

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Igor de Carvalho Enríquez

**CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE JOSEPH RAZ PARA A
CONSOLIDAÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONAIS: A IDEIA DE DISCRICIONARIEDADE FORTE E O
CONTRASTE ENTRE PRECEDENTES ORDINÁRIOS E PRECEDENTES
CONSTITUCIONAIS.**

Belo Horizonte
2018

Igor de Carvalho Enríquez

CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE JOSEPH RAZ PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS: A IDEIA DE DISCRICIONARIEDADE FORTE E O CONTRASTE ENTRE PRECEDENTES ORDINÁRIOS E PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de doutor.

Orientador: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante

Belo Horizonte
2018

Igor de Carvalho Enríquez

Contribuições da teoria de Joseph Raz para a consolidação de uma teoria dos precedentes constitucionais: a ideia de discricionariedade forte e o contraste entre precedentes ordinários e precedentes constitucionais.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de doutor.

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (Orientador)

Professora Doutora Paula Gaido – Universidad de San Andrés – Argentina (titular)

Professor Doutor Rafael Maffei – USP (titular)

Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes - UFMG (titular)

Professor Doutor David Francisco Lopes Gomes - UFMG (titular)

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2018

“Our bodies are our gardens, to the which our wills are gardeners”.

William Shakespeare

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo apoio incondicional.

À minha amada Christina, pela paciência e dedicação.

Ao meu orientador, Thomas Bustamante, pelo auxílio em momentos de dúvida, pelos ensinamentos relevantes e pela imensa contribuição com a minha formação intelectual e pessoal.

Aos amigos da pós-graduação, Ana Luísa, João Victor, Lucas, Mirlir, Renan, Deivide, Diego, Danilo, Franklin, Rodrigo e tantos outros, pelas preciosas dicas e sugestões.

Aos diversos professores que avaliaram o projeto e fases prévias desta tese, pelas críticas construtivas que a tornaram melhor.

Ao revisor Diego Felipe, pela ajuda inestimável.

Agradeço fortemente a todos que, de forma direta e indireta, contribuíram para me permitir chegar até aqui.

Resumo

Ao longo de sua obra, Joseph Raz busca desenhar um projeto de filosofia política e moral que sustente uma teoria jurídica abrangente e completa. Ela pode ser dividida em cinco grandes partes (teorias da racionalidade prática, da moralidade, da autoridade, do direito e da adjudicação) nas quais se estabelecem respostas para problemas há muito debatidos nos meios jusfilosóficos. Muito embora críticos aleguem a inexistência de coerência interna entre essas cinco partes fundamentais de sua obra, pretende-se nesta tese demonstrar que ela está presente e é relevante, embora não seja evidente em um primeiro momento. Seu grande mérito é estabelecer parâmetros para a compatibilidade entre um positivismo excludente e a uma teoria normativa, o que, em termos gerais, é uma defesa da compatibilidade entre, de um lado, a tese das fontes (segundo a qual o direito é produto de fontes sociais) somada a tese da separação (segundo a qual existe uma separação necessária entre direito e moral) e, de outro lado, uma teoria da adjudicação moral (segundo a qual o juiz deve decidir baseado em parâmetros morais compartilhados pela sua coletividade, embora não esteja totalmente limitado a eles). Esta tese busca enfrentar as críticas que questionam tanto a compatibilidade de várias de suas partes entre si, quanto a plausibilidade fática de partes de sua obra se comparadas à realidade do direito aplicado. Para tanto, demonstra-se como houve uma mudança consciente da fase inicial dos escritos de Raz, onde o intuito era tratar o direito como um somatório de razões de ordem prática concebidas na forma de diretivas almejando obter coordenação social, para um segundo momento, no qual seu trabalho evoluiu para uma tentativa de estabelecer uma teoria do direito somada a uma teoria da adjudicação na qual a moral passa a servir como fundamento para tomada de decisões judiciais, tanto no preenchimento de lacunas quanto no âmbito constitucional. Defende-se aqui, portanto, que as respostas de Raz podem ajudar a esclarecer pontos pertinentes da teoria constitucional, ajudando tanto na implementação de um projeto político procedimental quanto a tratar as decisões constitucionais como o que elas de fato são: decisões quase que exclusivamente políticas tomadas por tribunais com discricionariedade para tanto

Palavras-chave: Joseph Raz, Autoridade, Legitimidade, Teoria política, Precedentes constitucionais

Abstract

Throughout his work, Joseph Raz seeks to design a project of political and moral philosophy that underpins a comprehensive and complete legal theory. It can be divided into five major parts (theories of practical rationality, morality, authority, law, and adjudication) in which answers are established to problems long debated in the philosophical circles. Although critics claim the lack of internal coherence between these five fundamental parts of his work, it is intended in this thesis to demonstrate that it is present and relevant, although it is not evident at first. His great merit is to establish parameters for the compatibility between an exclusive positivism and a normative theory, which, in general terms, is a defense of the compatibility between, on the one hand, the source thesis (according to which the law is the product of and the theory of moral adjudication) added with the separation thesis (according to which there is a necessary separation of law and morality) and, on the other, a theory of moral adjudication (according to which the court must decide based on moral parameters shared by its community, although it is not totally limited to them). This PhD thesis seeks to face the criticisms that question both the compatibility of several of its parts with each other and the factual plausibility of parts of its work compared to the reality of applied law. For this, it is shown how there was a conscious change of the initial phase of the writings of Raz, where the intention was to treat law as a sum of practical reasons conceived in the form of directives aiming to obtain social coordination, for a second moment, in the his work evolves to an attempt to establish a theory of law coupled with a theory of adjudication in which morality becomes the basis for making judicial decisions, both in filling gaps and in the constitutional framework. It is argued here, therefore, that answers can help clarify pertinent points of constitutional theory by assisting both in the implementation of a procedural political project and in treating constitutional decisions as what they are in fact: political decisions taken by courts with power for that.

Key words: Joseph Raz, Authority, Legitimacy, Political theory, Constitutional precedents

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PROJETO POLÍTICO-FILOSÓFICO DE JOSEPH RAZ.....	19
2.1 Teoria da racionalidade	20
2.2 Teoria da moralidade	26
2.3 Teoria da autoridade	32
2.4 Teoria do direito	39
2.5 Teoria da adjudicação	45
2.6 A Metodologia de Joseph Raz.....	51
2.7 Conclusões parciais	59
3 ALGUMAS CRÍTICAS À TEORIA DE JOSEPH RAZ E SUAS RESPOSTAS	63
3.1 As críticas de Ronald Dworkin.....	64
3.2 As críticas de Gerald Postema	77
3.2.1 <i>A resposta de Raz</i>	83
3.3 As críticas de Margaret Martin.....	91
3.3.1 <i>Normas jurídicas e a força preemptiva perante indivíduos</i>	91
3.3.2 <i>A ideia de incompatibilidade entre as teses da preempção e de justificação normal</i>	97
3.4 Conclusões parciais	104
4 A TEORIA POLÍTICA INERENTE À TRADIÇÃO JURÍDICA DO COMMON LAW E O MODELO RULE-PLUS- EXCEPTION	107
4.1 O desenvolvimento do <i>common law</i> como uma tradição híbrida	108
4.2 Sistematicidade e atuação consciente: a visão de Gerald Postema	114

4.3	Precedentes e positivismo presumido: a visão de Frederick Schauer.....	119
4.4	A <i>stare decisis</i> e o <i>rule-of-law</i> : a visão de Jeremy Waldron	125
4.5	O erro de Raz no modelo <i>rule-plus-exception</i> e o <i>common law</i>	130
4.6	Conclusões parciais	144
5	POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA OBRA DE JOSEPH RAZ PARA UMA TEORIA DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS.....	147
5.1	A autoridade das constituições e sua legitimação pela prática	148
5.2	Interpretação constitucional e a função de uma teoria normativa	161
5.3	O <i>rule-of-law</i> e uma teoria dos precedentes constitucionais	172
5.4	Conclusões parciais	186
6	CONCLUSÃO.....	189
	REFERÊNCIAS.....	198

1 INTRODUÇÃO

Ao longo de sua vida acadêmica, Joseph Raz busca desenhar um projeto de filosofia política e moral que sustente uma teoria jurídica de forma abrangente e completa. Sua obra pode ser dividida em cinco grandes partes: teorias da racionalidade prática, da moralidade, da autoridade, do direito e da adjudicação. Nos últimos 40 anos, Raz tem trabalhado nessas teorias a fim de tentar estabelecer respostas para problemas há muito debatidos nos meios jusfilosóficos. Apesar de alguns de seus principais críticos alegarem a inexistência de coerência interna entre essas cinco partes fundamentais de sua obra, pretende-se nesta tese demonstrar que ela está presente e pode ser relevante, embora não seja evidente em um primeiro momento e precise de alguns ajustes.

Como um dos desafios da obra de Joseph Raz, pode-se citar a tentativa de propor parâmetros para demonstrar a compatibilidade entre um positivismo excludente e a uma teoria normativa. Em termos gerais, trata-se de uma defesa da cumulação entre, de um lado, a tese das fontes (direito como produto de fontes sociais) e a tese da separação (existência de uma separação necessária entre direito e moral) e, de outro lado, uma teoria da adjudicação moral (decisão do juiz com base em parâmetros morais compartilhados pela sua coletividade, embora não totalmente limitada a eles).

Todavia, apesar de reconhecida nos meios acadêmicos do direito como uma das mais relevantes e influentes, em tempos recentes essa obra tem enfrentado críticas relevantes, que questionam tanto a compatibilidade de várias de suas partes entre si, quanto a plausibilidade fática de partes de sua obra se comparadas à realidade do direito aplicado. Para esses críticos, se na fase inicial dos escritos de Raz, o intuito era tratar o direito como um somatório de razões de ordem prática (primeira e segunda ordens) concebidas na forma de diretivas almejando obter coordenação social, posteriormente seu trabalho evoluiu para uma tentativa de estabelecer uma teoria do direito somada a uma teoria da adjudicação em que a moral passa a servir de fundamento para tomada de decisões judiciais. Para esses críticos, isso faz com que o projeto raziano seja cindido e inviabilizado, pois se torna contraditório e incapaz de sustentar um projeto uno – já que

não tem coerência interna –, estando, portanto, fadado a “desmoronar para dentro” (MARTIN, 2014, p.26).

