mistério para outro”.

Destarte, as consequências da importância do paroquialismo poderiam ser destacadas como as seguintes. Primeiro, a forma com que uma cultura entende suas próprias práticas e instituições não se separa de como elas realmente são, pois práticas sociais e instituições humanas são produtos intencionais orientados pelos propósitos de muitas pessoas em interação. Destarte, a aplicação de determinada noção vai formar o que ela é, de modo que além dos participantes não poderem entender uma cultura externa sem o uso de seus próprios conceitos, não podem entendê-la sem o uso de noções com os quais ela se entende (RAZ, 2009-a, p.102).

Um segundo ponto se refere ao fato de o conceito de direito ter um papel diferenciado em culturas que o possuem ou não, pois uma sociedade não é somente governada, mas também se compreende como sendo governada pelo direito. Isso faz com que ao se utilizar uma teoria do direito em contexto específico, está-se explicando o autoentendimento da natureza dessa sociedade e de seu debate político. Todavia, mesmo quando alguma teoria jurídica seja verdadeira para todas as sociedades sujeitas ao direito, ela não necessariamente captura o modo como certas sociedades entendem suas organizações e práticas (RAZ, 2009-a, p.96).

Em terceiro lugar, Raz sustenta que Hart estava certo ao estabelecer a diferença entre normas primárias e secundárias, mas se equivocava ao julgar que somente elas seriam as propriedades essenciais à juridicidade. A reivindicação de autoridade inerente ao direito, por exemplo, é outra propriedade que não vai contra as anteriores, mas somar-se-ia a elas. Ademais, Raz afirma que muitas características essenciais ao direito só vêm à tona quando são encontrados motivos para destacá-las, sendo que a impermanência é característica fundamental ao direito devido à constante mutação da cultura na qual o ordenamento está inserido, bem como ao entendimento desse mesmo sistema jurídico pelos seus participantes (RAZ, 2009-a, p.96).

Destarte, a tentativa de estabelecer características essenciais e universais ao direito não pode ser confundida com o desejo por permanência ou negação da natureza paroquial do conceito de direito. Soma-se a isso a existência de características essenciais ao direito que não implicam na necessidade do conceito de direito em todas as sociedades que têm um ordenamento (RAZ, 2009-a, p. 99).

Nesse sentido as instituições têm um papel fundamental devido ao caráter instrumental que o direito vem ganhando em tempos recentes. Embora não exista um raciocínio puramente instrumental, como visto acima, as mudanças na realidade social recente levaram a uma ênfase do papel das instituições a respeito do direito, em especial o papel dos tribunais. Acredita-se, portanto, que o funcionamento adequado das cortes pode fazer com que a concepção instrumental do ordenamento jurídico possa ser compatibilizada com a contínua validade do direito.

Para tanto, analisa-se a relação entre autoridade e comunidade, destacando que a sobreposição dos aspectos instrumentais e não instrumentais do direito pressupõe que ele tenha características autoritativas, não só por estarem previstas na estrutura normativa positivamente validada, mas por serem o conjunto normativo daquela comunidade política específica. Desse modo, não é a importância da norma nem seu conteúdo que fazem com que ela seja autoritativa, mas sim sua posição dentro da comunidade política na qual está inserida e que parcialmente a constitui. Sua autoridade advém do fato de ser o direito daquela comunidade e o fato de ser o direito daquela comunidade lhe dá autoridade (RAZ, 2009-a, p.101).

Juntamente com remissões recorrentes à teoria kelseniana, mesmo opondo-se à noção de unidade entre direito e estado, Raz defende a mútua dependência entre direito e comunidade política, sendo que um constitui parcialmente o outro. Essa comunidade seria um agente capaz de decisões e ação, definindo como seus membros devem se comportar (RAZ, 2009-a, p.112). Embora Raz seja um dos defensores da ideia de liberdade aplicada ao direito, ele reconhece que a própria autonomia do indivíduo, ideia central de boa parte da sua teoria, só pode existir na medida em que a comunidade em que ele está inserido determina nesse sentido.

Destarte, certos padrões de comportamento podem ter uma importância associada à própria percepção de si de determinadas comunidades, especialmente quando decidem que esses comportamentos fazem parte da sua essência, tendo um valor intrínseco, ou seja, são valorados em si mesmos. Na medida em que o direito pertence a conceitos de uma comunidade política, também tida como estrutura hierárquico-burocrática ou plano de execução, existe um objetivo a ser alcançado ou uma ideia endossada pela autoridade, tendo, portanto, algum valor instrumental

(RAZ, 2009-a, p.103). Já aqui, entende-se o direito tendo a faculdade de combinar valores intrínsecos aos instrumentais, mas merece isso maiores explicações.

Primeiramente, faz-se necessário destacar que o valor dado ao direito não se deve a uma suposta condição absoluta em um sentido jusnaturalista, mas ao seu valor potencial, em uma visão construtivista. Sua valoração em qualquer comunidade política, destarte, depende da ligação entre conteúdo e circunstâncias daquela comunidade. Em segundo lugar, o direito consiste em padrões que reivindicam ter autoridade sobre aqueles sujeitos a ele em uma comunidade política, mesmo que não consigam ser reconhecidos como tal. Isso deriva do fato de terem sido positivados por um processo legislativo previamente definido por instituições daquela comunidade.

Um terceiro se refere à forma básica de se reivindicar autoridade por meio de um procedimento instrumental, especificamente chamado Tese da Justificação Normal. Somente uma autoridade que age de acordo com padrões tidos como moralmente adequados pode ser legitimada pela coletividade e o bom exercício da função de organizar essa sociedade, bem como o cumprimento de suas metas, atraem a legitimidade por parte daqueles que percebem a autoridade como gestora eficiente. Nesse sentido, a percepção individual da coordenação vai legitimando a autoridade atuante de acordo com o que é tido como bom.

Por fim, em quarto lugar, identificação com alguma comunidade política, em um sentido amplo, tem também um valor em si mesmo, pois gera, conseqüentemente, uma série de relações de identificação, auto valoração e reconhecimento social que beneficiam qualquer indivíduo. Destarte, a aceitação e entendimento daquela moral específica vão produzir resultados mutuamente benéficos (RAZ, 2009-a, p.106).

3.2.3 *A argumentação jurídica, interpretação e autoridade*

Para Raz um momento decisivo do direito se dá quando parâmetros jurídicos passam a existir como tal, ou seja, são positivados de acordo com as normas do processo legislativo do ordenamento. Antes disso, o debate que os originou, em qualquer nível (executivo, legislativo ou judiciário), não passa de um conjunto de intenções de influenciar o conteúdo do direito, sendo que após o momento da

positivação, as razões que compõem o argumento não interferem mais na sua condição de norma, mas ainda importam na sua identificação (RAZ, 2009-a, p.109).

Isso porque, embora o debate deva legitimar o direito pelo procedimento deliberativo da norma a ser futuramente positivada, sua validade é garantida unicamente pelo pertencimento ao ordenamento como parte constituinte. A efetividade está, no entanto, ligada às razões, especialmente morais, que dão e continuarão dando força moral para uma contínua adesão à autoridade. A partir desse ponto, pode-se notar na teoria raziana uma separação entre o processo legislativo (deliberativo externo) que produz a norma no âmbito da validade e aquele que ocorre entre razões dentro do âmbito individual sobre a legitimação da autoridade (deliberativo interno), abrangendo, por sua vez, a efetividade vinculada a cada agente autônomo.

Como dito acima, após o reconhecimento da reivindicação de autoridade (condição de poder) de certa instituição e consequente legitimação da mesma como autoridade (possuidor do poder), aqueles que o fazem passam a ter uma obrigação moral, não de simplesmente obedecer ao direito, mas de considerar as normas positivadas como razões de natureza especial sem necessidade de reiterada justificação baseada nos motivos originais da sua positivação. Nota-se, portanto, a existência de uma força preponderante *prima facie* dessas razões sobre as a elas contrapostas, levando à substituição prévia de razões pessoais pelas autoritativas.

Obviamente, normas podem ser derrotadas no caso de razões fortes o suficiente para tanto, bem como o indivíduo pode não aceitar a reivindicação de autoridade da instituição, tornando-a deslegitimada. Nesse sentido, a moral tem papel fundamental, pois a efetividade, ou motivação em seguir a norma no caso concreto, estará diretamente ligada à identificação da autoridade como competente tanto no âmbito instrumental, ao cumprir objetivos que se propõe, quanto no não instrumental, ao salvaguardar valores tidos como importantes.

Assim, a partir do momento que a força moral do direito deriva da autoridade moral de alguma instituição que o produziu, *o conteúdo jurídico da norma pode ser*

*identificado sem recorrer aos argumentos morais ali contidos*²⁶. Desse modo, é necessário estabelecer a origem da norma dentro do sistema complexo de sobreposição de diversas autoridades, pois ela pode ter sido criada por uma autoridade e ser executada por outra, sendo fundamental determinar quais normas foram criadas por quem, o que, muitas vezes, envolve estabelecer quais foram os atos da autoridade e seu significado (RAZ, 2009-a, p.114).

Nesse momento, a interpretação ganha importância chave. A natureza autoritativa do direito, notando-se seus enunciados como identificáveis sem recorrer à moral, explica o caráter interpretativo inerente ao raciocínio jurídico. Isso porque, segundo Raz, não existe interpretação no raciocínio valorativo, pois não há a necessidade de se encontrar nele a ligação com o trabalho realizado pelos seus criadores e o que eles pretendiam, enquanto que ao se trabalhar com o direito, ao contrário, faz-se fundamental estabelecer o que foi feito pelas autoridades produtoras da norma, bem como qual norma se aplica ao caso (RAZ, 2009-a, p.116).

Longe de apontar para uma visão originalista, Raz defende que o raciocínio jurídico estabelece uma conexão entre o trabalho da autoridade produtora da norma aplicável e um processo de criação do intérprete, que modifica e suplementa a norma com base nas suas próprias considerações morais. Destarte, cria-se uma continuidade entre a reprodução e a criatividade, mas, apesar disso, nenhuma teoria geral da interpretação se faz necessária ou até mesmo possível, diante da complexidade e especificidade da situação concreta (RAZ, 2009-a, p.117).

Nesse sentido, a tradição é desejável para que o senso de pertencimento a uma coletividade e a visão de mundo a partir dela possam ser a base da associação entre indivíduos e grupos inseridos na mesma sociedade. Do mesmo modo, a inovação é importante para estabelecer a individualidade como marco de mudanças e evolução, fazendo com que certa ideia parta do singular até atingir um nível plural. A interpretação, nesse sentido, une ambas as premissas de modo que é impossível a existência de uma teoria moral generalizada ou de verdades morais que sirvam para todas as situações concretas e contextos diversos, tornando seu papel como fusão do passado e do futuro ainda mais destacado.

²⁶ Talvez esse seja o ponto central do positivismo exclusivo de Joseph Raz (RAZ, 1996, p.209).

A legislação teria uma gradação dentro do sistema jurídico, dependendo da estrutura divisora de tarefas estabelecida pelo texto constitucional e sendo uma tarefa cooperativa exercida por legisladores e intérpretes autoritativamente habilitados para a função. Desse modo, quando convenções jurídicas são ambíguas, incertas e não definidas, existem lacunas a serem preenchidas e cujo significado no ordenamento depende da resolução de ambiguidades e incertezas, dando a esse processo um efeito de produção legislativa (RAZ, 2009-a, p.123).

Fica claro, portanto, que normas são também produtos da criação e recriação daqueles com autoridade para tanto, sendo que sua validade não se baseia unicamente na autoridade originalmente possuída por algumas instituições, mas em um processo contínuo de legitimação que as torna vinculantes para os sujeitos que aceitam a autoridade. São, assim, assimiladas no ordenamento por meio de um intérprete autorizado para essa tarefa. Essa ideia é particularmente forte a partir do momento em que o direito é estabelecido, ou seja, torna-se incorporado por práticas e formas de pensar das pessoas e organizações em uma comunidade.

Destarte, o poder constituinte originário seria, por exemplo, um ponto de partida de um processo de contínua legitimação, mas não um limitador absoluto de para onde o ordenamento não poderia mais evoluir. Isso porque, embora seja a constituição estabelecadora de diretrizes interpretativas a serem utilizadas no ordenamento em questão, é o direito que serve como garantidor das práticas comuns que precisam ser atualizadas com o passar do tempo. Logo, não é surpresa a separação dessas da sua fonte original, tanto no âmbito de uma decisão legislativa formadora quanto de uma decisão judicial paradigmática criadora de precedentes.

No capítulo seguinte tratar-se-á com maior precisão a questão do alcance do poder constituinte originário, mas antes se necessita aprimorar a importância e o real alcance que a cooperação tem na partilha de competências e distribuição da autoridade entre instituições. Nesse sentido, o fato de a interpretação ser prerrogativa das cortes poderia parecer uma limitação do poder de legislar daqueles que tem essa função, mas é a escolha do método de interpretação, definido pelos produtores e aplicadores da constituição, que vai servir como ferramenta da divisão de poderes dentro de um Estado democrático de direito.

3.3 O USO DO ARGUMENTO DE AUTORIDADE COMO MECANISMO DE LEGITIMAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

3.3.1 A legitimação da autoridade e coordenação

Scott Shapiro alega que Joseph Raz é defensor do Modelo da Mediação, segundo o qual a autoridade deve mediar razões de modo que substitua as razões individuais pelas suas, legitimando-se pela eficiência de suas decisões. Em sentido contrário, defende o Modelo de Arbitragem, cujo fundamento da autoridade legítima está na sua capacidade de arbitrar disputas, buscando se legitimar pelo processo democrático, cuja função é servir aos cidadãos por meio da emissão de diretivas moralmente adequadas e propícias para alcançar o bem comum. Submete-se, portanto, à legitimação pelo procedimento, na qual o processo democrático define o que deve ser o autoritativo e permite a restrição do “eu futuro” baseada em uma obrigação de natureza moral entre cidadãos e autoridade (SHAPIRO, 2002, p. 440).

Para ele existem três distinções entre os conceitos de mediação e arbitragem, uma vez que elas diferem 1) quanto à função principal atribuída à autoridade em cada uma delas, sendo que a primeira trata de conflito entre pessoas e razões enquanto a segunda, entre grupos conflitantes; 2) quanto ao relacionamento estabelecido entre funções da autoridade e sua legitimação, sendo que na primeira a relação entre ambas seria direta, enquanto na segunda indireta; e 3) quanto aos níveis definitivos de legitimação, sendo que na primeira as autoridades são legitimadas por razões dependentes e na segunda, independentes. Nesse sentido, na mediadora a obediência por si só teria um valor instrumental enquanto que na arbitragem, não haveria benefício das partes com a obediência, mas essa seria um preço moral que deveria ser pago com o intuito de assegurar a conformidade alheia e promover a coordenação (SHAPIRO, 2002, p. 441).

Nesse sentido, embora a autoridade como mediadora seja uma evolução da noção tradicional arbitral, ela seria menos plausível do que defende Raz, pois a sua opção instrumental implícita ignoraria o valor intrínseco da democracia ao desconsiderar que ela não seria normalmente avaliada por rendimento, mas sim pela participação na sua construção e apoio na sua manutenção (SHAPIRO, 2002, p. 80). Assim, do mesmo modo que o modelo platônico é rejeitado por se basear na excelência do rei filósofo, a autoridade mediadora demonstra ser inferior à

autoridade arbitral, pois só essa conseguiria acomodar a importância da legitimação via democracia.

Desse modo, governos eleitos democraticamente e normas que obedecem ao devido processo legal seriam fruto de um acordo de divisão de poder gerando a obrigação moral de seguir a autoridade, em certas condições e no contexto democrático. A desobediência acarretaria não só uma violação da legalidade, mas um desrespeito unilateral e irracional de termos e diretrizes de cooperação previamente fixadas, sendo preciso considerar que a cooperação social, em termos práticos, não seria possível sem a disponibilidade de procedimentos de resolução de conflitos (SHAPIRO, 2002, p. 445).