Defende-se aqui, entretanto, que as respostas a essas objeções já se encontram ao longo dos dez livros e inúmeros artigos publicados por Raz, de modo que o objetivo dessa tese é apontar, inicialmente, que a obra do autor resiste a todas as críticas apresentadas em relação à coerência interna e à capacidade de apresentar uma obra integrada e exequível. Com o intuito de demonstrar esse ponto, focar-se-á, ao longo das duas primeiras seções da tese, na apresentação da obra de Raz e nas críticas apresentadas por Gerald Postema, Ronald Dworkin e, mais recentemente, Margaret Martin, expondo as respostas que Raz já deu às questões levantadas por eles, bem como propondo novas respostas com base no que já foi publicado na obra raziana.

A hipótese da tese se divide em três pontos principais, sendo a seguinte: (i) a teoria de Raz resiste às críticas de incoerência interna e incapacidade de explicar adequadamente o uso de precedentes no *common law*; (ii) sem embargo, a denominada tese do “*rule-plus-exception*”, segundo o qual o direito judicial se desenvolve apenas por meio de *distinguishing* e diferenciações que restringem o precedente subsequente, é equivocada, de modo que Martin e os demais críticos têm razão apenas nesse aspecto; (iii) apesar dessa dificuldade, a teoria de Raz provê a base adequada para a construção de uma teoria dos precedentes constitucionais, em grande medida baseada em parâmetros procedimentais fundados nos ideais políticos do *rule-of law*.

Para tanto, pretende-se, na segunda seção, apresentar os pontos principais do trabalho acadêmico de Raz nas últimas quatro décadas, ressaltando as passagens que apontam a coerência interna e plausibilidade da teoria, mesmo que algumas interpretações novas e não ortodoxas tenham que ser introduzidas a respeito de certos pontos. Desse modo, inova-se em relação às convenções interpretativas que têm sido criadas pela doutrina majoritária a respeito de sua obra e aponta-se seu modelo de positivismo como muito mais normativo do que defende a maioria da crítica especializada.

Ademais, à medida que se apresentam os argumentos de Raz, mostra-se que, apesar da natureza truncada de sua obra, uma análise cuidadosa e holística pode fornecer pistas para traçar saídas possíveis de forma coerente. Ao dividir metodologicamente sua obra em cinco partes não se pretende dizer que esses pedaços

são estanques ou independentes, mas mostrar que eles fazem parte de um projeto bem mais amplo, que, por caminhos diversos, pretende alcançar uma conclusão comum.

Em um momento inicial, aponta-se que a teoria do direito e a teoria da adjudicação de Joseph Raz (talvez as subdivisões mais aparentemente contraditórias) são plenamente compatíveis, mesmo com um pequeno desvio de rota em sua obra, mais especificamente do modelo de positivismo excludente de *Practical Reasons and Norms* para o de *Ethics in Public Domain* e, especialmente, o de *Between Authority and Interpretation*. Nesse ponto, fica claro que o modelo inicial de coordenação social por meio de razões protegidas não é substituído por uma teoria da adjudicação e interpretação constitucional com bases normativas, mas sim somado a ela, já que ambas ocupam âmbitos diferentes com objetivos diversos na sua obra, mas sempre mantendo o caráter complementar e um projeto político comum.

Por fim, será introduzida a metodologia usada por Raz, segundo Julie Dickson. Segundo ela, aquele autor faz uso de uma metodologia valorativa indireta, na qual a separação ser/dever-ser não é estanque e o aplicador do direito é capaz de fazer uma avaliação da importância moral da norma sem precisar entrar em seu mérito (definir se ela é boa ou ruim, por exemplo). Pretende-se sustentar, assim, que o aspecto descritivo inicial da obra de Raz (direito como mecanismo de organização social) é complementar ao aspecto normativo do segundo momento – no qual há um destaque ao papel dos juizes como criadores do direito com base no ponto de vista interno de determinada coletividade. Dessa forma, mesmo existindo em sua obra recente uma teoria da interpretação com fortes influências dworkinianas, a metodologia raziana continua fazendo toda a diferença. A ideia aqui é diferenciá-lo da visão de outros autores a respeito da relação ser/dever-ser, mostrando que a metodologia usada em sua obra tem justificação e objetivos prévios específicos.

Continuando nesse intuito, o objetivo na terceira seção é apontar como as críticas feitas por diversos autores não são adequadas para avaliar da melhor forma todos os aspectos da obra holisticamente, pois não consideram aspectos fundamentais de sua metodologia. Desse modo, busca-se, no terceira sessão, focar as críticas de Dworkin presentes no texto *Thirty years on*, apontando possíveis defesas de Raz ao seu posicionamento, mediante exame das críticas apresentadas por Gerald Postema no texto

Law's Autonomy and Public Practical Reason, contestadas pela réplica de Raz e com relevantes consequências para a explicação da obra raziana, com intuito de, enfim, chegar às críticas ainda não respondidas de Margareth Martin. Neste ponto, demonstra-se que é possível entender a obra raziana como não contraditória e pertinente no debate jurídico contemporâneo a respeito de diversas questões de natureza teórica. Nesse sentido, o projeto político de Raz demonstra que sua obra não é aleatória, mas tem objetivos previamente traçados, com base em premissas claramente definidas.

A ideia central da terceira seção é rebater as críticas principais feitas ao positivismo excludente de modo que seja possível defender a quase totalidade da obra de Joseph Raz. O intuito neste trabalho é demonstrar que sua teoria não é apenas sobre o que é o direito – que, para ele, estaria no âmbito da “natureza do direito” –, mas também sobre a melhor forma de entendimento da sociedade quanto ao direito que a cerca e do qual faz parte (que estaria no âmbito do *conceito de direito*). Assim, embora não seja uma visão uniforme, é coerente e tem um objetivo político-jurídico claro e definido.

Deve-se abandonar a dramática metáfora do direito excluindo a moralidade, por muito tempo associada ao positivismo: a noção raziana de norma é legitimada moralmente, e, nessa perspectiva, o direito modifica a forma que a moralidade se aplica às pessoas (RAZ, 2004, p. 9). Uma visão na qual o direito e a moral se relacionam sem se confundirem é mais exata na descrição de sua obra. Baseado no reconhecimento de que o caráter descritivo da metodologia de Raz aproxima-se do essencialismo e se contrapõe ao antiessencialismo de Hart, então, faz-se possível debater o projeto político implícito na obra, já que se encontra declaradamente inserida em um contexto de busca de racionalização por meio de uma teoria política ligada à visão na qual a norma advém de fontes sociais.

Ao não se ater a aspectos da obra raziana focados na sua visão de natureza do direito – características abstratas inerentes a todo ordenamento jurídico –, mas no seu conceito de direito (visão político-moral com base nas práticas dos participantes que faz com que o direito moderno ocidental se destaque por suas qualidades morais), o objeto dessa tese é apresentar Raz como um autor inserido no projeto de positivismo normativo e no constitucionalismo iluminista, posições que nas palavras de Waldron, estariam intimamente ligadas (WALDRON, 2016). Para tanto, relaciona-se sua obra com a

existência de precedentes vinculantes nos sistemas jurídicos da tradição do *common law*, o que traz implícito um projeto político mais amplo que também é compartilhado pela obra raziana. Exatamente por conseguir conciliar elementos descritivos e prescritivos em um projeto coerente, Raz consegue ser um defensor da capacidade dos julgadores em criar direito ao mesmo tempo em que buscam alternativas plausíveis para o controle dos excessos de discricionariedade judicial.

Na quarta seção, como contraponto à defesa feita nas seções anteriores, será assumido que apenas uma parte do trabalho de Raz em relação à adjudicação (o modelo *rule-plus-exception*) pode ser apontada como problemática, muito embora não seja fundamental para a sustentação do conjunto teórico. Isso porque a teoria dos precedentes de Raz é uma defesa teórica da natureza política inerente ao *common law* associada a uma descrição conceitual de suas práticas, o que é mostrado em grande medida na sua busca por uma contenção do excesso de discricionariedade judicial, característico da prática dessa tradição jurídica.

Nessa seção, promove-se uma defesa da tradição jurídica e do projeto político inerente ao *common law*, em suas diversas dimensões. Desde as reformas procedimentais influenciadas por Jeremy Bentham ao longo do século XIX (EVANS, 1987, p. 35-72) houve uma considerável preocupação com a racionalização da aplicação do direito e com a contenção do poder arbitrário dos juízes, conquanto o caráter argumentativo e reconstrutivo estivesse presente desde sua origem. O erro de Raz está em não considerar a forma com que os próprios participantes veem os conceitos de prática jurídica que utilizam, o que é possível visualizar, mais claramente, por meio do uso de conceitos relativos aos precedentes nos sistemas da tradição do *common law*.

Nesse sentido, a forma como o *common law* é visto e construído pelos seus participantes não é apenas conceitualmente necessária, mas politicamente fundamental na busca de uma implementação do estado de direito (*rule-of-law*). A ideia de liberdade associada à hierarquia é o núcleo de seu funcionamento, qualquer que sejam os contextos políticos e jurídicos específicos no qual a tradição é implantada. É exatamente sua adequabilidade a contextos diversos que faz com que suas virtudes superem seus defeitos, com uma teoria política implícita. Assim, o uso dos precedentes pode ser amplo e irrestrito caso seus participantes compartilhem a lógica de seu funcionamento, não

havendo excesso de liberdade criativa dos adjudicadores nem incompatibilidade com um parlamento altamente democrático e representativo. No contexto do *common law*, a proposta de Raz de um modelo que controle a evolução dos precedentes não é adequada simplesmente porque os participantes não precisam dela¹.

Na quinta seção defende-se, destarte, que o modelo teórico conceitual a respeito da interpretação jurídica, ainda que se adequue nos casos de existência de lacunas jurídicas e se abra a possibilidade do recurso à moralidade, não se encaixa nos contextos de controle de constitucionalidade, sejam da tradição do *common law* ou não. Esse modelo propõe uma divisão entre raciocínio reconstrutivo e destacado e tem um papel relevante no uso dos precedentes vinculantes, seja por prover uma lógica de conservadorismo em relação às decisões autoritativas de cortes anteriores, seja por impor um ônus argumentativo às cortes que pretendem modificar seus precedentes, o que inibe o excesso de discricionariedade, pelo menos em parte. Apesar de alguns modelos de controle de constitucionalidade forte, como o estadunidense, apresentarem certa estabilidade e não precisarem de um modelo de contenção da sua própria evolução jurisprudencial – suas próprias práticas constitucionais traçam seus limites –, conceitualmente existem graves problemas na concepção de um tribunal com ampla discricionariedade.

A proposta deste trabalho, que trata da compatibilidade entre a teoria raziana e o uso prático de precedentes típico do *common law*, com notáveis implicações na noção de precedentes constitucionais, é defender que, apesar de a teoria de Raz não representar uma descrição exata do uso de precedentes no *common law*², ainda é possível repará-la, pois o projeto político latente na obra de Raz é o mesmo daquele inserido na tradição do *common law*. A ideia é que existe uma razão política específica para conter a discricionariedade judicial, baseada em uma boa justificação moral para a atuação dos tribunais com base em um projeto político baseado na ideia de *rule-of-law*.

¹ A noção adotada nessa tese de precedentes vinculantes próprios do *common law* é fortemente influenciada pela obra “*Rhetoric and The Rule of Law*” de Neil MacCormick (2005).

² A liberdade de criar e adaptar o uso de precedentes vinculantes na prática cotidiana dos tribunais é muito maior e mais aleatória do que supõe Raz.

Se o *common law* se destaca por dar liberdade aos julgadores mediante precedentes, tal fato está vinculado a uma série de valores subjacentes relacionados com os conceitos afetos à jurisdição em meio a um projeto político que sustenta o sistema jurídico. A adoção de precedentes vinculantes não é meramente procedimental, mas o procedimento tem papel fundamental. Por esse ângulo, a evolução jurisprudencial restritiva do modelo *rule-plus-exception* é uma amarra desnecessária aos juízes, já que mecanismos de implementação de uma noção de *accountability* já estariam presentes numa série de práticas instituídas pela vinculação à ideia de *rule-of-law*. Resta saber se, ou até que ponto, cada sociedade pretende aderir a esse ideário.

Na quarta seção deste trabalho, apontam-se as vantagens em separar uma teoria dos precedentes infraconstitucionais de uma teoria de precedentes constitucionais, apontando como essa visão também se encontra na obra raziana. Nesse ponto, a teoria da interpretação de Raz assume um papel de destaque, porquanto na aplicação cotidiana dos precedentes infraconstitucionais – seja em um sistema da tradição do *common law* ou não – a autocompreensão das práticas pelos participantes resolve boa parte da ameaça de atuação judicial excessiva. Isso se deve tanto a uma maior escassez de lacunas jurídicas nas normas infraconstitucionais, que tendem a ser menos abstratas, quanto a um maior cerceamento da autonomia interpretativa judicial pela própria natureza de algumas normas, como as tributárias. Assim, os perigos de uma situação de discricionariedade arbitrária, combatida por Raz ao longo de sua obra, são bem mais factíveis no âmbito constitucional, em que a divisão entre raciocínio destacado e raciocínio reconstrutivo não faz muito sentido.

Por fim, busca-se apontar todos os ganhos em se adotar uma teoria dos precedentes ordinários que evolui de forma conservadora, mas participativa. Já em âmbito constitucional, no qual a necessidade de combinar aspectos de passado e futuro da evolução dos precedentes demanda uma teoria conceitual baseada em procedimentos com uma finalidade política delimitada, o que, de forma muito mais coerente, vai permitir que sociedade decida a melhor forma de construir sua relação com seu próprio sistema jurídico com base em seus valores sociais. Em oposição aos precedentes ordinários, nos precedentes constitucionais o recurso à moralidade faz-se sempre presente e, portanto, as decisões tomadas são de natureza muito mais política

do que jurídica. A consciência disso permite dar à futura teoria dos precedentes constitucionais um foco maior na autocompreensão de como organizar e hierarquizar decisões judiciais vinculantes e menores em conteúdo.

A quarta seção funda as bases para a construção de uma teoria de precedentes constitucionais demonstrando, dessa vez, a mútua influência existente entre as teorias de interpretação, constituição e precedentes vinculantes baseada em conceitos inerentes às práticas de seus participantes. Objetiva-se defender a coerência e a aplicabilidade da metodologia de Raz, de modo que aspectos de sua obra ainda não suficientemente explorados e aprofundados sejam passíveis de sustentar novas teorias que transcendam o que foi feito até aqui. Como ele mesmo afirma, esse projeto não é somente seu, mas fruto da obra de Hart, em grande medida também influenciado pelo trabalho de Jeremy Bentham (RAZ, 1994, p. 210), o que abre a possibilidade e necessidade de que as novas gerações o continuem.

As três hipóteses seguintes são apresentadas com base nos desafios impostos por três grupos de situações-problema já apresentados, sendo resumidas nas seguintes indagações e respostas:

1) A Teoria de Raz tem coerência interna, havendo compatibilidade entre a tese da preempção (substituição de razões pessoais por razões excludentes da autoridade) e a tese justificção normal (avaliação com base em aspectos morais-instrumentais a respeito do dever-conveniência em obedecer à autoridade)? Existem de fato dois modelos compatíveis para o julgador, um no qual ele é obrigado a obedecer ao direito e outro no qual ele pode recorrer a sua visão de moralidade para decidir? A teoria de Raz é verossímil nesses termos?

2) Existe um projeto político implícito na obra de Raz? O modelo *rule-plus-exception* pode ser usado como um mecanismo geral de controle do excesso de discricionariedade judicial? É possível defender um modelo de combate ao excesso de discricionariedade com base no modelo *rule-plus-exception*?

3) A separação de procedimentos nos âmbitos constitucional e infraconstitucional é justificável? A diferenciação é melhor que um modelo unificado? O modelo aberto de atuação de juízes tradicionalmente aplicado ao *common law* é suficiente para conter a discricionariedade judicial em modelos de controle de constitucionalidade forte?

É importante deixar claro que, não obstante seu intuito seja reduzir a discricionariedade judicial ao custo de imobilizar parcialmente a evolução jurisprudencial, em nenhum momento Raz consegue demonstrar conceitualmente que essa mudança valha a pena. Defender-se-á que o grande motivo é que já existe outro mecanismo para a redução do excesso de poder: em grande medida, a existência de autocompreensão dos conceitos envolvidos na ampla participação dos agentes políticos e advogados, que depuram gradativamente aquilo que foi criado pelos tribunais anteriores determinando o que será aceito como direito pelo sistema.

A situação muda por completo quando se está lida com precedentes constitucionais. Além de uma grande necessidade de recurso à moral nessas situações, os tribunais constitucionais tendem a ser também a última instância da hierarquia judiciária, sendo necessário a atuação da regra de reconhecimento para depurar a sua atuação. Todavia, como o conteúdo da interpretação constitucional é muito mais uma decisão política do que uma reconstrução dos elementos autoritativos, existentes para orientar indivíduos nas suas decisões, uma teoria conceitual tem que se voltar muito mais para os procedimentos do que para a análise valorativa de seus conteúdos.

2 O PROJETO POLÍTICO-FILOSÓFICO DE JOSEPH RAZ

Nesta seção busca-se estabelecer um breve panorama da obra de Joseph Raz, mostrando como sua visão teórica pode ajudar a esboçar alguns aspectos de uma futura teoria dos precedentes constitucionais. Para tanto, apresenta-se sua obra dividida em cinco grandes blocos, para depois relacioná-los com os pontos mais controversos desta tese. Esses blocos serão compostos por suas *teorias da racionalidade, da moralidade, da autoridade, da adjudicação e do direito*. Isso porque a obra de Joseph Raz, não obstante fragmentada e complexa, almeja um projeto comum; em outras palavras, uma justificação da normatividade por meio de conceitos de racionalidade e moralidade que juntos formam uma hipótese sobre como se manifesta a dinâmica do poder sobre aqueles submetidos à autoridade prática.

Seu projeto, todavia, se insere em um debate acadêmico muito mais amplo, no qual o positivismo exclusivo se preocupa em preservar a sua essência (*tese das fontes e tese da separação*), de modo que as concepções de que toda norma provém de fontes sociais conhecidas e de que não há uma confusão entre moral e direito. Essas são premissas aceitas por este trabalho e que se pretende estabelecer como parâmetros conciliáveis ao longo da tese.

Essas ideias serão mais bem explicadas por meio das três teses centrais da noção de autoridade: *a tese da dependência, a tese da justificação normal e a tese da preempção*, que juntas têm a função de explicar a legitimação da autoridade em um âmbito de razão prática, na qual o indivíduo escolhe se associar àquilo que considera como autoridade e, a partir desse momento, substitui as suas próprias razões para ação pessoal por aquelas determinadas pela autoridade.

Na segunda parte, expõem-se os três principais desafios de Raz envolvendo autoridade e suas implicações normativas: 1) provar a compatibilidade de suas teorias da autoridade e da adjudicação³; 2) demonstrar como uma obrigação moral individual

³ Embora não seja usual em língua portuguesa a palavra “adjudicação” para designar “*adjudication*”, preferimos utilizar o termo em respeito à nomenclatura original e por não haver uma incompatibilidade total de significados, pois ela também significa tomar uma decisão. *Adjudication theory* seria, pois, uma teoria da decisão judicial.

pode ganhar caráter coletivo; 3) apontar que a concepção de interpretação da teoria raziana tem um papel fundamental, mas que é necessariamente mitigado por considerações institucionais.

2.1 Teoria da racionalidade

Ao longo do seu trabalho, a preocupação de Joseph Raz com a racionalidade sempre foi estabelecer a conexão entre razão prática e valor. A ação humana é geralmente intencional – pois ação é fruto de razões – e, como cada ação está conectada a um valor – algo visto pelo agente como bom –, é possível concluir que, com o intuito de chegar ao que se entende como bom, o agente tem suas razões motivadas por valores, mesmo que esses não sejam valores em um sentido amplo, como Beleza ou Moralidade, mas algo banal como relaxar no sofá depois de um longo dia de trabalho.