Como passo seguinte, Shapiro defende a pretensão de que instituições democráticas seriam dotadas de poder concedido por cidadãos para que a autoridade seja capaz de planejar o futuro da sociedade. Tanto a participação democrática direta como a indireta garantiriam a moldagem de planos, nos quais a liberdade de discurso teria a função de influenciar a estruturação social e a escolha de metas. (SHAPIRO, 2002, p. 445). Nesse contexto, o processo democrático seria tido como justo por dividir o poder de uma maneira equânime, seja na possibilidade de participação política ou na igualdade de oportunidades de expressar opiniões e tentar convencer ao outro.

Por fim, ele conclui que violar a vontade democrática, ao menos em certas circunstâncias, significa uma avocação desarrazoada de poder, negando à maioria 1) o resultado que eles originalmente buscaram, 2) o controle sobre suas próprias vidas e 3) o respeito devido como iguais participantes em um acordo justo de divisão de poderes. Assim, a submissão à autoridade, ao invés de levar a uma violação da autonomia, demonstra respeito por ela, tida por Shapiro como o controle de sua própria vida, já que a deferência a uma autoridade eleita democraticamente demonstra respeito pelo outro e por suas escolhas.

A esse tipo de raciocínio, Raz denomina como argumento da cooperação, segundo o qual a função do direito é facilitar a cooperação social e essa cooperação poderia ser alcançada por meio da conformidade com a ideia de desnecessidade de recorrer ao conteúdo moral para identificar o direito. Isso porque certas normas

emanadas pela autoridade adequada estabeleceriam como a cooperação se desenrola e a substituição prévia motivaria cada cidadão a fazer sua parte para a execução do plano previamente elaborado (RAZ, 2009-a, p.382).

Entretanto, Raz em um debate sobre a questão travado com Postema, afirma categoricamente que a busca pela cooperação, apesar de muitas vezes desejável, não é uma função necessária do direito ou mesmo exclusiva dele, pois embora o direito tenha um importante papel de assegurar diversas formas de cooperação social, ele não consegue ser a premissa explicadora das ideias de autonomia e substituição prévia. A sua correção, portanto, não pode ser um argumento para explicar essas duas teorias, mas viria da aceitação de ambas, fazendo com que a coordenação não possa ser vista como inerente ao direito, mas apenas decorrente de características dele (RAZ, 2009-a, p.383).

Assim, quando um indivíduo aceita a reivindicação de autoridade da instituição reivindicante, ele passa a estar moralmente vinculado, mesmo que esse vínculo possa ser rompido no caso concreto. Tem-se aí um nexó moral entre ambos, surgido no momento da adesão à autoridade e não no momento da produção do direito. Parte do problema apresentado por Postema não estaria, entretanto, resolvido já que a motivação para obedecer à norma pode não se relacionar com a legitimação da autoridade pelo indivíduo, não havendo uma dependência necessária entre coordenação pré-existente e razões autoritativas substitutas das individuais.

Em relação à ideia de a identificação do direito relacionar-se com a cooperação, Raz defende que o fato de o conteúdo da norma poder ser identificado sem o recurso a argumentos morais, mesmo que esteja ela impregnada de moral, é inerente ao direito e que essa mesma identificação possa remeter a alguma busca por cooperação, mas que haveria um exagero em atribuir ao direito um papel coordenador necessário. Isso porque, às vezes, pode ser que somente a cooperação torne possível algum valor bem visto naquela sociedade ou que a materialização desse valor ajude a legitimar a autoridade que o executa, mas essa relação se relaciona mais com a importância do valor social que com a cooperação.

A tese das fontes, ou seja, a capacidade de determinar o conteúdo da norma com base em considerações não valorativas acerca dos fatos sociais e razões que

levaram à validação de suas fontes é verdadeira e o direito torna-se moralmente vinculante quando, e somente quando, assegure o valor, bem como outros valores também desejados, de uma forma melhor do que sem a cooperação e atuação no sentido de seu alcance. A coordenação perde, portanto, o sentido quando o bem é atingido sem uma atuação motivada pela sua efetivação (RAZ, 2009-a, p.387).

Destarte, Raz conclui que a ideia de cooperação não poderia ser entendida como função última do direito devido ao fato de toda razão de natureza jurídica e do próprio raciocínio jurídico não terem força sem serem moralmente justificáveis. Nesse sentido, a coordenação só tem sentido ao se justificar em razões instrumentais ou não instrumentais presentes na moralidade daquela comunidade, que, exatamente por existirem, vão motivar a coordenação. Para Raz não haveria um objetivo central no direito, mas apenas objetivos específicos, variáveis e fundamentáveis, contidos nas práticas da coletividade (RAZ, 2009-a, p.374).

3.3.2 *Legitimação e desacordo*

Jeremy Waldron, em sentido oposto, discorda de Raz quanto ao papel do direito como resultado de decisões majoritárias, apesar de ambos verem a necessidade de um critério para a identificação de qualquer norma como parte do ordenamento buscando sua aplicação na resolução de conflitos. O modelo de identificação de Waldron é diferente do de Raz por se basear na força do procedimento deliberativo realizado por uma assembleia de representantes que debatem a respeito de determinada temática e não somente na força autoritativa resultante da norma positivada (WALDRON, 1999, p.99).

Destarte, a visão waldroniana remete não só ao apoio da maioria a determinada causa com base na argumentação, mas ao próprio processo de adesão que afeta a legitimidade da norma a partir da sua validação. Dessa maneira, qualquer membro do grupo pode identificar o direito como resultante da decisão majoritária, seja ele favorável ou não ao conteúdo da norma. Mesmo que esse mecanismo de identificação seja considerado técnico por alguns, Waldron vê nele um método moralmente respeitável de um modo que outras convenções e decisões técnicas não conseguem ser (WALDRON, 1999, p.108).

Nesse sentido, embora se pense uma decisão da maioria como um princípio impessoal que não respeita a individualidade, Waldron defende a consideração dos indivíduos pelas decisões, de duas formas: 1) ao não estabelecer o consenso como necessário para a formação da norma, permitindo-se que cada um apresente suas razões e tente argumentar em sua defesa e 2) ao produzir o direito por meio de um processo legislativo previamente acordado, abraçando-se um princípio de respeito para cada participante do processo que ao final escolherá o que será seguido por todos, mesmo em caso de desacordo (WALDRON, 1999, p.108).

Destarte, responde-se a um suposto sentimento de descrença entre cidadãos que não teriam sua opinião considerada diante de milhões de pessoas envolvidas, especialmente considerando as falhas da democracia representativa. Afirma-se, também, que essa sensação pode ser real, mas a representação é apenas uma forma de respeitar cidadãos e por meio de procedimentos deliberativos é possível encontrar mecanismos produtores de resultados eficientes.

Essa importância dada ao procedimento se deve à rejeição por Waldron, assim como por Raz, de uma noção de verdade previamente estabelecida, devendo essa ser substituída pela visão de verdade construída proceduralmente pautada pelo dever de respeito ao desacordo, diante de um consenso impossível em diversas situações. Respeito, nesse sentido, envolve a forma como se trata a crença alheia sobre o que seria justo em circunstâncias onde nenhuma posição política é autoverificável e o debate vai determinar qual crença suscetível à controvérsia se tornará o caminho a ser percorrido (WALDRON, 1999, p.111).

Remetendo a Rawls, o desacordo deve-se ao fato de muitas das decisões serem tomadas com base em questões e condições nas quais não é esperado que pessoas conscientes, e com total discernimento, cheguem a alguma conclusão (RAWLS, 1993, p.56). Partindo-se da ideia de que a vida humana envolve valores múltiplos, é natural que haja um desacordo sobre quais devem prevalecer sobre os demais, especialmente em sociedades que abrigam contextos diversos e nas quais a noção de mundo varia imensamente. Diante disso, Waldron defende o respeito ao desacordo como base dos procedimentos deliberativos (WALDRON, 1999, p.112).

Isso só seria possível se a decisão do problema fosse vista de modo diverso da escolha aleatória ou entrega da deliberação a um indivíduo segundo o modelo hobbesiano, no qual a autoridade suprema pode fazer o que bem entender. A visão majoritária seria fundada pela associação entre (1) escolha da maioria de participantes do debate político de quais valores seriam positivados e (2) respeito pelos indivíduos e suas opiniões pessoais. Desse modo, o próprio procedimento de escolha legitima a força da decisão final e não haveria, portanto, aleatoriedade na escolha das diretrizes políticas e nem muito menos uma carta em branco para a autoridade implementá-las da forma que bem entendesse.

O processo de escolha majoritária daria igual peso à visão de cada pessoa, escolhendo-se uma dessas opiniões para ser a do grupo. Isso remeteria, segundo Waldron, a uma tentativa de dar a cada um o maior peso possível no procedimento, assim como uma compatibilidade com a opinião de todos os demais. Não somente a visão individual pode ser, portanto, minimamente decisiva, mas esse método dota-a de um poder de decisão máximo que só poderia ser restringido pela decisão igual dos demais participantes. Nesse sentido, a decisão majoritária coloca a si mesma como um método justo de decisão (WALDRON, 1999, p.114).

A preponderância da decisão majoritária só é possível devido ao surgimento de uma obrigação moral por parte da minoria de se submeter à decisão advinda da maioria, sendo essa uma demonstração de respeito e de justiça. Todavia, o argumento só ganhará força à medida que consiga convencer aqueles envolvidos e vença a disputa com os demais, muito embora os procedimentos que levem a essa vitória possam variar significativamente em cada caso. O ônus argumentativo, portanto, deve ser do indivíduo, mas o ordenamento deve garantir as condições necessárias para que os argumentos possam se opor do modo mais justo possível.

Nesse âmbito, Waldron afirma que apesar de a legislação parecer muitas vezes construída de forma arbitrária devido à possibilidade de um mero voto, por pouca ou nenhuma razão aparente, alterar a vida e os interesses de milhões, o processo de formação das majorias não é meramente técnico e estatístico, mas comprometido com a realidade e materializado nas mais diversas condições políticas, o que torna a decisão majoritária ainda mais relevante diante de desacordos infundáveis que prejudicam a todos (WALDRON, 1999, p.117).

A autoridade da legislação, entretanto, não poderia ser explicada apenas na decisão majoritária, mas estaria também vinculada ao senso de urgência moral e à importância que é dada à solução de certos problemas; ou seja, Waldron defende a existência de uma vinculação moral entre as dificuldades e a necessidade que as sociedades têm de resolvê-las como formas de legitimação da autoridade da decisão positivada. Pode-se exemplificar a questão dizendo que um problema gravíssimo que precisa urgentemente de solução cria, na sua própria existência, a autoridade moral para que a decisão majoritária o resolva, dentro das circunstâncias da política específicas e do nível de desacordo existente²⁷ (WALDRON, 1999, p.118).

Ao longo desse trecho, explicou-se porque a posição de Waldron sobre a autoridade e a decisão é baseada força da maioria. A partir daqui, todavia, far-se-á o contraponto dessas ideias com o intuito de mostrar que a visão de Raz sobre o tema não nega a legitimação pelo procedimento, seja ele legislativo ou judicial, mas amplia essa visão de forma construtivista, encampando a autoridade, e sua consequente remissão pelo argumento de autoridade. Desse modo, afirma-se que ambas estão baseadas na justificação independente do conteúdo associada à legitimação individual contínua do direito, sempre tendo em vista tratar-se de um contexto de razão prática.

3.3.3 *Razão prática, legitimação e fortalecimento das instituições*

Ao longo de seu argumento, Waldron defende a existência de uma obrigação moral dos vencidos em tomar como suas as razões dos vencedores. A partir daí defende que o procedimento de decisão majoritária legitima o ponto de vista vencedor em detrimento do vencido, sendo essa a melhor maneira de superar a divergência e respeitar o desacordo contido na prerrogativa de que todos merecem igual consideração para com a opinião pessoal. Nesse âmbito, não se discorda da importância da legitimação via procedimento, mas acredita-se que a questão é muito

²⁷ Como a discussão de Rawls sobre as circunstâncias da justiça, onde as condições de escassez moderada e altruísmo limitado fazem da justiça uma virtude e necessidade, as circunstâncias da política podem ser consideradas (1) a necessidade de um pano de fundo comum ou decisão compartilhada sobre algum assunto e (2) um desacordo sobre que ação deve ser tomada.

mais ampla e que existem formas mais adequadas para garantir a autonomia individual do que basear eficiência da norma em obrigações morais generalizadas.

Para isso a teoria aqui defendida se baseia na separação entre os momentos da *produção normativa*, que afeta a *validade*, e o momento da *adesão à autoridade*, e por consequência à norma emanada dela, que afeta sua *eficácia*. Embora separados, ambos se relacionam, de modo que a relação entre validade e eficácia é de mútua dependência, diante do direito positivado reivindicando autoridade. Para Raz, a validade nada mais é do que uma busca por eficácia em que normas superiores pautam a forma pela qual a legitimação se transforma em divisão de poder dentro da hierarquia estatal, derivando essa noção, em parte, da forte influência kelseniana na sua obra (RAZ, 2009-b, p.298).

Nesse sentido, a produção do direito se dá de forma coletiva, mesmo em caso de decisões judiciais individuais, enquanto a adesão ao direito ocorre individualmente, mesmo que os efeitos produzidos tenham consequências coletivas. A moralidade, portanto, é utilizada de modo diverso em cada uma das situações. Na primeira, pauta a produção normativa e é transmitida para seu conteúdo, mesmo que pela natureza justificatória independente não “prenda” seus aplicadores e intérpretes. Na segunda, por sua vez, a moral define a adesão à autoridade, e sua consequente legitimação, embora razões instrumentais também possam afetá-la.

Ademais, a legitimação pelo procedimento em Raz tem um caráter muito mais amplo do que em outros autores, pois existem dois tipos de legitimação ocorrendo simultaneamente. O primeiro tem natureza interna aos participantes do procedimento e ocorre no momento da produção da norma, seja ela efetuada no legislativo, executivo ou judiciário, e se assemelha com a ideia defendida por Waldron, até pela influência liberal compartilhada por ambos. A segunda, porém, é uma legitimação diferenciada, sendo externa aos participantes do procedimento e advindo da reivindicação de autoridade inerente ao direito, tendo um caráter geral na coletividade que é alvo da reivindicação de autoridade baseada em sua própria moralidade.

Não se deve esquecer, todavia, que em ambos os casos, a legitimidade pode não ser obtida, seja por falhas no procedimento em sentido formal ou material

no primeiro tipo, seja por inadequações à moralidade dominante ou por razões instrumentais muito fortes no segundo. Existe, contudo, uma tendência permanente pela busca contínua por legitimação em ambos, haja vista a sua condição complementar. Aqui, a argumentação funciona como mecanismo de comunicação e propagação de razões, sendo que não há legitimação que não passe por algum tipo de argumentação, notadamente a jurídica em estados democráticos de direito.

No caso da tentativa de legitimação dirigida a toda sociedade feita por meio da reivindicação de autoridade inerente ao direito e executada por meio de decisões judiciais, leis ou atos administrativos, o intuito é atingir cada pessoa individualmente, de modo que a instituição em questão passe a ser legitimada e vista como autoridade. Como já dito, ao mesmo tempo em que busca fazer o indivíduo abrir mão de suas próprias razões em detrimento das emitidas pela autoridade, ela emite novas razões para os que já a aceitaram retenham reforçados os vínculos associativos legitimadores iniciais. Assim, atrai outros para também aceitarem seu papel como autoridade, produzindo novos laços de mesma natureza.