Na sua primeira obra que trata da racionalidade, *Practical Reasons and Norms*, Raz começa a desenvolver a noção de sistema jurídico como um sistema de razões para a ação, partindo do pressuposto de que as razões fazem referência a considerações que norteiam o comportamento do agente (RAZ, 1975, p.16). Elas possuem uma dimensão de força diversa, já que em um sentido subjetivo algumas razões são mais fortes ou carregam mais peso do que outras e, em caso de conflito, a razão mais forte supera a mais fraca.

Contudo, o exame dos conflitos entre razões faz com que seja necessário reconhecer a existência de níveis diferentes de razões, o que gera resultados diversos em possíveis situações de conflito (RAZ, 1975, p.39). Raz define como razões de primeira ordem aquelas para fazer ou se abster de fazer; as de segunda ordem, quaisquer razões para agir ou abster-se de agir com base em outra razão. Assim, ele defende que os conflitos entre razões de primeira ordem são resolvidos pela força relativa das razões conflitantes (razões mais fortes preponderam sobre as mais fracas), mas isso não ocorre quando há conflito entre razões de primeira e segunda ordem.

Raz apresenta o esboço de um dos conceitos que serão fundamentais para a sua obra: as razões excludentes. Elas são razões de segunda ordem para que se abstenha de agir conforme uma razão, o que se pode entender como uma razão sobre outra razão, fazendo com que quando exista um conflito entre uma razão de primeira ordem e uma

razão excludente, não seja possível resolvê-lo pela lógica das razões conflitantes – como ocorre em conflitos entre razões de primeira ordem –, mas sim por outro princípio geral de raciocínio prático (RAZ, 1975, p. 46).

Esse princípio determina que razões excludentes sempre prevaleçam quando há conflito com razões de primeira ordem. Raz ressalta que o âmbito de atuação das razões excludentes pode variar, porquanto elas podem excluir todas ou apenas algumas razões que se aplicam a determinado problema prático. É possível, ademais, que uma razão excludente conflite e seja superada por outra razão de segunda ordem. Nota-se aqui uma tentativa de Raz em apresentar uma teoria coerente a respeito do raciocínio prático, de modo que seja plausível manter a autonomia pessoal e obedecer racionalmente a uma autoridade emissora de ordens. Para tanto, Raz afirma serem todas as regras razões para a ação, mas que, para ser uma regra jurídica, esta deve fazer parte de um sistema jurídico praticado em determinada sociedade e emanar de determinada fonte social, mais especificamente uma autoridade, como se explicará logo em seguida.

Posteriormente, Raz (1979) aperfeiçoa a noção de normas como ordens impositivas, alegando que elas são *razões protegidas*, ou seja, a somatória de uma razão de primeira ordem para realizar ou se abster de algo e uma razão excludente para não agir de acordo com todas as razões conflitantes. Dessa forma, as normas são simultaneamente razões de primeira ordem para realizar a ação positivada e razões para desconsiderar outras razões em sentido contrário, sempre que ocorrem suas condições de aplicação.

Seguir uma norma implica, portanto, sua aceitação como uma razão protegida, de modo que se evite agir em conformidade com razões conflitantes, mesmo que essas pesem mais em uma ponderação pessoal entre razões. Alguém pode, por exemplo, ter uma série de razões pessoais para ultrapassar um sinal de trânsito com a luz vermelha, mas o fato de o farol emitir um comando estatal torna essa ordem uma razão protegida que exclui todas as razões pessoais, além de fornecer ao sujeito uma razão positiva para não seguir em frente, ao menos até a emissão de uma nova ordem em sentido oposto.

Com base na noção de razões excludentes, Raz apresenta sua noção de autoridade prática. Para Raz, uma pessoa possui autoridade, em um sentido de poder, caso seja considerada por outras pessoas como possuidora de autoridade, em um

sentido de legitimidade⁴, ou devesse ser assim considerada. Considerar que alguém possua autoridade significa considerar ao menos algumas de suas ordens, ou outras expressões de sua opinião sobre o que deve ser feito, como instruções que possuem autoridade como razões excludentes (RAZ, 1975, p.63).

Todavia, antes de adentrar esse tema, é pertinente aprofundar o entendimento de racionalidade prática associada à normatividade e responsabilidade, ou seja, à capacidade de normas serem tidas como razões para ação em um contexto de busca daquilo que é tido como bom (valor), tanto para o indivíduo, quanto para o contexto social no qual ele está inserido.

Para Raz, a racionalidade (*Reason*) é o que distingue o humano, sendo a habilidade de identificar razões e agir conforme o que elas determinam. Razões são tidas, ao menos de um ponto de vista objetivista⁵ como fatos que levam um agente racional a produzir ações, crenças e emoções, produzindo, assim, uma abordagem que conecta o raciocínio individual ao mundo que o cerca (RAZ, 2000, p. 89). Essa visão da racionalidade como um processo com aspectos ao mesmo tempo internos e externos é um dos elementos que tornam seu positivismo singular, afastando Raz tanto de uma abordagem exclusivamente sociológica como a de Herbert Hart (HART, 1994)⁶ quanto de uma eminentemente psicológica, como a de Frederick Schauer (SCHAUER, 2015).

⁴ Autoridade de fato e autoridade legítima são, segundo Raz, duas modalidades de como a autoridade se manifesta em qualquer contexto social. A primeira se caracteriza por emitir razões protegidas e reivindicar legitimidade para elas, sendo, portanto, obedecida de fato por muitos indivíduos. Já a segunda é a única que realmente possui legitimidade, pois embora ambas reivindicuem a condição de autoridade, a primeira não necessariamente a satisfaz, mesmo que muitos indivíduos a obedeçam (RAZ, 1994, p. 211). Por esse motivo, quando Raz utiliza a palavra autoridade sem nenhum tipo de qualificação, ele está se referindo à autoridade legítima, a não ser que pelo contexto se possa inferir outra acepção do termo.

⁵ Segundo o objetivismo no âmbito valorativo, seria possível alcançar a condição de verdade ou estado de verdade fora da parcialidade subjetiva inerente ao indivíduo. No sentido aqui apresentado, razões para ação e racionalidade não podem ser completamente relativizados a ponto de perderem critérios mínimos de objetividade e se perderem na subjetividade.

⁶ Raz, embora classifique Hart como não cognitivista – pois analisa o fenômeno jurídico a partir de um ponto de vista interno e normativo e que, portanto, não pode apontar a veracidade das premissas levantadas –, acrescenta que esse autor também se aproxima do cognitivismo, porquanto defende o ponto de vista externo com base no que será possível apontar a veracidade das premissas por meio da comparação com as práticas sociais ali descritas (RAZ, 1993, p. 148). Acredita-se que o ponto de vista interno-externo de Hart tenha sido a semente que deu origem ao ponto de vista descritivo de Raz, muito embora este tenha diversas críticas ao pensamento original daquele.

Assim, uma compreensão de valores é central para a compreensão do contexto social e o entendimento da ação humana. Esse duplo aspecto da obra sobre valores e objetos de valor não é acidental. Para Raz, ações humanas têm por objetivo conseguir algum bem ou evitar algum mal, não ocorrendo por acaso ou de forma completamente irracional, embora esta ocorra em certas ocasiões. A capacidade para a ação humana é agir sabendo o que se está fazendo e fazê-lo porque algo nessa situação faz com que esta ação seja o razoável, o bom, ou a coisa certa a fazer. Em outras palavras, é a capacidade de ação intencional, a capacidade de agir por razões (RAZ, 2000, p.47).

Uma implicação importante da visão de Raz sobre razão e ação é que sua abordagem almeja conectar o que o agente pensa e faz com a forma como o mundo é. Ademais, ele recomenda um passo adicional, que é o fato de a resposta do agente para o mundo ser guiada pela capacidade de atuar racionalmente apesar de seu conceito de Razão (*Reason*)⁷ transcender a mera capacidade de agir segundo a Razão (RAZ, 2011, p. 87). Para entender a importância dessa visão como centro do conceito de normatividade, é possível contrastar a visão de norma provinda da racionalidade com a noção básica de norma relacionada a regras ou leis. Seu foco é sobre o caráter de "dever" das normas ou a sua característica de exigibilidade, destacando o fato de que padrões normativos fazem reivindicações.

Tal visão tem o intuito de conectar o agente e seu mundo, pois normas fazem parte do ambiente social e dependem, para sua aplicação, das práticas das quais o homem faz parte. Isso porque ele tem uma concepção ampla de fenômenos normativos, não apenas relacionada com ações, mas também com a justificação das normas perante as comunidades, que buscam preservar determinados valores. A consciência dos deveres para com a coletividade que se escolheu pertencer pode ser feita por meio da promoção de valores pelos indivíduos, pois todo indivíduo é capaz de reconhecer as exigências normativas de sua respectiva comunidade (RAZ, 2011, p. 219), mesmo que não em sua totalidade.

⁷ Raz utiliza razão com letra inicial maiúscula "Reason" para se referir à capacidade racional inerente a todo ser humano, e "reason" com inicial minúscula, se refere a alguma razão específica, geralmente uma razão para ação.

Para Raz, a explicação de normatividade lida com a forma como se é no mundo, com o entendimento desse vínculo guiando emoções, pensamentos, crenças e ações. Razões são dadas a cada indivíduo e constituem motivos para ação ou crença na medida em que são percebidas pela Razão (*Reason*), no sentido de capacidade individual de raciocinar. Elas, entretanto, não derivam ou são criadas por essa habilidade, que apenas permite a escolha das melhores razões seguindo um padrão lógico. Ao debater os aspectos de ser no mundo (*being in the world*), percebe-se que algumas razões, sempre provenientes de fatos, têm caráter especial, sendo denominadas, razões normativas (RAZ, 2011, p.5).

Ademais, as razões normativas além de dotarem a ação de um propósito, que guia e permite sua valoração, têm também natureza explicativa, pois definem o motivo da ação (RAZ, 2011, p.14). Essa postura faz com que razões mantenham a independência ontológica – são acontecimentos do mundo que não se confundem com deveres, sejam morais ou jurídicos – e que por isso possam ser comparadas entre si subjetivamente, mesmo que a pessoa esteja situada em um contexto moral objetivo – valores sociais compartilhados pela coletividade de que cada um faz parte.

Embora relacionadas, razões epistêmicas e práticas⁸ atuam de formas bem diferentes. De modo simplificado, é possível dizer que razões para crença são aquelas relacionadas à noção de verdade, e razões para ação são as não relacionadas à noção de verdade⁹. É importante salientar que não existe um choque entre elas, na medida em que atuam em planos diferentes (RAZ, 2011, p. 42). Para Raz, porém, aquele que acredita que há razões fortes o suficiente sobre a verdade de uma proposição só pode acreditar nessa proposição. Não existe outro passo no raciocínio que não ter aquela

⁸ Em um primeiro momento (*Practical Reason and Norms*, 1975; *The Authority of Law*, 1979; *Ethics in the Public Domain*, 1994) a preocupação central de Raz era diferenciar as razões para ação das razões para crença, tentando estabelecer que sua teoria focava na primeira, e a segunda tinha caráter meramente periférico. Com o tempo (e a influência de teorias normativas, notadamente a de Ronald Dworkin), surgiu uma preocupação maior com o caráter normativo das razões para ação, ficando evidente que o dualismo razões para ação e razões para crença (ou epistêmicas) é muito mais complexo do que inicialmente se afirmava (From *Normativity to Responsibility*, 2011).

⁹ Raz cita também a existência de razões para a crença não relacionadas à noção de verdade (razões para obter vantagem se se acreditar em algo), demonstrando que não é possível controlar nossas crenças (por mais vantajosos que isso possa ser instrumentalmente) se não houver a noção de verdade na crença (RAZ, 2011, p. 40). Esse tema, no entanto, transborda as indagações realizadas nesta tese.

proposição como verdadeira. Isso se denomina “princípio da inexistência de brecha” (*no gap principle*) e estabelece que o agente acredita assim que entende que existe uma evidência conclusiva fornecida pelo conteúdo da proposição (RAZ, 2011, p. 38-39).

Desse modo, não é possível controlar crenças acaso se acredite na veracidade das premissas que as desencadeiam racionalmente, mesmo tendo autonomia para agir, ou não, de acordo com elas. Pode o agente, contudo, adotar uma postura de irracionalidade conforme a conduta que venha a tomar (RAZ, 2011, p. 99). Esse princípio será fundamental para a visão de autoridade que se apresenta a seguir.

É importante destacar que na articulação do princípio, Raz enfatiza o lado subjetivo (evidência de coleta de informações) sobre o lado objetivo (verdade). Como o *no gap principle* estabelece que o agente começa a acreditar em algo assim que percebe evidências conclusivas, ele deve se esforçar para reunir elementos para tanto. Assim, esse princípio não é o acolhimento de uma visão determinista predeterminada – o que poderia ser concluído com base na ideia de que o agente deve acreditar em algo se algo for verdadeiro –, mas sim uma abertura de escolhas múltiplas para o agente.

Isso porque o sujeito ainda está no controle sobre nossas crenças, mesmo que de forma limitada, por meio do funcionamento correto de sua capacidade cognitiva como agente racional, ou seja, está no comando, de forma ativa, enquanto suas crenças forem regidas pela razão (*Reason*), aqui entendida como a capacidade compartilhada por (quase) todos de atuar de forma racional. É isso que faz alguém humano, porquanto somente se é um ser autônomo a partir do momento em que as atuações racionais, e por consequência as ações e crenças, são governadas por essa capacidade inerente (RAZ, 2011, p.98).

Por fim, outro ponto importante da teoria da racionalidade de Raz é a questão da responsabilidade, no sentido de conexão do agente com um fato no mundo. Para esse autor, as pessoas não são responsáveis por todos os efeitos causais que elas provocam no mundo, pois alguns fatos, como é o caso da transpiração na umidade local; esta, apesar de empiricamente demonstráveis, não têm relevância moral aparente. Isso faz com que a doutrina da responsabilidade seja normativa, pois a noção de responsabilidade moral se conecta a atuações conscientes surgidas com base em escolhas.

A responsabilidade contribui tanto para a determinação do ser quem somos, do que é nosso e de onde está o limite nas cadeias de causa e consequência que interligam tudo, quanto para a delimitação das fronteiras que nos separam do que não somos, dividindo aquilo que é nosso – e da nossa responsabilidade, daquilo que não é nosso (RAZ, 2013, p. 3). Assim, doutrina da responsabilidade se torna fundamental na elaboração das fronteiras do que é responsabilidade individual e na compreensão sobre como ela depende, entre outras coisas, do que acreditamos e sabemos. Os limites do que sabemos acreditar (e dizer) não só afetam o por que somos responsáveis, mas também são afetados pela doutrina da responsabilidade (RAZ, 2013, p.4).

2.2 Teoria da moralidade

A teoria da moralidade de Joseph Raz em grande medida se divide em dois grandes pontos: uma rejeição ao individualismo moral, que sustenta que cada um está isolado moralmente e pode decidir livremente o que lhe é correto; uma visão de moral baseada no papel constitutivo de uma cultura comum e na ação individual (RAZ, 1986, p. 193). Esta última poderia ser considerada uma continuação da obra de Herbert Hart em relação ao ponto de vista internoexterno¹⁰, formando uma teoria da moralidade consistente e que permite ao mesmo tempo ressaltar, de um lado, o papel da autonomia na tomada de decisões e, de outro, a função de vínculos morais possíveis diante da comunidade em que se está inserido e se opta por pertencer.

Nesse sentido, Raz define o que seria o individualismo moral:

Uma teoria moral é tida como individualista se for uma moralidade humanística que não reconhece qualquer valor intrínseco em todo bem coletivo. Em outras palavras, moralidades individualistas são moralidades humanísticas que sustentam que bens coletivos têm apenas um valor instrumental ¹¹ (RAZ, 1986, p. 198). TRADUÇÃO NOSSA.

¹⁰ Para Neil McCormick, Hart baseia seu conceito de direito tanto no ponto de vista interno – aquele dos que desejam ou preferem uma conduta de acordo com determinado padrão social, que vai determinar o que certo ou errado – e ponto de vista externo não extremo – aquele dos que avaliam um determinado comportamento social não só como uma descrição fria da prática externa, esse seria o ponto de vista externo extremo, mas buscando prestar atenção nas práticas subjetivas naquele contexto (MACCORMICK, 2008, p. 58; HART, 1994, p.112-113).

¹¹ No original "A moral theory will be said to be individualistic if it is a humanistic morality which does not recognize any intrinsic value in any collective good. In other words, individualistic moralities are

A partir daí é possível concluir que, segundo o individualismo moral, vários objetos e situações – como o valor das obras de arte e de viver em uma bela cidade, por exemplo – somente são valiosos se possuem algum uso, não sendo possível atribuir-lhes qualquer valor intrínseco (um valor em si mesmos). Na medida em que a existência de tais bens não necessariamente tem alguma finalidade determinável, como causar sensações prazerosas ou emoções nos membros de uma coletividade, não poderiam ser bens coletivos.

Para Raz, contudo, visões puramente instrumentais estão equivocadas ao não se conectarem a nenhum outro parâmetro objetivo senão a utilidade e ao ignorar os vínculos associativos por trás da existência de bens coletivos com valor intrínseco. Baseado nesse mesmo raciocínio, a própria experiência de aproveitar bens coletivos não pode ser explicada a não ser pela crença na sua existência, com seu valor dependendo da verdade de tal crença e do conjunto de valores compartilhados por toda comunidade.

Segundo esses parâmetros, a autonomia individual, exemplo usado na sua teoria moral, apenas pode ser entendida como um bem coletivo, com valor intrínseco (RAZ, 1986, p. 203). Dessa forma, seria possível até uma visão instrumental de certos de seus aspectos e de sua utilidade para a sociedade, mas nunca uma visão puramente instrumental desprovida da noção de valor intrínseco.

O ideal de autonomia é uma concepção particular de bem-estar individual que adquiriu popularidade considerável nas sociedades industriais ocidentais. Isso transcende o ponto conceitual segundo o qual o bem-estar pessoal é parcialmente determinado pelo sucesso em alcançar voluntariamente objetivos predeterminados e sustenta que a livre escolha de metas e relações pessoais é elemento essencial do bem-estar individual. O pensamento dominante por trás desse ideal é que as pessoas devem construir suas próprias vidas, sendo autônomas (pelo menos em parte) e autoras de si próprias (RAZ, 1986, p. 195).

A base teórica dessa perspectiva está na relação entre autonomia e capacidade para autonomia. O raciocínio começa com o fato do interesse pessoal e, mais genericamente, com o que conta para o bem-estar ser em grande medida determinado

humanistic moralities which hold that collective goods have instrumental value only" (RAZ, 1986, p. 198).

pelas ações individuais. Porém, não pressupõe uma escolha livre ou deliberada de opções, dado que diversas condições são impostas pelo meio no qual se está inserido. Dessa forma, é necessário verificar se o bem-estar individual não é usado por projetos que são impostos por outros, de modo que a autonomia não esteja sendo usada por valores não voluntariamente abraçados, ou mesmo obrigados, pois nem tudo o que é adotado é escolhido livremente ou deliberadamente entre várias alternativas abertas (RAZ, 1986, p. 369).

Na concepção de autonomia moral raziana, para que se possa desfrutar de uma vida verdadeiramente autônoma, deve-se usar as faculdades mentais para escolher a vida que se quer ter. Deve haver, em outras palavras, opções adequadas disponíveis para que se possa escolher. Finalmente, a escolha deve estar livre de coerção e manipulação por outros, devendo ser independente. Mas, todas as condições, capacidades mentais e independência admitem uma variação de grau. Isso porque a vida de alguém pode ser mais ou menos autônoma, dependendo tanto de escolhas como de opções que a coletividade (ou situações pessoais variáveis) oferece àquela pessoa (RAZ, 1986, p. 373).

Raz afirma que para a autonomia da escolha, à pessoa deve ser dada uma gama adequada de escolhas, e não apenas uma, pois aquele cuja decisão é extraída por coerção (ou ausência de opções) não é uma pessoa autônoma. Também não é autônomo quem está paralisado e, portanto, não pode tirar proveito das opções oferecidas (RAZ, 1986, p.373).