Antes de prosseguir, todavia, faz-se necessário destacar aqui a diferença entre ter autoridade, ser autoridade e receber autoridade. O termo serve para designar 1) o poder recebido no momento da legitimação, 2) a pessoa ou instituição que possui o poder e 3) aquele que não o possui, mas recebe ordens para materializá-lo em nome de outrem.

Como já afirmado, a reivindicação de autoridade prática é feita pelo direito por meio de instituições (tribunal, parlamento ou administração pública), mas seu poder é implementado, na maioria das vezes, por pessoas que ocupam cargos dentro da administração pública (juiz) e recebida por seus subordinados que executam ordens (servidores), dentro de uma hierarquia funcional prevista no ordenamento. Todavia, em muitas sociedades a figura do indivíduo, da instituição e do poder se misturam, demonstrando uma não separação completa entre as formas tradicional, carismática e burocrática traçadas por Weber (WEBER, 1992) muito embora aqui se defenda que a autoridade é una e reivindicada pelo Estado.

Pode-se, portanto, afirmar que a reivindicação de autoridade é dirigida para a coletividade, apesar de existirem normas dirigidas a grupos ou pessoas

específicas, e busca atingir cada indivíduo isoladamente. Entretanto, somente a soma das legitimações individuais será capaz de legitimar a instituição de modo amplo, efetivando a sua pretensão de ser obedecida, ou ao menos tentando fazê-lo. Aqui a diferenciação entre autoridade *de facto* (eficiente em impor sua vontade) e autoridade *de juris* (legitimada para tanto) faz-se fundamental, pois ao mesmo tempo em que todo direito reivindica autoridade legítima, prescinde de uma capacidade mínima de impor sua vontade para ser vista como legitimada e satisfazer à necessidade que toda reivindicação feita possa ter em ser cumprida por parte daqueles que afirmam serem merecedores de legitimação (RAZ, 1996, p.215).

Pode parecer que se adota aqui uma postura por demais relativista e individualista na teoria do direito. Entretanto, busca-se a todo o momento contrapor essas tendências a aspectos objetivistas e paroquialistas, pois, apesar de existirem conceitos e práticas específicas em cada coletividade, existem também aqueles que têm natureza universal acessível a todos, mesmo que não tenham sido originadas endogenamente. Ademais, conceitos criados em determinada coletividade não são exclusivos a elas e podem ser universalizados (RAZ, 1996, p. 205). Argumentos instrumentais entram nessa situação, pois a legitimação, por exemplo, de uma autoridade que consegue cumprir os objetivos entendidos pela coletividade à qual está vinculada como adequados e moralmente justos (quaisquer que sejam eles), tem valor em si mesma.

Nesse sentido, Raz afirma que a justificação de determinada conduta, ideia basilar da legitimação da autoridade, pode variar em cada contexto cultural, mas que apresenta características universais ou universalizáveis que não podem ser desconsideradas (RAZ, 1996, p. 206). A partir daí, a tese da Concepção de Serviço da autoridade (*Service Conception thesis*) começa a fazer mais sentido e parecer menos contraditória, já que argumentos instrumentais, úteis independentemente do contexto, poderiam se compatibilizar com argumentos não instrumentais, que tem um valor maior ou menor dependendo da coletividade em questão.

Assim, a argumentação ganha notável importância, notadamente a argumentação jurídica nos casos em que o sistema jurídico for o *locus* onde o debate é praticado. Deve-se a isso a capacidade de traçar padrões de acesso a razões diversas a serem compatibilizadas (ou não), dependendo do modo como são

executados e dos limites que foram previamente impostos, uma vez que não existem para o operador do direito, na execução de seu trabalho, verdades ou mentiras, mas sim, teses fortes ou fracas, sustentáveis ou não, razoáveis ou desarrazoadas.

Por se encontrar no âmbito da razão prática, o direito é uma instituição que busca justamente construir parâmetros cada vez mais racionais de avaliação das decisões judiciais, criando condições de justificabilidade que transcendam o texto positivado e as práticas reiteradas que se formam em torno dele, sem, no entanto, apagar os vínculos com o passado e esquecer suas conquistas. Acredita-se, por fim, que é possível o uso do argumento de autoridade de modo racional e baseado na hierarquia autoritativamente desenhada pela distribuição de poder prevista em normas superiores, bem como no papel central das regras últimas de reconhecimento que se localizam externamente, mas determinam como novas práticas são recepcionadas.

CONCLUSÕES PARCIAIS “3”:

No presente capítulo foi possível concluir que o argumento de autoridade tem aspectos epistêmicos, lógico-semânticos e metafísicos atuantes em paralelo e garantidores da força argumentativa. Todavia, a fundamentação da autoridade faz necessário o uso de mecanismos referenciais internos ao próprio direito, de modo que a autoridade jurídica é eminentemente prática, só se aplicando a epistemologia, a lógica e a metafísica na medida em que o ordenamento assim permita²⁸.

Nesse sentido, a ideia de justificação independente de conteúdo ganha destaque, pois ao romper com a transitividade lógica, ele faz a norma fundar-se na condição de pertencimento ao ordenamento em que está inserida e não em razões externas que agiram na sua posituação. Destarte, nota-se a existência da capacidade de se definir o direito sem recorrer a considerações morais, mesmo aquelas que lhe dão eficácia, bastando uma remissão à dependência do normativo em relação ao valorativo, no caso, a legitimação do direito pela moral externa com a qual o indivíduo se identifica ao deliberar se legitima a autoridade que a ele se dirige.

²⁸ Não se nega aqui a importância de conhecimentos científicos, regras semânticas e crenças extrajurídicas, defendendo que elas precisariam do direito para existir no campo do ser. Entretanto, em um campo de dever-ser específico, o ordenamento jurídico, elas necessitariam da posituação para produzir efeitos internos.

Essa relação entre direito e moral é demonstrável pela natureza reivindicatória de autoridade inerente a qualquer conjunto normativo. Para tanto, pressupõe-se a existência de um processo de legitimação contínuo, no qual o argumento de autoridade tem papel de destaque, uma vez que é por meio dele que se faz remissão a autoridade e a hierarquia autoritativa entre diversas autoridades.

Nesse sentido, a remissão deve obedecer a regras de distribuição de competências e poderes, pois o direito é um sistema normativo institucional de normas identificáveis pela origem capaz de vincular certas instâncias jurídicas dentro das instituições estatais com base em regras de segunda ordem que as identificam e as aplicam. Todavia, somente a moralidade externa da comunidade, seja em aspectos instrumentais ou não instrumentais, é capaz de produzir eficácia pela legitimação.

Além disso, concluiu-se que a ideia de cooperação não pode ser entendida como função última do direito, pois razões de natureza jurídica e o próprio raciocínio jurídico não têm força sem serem moralmente justificáveis. A coordenação só tem sentido ao se justificar em razões instrumentais ou não instrumentais presentes na moralidade daquela comunidade, que, exatamente por existirem, vão motivar a coordenação. De forma muito semelhante, Shapiro defende que a função básica ou o propósito moral (*Moral Aim*) do direito é apenas permitir a coordenação, uma vez que o próprio uso da força coercitiva só tem sentido desde que inserido em um contexto de planejamento social que busque a coordenação social como meta (SHAPIRO, 2011, p. 175) ²⁹. Não é a importância da norma, desse modo, nem seu conteúdo, os motivos que fazem com que ela seja autoritativa, mas sim sua posição dentro da comunidade política na qual está inserida e que parcialmente constitui.

²⁹ “A primeira coisa a se notar sobre a Teoria do Planejamento de Shapiro é que ela pode estar mais próxima do positivismo normativo e, portanto, da tradição do jusnaturalismo, do que ela pretende. Como vimos acima, a tese da proposição moral (*moral aim thesis*) é o aspecto central da visão de Shapiro da natureza dos sistemas jurídicos. O ‘objetivo fundamental’ de todo o sistema legal seria ‘corrigir as deficiências morais das circunstâncias da juridicidade’. No entanto, é muito implausível defender que, a menos que se esteja defendendo uma posição de direito natural, que a tese da proposição moral (*moral aim thesis*) seja simplesmente um ‘truísmo’ ou uma ‘verdade metafísica’, que faz parte da ‘essência’ de todo o sistema jurídico. Se a tese da proposição moral (*moral aim thesis*) busca resistir, não é porque seja um dogma filosófico que é simplesmente uma parte da imutável ‘natureza’ do direito e que tenha de ser meramente ‘reconhecida’ por juristas. Não é algo que simplesmente está ‘lá fora’ a ser ‘encontrada’ por nossa percepção sensorial. Pelo contrário, a tese da proposição moral (*moral aim thesis*) é em si mesma o resultado de uma escolha política do teórico jurídico quando ela constrói a sua própria teoria interpretativa do direito” (BUSTAMANTE, 2012, p.504).

Também se destacou nesse capítulo que a natureza autoritativa do direito explica o caráter interpretativo inerente ao raciocínio jurídico, já que ele, ao contrário do raciocínio moral, no qual não existe a necessidade de remissão à origem das normas, faz fundamental estabelecer o que foi feito pelas autoridades produtoras do ordenamento, bem como definir qual norma se aplica ao caso concreto. A interpretação, dessa maneira, serve para estabelecer a unidade entre passado e futuro dentro do sistema jurídico.

Conclui-se, por fim, que a noção de legitimação pelo procedimento deve ser encarada de forma muito ampla, pois se acredita na existência de dois tipos de legitimação ocorrendo simultaneamente. Ao primeiro atribui-se natureza interna, ou seja, relacionado aos participantes do processo produtor da norma e sua atuação no momento da produção normativa. À segunda, por sua vez, apontou-se um caráter externo, ou seja, relacionada com a reivindicação de autoridade direcionada a todos os membros do grupo e baseada em vínculos associativos advindos da moral.

Nesse sentido, por se encontrar no âmbito da razão prática, o direito tem um caráter institucional que busca justamente construir parâmetros cada vez mais racionais de avaliação das decisões judiciais, criando padrões de justificação da autoridade que ao mesmo tempo respeitam a hierarquia autoritativa positivada no ordenamento e reforçam os vínculos morais que alimentam a legitimação. Acredita-se, desse modo, que é possível o uso do argumento de autoridade de modo racional e baseado na hierarquia autoritativamente desenhada pela distribuição de poder prevista em normas superiores, bem como capaz de remeter às autoridades superiores sem violar as ideias de justificação independente do conteúdo e não confusão entre o âmbito do direito e da moral.

CAPÍTULO 4 - AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO E O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O presente capítulo aponta as peculiaridades da noção de autoridade nos sistemas de *civil law*, especialmente o brasileiro, destacando a inter-relação entre a noção de autoridade, foco central dos capítulos anteriores, e sua reivindicação pelo tribunal superior. Essa vinculação baseia-se tanto na forma como se encara a ideia de autoridade, tendo-a como alcançada ou construída, quanto no papel do uso do mítico na legitimação do poder. Assim, será possível destacar alguns erros e acertos no emprego do argumento de autoridade pela jurisprudência do STF.

Primeiramente, apontar-se-á como a tradição de separação e unificação dos conceitos romanos de *auctoritas* e *potestas* pode influenciar o uso da autoridade nos sistemas jurídicos do *civil law*. Isso porque se defende aqui que o modelo de surgimento e transmissão de autoridade tem uma longa trajetória até ser transplantado para os atuais conjuntos normativos piramidais regidos por uma carta constitucional. Esses, todavia, continuam sendo baseados na teoria clássica do poder constituinte originário formulada por Sieyès, que, por sua vez, permanece regendo o modo como as cortes constitucionais vêm o próprio poder e autoridade.

Em um segundo momento, apontar-se-á o processo de superação do modelo clássico de transmissão de autoridade baseado no poder constituinte originário com aspectos metafísicos. Isso se inicia na luta em prol da desmistificação da autoridade efetuada por autores como Hans Kelsen, passa pelo estabelecimento das noções de regra última de reconhecimento e ponto de vista interno de Herbert Hart e estende-se nas recentes contribuições de Bruce Ackerman e outros autores, almejando uma maior compatibilização entre a participação política democrática e a transmissão de autoridade em uma perspectiva mais construtivista que originalista.

Por fim, retomar-se-á a obra de Joseph Raz, ressaltando a sua ideia de legitimação pela práxis como forma mais adequada de produzir a aceitação da autoridade reivindicada por determinada instituição em um sistema político-jurídico. Nesse momento, o trabalho desse autor será usada como parâmetro para apontar erros e acertos no uso do argumento de autoridade pelo STF, almejando-se a abordagem mais racional possível.

4.1 O MODELO CLÁSSICO DE AUTORIDADE CONSTITUCIONAL

Antes de entender o modelo clássico, no qual a autoridade da constituição surge a partir do poder constituinte originário e é transmitida para todo o ordenamento, em um sentido de justificação da própria condição de fonte da autoridade que transmite seu poder para tudo que dali se origina, faz-se fundamental uma remissão aos conceitos de *auctoritas* e *potestas*. De acordo com o direito romano, o primeiro refere-se à capacidade de criar normas com base na tradição, que no caso do Senado remetia à fundação de Roma e tinha caráter religioso. O segundo, por sua vez, relacionava-se com a capacidade dos magistrados de dizer o direito, tendo fundamento no poder reconhecido pelo estado e pelo povo, possuindo um caráter jurídico ligado às instituições do direito romano.

O poder do termo *auctoritas*, todavia, não remete à pessoa ou instituição que o possuía, mas a uma ligação com a divindade, expressa na noção de *numen*, traduzida como espírito-guardião. Destarte, seu uso se relaciona ao verbo *augere*, significando não somente deixar algo maior, como alguns entendem erroneamente, mas associar-se a um poder criador de natureza político-religiosa que “põe no mundo”. Ele reflete no possuidor do *auctoritas* o papel de um mediador das esferas divinas e humanas, cuja infalibilidade conforma o poder jurídico à origem mítica da fundação (NASCIMENTO, 2013, p.31). Usá-lo é, porém, privilégio dos deuses ou das grandes forças naturais e não dos homens, que apenas dão validade ao ato, pondo-o em concordância com o plano divino (BENEVENISTE, 1969, p.149).

Para Giorgio Agamben, o termo *auctoritas* tem aplicação tanto no direito privado quanto no público, sendo naquele referente, por exemplo, ao poder do titular da família (*pater familias*) de promover a ligação entre o ato praticado e a tradição que o precede e autoriza, não apenas em nome próprio, mas no de toda a linha que o antecede e da qual é co-criador³⁰. Ademais, na concepção romana privatista, o dualismo marca a importância do poder contido no *auctoritas*, já que ele torna o ato

³⁰ Não por acaso Dworkin busca na ideia gadameriana de tradição a produção de um vínculo entre passado e presente, expresso na sua ideia de romance em cadeia. Acredito que isso se deve, em boa medida, ao enfraquecimento, no contexto anglo-saxônico, do conceito de autoridade derivada da tradição em detrimento da autoridade baseada na cessão de autonomia da vontade. Como visto, nesse contexto acredita-se que o indivíduo conceda parte da sua autonomia ao soberano, legitimando-o. Todavia, a ideia de tradição persiste no *common law* por meio da noção de histórico de decisões contínuas anteriores, conhecida como *doctrine*, que legitima a decisão, mas não justifica seu aspecto político.

válido pela sua ligação com o passado, diante da impossibilidade de uma criação a partir do nada (*ex nihilo*) ou apenas da força (AGAMBEN, 2004, p.118).

Já no âmbito do direito público romano, *auctoritas* designa a prerrogativa do Senado, que tem a função de ligar o magistrado, ou a decisão popular, ao mito da fundação, seja por meio da ratificação das decisões daqueles que têm o poder jurídico, seja pela emissão de conselhos não vinculantes que derivam da sua sabedoria, também de ordem mitológica. Embora haja uma rejeição à tentativa de associação entre os aspectos privado e público do termo *auctoritas* e *auctor* no direito romano, é perceptível que essa ligação se deve à estrutura de ambos, remetendo à noção de poder que confere legitimidade (AGAMBEN, 2004, p.121).

Nesse aspecto, a *auctoritas* se relaciona com o *potestas* dos magistrados e do povo, ao legitimar o exercício desse último, possuidor de natureza eminentemente jurídica. Agamben, inclusive, associa a primeira à possibilidade de suspensão da ordem representada pelo segundo, criando toda uma concepção para o estado de exceção (AGAMBEN, 2004, 123). Não entrando no mérito dessa teoria, destaca-se aqui que o poder no direito romano depende da legitimação e que sua remissão ao metafísico e à tradição foram herdadas por todos os sistemas político-jurídicos ocidentais, muito embora essa noção permaneça mais forte no *civil law* continental do que no *common law* insular.

Essa dualidade, base do equilíbrio de poderes no sistema romano, altera-se, porém, com o fim da República e a união de ambas as noções, fazendo com que a primeira incorpore a segunda. O imperador Otaviano, posteriormente, não por acaso Augusto, busca governar baseado não somente na sua força jurídica advinda da condição de primeiro magistrado, mas na sua capacidade de remeter ao conhecimento divino e à divindade, legitimando seu poder na incorporação da *auctoritas*. Cria-se, assim, uma fusão entre os termos, não tendo mais a *auctoritas*, no sentido de conhecimento-tradição, o papel de controlar o *potestas*, no sentido de poder jurídico, mas mantendo seu papel de legitimador do mesmo (AGAMBEN, 2004, 125).

A partir daí, portanto, a política e o direito ocidentais passam a confundir ambos os conceitos, embora ocorram várias novas separações e reformulações

após o fim do império romano e a ascensão do cristianismo. Permanece, contudo, a constante remissão ao caráter divino do conhecimento e à necessidade de aprovação metafísica da legitimação do poder, noção preponderante até a ascensão da ideia de autoridade baseada na cessão de autonomia individual ao soberano.

Segundo Larry Scanlon, embora novamente separados, devido à impossibilidade de remissão total a um passado pagão, é a fórmula de mescla entre *auctoritas* e *potestas* que vai continuar pautando o modelo de legitimação do poder durante a Idade Média. Surge, portanto, uma nova ligação entre a identidade do passado e do presente, que se faz por meio da criação de uma representação de autoridade secular legitimada pela divindade cristã (SCANLON, 1994, p.50).

Nesse sentido, a antiga oposição de conceitos marca a nova relação institucional entre Igreja Católica e poder secular, notadamente pela teoria das duas espadas, que prescreve, por meio de interpretação bíblica, o poder secular como subordinado ao eclesiástico, exatamente pela posição privilegiada deste em relação ao divino. Seguindo exatamente a linha alterada pela fusão do *auctoritas* ao *potestas* na passagem da República para o Império, o poder religioso usa do primeiro conceito, incorporado na figura do imperador que o exerce na forma do segundo, como apelo muito mais coletivo do que a antiga concepção de simples legitimação pela divindade, passando a partir daquele momento a existir não mais um vínculo de ligação legitimadora, mas sim de dependência legitimadora (SCANLON, 1994, p.56).

O entendimento desse processo, contudo, tem sido dificultado pela ideia de que a autoridade cristã é autolegitimadora, não necessitando de remissão ao passado, exatamente pela condição divina de Cristo e pela sua orientação na fundação da Igreja, bem como na escolha de seu líder. Todavia, a partir do ponto de vista ideológico, e não do constitutivo, o poder eclesiástico substitui a figura do imperador como fonte do senso coletivo de autoconsciência da sociedade, antes romana e agora cristã, passando os textos sagrados, e suas interpretações, a pautar a nova relação de conexão e dependência (SCANLON, 1994, p.59).

Com o advento do Antigo Regime e a ascensão do monarca dos novos estados-nação, o modelo de mescla entre *auctoritas* e *potestas* continua basicamente inalterado, mas com uma gradual inversão de polos, já que embora a

influência da Igreja continuasse alta até pelo menos a Reforma, a legitimação do poder passa paulatinamente à figura do monarca, que personifica a nação. As posteriores figuras do padroado português, patronato real espanhol e da subordinação eclesiástica ao reino francês podem ser tidas como provas dessa nova polarização, legitimada naquele momento pela noção de direito divino dos reis.

Todavia, a própria Igreja Católica permanece reticente em relação ao abandono da tradição que havia construído em torno de si, sendo destacáveis as teorias de Tomáz de Aquino, que condena a derrubada de cristãos legitimamente coroados, afirmando que essa é uma atribuição unicamente papal, e de Francisco Suarez, que afirma que o poder do rei não vem diretamente da divindade, mas sim da transmissão do povo organizado em comunidades (ALVES, 1949, p. 19). Assim, foi somente com a ascensão do protestantismo que se abandonou a noção tradicional ligada à Igreja como fonte de legitimação da autoridade, sem, no entanto, abandonar-se o papel dado à divindade.

É interessante notar que o início da mistura das noções de *auctoritas* e *potestas* na figura unicamente do rei, deu-se com o rei James I da Inglaterra e Escócia, defendendo a superioridade real por razões bíblicas e a necessidade de um governo centralizador e absolutista, baseada na tradição e em Deus. Todavia, foi no contexto político-jurídico britânico que se iniciou o processo de transmissão da autoridade para o parlamento e para os tribunais, culminando com uma dessacralização da figura real e da prerrogativa do sistema jurídico (CROFT, 2003, p.131).

No momento posterior, quando do surgimento das revoluções dos séculos XVIII e XIX, surge o dilema de como legitimar a autoridade do Estado sem recorrer à figura monárquica, o que fez com que Emmanuel Sieyès criasse a noção de poder constituinte originário, capaz de criar uma constituição que legitimasse todo o ordenamento e se legitimasse a supremacia constitucional sobre ele (SOUZA NETO e SARMENTO, 2013, p.243). Nesse sentido, tal poder é inicial, incondicionado, indivisível e permanente, havendo uma clara referência ao poder divino e a uma implícita tentativa de substituir a *auctoritas* real (poder legitimado), justificando o *potestas* (poder de fato) que já se encontrava nas mãos dos revolucionários.

Todavia, em um primeiro instante tal perspectiva ainda estava vinculada a noções de direito natural, uma vez que muito embora o caráter místico ainda fosse extremamente forte, o processo de racionalização do direito já havia se iniciado no século anterior. Mesmo no modelo norte-americano, formulado anteriormente à obra de Sieyès, percebe-se uma necessidade de atos fundadores que legitimem o poder e sejam balizados por uma carta constitucional representante do metafísico e perpetuadora de seu legado (SOUZA NETO e SARMENTO, 2013, p.242).

Isso porque, segundo Paolo Grossi, o século XVIII, apesar de ser um momento de ruptura com o passado, apresenta o surgimento de um novo problema: a fragilidade advinda da ausência de metafísicas religiosas. Diante disso, usa-se novamente o mito, agora travestido de nação, para criar uma meta-realidade, que de certo modo rompe com a historicidade, na medida em que não se atém a particularidades históricas não interessantes e específicas, mas cria uma meta-história, com o objetivo de tornar absoluto aquilo que foi relativizado pelo processo gradual de secularização iniciado dois séculos antes (GROSSI, 2004, p.58).

Nesse sentido, o iluminismo político-jurídico precisa da esfera mítica devido à necessidade do absoluto como parâmetro de estabilidade, haja vista que sua ausência ameaçava a nova estrutura de sociedade civil que estava sendo construída com o processo revolucionário. Grossi, inclusive, defende que essas medidas criam suportes para garantir a inalterabilidade, em visível contradição com a ruptura e modelagem do moderno que pregava o projeto iluminista jurídico da Europa continental (GROSSI, 2004, p.59). Para tanto, é possível perceber, novamente, a influência do jusnaturalismo na construção dos mitos jurídicos.

A própria disputa, narrada por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, a respeito de qual teoria sobre a titularidade do poder constituinte prepondera demonstra bem a questão de como se construiu o modelo constitucional continental. De um lado verifica-se a noção de titularidade pertencente ao povo, primeiramente associado ao rei e depois o substituindo, quando não havia mais condições políticas para continuidade da monarquia, e do outro a titularidade reservada à figura da nação. Embora possam parecer semelhantes, no primeiro existe a possibilidade de participação mais efetiva dos indivíduos que constituem a coletividade e de uma

maior possibilidade de aceitação da pluralidade cultural na sociedade em questão, uma vez que o diferente também pode fazer parte do todo.

Na segunda, em oposição, um corpo de associados forma uma “unidade orgânica permanente” que não se confunde com o conjunto de indivíduos que a compõem em um determinado momento. Percebe-se, portanto, que nesse último a nacionalidade tem natureza própria, destacando-se da população e assumindo seu papel de tutora e mediadora de conflitos, exigindo em contrapartida lealdade à coletividade a qual pertence (SOUZA NETO e SARMENTO, 2013, p.245-250).

Para Nelson Saldanha a relação entre a noção dual teologia-política e o caráter específico do conceito ocidental moderno de constituição é permanente, sendo que as primeiras se fundiram em uma lógica única que determina a forma como se encara o último. Apesar do processo de secularização ter sido gradativo, houve uma equiparação da carta constitucional a um livro sagrado, havendo considerável resistência ao processo de busca pela interpretação da mesma, já que isso tira sua aura mística e dá poder de legitimação a uma esfera humana construtivista e cada vez mais dessacralizada (SALDANHA, 2001, 672-674).

Ademais, é interessante notar que houve um acoplamento, mais do que uma tensão, entre as tendências defensoras de um constitucionalismo liberal e de um constitucionalismo conservador. Embora houvesse uma rejeição por parte desse último das ideias liberais, já que essas promoviam uma ruptura com instituições até então tidas como fundamentais, elaborou-se um conceito contemporâneo de constituição capaz de conciliar a construção de um novo começo com a preservação de uma tradição histórica, ligada à ideia de nação, já sedimentada. Nesse sentido passou-se de um contexto revolucionário liberal que tinha a nação como princípio e a ordem como razão, para um contexto pós-revolucionário conservador que enxergava a nação como história e a ordem como tradição (SALDANHA, 2001, 679).

Especificamente no Brasil, segundo Nelson Saldanha, essa característica conservadora se acentuou, muito devido à adoção da monarquia e de uma série de instituições voltadas à construção de uma tradição norteada pela formação de uma nação com base na historicidade. Seguindo seu argumento, nota-se que as demais cartas latino-americanas, longe de serem perfeitas, foram possuidoras de viés

nitidamente mais liberal, sendo o conservadorismo marca notável da trajetória constitucional ao longo dos momentos políticos seguintes (SALDANHA, 2001, 681).

Destarte, o conservadorismo acentua a permanência do teológico na medida em que fortalece uma visão de mundo voltada necessariamente para a autoridade que se legitima no passado e não permite a construção racional do futuro, pois não existem mecanismos que tornam possível uma nação se libertar da sua historicidade e de seus dogmas jurídicos. Pode-se entender, nesse sentido, a preferência pelo Supremo Tribunal Federal por um uso da noção de autoridade constitucional em um sentido de respeito a diversos dogmas jurídicos produzidos em torno da carta constitucional. A contínua negação, por parte desse tribunal, de se analisar o mérito da constitucionalidade de normas estabelecidas pelo poder constituinte originário, alegando sempre a ausência de condições de ação para tanto, ilustra bem a questão (SOUZA NETO e SARMENTO, 2013, p.254).

Diversamente, o tribunal constitucional alemão, que embora jamais tenha invalidado uma norma constitucional originária, admite a possibilidade teórica do controle em casos excepcionais de gravíssimos imperativos de justiça ³¹. Já o tribunal brasileiro simplesmente se nega a analisar o mérito da questão, atendo-se a um formalismo que esconde o verdadeiro problema: um dogmatismo jurídico e um receio de violar o mito do poder constituinte originário. Faz-se importante ressaltar, todavia, que tal sentimento não é exclusivo desse tribunal ou de sua formação específica, mas compartilhado por boa parte da comunidade jurídica nacional, o que torna a questão ainda mais complexa.

A exposição do relator Min. Moreira Alves no julgado da ADI 815/DF de 28/03/1996, apesar dos diversos anos que já se passaram, ilustra muito bem um posicionamento que se mantém até os dias atuais:

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da

³¹ "O Tribunal Constitucional alemão, embora jamais tenha invalidado norma constitucional originária, reconheceu a possibilidade teórica de controle de decisões do poder constituinte originário, em casos excepcionais, de gravíssimas violações a imperativos de justiça. Afirmou, todavia, que essa hipótese seria altamente implausível no cenário de constituições democráticas, como a germânica" (SOUZA NETO e SARMENTO, 2013, p.254).

Constituição” (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este tem, ou não, violado os princípios de direito supra positivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

Não é, entretanto, intuito deste trabalho entrar no mérito de casos concretos ou defender uma postura contrária ao princípio da unidade da constituição, já que é inegável a importância de um mínimo de coerência sistêmica se se pretende possuir uma Carta maior com eficácia plena. A partir daqui, todavia, demonstrar-se-á uma visão diferente do modelo clássico de transmissão de autoridade constitucional inspirada no processo de desmistificação kelseniano, na ideia de regra última de reconhecimento hartiana, bem como nos avanços baseados na noção de valores juridicamente sedimentados pelas práticas dos tribunais e por debates políticos, sendo viável e plenamente implantável no contexto brasileiro.

4.2 A SUPERAÇÃO DO MODELO CLÁSSICO DE TRANSMISSÃO DE AUTORIDADE

Em sua obra, Hans Kelsen tenta estabelecer uma teoria do direito que rejeite as proposições metafísicas, notadamente jusnaturalistas, sobre a natureza do direito e a validade de suas normas, em prol de um caráter científico que deve ser assumido pelo estudioso do fenômeno jurídico. Ao estabelecer seus conceitos em uma base formal, ele busca livrar a ciência do direito de contingências históricas do ordenamento, permitindo uma descrição do direito independentemente dos conteúdos específicos das normas vigentes em um determinado sistema jurídico.

A partir de uma teoria intitulada “pura”, ele almeja garantir um conhecimento do direito como dever-ser e excluir deste tudo que não pertença ao seu objeto. Assim, pretende libertar o sistema dos elementos que lhe são estranhos, ao mesmo tempo estabelecendo a diferenciação entre direito, de natureza eminentemente normativa, e ciência do direito, de aspecto descritivo (KELSEN, 2003, p.1).

Todavia, ao contrário do que afirmam seus detratores, a teoria não subestima a importância do caráter empírico do direito, mas pretende fazer uma ciência sem conotações ideológicas, já que “a razão para fundar uma ciência pura do direito não consiste em justificar todo o poder, mas no contrário: despojar de toda

justificação ‘científica’ a qualquer poder” (CORREAS, 1989, p.28). Isso se deve ao fato de a ciência do direito kelseniana não abdicar do contexto político-social em que estava inserida, ao mesmo tempo em que não pretendia ir além dele, como fazia o direito natural, apenas centrando-se em seu objeto: a norma jurídica.

Ao cidadão, porém, o argumento kelseniano deixa a liberdade de fazer o que suas convicções morais exigirem, ainda que o direito recomende o contrário e o indivíduo esteja sujeito à punição prevista em lei. Destarte, não se renuncia à própria consciência em favor da do legislador, sendo a autonomia moral um dos seus mais importantes legados. A unidade sistêmica, entretanto, está na relação entre a validade, a eficácia e o conceito de norma fundamental. Por eficácia entende-se o ato de vinculação da sanção a certo comportamento tido como ilícito, criando dois resultados necessários: a obrigatoriedade de aplicação de medidas por parte de órgãos estatais competentes e a obediência dos indivíduos submetidos à ordem jurídica, que passam a evitar a sanção.