Uma vida autônoma não é necessariamente planejada nem necessariamente unificada. Para Raz existe, no entanto, um pouco de verdade na visão de que a autonomia dá à vida um sentido de unidade. O ser autônomo tem ou está gradualmente desenvolvendo uma concepção de si mesmo, sendo suas ações sensíveis ao seu passado, uma vez que projetos pessoais são sensíveis ao que já ocorreu em pelo menos dois aspectos. No primeiro, o indivíduo deve estar ciente de ter os objetivos e, no segundo, deve estar ciente de seu progresso em realizá-los (RAZ, 1986, p. 385). Assim, a autonomia é um bem –tem valor intrínseco –, mas não se funda em si mesma.

Consoante a teoria da moralidade de Raz, a vida compreende a busca de vários objetivos, e isso significa que ela é sensível ao passado. Ao abraçar metas e

compromissos, ao se preocupar com uma coisa ou outra, cada um progressivamente forma a própria vida, determinando o que contará como uma vida bem-sucedida e o que será um fracasso. O indivíduo cria valores e gera, por meio do desenvolvimento de compromissos, razões que transcendem as razões que tinha anteriormente. Assim, a vida de uma pessoa é (em parte) a sua própria criação, sendo uma produção normativa de novos valores e razões. É a maneira como o passado constitui razões que se aplicam ao presente (RAZ, 1986, p. 387).

Para Raz, é importante não confundir essa mudança de razões com aquelas ocasionadas pela perda de força com a idade, ou a ausência de dinheiro devido a extravagâncias do passado. Pelo contrário, ela é como as mudanças ocasionadas pelas promessas: a criação, nesse caso, de um dever que não existia antes. Portanto, quaisquer que sejam as razões que se teve ao fazer a promessa, o momento de sua aceitação faz com que essas razões sejam transformadas, levando à criação de uma nova razão que não existia previamente. Assim, o fato de cada indivíduo abraçar objetivos e atividades, passando a se preocupar com certas relações sociais e projetos coletivos, é uma mudança não em circunstâncias físicas ou mentais, mas em sua situação normativa. É a criação de um sentido para a própria vida por meio da criação de razões (RAZ, 1986, p. 387).

Ele acrescenta que a ideia de vida autônoma não depende somente da disponibilidade de uma opção de liberdade de escolha, mas também do caráter geral do seu ambiente e cultura. Para aqueles que vivem em um contexto no qual a coletividade dá opções de autonomia, não há outra escolha que não a de *ser autônomo* (mesmo que o indivíduo se recuse a aceitar a autonomia), uma vez que não há outra forma de se adequar coletivamente em tal sociedade.

Já para aqueles que estão inseridos em um contexto que não prevê autonomia, há muito poucas opções de ser autônomo. Entretanto, Raz deixa bem claro que a autonomia é uma questão de grau, intensidade: mesmo para aqueles que vivem em uma cultura que valoriza a autonomia, nem sempre o melhor é maximizar ainda mais o grau da autonomia. Para tanto, ele aponta o bem-estar individual como conectado à capacidade de encontrar a autonomia desejada no meio social, fator que define o que é ter uma vida autônoma (RAZ, 1986, p. 391).

Por fim, a teoria da moralidade de Raz se pauta pela noção de pluralismo moral, no sentido de ser uma visão de que há várias formas e estilos de vida que exemplificam as virtudes diferentes e que são muitas vezes incompatíveis. Formas ou estilos de vida são incompatíveis se, dadas suposições razoáveis sobre a natureza humana, não podem, em regra, ser exemplificadas na mesma vida. Mas, mesmo diante dessa incompatibilidade, é preciso aceitar que as formas de vida podem diferir em relação às características morais, não havendo teste capaz de mensurar a relevância moral de cada uma delas (relativismo fraco) (RAZ, 1986, p. 396).

Não é adotada, portanto, uma visão relativista forte. Isso porque esse tipo de teoria contesta a própria existência de valores universais, mesmo que eles sejam aceitos socialmente e não impostos. Nesse sentido, Raz explica que o relativismo radical não só faz com que o valor ou a ação correta dependam de fatores sociais; ele faz com que todos os parâmetros avaliativos sejam socialmente relativizados, pois ações só seriam válidas onde praticadas, ou sujeitas a alguma outra condição social. Por esse motivo, a visão relativista forte não deve ser aceita, sob pena de se correr o sério risco de contradição. Embora o relativismo radical tente explicar o porquê de toda visão sobre a sociedade ser socialmente relativa, não consegue explicar o porquê de ele mesmo não ser socialmente relativo (RAZ, 2003, p. 17), caindo em uma contradição.

O pluralismo de valores, em sentido diverso, não é completamente relativista, pois ao se pautar pela ideia de que padrões locais vinculam apenas membros de uma comunidade específica, ela contrapõe essa visão com a premissa de que valores locais só são vinculantes porque são validados por princípios universais, não sendo eles próprios relativos. Esse pluralismo moral, pautado na somatória de um relativismo local com princípios universais construídos, faz com que os padrões não relativos sejam mediados por outros que são socialmente dependentes e, portanto, se apresenta como um relativista mitigado por universalismos (RAZ, 2003, p. 17).

A partir desse ponto, Raz reitera a importância da noção de universalidade, pois não haveria incompatibilidade na exigência de universalidade dos julgamentos de valor pautados por valores particulares de determinado grupo social. Isso porque valores universalmente compartilhados são uma exigência válida, uma pré-condição de inteligibilidade e racionalidade para o entendimento do funcionamento de qualquer

moralidade específica. Ela reflete o pensamento de que tudo o que é valorado pode ser explicado sem o uso de particularismos, sendo os conceitos apenas entendidos em determinados contextos (RAZ, 2001, p. 37).

Para complementar essa ideia, Raz introduz o conceito de conexão pessoal (*attachment*), no sentido de que boa parte da noção de moralidade está vinculada a conexões específicas entre pessoas, objetos e lugares (envolvendo os diversos valores vinculados a essa relação). Não há, portanto, problema em reconhecer essa característica como parte essencial do que é tido como valioso, em detrimento de visões valorativas universalistas impessoais. O significado pessoal surge por meio da história pessoal e coletiva de modo que desafie os dois extremos. Eles desafiam a crença em valores universais imutáveis e contestam o sonho de autocriação sem restrições; o significado pessoal surge por meio da construção de apegos a tais relações. Enquanto os apegos devem encontrar objetos dignos de serem valiosos, também aumentam o valor de seus objetos, tornando-os especiais e únicos para aqueles cuja história os vincula (em especial nos casos de conexões às pessoas e objetos) (RAZ, 2001, p. 38).

Dessa forma, é possível definir a concepção de Raz sobre a moralidade como o conjunto de princípios morais que restringem a busca individual de objetivos pessoais, não no sentido de estabelecer preceitos que determinam como se deve viver ou o que significa ter sucesso em uma vida valiosa, mas como conjunto de razões para ação que determinam até que ponto a liberdade de atuação de um indivíduo deve refletir na vida dos demais. Para tanto, usa-se da noção de direitos, que não submetem cada um a viver em função dos outros, mas estabelecem limites na busca de interesses e objetivos pessoais de modo que se adequem ao conjunto de valores compartilhados (RAZ, 1986, p. 214).

Essa noção específica de conexão entre indivíduos e valores sociais será de fundamental importância neste trabalho, no qual se propõe uma concepção individualizada de autoridade legítima, propondo ajustes na visão padrão raziana a respeito da forma pela qual indivíduos se vinculam a autoridades específicas que tentam se legitimar moralmente para continuar exercendo a função de autoridades práticas. Busca-se não só uma tentativa de aperfeiçoar o positivismo jurídico exclusivo, mas tentar

explicar como ele pode ser simultaneamente produto de convenções sociais e autoritativo, contendo tanto elementos de força quanto convencionais.

2.3 Teoria da autoridade

A noção de autoridade é um dos conceitos mais controvertidos da filosofia política contemporânea. Conquanto possua contradições aparentes, como a suposta incompatibilidade entre a autoridade e a autonomia moral (paradoxo de autoridade), seu entendimento é fundamental para a formulação de um conceito de normatividade pela teoria jurídica (RAZ, 1979, p. 3)¹². Joseph Raz começa a desenvolver sua teoria da autoridade demonstrando que substituir razões pessoais por razões emanadas da autoridade é plenamente compatível com a racionalidade, pois a autoridade tem habilidade de executar esse tipo de substituição, desde que haja uma justificação (RAZ, 1979, p. 7).

Desse modo, por meio da autonomia, cada indivíduo se associa à autoridade que passa a ser – e continua sendo na medida em que se mantém legítima – o ente capaz de fornecer o tipo de razões para ação especiais (razões protegidas). As normas jurídicas são, nesse sentido, um tipo específico de razões para fazer algo (razão positiva) e para eliminar todas as razões em sentido contrário (razões negativas), existindo consideráveis diferenças entre aqueles que impõem obediência pelo uso extensivo da força, autoridade *de fato* e autoridade legítima (RAZ, 1994, p.212).

Raz explicita a distinção entre autoridade legítima e autoridade *de fato*. Informa que uma autoridade só é verdadeiramente legítima quando, além de possuir autoridade “de fato”, *passa por um teste de justificação ou legitimação*. A autoridade legítima, como

¹² Para Paul Wolff (1970, p. 14), haveria um paradoxo entre a autonomia individual e a noção de razões pessoais substituídas pelas da autoridade legítima. Para os anarquistas filosóficos, o indivíduo pode decidir obedecer aos comandos de outro sem ter de classificar esses comandos como bons ou sábios, sem aspectos normativos. Aceitar a autoridade pressuporia abandonar o direito de agir de acordo com sua própria decisão em relação a razões para ação conflitantes. Raz responde a isso, afirmando que comandos da autoridade legítima são fatos sociais que são razões para ação e que ninguém abandona as próprias razões ou a autonomia ao seguir comandos autoritativos, assim como ao seguir tendências econômicas do mercado de ações (RAZ, 1979, p. 25). Só a ação em relação ao balanço entre razões conflitantes é excluída, de modo que acreditamos que o indivíduo troca uma análise imediata sobre razões para ação do caso concreto por uma análise mediata sobre o papel da autoridade como autoridade (daí a necessidade de uma reivindicação de autoridade constante e ininterrupta).

autoridade moralmente justificada, precisa se materializar faticamente (tem a capacidade de substituir razões individuais justificadas), ao menos em determinado grau (RAZ, 1979, p. 8). Já autoridade *de fato* pode ou não ser legítima, o que significa ter a capacidade de gerar razões para a ação, independentemente de essas razões estarem justificadas ou não. Para que uma autoridade seja legítima, ela tem que ter capacidade de ser autoritativa, e, por isso, tem que ser uma autoridade *de fato*. O contrário, porém, não se observa, pois, uma autoridade *de fato* pode existir ainda que ela seja ilegítima (RAZ, 1994, p. 215).

Uma característica necessária das autoridades *de fato* é a sua constante reivindicação de autoridade legítima, também entendida como a busca de aceitação para com a população à qual a autoridade está vinculada. Isso significa que há uma diferença essencial entre autoridades *de fato* e obediência mediante ameaça ou imposição. A autoridade *de fato*, que busca sempre se legitimar, embora nem sempre consiga, não se utiliza apenas do recurso à força bruta para obter obediência, mas faz uma tentativa de se justificar normativamente, almejando ser uma fonte aceitável de razões para ação.

Nesse sentido, ser considerado autoridade não é mero fenômeno social simples no qual qualquer indivíduo pode fingir (e convencer alguns incautos do seu poder), mas sim fenômeno social complexo (não puramente convencional) no qual não basta convencer a maioria da sua condição de autoridade; é necessário demonstrar a capacidade de justificar sua manutenção nessa condição.

Como já dito, a diferença entre uma autoridade *de fato* e um indivíduo que exerce poder em busca de obediência (como um ladrão armado) é que apenas no primeiro caso há uma reivindicação de autoridade na tentativa de justificar a aceitação e a continuidade dessa condição bem como a manutenção do poder de emitir ordens capazes de substituir razões para ação. É possível, assim, diferenciar a imposição pela ameaça (ou uso de força) do reconhecimento da autoridade, porquanto nesta última hipótese há uma necessária reivindicação de legitimidade, condição subjetiva justificada por condições específicas e aferida por testes objetivos (RAZ, 1986, p.26), os quais estão ligados à

percepção da autoridade em materializar valores sociais compartilhados pela coletividade¹³.

O direito possuirá autoridade caso a existência de uma norma jurídica que requer determinada ação/omissão seja emanada de uma fonte com autoridade para tanto (*de fato* ou legítima)¹⁴. Assim, uma norma jurídica é autoritativa caso sua existência emane de uma autoridade legitimada, sendo uma razão para que se realize uma ação e exclua todas as considerações em sentido contrário. É importante frisar que razão significa nesse caso uma razão para ação válida ou justificável, visto que em algumas situações excepcionais, mesmo o indivíduo reconhecendo a autoridade, há razões de natureza pessoal (pragmáticas ou morais) fortes suficientes para sua desobediência (RAZ, 1986, p. 42).

O direito goza de autoridade, portanto, caso uma parte considerável daqueles submetidos à jurisdição considerem sua existência uma razão protegida para obedecer às razões protegidas emitidas por aquele considerado como autoridade (RAZ, 1979 p. 29). A pretensão de autoridade legítima é uma característica essencial atribuída ao direito, pois todo ordenamento jurídico busca que a existência de normas jurídicas seja uma razão para condutas. Esse fato, contudo, não deve ser confundido com a falsa pretensão de que o direito requer obediência motivada pelo reconhecimento de sua força obrigatória, de sua validade (RAZ, 1979, p. 30). O processo de legitimação se faz constantemente necessário, pois mesmo aquele que foi legitimado anteriormente pode ser considerado como autoridade que não tem mais capacidade para sê-la, deixando de ser uma fonte de razões protegidas.

A disposição jurídica exclui todas as razões que não estão juridicamente reconhecidas, mas isso não quer dizer que ela exclua todas as demais razões existentes,

¹³ Embora seja difícil falar em testes empiricamente objetivos para comprovar a eficiência de uma autoridade em efetivar um valor social (como, por exemplo, reduzir a pobreza ou promover o crescimento econômico), acreditamos que a *Normal Justification Thesis* está vinculada a uma avaliação individual feita sobre a autoridade que vai levar a uma legitimação também individual da autoridade. Defende-se aqui um processo legitimador subjetivo, mas com critérios objetivos, já que seus resultados refletem na sociedade como um todo. Nesse sentido, a relação indivíduo autoridade é de natureza interpessoal.

¹⁴ Entende-se a autoridade *de fato* como uma autoridade com poder eminentemente provisório e derivado de outro processo político que não lhe alcança diretamente, já que seu poder é resultado de uma tentativa de legitimação não materializada, e sua ausência de legitimação tende a ser descoberta a qualquer momento, custando-lhe a condição de autoridade.

havendo espaço para a criação de direito onde existam lacunas jurídicas (*legal gaps*). O direito não deve ser concebido como um conjunto de disposições jurídicas isoladas, mas como um conjunto de razões que determinam, em conjunto, o que é requerido pela autoridade, de modo que se faça diferença prática (RAZ, 1979, p. 33-34).

A teoria da autoridade de Raz está fortemente conectada com a concepção positivista sobre o direito, que será abordada com mais detalhes no ponto seguinte. Nesse momento, todavia, é fundamental frisar que as controvérsias sobre o positivismo se centram na identificação do direito, no seu valor moral e no significado dos seus termos básicos. Essas controvérsias podem ser resumidas por três teses: a tese social, a tese moral e a tese semântica, respectivamente (RAZ, 1979, p. 37).

Resumidamente, essa visão está relacionada à noção positivista de que para possuir autoridade, suas formas autoritativas de expressão devem ser em si mesmas razões para agir emanadas de uma fonte social com autoridade para tanto. Essas formas autoritativas de expressão são razões independentes de conteúdo, nas quais sua força autoritativa independe do conteúdo da ordem emanada (RAZ, 1986, p. 35), interessando sua origem. A tese moral e a tese semântica não advêm da tese social, embora estejam a ela vinculadas, já que pelo fato de o direito ser determinado por fatos sociais existe uma questão do valor moral que pode ser atribuído a eles.

Isso ocorre de forma externa ao próprio direito. Em outras palavras, a moral é fundamental para a legitimação do direito, mas isso não a torna componente necessário do direito, sendo a relação entre ambas contingente e dependente de contextos específicos.

Quanto à tese semântica, uma teoria negativa é a única possível, pois o positivismo sustenta que a linguagem normativa que descreve o direito, ao ser usada para enunciá-lo, nem sempre carrega consigo sua força normativa completa e que, portanto, não o contamina com a normatividade, a ser mensurada por testes externos (RAZ, 1979, p.33).

A principal justificação da tese social é o fato de o direito ser uma instituição social e, como outras instituições sociais, não precisar da moral para a sua identificação, bastando estar em conformidade com uma fonte social. Isso não deve ser confundido

com a falsa afirmação de que o direito demanda conformidade motivada pelo reconhecimento da sua força vinculante (RAZ, 1979, p. 30).

Ao contrário, o direito só é visto como fonte de razões para ação se for possível uma verificação racional de sua condição de fonte sem que seja necessário ter que raciocinar sobre as razões em jogo todas as vezes em que elas surgirem. Essa avaliação serve como um atalho, na medida em que o indivíduo não precisa mais sopesar razões para ação todo momento, mas apenas avaliar se aquela ordem provém de uma fonte social com autoridade. Troca-se um contexto de constante avaliação de razões para ação no curto prazo por um no qual é a autoridade que tem de ser avaliada como legítima, cuja valoração se dá em longo prazo.

Destaca-se, pois, a importância desses elementos no desenvolvimento da ideia de que só é direito o que é emanado de um fato social verificável, uma vez que, sem eles, é impossível sustentar uma visão positivista de autoridade bem como defender a separação da moral, mesmo que ambas se influenciem mutuamente. Adiante, voltar-se-á a esses elementos.

Partindo desse pressuposto, Raz apresenta as três teses fundadoras da sua teoria da autoridade (RAZ, 1994, p. 216), que se desenvolve assim:

1) Tese da Dependência: todas as diretivas (razões protegidas) emitidas pela autoridade com legitimidade (remetente) devem estar fundadas, ao menos em parte, em razões que se aplicam aos sujeitos daquela diretiva (destinatários) e que dizem respeito às circunstâncias abrangidas pela diretiva (nexo). Raz as chama de “razões dependentes” e em grande medida essas diretivas estabelecem condições para a manutenção do vínculo entre as autoridades e os indivíduos, de modo que a autoridade e o indivíduo se relacionem de acordo com seus papéis¹⁵ (destinatário-remetente de diretivas autoritativas especificamente direcionadas).

2) Tese da justificação normal: para que algo ou alguém possa ser reconhecido como uma autoridade, o sujeito das suas diretivas terá mais probabilidade de se conformar às razões que se aplicam a ele caso aceite as diretivas da suposta autoridade

¹⁵ Além das condições estabelecidas pela tese da dependência existem condições mínimas para a existência de uma reivindicação de autoridade capaz de produzir vínculo entre a autoridade e o indivíduo, Raz (1994, p. 216-217) cita a capacidade de comunicação não possuída por árvores, bem como a incapacidade absoluta de ser tido como autoridade, como dos tratados sobre vulcões.

como vinculantes e tente segui-las, do que se tentar, por conta própria, seguir as razões de primeira ordem que se aplicam diretamente ao seu caso. Em outras palavras, a autoridade justificar-se-á caso seja mais provável que o seu julgamento acerca do equilíbrio das razões que se aplicam ao caso esteja correto, em comparação com o julgamento do próprio sujeito das suas diretivas (teste objetivo com base em valorações subjetivas). Destaca-se que é possível haver outras formas de justificação de autoridade, porém essa seria a “normal” (mais comum).