Já a validade da norma só é atingida quando essa, além de seguir todas as regras estabelecidas no ordenamento, tenha sido criada em conformidade com a norma fundamental (KELSEN, 2003, p.221), estabelecendo-se uma cadeia de validade que sempre remete a ela. A validade objetiva da norma, contudo, não provém de nenhum ato do plano dos fatos, mas da obrigatoriedade estabelecida pela norma que autoriza a realização deste ato, estando ligada, ao contrário da eficácia, ao plano do dever-ser e não do ser.

A essa posição pode-se denominar originalismo, uma vez que toda ordem jurídica remete à origem de um sistema normativo, no caso a norma fundamental, cuja criação é pressuposta, mas não surgida a partir da simples pressuposição (RAZ, 2009-a, p.126). Todavia, não é razoável confundir esse conceito kelseniano com o originalismo criado em torno da Constituição norte-americana de 1787, cujo processo de mitificação tem implicações até os dias de hoje, já que o objetivo do jurista austríaco não era produzir um ato justificatório da autoridade constitucional partindo de pressupostos metafísicos, mas estabelecer um ponto de partida lógico a partir do qual se desenvolve o ordenamento.

Nesse sentido, conclui-se que as normas jurídicas devem ter um mínimo de eficácia para ser válidas, o que evidencia a contínua relação entre esses conceitos, sendo a sua vinculação imprescindível para a segurança do ordenamento jurídico. Nesse sentido, deve-se entender eficácia como condição da validade normativa, sendo importante ressaltar que as normas jurídicas podem perder a sua eficácia e, por conseguinte, a sua validade, quando não são mais socialmente respeitadas.

Ademais, um dos principais pontos do pensamento kelseniano é a dissolução do dualismo ideológico Estado/direito, já que ambos representam uma única realidade lógica e ontológica. Isso esvazia o Estado como ente isolado, passando ele a ser entendido principalmente como ordem jurídica centralizada (MATOS, 2011-b, p. 79). É a partir desse ponto que o jurista austríaco diferencia-se de todos aqueles que tentam defender a onipresença estatal, fato associado por ele à influência da religião na teoria do estado contemporânea (KELSEN, 2011, p.47) produzindo, assim, um intenso questionamento ao modelo estatista dominante.

Para tanto, estabelece o poder como epicentro originário do direito (CORREAS, 1989, p.10), remanejando a questão da justiça do âmbito da metafísica para o da política, característica presente em seu pensamento ao longo de toda obra. Desse modo, denuncia também aqueles que pregam uma devoção incontestada à autoridade estatal, sendo o fenômeno jurídico capaz de garantir a permanência da liberdade individual e coletiva, desde que se adote a metodologia adequada.

Desse momento em diante, estabelece-se uma teoria baseada nas noções de anticomunitarismo e formalismo. A primeira pode ser tida como a negação de um papel subserviente do indivíduo à coletividade, característica assumida por Kelsen sem a rendição a um individualismo também absoluto. Já a segunda, baseia-se na premissa que é possível, se não necessária, a transformação de noções substanciais em ideias funcionais, acabando-se com a concepção de um direito real submetido a um direito ideal (KELSEN, 2003, p.105).

Considerado esse segundo aspecto, nota-se que o normativismo kelseniano assume papel ideológico, criando uma ideologia defensora do abandono de ideologias, de modo a revelar a farsa de qualquer cientificidade que se pretenda como definitiva e verdadeira (MATOS, 2011-b, p. 77). Assim, na tentativa de discutir

o conteúdo jurídico, parte-se de uma teoria formal cuja tarefa tem como finalidade última desmistificar o direito e, por consequência, aproximá-lo daqueles a ele submetidos, sem necessariamente ter que ser submissos³².

Kelsen traça, portanto, a contraposição entre os modelos baseados na cientificidade e na teologia, sendo aquele o caminho que será posteriormente defendido pelo autor. Nesse sentido, percebe-se que o dualismo preponderante até aquele momento é apenas uma tentativa de defesa do poder por meio da justificação de sua autoridade baseada em um ente superior e em uma verdade pré-definida, que é revelada por aqueles com poder para tanto.

A partir daí, Kelsen conclui que tanto a sociedade quanto Deus exigem do indivíduo uma obediência absoluta, colocando-se no espaço da psique que supostamente deve ser preenchido pela consciência individual (MATOS, 2011-b, p.100). Segundo esse raciocínio e seguindo uma tradição que vem desde Platão, o Estado não precisa legitimar seus atos por meio da justificação de cada um deles, uma vez que o poder da autoridade estatal se legitima por si mesmo, ou seja, da sua condição divina/paternal. Sua coação, portanto, não se baseia na possibilidade de sanção, mas em algo mais profundo, lastreado em seu simbolismo e que esconde um interesse de dominação. “*A aparência do Estado como pessoa imaterial oculta o feito do domínio do homem sobre o homem*” (KELSEN, 2003, p.26).

Nota-se, destarte, uma opção kelseniana pela função em detrimento da substância, pois no ordenamento nada há além de violência organizada e estabilizada. E é justamente pela negação da diferença entre Estado e direito, portanto, que se prova a ausência de substância no direito, sendo a ordem vigente apenas uma sociedade política (LINDHAL, 1996, p.66).

Nesse sentido, Carl Schmitt situa-se em sentido diametralmente oposto a teoria de Kelsen. Seu decisionismo é de natureza institucionalista e, nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior (2011, p.12), reporta ao fundamento do direito e da

³² De acordo com Hart (1982, p. 21-39), a tentativa de desmistificação do direito já se encontrava, porém, em Bentham, que advogava a ideia de que o direito seria um artefato social, produto da vontade humana e não da razão ou da natureza. Isso porque, no contexto anglo-saxão, o processo de desmistificação é bem anterior ao induzido por Kelsen no contexto continental, remetendo às ideias de Hobbes, Locke e Hume, tendo inclusive forte influência do processo político britânico consolidado na Revolução Gloriosa.

soberania, estabelecendo que ambos não podem se lastrear apenas em um poder político superior, mas sim nas instituições que integram o jogo político de determinada sociedade. Destarte, ao definir o Estado como instituição das instituições, o jurista alemão cria uma cadeia de remissão institucional que liga a ordem estatal ao seu meio externo e ao Führer, criando, pois, um contrapondo à cadeia de validação baseada em normas, de matriz kelseniana.

Ademais, Schmitt reafirma a importância estatal e sua sobreposição ao direito, definindo o momento excepcional, no qual o direito perde seu sentido diante da sua impossibilidade de reger a situação, como o instante no qual o soberano despertaria para tomar a decisão definitiva. Nesse sentido, a soberania continuaria existindo de forma latente, já que em situações de normalidade as instituições voltam a existir com sua aparente independência, não impedindo, entretanto, o retorno da decisão soberana toda vez em que o caos precise dar lugar a uma nova ordem normativa (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 99).

Já Kelsen utiliza-se de um dos pontos primordiais da sua teoria e sem dúvida a origem de todo e qualquer fundamento de autoridade no ordenamento jurídico: a noção de norma fundamental. Como já dito, a norma kelseniana não deriva a sua validade da eficácia, embora um mínimo de eficácia seja necessário como condição de validade. Todavia, o mínimo de eficácia não é fundamento da validade, papel reservado somente à norma fundamental (MATOS, 2011-a, p.49).

A norma fundamental surge, para Kelsen, como o elemento que funda a ordem normativa e dá origem à cadeia valorativa que vai se estender a todas as normas componentes do ordenamento, pois a normatividade só existe se houver uma objetivação do comando normativo, exatamente para se saber a origem da ordem e se ela possui a autoridade para ser obedecida. Caso contrário, há uma regressão ao infinito deslegitimadora do sistema, tornando-o inaplicável.

O autor austríaco tenta, com a noção de norma fundamental, estabelecer uma fonte da normatividade distante da metafísica, preocupando-se primordialmente com o caráter científico do direito. Ao criar um fundamento de validade que é ao mesmo tempo formal e vazio, de modo que se oponha à indeterminação e ao particularismo dos critérios morais e políticos sob os quais boa parte das teorias

jurídicas da época foi gestada, ele cria uma norma que não é posta por atos humanos de vontade, mas antes pressuposta (MATOS, 2011-a, p.50).

Essa pressuposição, contudo, gera uma série de dúvidas e interpretações equivocadas relacionadas à abstração necessária para o entendimento de sua real natureza. Isso se deve ao seu caráter hipotético, uma vez que não é possível demonstrá-la empiricamente, já que ela é descoberta *a posteriori* em relação ao seu surgimento, não estando relacionada nem com a vontade do grupo social no qual surgiu, nem com manifestações jus naturalistas que a criam. A *Grundnorm* é, antes de tudo, assumida.

É na própria fundação da norma fundamental, portanto, que reside sua autoridade, já que a Teoria Pura do Direito não se baseia em qualquer atitude da população para com o direito e o sistema jurídico só existe se é efetivo, não tendo qualquer obrigação de ser moralmente justo. Essa ausência de fundação no consentimento daqueles que a ela estão submetidos, aliás, vem a ser a única explicação que torna plausíveis as ideias kelsenianas, naquilo que Raz chamou de “*point of view of the legal man*”³³ (ponto de vista do jurista), já que o autor rejeitou enfaticamente qualquer posição em sentido contrário (RAZ, 2009-a, p.141).

Todavia, essa postura acaba o aproximando de tudo aquilo que combateu ao longo de sua vida, ou seja, a justificção metajurídica da autoridade do direito e um autoritarismo implícito na utilização de axiomas para fundamentar a juridicidade. Não em conteúdo, obviamente, já que a *Grundnorm* é desprovida deste com base na tentativa, realmente útil, de isolar o válido do justo, mas ao se assumir como necessária a cadeia de autorizações e de transferências de poder que conecta os fundadores de determinada ordem jurídica aos atuais detentores do poder de criar direito válido (MATOS, 2011-a, p.66).

Essa assunção deriva da importância dada por ele ao ato de conectar a norma fundamental à primeira constituição, produzindo uma cadeia de validação não somente dentro de um ordenamento específico no tempo, mas em uma linha

³³ Para Raz uma das principais fraquezas da teoria kelseniana está na separação entre ponto de vista da ciência jurídica que Raz chama de “*point of view of the legal man*” e o dos indivíduos submetidos à ordem juspositiva, pois, Kelsen não distingue a posição de quem diz algo sobre o direito, como os teóricos, e a de quem usa o direito, a exemplo dos juízes (Raz, 2009-a, p.63); (MATOS, 2011-a, p.72).

atemporal de validade, denominada eficácia global. Segundo Kelsen, somente uma revolução pode romper a cadeia, dando origem a uma nova que tem o mesmo comportamento da anterior, uma vez que, conquanto a norma fundamental esteja fora do direito, torna todo ordenamento a ela submetido.

Dessa forma, dois fatores fazem com que suas ideias se aproximem da ideologia jusnaturalista por ele tão combatida: 1) *separação das interpretações jurídicas feitas pelo cientista do direito e pelo aplicador da lei, considerando somente o conteúdo das normas*, e 2) *a fundação da validade da norma em algo fora da sociedade*, o que Raz denominou de "normatividade justificada" (RAZ, 2009-a, p.134). Nesse sentido, a interpretação efetuada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a atual Constituição da República Federativa do Brasil continua ainda presa ao pensamento kelseniano, seja em seus acertos, seja em seus erros.

Um exemplo dessa postura pode ser visto no voto do Ministro Eros Grau na ADI 4219-SP de 07/03/2007:

O direito é uma prudência, no âmbito da qual não se encontram respostas exatas, senão uma multiplicidade de respostas (...). A Constituição diz o que nós, juízes desta Corte, dizemos que ela diz. Nós transformamos em normas o texto escrito da Constituição... Nós, aqui neste Tribunal, nós produzimos as normas que compõem a Constituição do Brasil hoje, agora. Nós é que, em derradeira instância, damos vida à Constituição, vivificamos a Constituição. E ela será do tamanho que a ela atribuímos na amplitude dos nossos juízos. (Rcl 4219/SP, rel. Min Joaquim Barbosa, 7.3.2007).

Esse pensamento é parcialmente correto por vincular a autoridade do STF à hierarquia prevista na Carta maior e à capacidade de interpretação advinda da justificação independente do conteúdo (independência em relação a sua origem e força tautológica baseada na sua condição de norma), contidas no artigo 102 da CF/88, e afirmar que a decisão dos tribunais independe da doutrina da simples vontade da maior parte da população. Ele, todavia, está incompleto ao não mencionar que qualquer decisão jurídica não tem o poder de se transformar automaticamente em direito, mas depende da aceitação e contínua prática, em algo como aquilo que Hart denominou regra última de reconhecimento.

Herbert Hart, em sua famosa teoria do direito, critica de forma veemente a asserção de Austin e outros teóricos de que o direito pode ser descrito como um conjunto de comandos ou regras primárias que dirigem a conduta dos indivíduos em

uma comunidade política. Contra essa perspectiva, Hart desenvolve o conceito de regra de reconhecimento, formulado a partir de uma reflexão sobre os problemas de uma comunidade hipotética na qual todas as normas fossem regras primárias costumeiras, as quais existem dentro do grupo desde que aceitas e praticadas pela maioria de seus membros (HART, 1994, p.90).

Em tal comunidade, diante de alguma dúvida ou discordância interna sobre qual é o comportamento adequado, não há mecanismos definitivos para os quais os membros do grupo pudessem recorrer no intuito de resolver controvérsias, a exemplo do desempenhado por um texto legal ou ato jurídico, ficando à margem de um sistema capaz de resolver tanto os conflitos sociais que não fossem previstos originalmente, quanto situações fáticas inesperadas (HART, 1994, p.90).

A princípio, a incerteza normativa não é problemática em um pequeno grupo unido por laços de parentesco e habitando um meio social estável, cujos poucos desacordos são resolvidos pela combinação de deliberação, persuasão e negociação. Todavia, com a tendência de expansão e heterogenização dos grupos sociais, a insegurança provavelmente proliferam e os métodos tradicionais tornam-se cada vez mais caros ou menos eficazes (HART, 1994, p.92).

Sendo a ineficiência característica inerente ao regime de regras simples, Hart sugere a necessidade de regras secundárias para resolver os defeitos típicos daqueles sistemas jurídicos que somente possuíssem regras primárias, ou seja, normas que informam apenas o que deve ser feito. Para tanto, o caráter estático das normas consuetudinárias é, primeiramente, superado pelas chamadas "regras de modificação", que conferem poder a uma pessoa ou instituição para criar, modificar ou extinguir regras primárias, assim como especificar os procedimentos a serem utilizados no exercício desta competência. Assim, já que regras de modificação capacitam a alteração de regras primárias, comportamentos sociais são alterados na direção desejada por meio do exercício da autoridade jurídica (SHAPIRO, 2011, p.238), ou seja, o poder autoritativo estabelecido hierarquicamente no ordenamento.

Além disso, o problema da ineficiência - que também se manifesta no sistema jurídico primitivo hipotético composto apenas por regras primárias, uma vez que neste não há instrumentos jurídicos para garantir a observância dessas regras

em caso de violação - é resolvido com o que foi chamado de regras de decisão (*rules of adjudication*), as quais conferem poder para certas instituições aplicarem as regras, ou seja, determinar se uma regra foi satisfeita ou violada em uma ocasião especial. Especifica-se, destarte, o método a ser seguido no processo de aplicação do direito (*adjudication*), determinando quem tem a faculdade de aplicá-lo em casos concretos (HART, 1994, p.94).

Por fim, o problema da *incerteza* sobre o conteúdo do direito é combatido por uma regra que determina a vinculatividade normativa. Ao referir-se a ela, tida como uma regra sobre a identificação das demais regras integrantes do sistema jurídico, Hart a denomina regra de reconhecimento, a qual torna desnecessário o engajamento em negociações, deliberações ou persuasões para se afirmar a validade de uma regra jurídica (HART, 1994, p.95).

A doutrina hartiana tem a capacidade, não obstante, de imaginar a regra de reconhecimento de uma forma ainda mais abstrata. Segundo ele, cada sistema jurídico, necessariamente, contém uma, e apenas uma, regra definidora do teste de validade para o sistema, conhecida como regra última de reconhecimento (HART, 1994, p.105). Esse teste especifica aquelas propriedades que, quando possuídas por uma regra, tornam-na obrigatoriamente parte do sistema. Desse modo, qualquer norma que tenha características de autoridade, estabelecidas na regra de reconhecimento, é pertencente ao sistema, desde que os agentes estatais a reconheçam na realização de suas funções.

Assim, a regra de reconhecimento é também uma regra social em dois sentidos diferentes. Primeiro, a regra de reconhecimento existe e tem seu conteúdo unicamente devido a fatos sociais, uma vez que sua existência e conteúdo são determinados pelo fato de membros do grupo adotar o ponto de vista interno como padrão de conduta, usando-o para avaliar a validade das normas (HART, 1994, p.110). Em segundo lugar, a regra de reconhecimento é social no sentido definidor de um padrão de alcance para o grupo, pois membros deste não a aceitam isoladamente, mas tratam-na como critério definidor da forma oficial que a lei possui.

Como explica Kenneth Himma, no pensamento de Hart

regras sociais possuem um 'aspecto externo' e um 'aspecto interno'. O aspecto externo consiste no fato de os membros do grupo convergirem o seu comportamento em direção a uma regra - de modo que ele possa ser descrito como fazendo-o 'como regra'. O aspecto interno consiste em os membros do grupo convergirem em uma atitude crítica reflexiva que constitua a regra social como *normativa* no sentido de que desviações de tal regra são apropriadamente criticadas (Himma, 2009, p. 97).

É essa aceitação da regra de reconhecimento como uma norma social que, na visão de Hart, constitui o fundamento do direito.

Portanto, já que essa regra é social, pode ser tida como a regra definitiva, devendo ser tratada como última no sentido de não existir outra regra que a preceda, sendo, pois, garantida simplesmente devido a sua aceitação e prática. As regras primárias do sistema legal, por contraste, jamais como últimas devido ao fato de se darem em virtude da regra de reconhecimento e essa ser válida, mas não validada, de modo semelhante à teoria kelseniana (RAZ, 1984, 130-131).

Segundo John Gardner, o texto constitucional é o mecanismo regulador das instituições de poder originário, entendidas como aquelas cuja autoridade não é derivada. Para ele, esse tipo de instituição deve ser identificada pelas regras últimas de reconhecimento hartianas, embora essas *não possam ser decretadas por qualquer legislador, mas apenas descobertas na prática*. Assim, essas normas não existem no direito especificamente, tendo caráter costumeiro e não provindo de qualquer elemento interno, pois isso é uma contradição diante de seu caráter originário (GARDNER, 2011, p.173-174).

Gardner afirma também que as regras que identificam o poder originário não exaurem a atuação das que regulam as instituições, pois a ação de cada uma não se sobrepõe à atuação da outra. Isso porque a regra última de reconhecimento não confere qualquer poder jurídico, sendo, ao invés disso, do tipo que impõe deveres jurídicos e faz com que os agentes públicos, por consequência, tenham que obedecê-la. Assim, a ideia hartiana segundo a qual as regras últimas de reconhecimento somente podem ser derivadas do costume, não leva à conclusão de

que somente regras costumeiras podem regular o poder inerente à instituição. Desse modo, é possível afirmar que o objeto da carta constitucional é conter regras de modificação e aplicação (*adjudication*) (GARDNER, 2011, p.176), com as regras de reconhecimento fora de seu escopo, mas ao mesmo tempo determinando o que é e o que não é aceito pelo ordenamento.

Na lógica hartiana, faz-se importante, contudo, a contraposição da noção de regra que impõe um dever diante da regra que confere poder. Enquanto essa transmite a autoridade advinda de um contexto extrajurídico para uma entidade ou indivíduo que terá faculdades autoritativas de executar certas atribuições, aquela completa suas atribuições, uma vez que, por exemplo, o poder de uma corte de punir certa infração é incompleto sem a existência de um tipo penal que preveja uma sanção. Conclui-se, portanto, que cada uma delas existe independentemente, tendo atribuições próprias e complementares.

Além disso, Gardner afirma que embora Hart tenha tentado esboçar uma teoria que contivesse lei escritas e não escritas, ou seja, legisladas e costumeiras, ele apenas conseguiu determinar que a lei escrita pode ser gradativamente substituída por lei não escrita, de modo que ao estabelecer nova jurisprudência sobre a constituição o Judiciário produz um novo conteúdo por meio de nova interpretação. Do mesmo modo, pode-se dizer que o denominado "bloco de constitucionalidade"³⁴, por exemplo, embora majoritariamente escrito, também complementa, e às vezes se sobreponha ao conteúdo original da Lei Maior.

Nesse sentido, a noção de regra última de reconhecimento hartiana representa uma ruptura com a visão de constituição como autolegitimadora, pelo menos do ponto de vista moral, pois cada indivíduo tem a prerrogativa de questionar se o sistema dessa regra é moralmente legítimo e, portanto, se ele deve ser seguido ou não. No sentido moral, ao menos³⁵, a regra última não se legitima em si mesma, já que sua mera existência não dá ao sujeito a ela vinculado a obrigação de segui-la,

³⁴ Entende-se aqui a noção de bloco de constitucionalidade em seu sentido minoritário, segundo a qual ele é o conjunto de normas materialmente constitucionais que não fazem parte da constituição formal, mas estão em conjunto com essa. (FERNANDES, 2012, p.59).

³⁵ Do ponto de vista jurídico, a regra última de reconhecimento é legitimada por si mesma, como já visto quando explicado o conceito de conteúdo independente da justificação, já que *os agentes públicos que a legitimam devem obedecê-la devido a sua condição última como definidora do que é o direito* (SHAPIRO, 2011, p.91).

uma vez que deve haver por parte dele uma avaliação a partir do ponto de vista externo ao participante daquele ordenamento, ou seja, usando os princípios extrajurídicos de moralidade política (SHAPIRO, 2011, p.91).

Dando uma solução positivista para a questão, Hart acredita que a existência de uma autoridade jurídica não depende da legitimidade moral advinda dos atos daqueles que têm o poder, estando, no entanto, baseada na sua condição de norma produzida por um sistema que tem autoridade jurídica para tanto. Porém, os agentes públicos devem estar motivados por um comprometimento com um padrão geral de comportamento que julgam adequado, fazendo com que a partir do ponto de vista interno uma prática social se transforme em uma regra social.

Assim, não existe a necessidade de regras terciárias que justifiquem as secundárias, já que essas existem devido a sua *aceitação* e prática pelos membros do grupo, embora sejam os agentes públicos que as reconhecem como tal. Existe por parte de Hart, portanto, uma tentativa de desmistificação, equiparando regras sociais a práticas sociais, que não são nada mais do que isso, e afirmando que uma prática reiterada se torna uma regra. Nas palavras de Shapiro, Hart tenta, destarte, resolver a questão do eterno retorno entre a produção do direito e a legitimação dessa produção, rompendo a lógica de Hume que afirma a impossibilidade do ontológico derivar do deontológico (SHAPIRO, 2011, p.91).

Isso porque, sendo a regra última de reconhecimento derivada de uma prática social, é possível concluir que ela é um juízo descritivo derivado de um fato descritivo. Em contrapartida, desde que uma regra última de reconhecimento valida regras primárias e essas conferem poderes e impõem deveres, a existência da regra última leva logicamente à existência de regras, deveres e direitos, todos no campo da normatividade. Desse modo, a teoria hartiana permite a derivação de juízos normativos a partir de juízos puramente descritivos, já que fatos descritivos não estão limitados a serem objeto somente de juízos descritivos, mas também de juízos normativos (SHAPIRO, 2011, p.98).

Um indivíduo que se machuca com uma farpa, por exemplo, é um fato descritivo ocorrido no mundo e faz com que ele aprenda sobre a dor causada pelas farpas e que elas devem ser evitadas, produzindo a partir daí uma razão de ordem

prática sobre o que não deve ser feito. Para Hart, portanto, é um erro acreditar que são dois fatos do mundo (a descrição de que a farpa causa dor e a norma que estabelece que a farpa deve ser evitada), sendo na verdade apenas um, que pode ser encarado de forma teórica (uma descrição de fato) ou de forma prática (um compromisso em considerar a descrição do fato quanto ao que deve ser feito), já que não existem, nesse caso, fatos normativos, mas dois aspectos de um fato descritivo (SHAPIRO, 2011, p.99).

Para Stefan Sciaraffa, na teoria hartiana as normas secundárias não podem ser entendidas como simples normas positivadas ou normas assumidas e hipotéticas, sendo, em contrapartida, normas costumeiras constitutivas. Isso porque, partindo-se da distinção entre regras sociais e normas, aquelas entendidas como práticas reiteradas e essas como normas positivadas, Hart conclui que as regras secundárias de qualquer sistema jurídico são normas costumeiras e, portanto, só existem na medida em que são praticadas, ao passo que as primárias são normas jurídicas reconhecidas pelas normas secundárias (SCIARAFFA, 2011, p.609)³⁶.

Nesse sentido, Hart representa um avanço, inclusive para sistemas normativos distantes do *common law*. Sua noção da regra última de reconhecimento traz a ideia não de um aspecto do direito não regulado pelo direito positivado, mas derivado de práticas sociais fora do ordenamento. Assim, a noção de autoridade é uma dessas regras, vinculando-se com a legitimidade perante a coletividade e o poder daí advindo.

4.3 COMMON LAW E O CONSTITUCIONALISMO EM RAZ

Apesar de a teoria hartiana ter um papel destacado na desmistificação do direito, tendo influência nesse sentido em diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo, não é possível descontextualizá-la e não considerá-la como parte de uma longa tradição do *common law*. Como visto no segundo capítulo desta dissertação, o processo de desmistificação que se inicia nas ilhas britânicas começa com a teoria política de Thomas Hobbes, que ao conceber as leis naturais como elementos que

³⁶ Ver sobre esse ponto, capítulo 3 página 79 nota de rodapé 22.

regem uma natureza humana normalmente antissocial, fazem com que ao se associar ao soberano o indivíduo seja despido de qualquer direito natural inerente.

Em um sentido também contratualista, mas mais próximo da visão de direito natural tão combatida por Hobbes, John Locke vê na liberdade um direito inerente ao homem, sendo igual e restrita e na qual todos têm direito na mesma medida, mas não às mesmas coisas. Nesse sentido, apesar de o poder estatal ser limitado pelos direitos naturais, o que acaba por determinar sua divisão de modo que seja possível controlá-lo, o indivíduo tem a faculdade de continuar vinculado ao soberano ou simplesmente se revoltar contra ele em caso deste não respeitar os seus anseios, de modo que esse autor traça um padrão de autonomia moral nunca antes visto.

Fortemente influenciado por Locke, David Hume relaciona o empirismo com a filosofia prática, usando a ciência como elemento contra a metafísica, de modo que qualquer declaração precisa de uma verificação capaz de confirmá-la. A partir daí Hume funda o positivismo lógico, cujas premissas associadas à lógica matemática, pautadas pela busca da veracidade ou falsidade dos objetos estudados, influenciarão o positivismo jurídico dentro da dinâmica do *common law* e criarão pontos em comum desse com a linguística, a lógica e a filosofia analítica.

Por fim, Jeremy Bentham, por sua vez fortemente influenciado não só por Hume, mas também por Hobbes, dá continuidade a esse processo desmistificado trazendo suas ideias para o âmbito jurídico e influenciando a própria dinâmica interna do direito consuetudinário. Não é a toa que Hart se coloca como continuador da obra benthamista no sentido não só de separação entre direito e moral, mas de rompimento com uma visão metafísica, e por consequência autoritária, do sistema.

Todavia, mesmo na tradição do sistema de *common law* pode haver uma perpetuação ou retorno da figura do mito. Bruce Ackerman acredita que o processo criador posterior à constituição norte-americana em 1787 produziu uma visão, não compartilhada por ele, segundo a qual a carta deve ser interpretada de acordo com a visão original do período em que foi produzida. Essa teoria se baseia na noção de que o próprio ato fundacional legitima toda a autoridade advinda do texto constitucional e que essa autoridade só pode ser invocada pela remissão às vontades envolvidas em seu ato criador (ACKERMAN, 1993, p.11).

Hannah Arendt compartilha de um entendimento no mesmo sentido, afirmando que a Revolução Americana, como qualquer outra, pretende promover uma ruptura e instalar um regime novo que não remeta ao passado (ARENDR, 1963, p.28). Nesse sentido, Ackerman denomina, e ataca, o chamado "fundacionismo dos direitos fundamentais" (*rights foundationalism*) entendido como movimento defensor de direitos fundamentais - que no caso norte-americano remetem à fundação -, prioritários sobre a tomada de decisões no *judicial review* e, em último caso, obstáculos à mudança da interpretação constitucional (ACKERMAN, 1993, p.6-16).

Todavia, esta dissertação discorda da concepção ortodoxa apresentada até o momento e entende que o titular do poder constituinte, o povo, pode mobilizar-se genuinamente em favor de uma ruptura apenas parcial com o texto, sendo essa mudança possível e legítima. Isso porque, na presente visão, o exercício do poder constituinte originário, não gozando dos predicados "teológicos" que a doutrina tradicional lhe atribui (ilimitado, incondicionado, indivisível), somente pode legitimar-se pela prática.

Com esse intuito, Joseph Raz acredita que embora a existência de um consenso político fortemente enraizado em certas sociedades torne facultativa uma constituição em sentido forte, o modelo de carta constitucional escrita pode ser uma fonte de estabilização, sendo constantemente fortalecida por esse senso de identidade comum associado com a aplicação de práticas políticas baseadas na participação democrática. Todavia, embora haja um aspecto eminentemente político inerente à jurisdição constitucional, sua natureza não deixa de ser normativa, tendo, portanto, autonomia diante do processo político e da vontade da maioria da sociedade em questão e podendo ser delas independente (RAZ, 2009-a, p.326-327).

Essa autonomia será cristalizada em práticas que são seguidas por meio de decisões que desenvolvem o direito constitucional, formando uma tradição baseada em considerações feitas anteriormente pela corte e que, a partir da sua validação, lastrearão as práticas que as seguem, mas não inviabilizarão seu desenvolvimento. Ademais, considerações como preocupação com a eficiência governamental, com a dignidade individual ou com a autonomia regional também são fatores a serem levados em consideração, formando uma legitimação baseada na tradição constituída por um conjunto de práticas efetivadas pela atuação constitucional.

Para tanto, Raz reafirma sua visão segundo a qual a validade e a vinculatividade em um sistema jurídico possuidor de constituição advêm do cumprimento das exigências previamente estabelecidas pela positividade daquela norma específica e não do vínculo com a moralidade da sociedade ou com práticas reiteradas. Contudo, a moral pode servir de guia para a interpretação vindoura, produzindo modificações institucionais que gradualmente pautarão a forma como se entende e aplica o direito, norteando, inclusive, a substituição de interpretações antigas por outras mais novas e conectadas com a moralidade (RAZ, 2009-a, p.329).

Destarte, a autoridade é institucionalmente transmitida, pois a legalidade da norma provém da autoridade concedida ao seu criador para produzi-la. Entretanto, apesar de isso parecer uma defesa do originalismo, não o é, pois Raz nega qualquer visão ortodoxa do tema, afirmando que a autoridade de uma constituição pós-ruptura institucional não advém dos seus criadores, pois eles não possuem autoridade jurídica anterior para tanto, mas da autoridade moral dos mesmos, obtida por um processo de legitimação junto à sociedade até aquele momento (RAZ, 2009-a, p.330).

Desmonta-se, a partir daí uma falsa aparência de que a norma constitucional tem autonomia total, já que sua autoridade deriva de si mesma e que diante da justificção independente do conteúdo não há necessidade de qualquer conexão com a moralidade. Nesse sentido, Raz relembra que a constituição, como qualquer norma, reivindica autoridade moral e somente a partir da sua legitimação perante a sociedade é que se faz possível a produção de uma vinculação moral indispensável para a efetividade da norma. Assim, toda a cadeia de transmissão de autoridade depende da justificção moral das normas constitucionais, que estando no topo da hierarquia jurídica, posteriormente têm sua legitimidade transmitida infraconstitucionalmente (RAZ, 2009-a, p.331).

Desta forma, Raz vê a interpretação jurídica como abrangendo tanto a identificação do direito existente quanto o desenvolvimento e modificação do direito (RAZ, 2009-a, p.235). Assim, o fato de a interpretação ter um papel a desempenhar nas duas atividades (identificação e produção) ajuda a explicar porque existe uma complementariedade entre ambas dentro o raciocínio jurídico aplicado a decisões judiciais. Os juízes, quando se envolvem no raciocínio jurídico, não se atêm

unicamente a temas jurídicos para, em seguida, estabelecer o que é o direito e determinar o quão longe ele pode levá-los a resolver o caso. Muito menos, prosseguem para uma segunda fase separada do raciocínio jurídico na qual são obrigados a considerar temas extrajurídicos, no intuito de concluir seu trabalho. Eles, na verdade, lidam com uma tarefa que compreende não apenas a "enunciação" da norma, mas também a sua criação. Por esse motivo, muito do raciocínio do juiz no caso concreto é interpretativo e a interpretação atravessa a suposta divisão entre identificação e produção do direito, dentro do raciocínio jurídico.

Uma teoria do direito é, portanto e entre outras coisas, uma teoria das condições, se existentes, sobre as quais o direito é moralmente legitimado e das consequências que seguem de se presumir que ele é moralmente legitimado. Portanto, se a constituição é uma carta maior originária (advinda da ruptura com a normatividade anterior) sua legitimidade não pode provir de qualquer outra norma, mas dos argumentos morais que ela mesma apresenta (RAZ, 2009-a, p.332).

Contudo, apesar de ser a autoridade moral de um criador que permite a produção de uma constituição, não é ela que vai se perpetuar no tempo e garantir sua legitimidade cem anos depois. Isso porque a autoridade do autor original depende da contínua renovação jurídica por meio da legitimação de uma série de conceitos que têm seu significado variado no tempo e no espaço, uma vez que os produtores dessas normas não podem mantê-las perfeitamente adequadas à moralidade da sociedade, pois ela está sempre se alterando (RAZ, 2009-a, p.341).

Em última análise, uma explicação da interpretação constitucional tem mais a ver com a compreensão do raciocínio jurídico ou raciocínio constitucional do que com a compreensão de qualquer doutrina específica deste ou daquele país. O raciocínio que visa estabelecer o significado de uma lei, uma obra de arte, literatura, religião, ou qualquer outra que combina o respeito pela sua expressão original ou o seu significado tradicional ou atual disponível para a inovação, é interpretativo. Pelo exposto, o raciocínio constitucional é um raciocínio, em grande parte, interpretativo. Mas as explicações de raciocínio são explicações de racionalidade sobre a crença, sendo explicações normativas universais, específicas para cada localidade ou matéria apenas nos detalhes de sua aplicação (RAZ, 2009-a, 356-357).

Ademais, apesar de concordar com a existência de autoridade moral emanada do valor simbólico, Raz afirma que ela pode estar tanto vinculada a pessoas específicas quanto a instituições. Segundo esse raciocínio, a coroa da Grã-Bretanha ou um tribunal podem se legitimar por seu valor simbólico ou pela tradição

a eles associada, de modo que a autoridade moral daí advinda se estenda a todas as normas por ela emanadas. Isso, porém, não ocorre infinitamente, sendo necessário um processo de reiteradas reivindicações de autoridade e legitimações das mesmas ao longo do tempo, dando-se por meio da produção de normas (ou decisões) adequadas a moralidades políticas específicas (RAZ, 2009-a, p.343).

Segundo Raz, de certa forma as constituições se validam pela sua própria condição de Carta Maior que rege o ordenamento e protege uma série de valores positivados em seu corpo. Nesse sentido a moralidade traça as fronteiras que definem até que ponto pode haver uma legitimação ou deslegitimação. Assim, princípios são parcialmente determinados pela moral e regem desde a forma de governo adotada até o conteúdo de direitos individuais definidos na constituição, de modo que o direito resultante da sua prática reivindique autoridade moral para todo o corpo constitucional e o transmita para o ordenamento (RAZ, 2009-a, p.348).

Esse poder de autolegitimação, todavia, interfere em aspectos importantes da constituição, pois a carta constitucional é criada não só para positivizar valores incomensuráveis específicos, mas também para fornecer as noções de estabilidade e continuidade por meio de sua prática. Isso ocorre porque a constituição produz uma estrutura institucional que permite ao debate político se desenvolver com direção e intensidade, fazendo com que amplo conhecimento do documento seja necessário (não só do texto, mas do seu significado) e incentivando a continuidade e estabilidade, mesmo diante da inerente mudança de valores no tempo.

Destarte, a estabilidade e a determinação parcial de princípios constitucionais pela moralidade política se combinam para estabelecer o aspecto autolegitimador das práticas e tradições constitucionais, tendo sempre em consideração que ambas são sujeitas a uma adequação ao que é tido como moralmente aceitável naquela sociedade em questão (RAZ, 2009-a, p.351). Nesse sentido, o desejo por estabilidade da lei maior não determina que ela seja legítima, mas fornece os mecanismos para uma gradual estabilização na medida em que seus praticantes a veem como o reflexo da moralidade na qual eles estão inseridos.

Por fim, Raz afirma que o papel dos fundadores da constituição é considerável, mas que ele torna-se secundário com o progressivo desenvolvimento

daquilo que criaram. Ao transmitir sua autoridade moral para a carta, eles dão o pontapé inicial de um longo processo que terá na interpretação o mecanismo central de mudanças e que realizará pequenas revoluções graduais na proporção que a moralidade política da comunidade determine a variação que o entendimento do documento tenha em relação ao valor que a população lhe dá.

CONCLUSÕES PARCIAIS “4”:

Por tudo que foi dito anteriormente, conclui-se que a noção tradicional de constituição fundada em um poder constituinte originário ainda hoje permeia o entendimento de transmissão de autoridade no âmbito jurídico. Contudo, esse fato não é aleatório, mas resultado de uma longa tradição na qual aspectos metafísicos se mesclam com o entendimento da fundação do ordenamento e na sua manutenção como pedra basilar do sistema.

Longe de pleitear um rompimento total com aspectos metafísicos embrincados na sociedade e na tradição que faz com que ela seja o que é, pretende-se demonstrar a luta por entender o direito como ferramenta garantidora da noção de autonomia moral, bem como o papel do grupo social no processo contínuo e ininterrupto de legitimação da autoridade moral daqueles que buscam ser obedecidos. Nesse sentido, a visão teológica e mistificadora permeia todos os sistemas jurídicos, mas se materializa de forma mais contundente naqueles que seguem o modelo clássico de constituição escrita, devendo essa questão ser, portanto, analisada e debatida ao máximo.

Destarte, os trabalhos de Hans Kelsen e Herbert Hart, bem como a continuação e contestação de ambos por Ronald Dworkin e Joseph Raz, trazem uma opção mais adequada para uma sociedade moderna que quer ao mesmo tempo garantir uma ordem constitucional condizente com seus valores e disfrutar da estabilidade auferida pela contínua construção de uma Lei Maior ao longo do tempo. Ademais, um poder constituinte que busque ser tido como legítimo deve se manifestar democraticamente e instituir um regime político condizente com as conquistas jurídicas obtidas pela racionalização e desmistificação do direito.

Segundo esse raciocínio, o debate sobre a titularidade abstrata do poder constituinte deve ceder lugar ao exame de sua manifestação concreta, sendo que a obediência desmedida à noção de decisão constituinte não pode mais servir de barreira para a discussão ampla, pautada pela participação popular não só no momento da criação, mas também na interpretação da constituição (SOUZA NETO e SARMENTO, 2013, p.278). Esse processo nada mais é do que a luta por materializá-la da maneira que mais se adeque a uma sociedade de intérpretes.

Para tanto, a adoção da ideia de uma regra (ou regras) última(s) de reconhecimento, trazida(s) ao ordenamento por um tribunal supremo, mas criada(s) fora do sistema pela ação contínua dos agentes públicos, mostra-se extremamente proveitosa. Ela, baseado na sua legitimidade, determina o pertencimento de uma norma ao sistema e cria um dever de obediência por parte das instituições estatais e dos agentes públicos que estão, a partir daquele momento, vinculados a essa autoridade. Ao mesmo tempo, todavia, ela gera autonomia moral aos indivíduos que podem optar por desobedecê-la, pois é exatamente o vínculo existente entre o indivíduo e a sua coletividade que mantém a contínua legitimação inerente aos estados modernos, nos quais a autoridade, em regra, não pode se justificar em si mesma. Assim, a figura da autoridade extrajurídica se manifesta novamente, podendo seu componente sociológico ser considerado uma das regras que vão definir o pertencimento ao sistema jurídico.

Resta destacar, todavia, que o reconhecimento nesse caso é autoritativo e não autoritário como se entende em uma leitura rápida, pois ele se baseia na justificação racional associada ao aumento ou diminuição da legitimidade social que a instituição com autoridade possui na comunidade específica, fazendo com que sua aceitação esteja vinculada ao reconhecimento dos argumentos apresentados em cada caso em que vier a decidir. Não existe, desse modo, nenhuma imposição de autoridade ou cerceamento da autonomia moral, muito embora toda decisão tenha suas consequências, tanto no plano institucional quanto no pessoal.

Nesse sentido, ressalta-se a importância e a responsabilidade dos tribunais constitucionais para a autoridade não apenas de suas decisões, mas também da própria Constituição, uma vez que diante da possibilidade de legitimação pela prática constitucional, ou seja, pela produção de interpretações da Carta máxima

que produz alterações na própria dinâmica do ordenamento e tem poder hierárquico sobre as demais normas, tem-se uma instituição com poder quase que absoluto. Destarte, o único elemento que pode cerceá-lo é a incapacidade de ter sua legitimidade reconhecida pela coletividade a qual reivindica autoridade, produzindo, nesse caso um imenso choque entre validade e eficácia que tende a corroer todas as instituições.

CONCLUSÕES FINAIS

Ao longo dessa dissertação, tratou-se de abordar uma série de conceitos só recentemente trabalhados em língua portuguesa, como deliberação racional, razão prática hobbesiana, autoridade, crenças sobre intenções para a realização de atos, dentre outros. Para tanto, apresentou-se a visão de Joseph Raz, segundo a qual é possível ponderar razões sobre o que cada um, ou até mesmo outro indivíduo, deve fazer, tendo a autoridade um papel prático na produção de normas sem, contudo, comprometer-se com a existência de valores morais vinculantes.

Isso posto, optou-se pelo aprofundamento da concepção de razão prática de matriz hobbesiana, embora também se faça referência às de origem kantiana e aristotélica, pautando-se por uma noção de autoridade que determine as razões para a ação a serem adotadas. Nessa direção, Raz se vincula a teorias instrumentalistas, apesar de não em sua versão mais forte, como o utilitarismo e o contratualismo, sendo essas as bases da forma pela qual a autoridade é legitimada. Seu pensamento, contudo, não pressupõe a existência de uma racionalidade instrumental, já que a razão prática defendida aqui deriva da aceitação de valores sociais que são importantes para a sociedade, independentes de suas finalidades.

Ademais, em sua teoria da deliberação racional, Raz defende que as relações entre razão prática e razão teórica são mais acentuadas do que pode indicar uma visão inicial, embora não haja confusão entre elas, e desenvolve a ideia de um processo deliberativo prático com o intuito de demonstrar que o direito tem a capacidade de se guiar com base em razões de natureza moral tanto no momento da interpretação quanto no instante da produção normativa, sem comprometer a separação necessária entre direito e moralidade.

Desse modo, defende-se aqui que Raz não contradiz a possibilidade de uma teoria procedimental discursiva norteando o sistema normativo e permitindo que a razão se alie à escolha individual na busca de um sistema jurídico adequado. Para ele, todavia, a própria noção de democracia, além de insuficiente para explicar todo o espectro de relações entre autoridade e cidadão, deve ser entendida de um modo bem amplo e diversificado, haja vista as inúmeras peculiaridades existentes em cada sociedade e ordenamento jurídico.

Assim, destaca-se a diferenciação entre o raciocínio de natureza moral e o jurídico, afirmando que existem características peculiares, apesar da influência recíproca que não pode ser desconsiderada. Destarte, a prevalência da tese das fontes e do raciocínio jurídico envolve implicações de atos, objetivos e intenções das instituições jurídicas, sendo que o Judiciário deve obedecê-las na medida em que a doutrina da autoridade estabelece essas instituições como autoridades legítimas.

Em um segundo momento, foi possível notar que a teoria da autoridade de Joseph Raz herda boa parte de seus pressupostos da filosofia política britânica que a precedeu, tendo vínculos consideráveis com as ideias de Thomas Hobbes e John Locke. Do primeiro, ele utiliza-se da noção de legitimação da autoridade, bem como dos motivos de ordem instrumentalista como propulsores da aceitação concessória de poder àquele que dita ordens.

Em contrapartida, ao discordar da cessão da autonomia em “mão única”, ou seja, na qual o soberano recebe o poder e não pode ser destituído, Raz tenta a partir das ideias de Locke a introdução das noções de legitimação e deslegitimação. Considera, também, que a cessão por vias contratuais da faculdade de se autogerir politicamente não pode ser transmitida de forma gradual, ao contrário da legitimação, fazendo com que essa supere aquela como melhor opção explanatória da transmissão de autonomia do indivíduo à autoridade. Reconhecendo a natureza individual da escolha do caminho mais vantajoso, Raz cria uma condição complementar e instrumental à legitimação, que, inserida no contexto, proveniente de Hart, de processo gradual de racionalização do direito, é capaz de conectar a ideia de razões jurídicas autoritativas com as premissas positivistas de separação necessária entre direito e moral e da tese das fontes sociais do direito.

Nesse contexto, as razões da autoridade, na forma de ordens, têm o poder de excluir todas as demais em sentido contrário, fazendo com que, em um contexto de deliberação prática, aquele que tenha capacidade de emití-las possa impor sua vontade. Tem-se, portanto, autoridade sobre esses indivíduos, cuja capacidade de decidir o que deve ser feito, a partir de então, está conectada ao poder da autoridade legitimada. Essa legitimação, contudo, dá-se por meio da moral específica de cada grupo, podendo ser aumentada ou diminuída de acordo com a capacidade de justificar aquilo que foi reivindicado anteriormente.

Em um terceiro momento, foi possível concluir o que é o argumento de autoridade, defendendo-se que o mesmo tem aspectos epistêmicos, lógico-semânticos e metafísicos, que são atuantes em paralelo e garantem a força argumentativa do que é afirmado. Todavia, a fundamentação da autoridade faz necessário o uso de mecanismos referenciais internos ao próprio direito, de modo que a autoridade jurídica é eminentemente prática e só se aplica à epistemologia, à lógica e à metafísica na medida em que o ordenamento assim permite.

Nesse sentido, a ideia de justificação independente de conteúdo ganha destaque, pois ao romper com a transitividade lógica, Raz faz a norma fundar-se na condição de pertencimento ao ordenamento em que está inserida e não em razões externas que agiram na sua positivação. Destarte, nota-se a existência da capacidade de se definir o direito sem recorrer a considerações morais, mesmo aquelas que lhe dão eficácia, bastando uma remissão à dependência do normativo em relação ao valorativo, no caso, a legitimação do direito pela moral externa com a qual o indivíduo se identifica ao deliberar se legitima a autoridade que a ele se dirige.

Essa relação entre direito e moral é demonstrável pela natureza reivindicatória de autoridade inerente a qualquer conjunto normativo. A remissão deve obedecer a regras de distribuição de competências e poderes, pois o direito é um sistema normativo institucional de normas identificáveis pela origem capaz de vincular certas instâncias jurídicas dentro das instituições estatais com base em regras de segunda ordem que as identificam e as aplicam. Todavia, somente a moralidade externa da comunidade, seja em aspectos instrumentais ou não instrumentais, é capaz de produzir eficácia pela legitimação.

Além disso, destacou-se que a natureza autoritativa do direito explica o caráter interpretativo inerente ao raciocínio jurídico, já que ele, ao contrário do raciocínio moral, no qual não existe a necessidade de remissão à origem das normas, faz fundamental remissão ao que foi feito pelas autoridades produtoras do ordenamento, bem como define qual norma se aplica ao caso concreto. A interpretação, dessa maneira, serve para estabelecer a unidade entre passado e futuro dentro do sistema jurídico.

Em um último momento, conclui-se que a noção tradicional de constituição é fundada na ideia de poder constituinte originário, noção que ainda hoje permeia o entendimento de transmissão de autoridade no âmbito jurídico. Esse fato não é aleatório, mas resultado de uma longa tradição na qual aspectos metafísicos se mesclam com o entendimento da fundação e na sua manutenção como pedra basilar do sistema e no qual a ideia de autoridade tem função destacada.

Longe de pleitear um rompimento total com aspectos metafísicos embrincados na sociedade e na tradição que faz com que ela seja o que é, demonstrou-se o papel do positivismo jurídico na luta por entender o direito como ferramenta garantidora da noção de autonomia moral, bem como o papel do grupo social no processo contínuo e ininterrupto de legitimação da autoridade moral daqueles que buscam ser obedecidos.

Isso posto, o debate sobre a titularidade abstrata do poder constituinte deve ceder lugar ao exame de sua manifestação concreta, sendo que a obediência desmedida à noção de decisão constituinte não pode mais servir de barreira para a discussão ampla, pautada pela participação popular não só no momento da criação, mas também na interpretação da constituição.

De forma derradeira, destacou-se que o reconhecimento nesse caso é autoritativo e não autoritário como se entenderia em uma leitura rápida, pois ele se baseia na justificação racional associada ao aumento ou diminuição da legitimidade social que a instituição com autoridade possui na comunidade específica, fazendo com que sua aceitação seja vinculada ao reconhecimento dos argumentos apresentados em cada caso em que vier a decidir. Não existe, assim, nenhuma imposição de autoridade ou cerceamento da autonomia moral, muito embora toda decisão tenha suas consequências, tanto no plano institucional quanto no pessoal.

Nesse sentido, ressalta-se a importância e a responsabilidade dos tribunais constitucionais para a autoridade não apenas de suas decisões, mas também da própria Constituição, uma vez que diante da possibilidade de legitimação pela prática constitucional, ou seja, pela produção de interpretações da Carta máxima que produzem alterações na própria dinâmica do ordenamento e têm poder

hierárquico sobre as demais normas, cria-se uma instituição com poder quase que absoluto.

Essa dissertação teve como objetivo estabelecer uma relação entre o uso do argumento de autoridade por tribunais superiores, ou seja, quando em suas decisões existe uma remissão à sua autoridade máxima para tomar certa decisão, sendo essa, normalmente, a palavra definitiva sobre determinada questão. Essa referência longe de ser uma questão meramente lógico-semântica, envolve aspectos epistemológicos, práticos e até metafísicos, fazendo com que seja necessária uma justificação para legitimar a decisão hierarquicamente definitiva.

Como já dito, no positivismo jurídico pós-hartiano a normatividade, ou capacidade de emitir normas que reivindicam autoridade (no sentido de poder), está vinculada à estrutura formal positivada e à noção de justificação independente do conteúdo. A estrutura hierárquica estabelece as prerrogativas e funções, cuja autoridade (no sentido de indivíduo ou instituição que detém o poder) exercerá pautada pela legislação constitucional, seja ela sistematizada ou não sistematizada. Nesse sentido, a noção de regra última de reconhecimento estabelece critério(s) definitivo(s) de validade, ou seja, pertencimento ao ordenamento, enquanto que a legitimação pela coletividade determina a eficácia da norma, ou seja, sua aceitação social perante o grupo que possui vínculos associativos oriundos de um pano de fundo compartilhado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 2005.

ACKERMAN, Bruce. *We the People, Vol 1: Foundations*, Cambridge, MA: Harvard University Press. 1993.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, trad. Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*, trad. Henrique Burigo, 2 ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002

ALEXY, Robert. *A Discourse theoretical Conception of Practical Reason*. Ratio Juris Volume 5, (231-251).1992.

ALEXY, Robert. *The theory of legal argumentation*. Oxford: Clarendon. 1989.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14.ed Rio de Janeiro: Forense. 2007.

ANSCOMBE, G. E. M., 1957, *Intention*, Ithaca: Cornell University Press.

ARENDT, Hannah. *On Revolution*. New York: The Viking Press. 1963.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BENDERSKY, Joseph W. *The Expendable Krojurist: Carl Schmitt and National Socialism, 1933-36*, *Jornal of Contemporary History*, SAGE. London and Beverly Hills, vol.14. 1979.

BENEVENISTE, Émile. *Le vocabulaire des institutions indo-européenes*. Tomo 2 : pouvoir, droit, religion. Paris: Les Éditions de Minuit. 1969.

BJARUP, Jes.. *Continental Perspectives on Natural Law Theory and Legal Positivism*. In: *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishing. 2005

BRANQUINHO, João; GOMES, Nelson Gonçalves; MURCHO, Desidério. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martin Fontes. 1 ed. 2006.

BROOME, John. 'Normative Requirements', *Ratio*, v.12: 398-419. 1999

BUCHANAN, James. *The limits of liberty*. Chicago: University Chicago Press. 1975.

BUSTAMANTE, Thomas. *Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*, Rio de Janeiro: Renovar, 1. ed., 2005.

BUSTAMANTE, Thomas. *On MacCormick's Post-Positivism*. German Law Journal, vol. 12, n. 2, 2011, pp. 693-727. Disponível em: www.germanlawjournal.com

BUSTAMANTE, Thomas. *Review of Legality - By Scott Shapiro*. Legal Studies, v. 32, p. 499-507, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Direito e decisão racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CORREAS, Óscar. *El outro Kelsen*. In: *El otro Kelsen*. Org. Correias, Óscar. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 27-55. 1989

CRIMMINS, James E. *Bentham and Hobbes: An Issue of Influence*. Journal of the History of Ideas, Vol. 63, No. 4 pp. 677-696. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 2002.

CROFT, Pauline. *King James*. Basingstoke & Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2003.

DANCY, Jonathan. *Ethics Without Principles*. Oxford: Clarendon Press, 2004

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 1986.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martin Fontes. 2010.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford Univ. Press. 1996.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Is Law a System of Rules?*, in: Summers, Robert (org), *Essays in Legal Philosophy*. Los Angeles: University of California Press, p. 25-60. 1968.

DYZENHAUS, David, "Consent, Legitimacy, and the Foundation of Political and Legal Authority" in: *Between Consenting Peoples: Political Community and the Meaning of Consent*. org: Webber & Macleod, p. 163-184. Vancouver: UBC Press, 2010.

DYZENHAUS, David. *Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality*. Oxford: Oxford University Press. 2010.

ELY, John Hart, *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Bernardo G. *Direito Constitucional e Democracia: Entre a Globalização e o Risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2011.

FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodium. 4.ed. 2012.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press. 2nd ed. 2011.

GARDNER, John. *Can there be a Written Constitution?* In: Oxford Studies in Philosophy of Law. Vol. 1, Oxford: Oxford University Press, 2011.

GARDNER, John. "How Law Claims, What Law Claims". In: Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy. (ed) Matthias Klatt .Oxford: Oxford University Press. 2012.

GARDNER, John. *Legal Positivism: 5 ½ Myths*. 46 Am. J. Juris. 199. 2001

GAUTHIER, David. *Morals by Agreement*. Oxford: Clarendon Press 1986.

GREEN, Leslie. *The Authority of the State*. Oxford: Clarendon Press.1988.

GREEN, Leslie. *Three themes from Raz*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 25, n.3, p. 503-523. 2005.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Palo Alto, Calif.: Stanford Univ. Press. 1992

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, 2 V. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Theory of Communicative Action Volume One: Reason and the Rationalization of Society*. Translated by Thomas A. McCarthy. Boston, Mass.: Beacon Press. 1984.

HART, Herbert. *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press. 1982.

HART, Herbert. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.1983

HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press. 2nd ed. 1994

HIMMA, Kenneth. "Law's Claim of Legitimate Authority," in Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law. (ed.) Jules L. Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HIMMA, Kenneth. "Understanding the relationship between the U.S. Constitution and the conventional Rule of Recognition", in. *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution* p. 95-121. (orgs). M. Adler e K. E. Himma Oxford: Oxford University Press, 2009,

HOBBS, Thomas *Leviathan*. ed. C.B. Macpherson. Harmondsworth: Penguin. 1968.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KAMMERHOFER Jörg, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* Abingdon: Routledge.p.59–86. 2010.

KANT, Immanuel. *Critique of practical reason*. New York: Classical Bokk International Publishing. 2010.

KANT, Immanuel. *Critique of Pure Reason*. ed. Paul Guyer and Allen W. Wood. Cambridge: Cambridge UP, 1998.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 2 ed. Madrid: Tecnos 1994

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 5. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight. 1960.

KORSGAARD, Christine. *The Sources of Normativity*. Cambridge: Cambridge University Press. 1992.

LANDENSON, Robert. "A Defense of a Hobbesian Conception of Law" in: Authority. org: Raz, Joseph. New York: New York University Press, 1990.

LINDAHL, Hans. *El Pueblo Soberano: El Régimen Simbólico del Poder Político en la democracia*. Revista de estudios políticos. México N° 94, págs. 47-72. 1996.

MACDONALD, David. *Authority and Justification: The Case of Thomas Hobbes*. Final thesis for the degree in Master of Arts at the Faculty of Graduate Studies, University of British Columbia. October 1994.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria contemporânea do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*, 3rd ed. University of Notre Dame Press. 2007

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *A Norma Fundamental de Hans Kelsen como postulado científico*. Rev. Fac. Dir. UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011-a.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Contra o Absoluto - Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011-b

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NASCIMENTO, Pedro Savaget. *A influência da teoria da linguagem estoica na hermenêutica do direito romano clássico*. Dissertação de conclusão de mestrado sob orientação de Andityas Soares de Moura Costa Matos. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. 2013.

PORCIÚNCULA, Marcelo. *A Democracia no pensamento de Hans Kelsen - pressupostos e condições de sua realização / tese de doutorado defendida sob orientação de Adrian Sgarbi*.— Rio de Janeiro: PUC; Departamento de Direito, 2009.

RAZ, Joseph. *Authority*. New York: New York University Press, 1990.

RAZ, Joseph. *Authority and Justification*. Philosophy & Public Affairs, Vol. 14, No. 1 Wiley-Blackwell. 1985.

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. Oxford: Oxford University Press. 2009-a.

RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Ciudad de Mexico: UNAM, 1986.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press. 1996. .

RAZ, Joseph. "Introduction". In: Practical Reasoning. (ed) Joseph Raz, p.1-17.Oxford: Oxford University Press.1978-a

RAZ, Joseph. "Hart on Moral Rights and Legal Duties". Oxford: Oxford Journal of Legal Studies. 4. p.123-131.1984.

RAZ, Joseph. "Notes on Value and Objectivity". In: Objectivity in Law and Morals. (ed.) Brian Leiter. 194-233. Cambridge: Cambridge University Press. 2000

RAZ, Joseph. "Reasons for Action, Decisions and Norms". In: Practical Reasoning. (ed) Joseph Raz, p. 128-143. Oxford: Oxford University Press. 1978-b.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph, *The authority of Law: essays on law and morality*. 2^oed. Oxford: Oxford University Press. 2009-b.

RAZ, Joseph. *The concept of a legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2nd ed. 1980.

RAZ, Joseph. *The Myth of Instrumental Rationality*. Journal of ethics and social philosophy. Vol. 1. n.1. 2005.

RAZ, Joseph, "*The Obligation to Obey: Revision and Tradition*". In: *The Duty to Obey the law*. ed. W.A. Edmundson. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997

SAINSBURY, Mark. 2001. *Logical Forms*. In: R. Jay Wallace, "Practical Reason", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Oxford: Blackwell. 2009.

SALDANHA, Nelson. "*Teologia e política: Liberalismo e conservadorismo no pensamento constitucional moderno*". In: *Constitucion y constitucionalismo hoy: Cinquentenario de Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. p.671-683. Caracas: Fundacion Manuel Garcia-Pelayo. 2001.

SANDEL, Michael. *JUSTICE*. New York: Penguin Group. 2009.

SCANLON, Larry. *Narrative, Authority, and Power: The medieval exemplum and the Chaucerian tradition*. Cambridge: Cambridge University Press. 1994.

SCIARAFFA, Stefan. *The Ineliminability of Hartian Social Rules*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 3. pp. 603–623. 2011.

SCHOFIELD, Philip. *Jeremy Bentham and nineteenth-century English jurisprudence*. The Journal of Legal History, v.12, 158-188.1991.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: A philosophical examination of Rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press. 2002.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press. 2009.

SEARLE, John. *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press.1969.

SHAPIRO, Scott. '*Authority*'. In: *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (eds.) Jules Coleman and Scott Shapiro. Oxford: Oxford University Press .2002.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, MA/London: Belknap Press, 2011.

SHAPIRO, Scott. *What is the rule of recognition (and does it exist)?* In: The rule of recognition and the U.S. Constitution. Oxford: Oxford University Press. 2009.

SOPER, Philip. "Legal Theory and the Claim of Authority". in: The Duty to Obey the law. ed. W.A. Edmundson. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Forum. 2012.

STREUMER, Bart. *Practical Reasoning*. In: The Blackwell Companion to the Philosophy of Action, (eds.) Timothy O'Connor and Constantine Sandis. 2010.

TAYLOR, Charles. 'What is Human Agency', in his *Human Agency and Language*, Cambridge: Cambridge University Press 1985.

TENENBAUM, Sergio. "The Conclusion of Practical Reason". In: Sergio Tenenbaum (ed.), *New Trends in Philosophy: Moral Psychology*. Amsterdam: Rodopi. 2007

WALTON, Douglas S., *Informal Logic: A Handbook for Critical Argumentation*, Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press. 1999.

WALDRON, Jeremy. *Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom*. 62 Southern California Law Review. V. 1097. 1988.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México-DF: Fondo de Cultura Económica. 1992.

WALLACE, R. Jay, "Practical Reason", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2009/entries/practical-reason>. Acessado em : 29/10/2013.

WOLFF, Robert P. "The conflict between authority and autonomy" in: Authority. org: Raz, Joseph. New York: New York University Press, 1990.