3) Tese da preempção: o fato de uma autoridade determinar a prática de uma ação *não é simplesmente uma razão a ser adicionada às demais razões relevantes no momento de avaliar o que fazer, mas constitui um tipo de composto de razões (razões protegidas) que deve substituí-las (total ou parcialmente) de modo que as razões para ação sejam aquelas emitidas pela diretiva proveniente da autoridade.* Não existem, todavia, razões absolutas, já que o indivíduo pode ter razões subjetivas que anulem em algum momento as diretivas da autoridade. Esses casos, porém, são excepcionais e abrangem situações como impossibilidades fáticas, jurídicas ou morais.

A primeira e a segunda tese estão fortemente ligadas e são a base do que Raz chama de concepção de serviço (*Service Conception*) da autoridade. De acordo com essa ideia, o papel-chave de uma autoridade é mediar os atores e as razões que têm para realizar ou se abster de alguma atividade (RAZ, 1994, p. 16). Em outras palavras, em vez de fazer os indivíduos pesarem todas as razões em jogo, a autoridade faz o trabalho duro para eles, decidindo o que deve ser feito. A cada indivíduo submetido à autoridade resta apenas fazer o que as autoridades determinam. Sua função é estabelecer o que deve ser feito e como deve ser feito, mas isso não significa submissão total ou obediência cega; o porquê será respondido pela tese da justificação normal.

A diretiva da autoridade, para ser tida como moralmente legítima, deverá refletir as razões de primeira ordem que se aplicam ao caso, e a autoridade deve estar numa posição em que sua diretiva tenha mais chances de refletir o correto equilíbrio de razões do que o julgamento isolado do indivíduo. Se as duas condições estiverem presentes, a substituição de razões será não apenas alegada, mas estará também justificada, e o indivíduo a quem a autoridade coloca como alvo da diretiva deverá atribuir-lhe caráter peremptório. A aferição de legitimidade da autoridade e de suas diretivas, contudo,

depende de um vínculo, pois a reivindicação de autoridade se dirige para cada componente da sociedade da qual a autoridade faz parte.

Para ter pleno êxito, as diretivas emitidas pela autoridade teriam que ser justificadas, tendo que dar aos sujeitos da autoridade uma razão decisiva para seguir a diretiva. A mecânica da justificação é complexa, mas em grande medida passa por uma avaliação pessoal (subjetiva) de critérios específicos da capacidade de materializar interesses coletivos de forma eficiente (objetivos) (RAZ, 1986, p. 71) ou, em outras palavras, produzir diretrizes identificáveis e inteligíveis capazes de resolver problemas concretos. Para desempenhar a função mediadora, duas condições devem ser atendidas:

1) Condição de Agência: As diretivas devem representar a visão de algum agente (ou agentes) sobre como os sujeitos da autoridade devem se comportar. Desse modo, elas devem representar o julgamento de alguém sobre o que o conjunto de razões que temos para fazer ou tolerar de alguma ação exige.

2) Condição de Identificação: Deve ser possível identificar a diretiva sem recorrer às razões ou considerações sobre as quais a diretiva se destina, nem invocar as mesmas (RAZ, 1994, p.218), evitando assim a contagem dupla de razões para ação e tornar a autoridade inútil.

A busca por evitar contagem dupla não se destina apenas a satisfazer necessidades instrumentais (poupar tempo ou coordenação), mas também não instrumentais, como alcançar valores normativos efetivamente materializados (segurança, estabilidade, igual respeito e consideração).

Nesse sentido, exige-se a existência da necessidade de um *vínculo pessoal* entre a autoridade e o indivíduo a ela sujeito, de modo que exista uma *associação prévia entre ambos*, baseada na capacidade de a autoridade confirmar a sua eficiência em ser autoridade, para que possa continuar a emitir diretrizes que de fato tenham relevância prática e consigam materializar valores tidos como desejáveis pela sociedade em questão, sendo objetivamente avaliáveis.

2.4 Teoria do direito

A teoria do direito em Joseph Raz, como explicado anteriormente, remete necessariamente à tese das fontes, em outras palavras, à ideia segundo a qual *o que é o direito e o que não é uma questão de fato social* (RAZ, 1979, p. 37). Antes, porém, de aprofundar nessa temática, devemos situá-la no debate da teoria do direito contemporâneo.

Para John Gardner, os positivistas defendem que em todo ordenamento jurídico a validade de determinada norma e, portanto, seu pertencimento a esse ordenamento, dependem de suas fontes (entendidas como fato social de que se origina a norma) e não de seus méritos (GARDNER, 2001, p. 201). Assim, positivistas são divididos em duas categorias quanto à separação entre direito e moral: inclusivos e excludentes¹⁶. Os primeiros (*inclusive legal positivists*) admitem a possibilidade de que em alguns sistemas jurídicos as normas possam ser juridicamente válidas em virtude de seus méritos – a moral pode estar incluída no critério de identificação do que é direito –, como sua razoabilidade, mas apenas se outra norma juridicamente válida determinar esses méritos como relevantes para a validade jurídica (GARDNER, 2001, p. 201).

Já os *exclusive legal positivists*, como Raz, afirmam o oposto: a moral não pode estar incluída no critério de identificação do que é direito. Uma norma que declare que todas e apenas as normas razoáveis são válidas, não torna válida juridicamente nenhuma norma, apesar de assim indicar. Pelo contrário, ela delega a agentes públicos (*officials*) a tarefa de validar novas normas declarando-as pertencentes ao ordenamento. Esse critério/prerrogativa de definição foi denominado *ultimate rule of recognition* por Herbert Hart e sua existência é garantida pela mera aceitação e prática dos indivíduos com poderes para tanto (RAZ, 1975, p. 51). Para o positivismo excludente, portanto, a validade das normas é uma questão que não vem de seu mérito moral (razoabilidade), mas do fato de que alguns agentes públicos relevantes as declararam parte do sistema (GARDNER, 2001, p. 201).

¹⁶ Ao longo desta tese, utilizar-se-ão os termos positivismo inclusivo/includente e exclusivo/excludente de maneira alternada, pois consideramos ambas as classificações adequadas para traduzir *inclusive positivism* e *exclusive positivism*.

Como dito anteriormente, Raz define a função da tese das fontes com base na ideia de que toda disposição jurídica possui um fato que lhe deu origem, de modo que seu conteúdo e existência possam ser verificados sem o recurso a critérios morais. As fontes de determinada disposição jurídica são, portanto, os fatos sociais pelos quais ela se torna válida, de modo que seu conteúdo possa ser identificado a partir da sua fonte (RAZ, 1979, p.39), mas a justificação do seu conteúdo seja independente de critérios morais que levaram a sua criação.

Deve-se esclarecer que a concepção de fonte adotada por Raz inclui, inclusive, fontes interpretativas, entendidas como todo material interpretativo relevante. Ele acredita que o direito não deve ser compreendido como atos individuais isolados, mas como uma gama de fatos de tipos variados (RAZ, 1979, p.39). Porém, a noção de interpretação no positivismo excludente é limitada por critérios estabelecidos pela norma positivada, não existindo possibilidade alguma de interpretação pelo julgador em alguns casos (RAZ, 2009, p.118).

Já para que uma disposição jurídica seja considerada faz-se necessário que seja reconhecida pelos órgãos aplicadores (segundo os critérios de validade jurídica contidos na regra última de reconhecimento), estando de acordo com a natureza institucionalizada das disposições jurídicas (RAZ, 1979, p.88). Nesse sentido, o direito passa a ser considerado como sendo o sistema institucionalizado mais importante que pode existir em determinada sociedade, estabelecendo critérios para regular os aspectos daquela comunidade.

Ademais, possui como característica a pretensão de autoridade para regular qualquer tipo de comportamento, feita por meio de uma reivindicação de autoridade. Assim, apesar de não necessariamente regular todos os comportamentos, apresenta a pretensão de possuir autoridade para regulá-los (RAZ, 1979, p.122-123). Outro ponto é que o sistema jurídico se apresenta como aberto, pois contém normas cuja função é outorgar força obrigatória dentro do sistema a normas que não lhe pertencem (RAZ, 1979, p.125).

Uma questão fundamental que deve ser entendida é que se sustenta aqui a inexistência de uma obrigação *prima facie* de obedecer ao direito, mesmo se tratando de uma sociedade boa e de um sistema jurídico justo (moralmente correta) (RAZ, 1979, p.

262). Isso porque não existe uma obrigação moral geral de obediência ao direito, mas sim uma obrigação jurídica para aqueles que aceitam o sistema jurídico, resultante da aceitação de vínculos associativos semi-voluntários¹⁷ (RAZ, 1999, p. 174).

Nesse sentido, pode haver uma postura individual de respeito prático pelo direito, originária de deveres morais para com a comunidade à qual se optou por pertencer e foi aceito, sendo o próprio respeito uma razão para obedecer ao direito. O indivíduo que respeita o direito, então, possui uma obrigação de obedecê-lo, que possui como fundamento seu próprio respeito pelos vínculos sociais e jurídicos estabelecidos nessa relação (RAZ, 1979, p.192). É importante frisar que, para Raz, não há nenhuma obrigação de que o direito seja cumprido simplesmente por ser um ordenamento jurídico, já que esse, por si só, não cria dever de obediência para nenhum indivíduo.

Cada indivíduo apenas se considerará possuidor de um dever de obediência ao direito caso tenha aceitado o ponto de vista interno – ponto de vista dos participantes de uma determinada comunidade na qual existem vínculos associativos –, considerando a hipótese de o próprio indivíduo estar raciocinando em termos jurídicos, pois na linguagem interna do direito faz sentido acreditar na existência de uma obrigação jurídica para cumpri-lo. Todavia, se o direito – e os vínculos associativos, que são semi-voluntários na medida em que o indivíduo pode não querer participar da comunidade – for rejeitado como um todo pelo indivíduo, nada restará para obrigá-lo a obedecer às normas jurídicas.

Dessa forma, mesmo um juiz, agente público em regra com maior discricionariedade dentro do sistema jurídico, só está moralmente obrigado a aplicar o direito caso já adote o ponto de vista interno em relação às regras jurídicas – muito embora todo agente público esteja vinculado por normas específicas de cada ordenamento. Entretanto, caso opte por uma decisão que se encontre fora do direito e tenha discricionariedade para tanto, o juiz deverá arcar tanto com um custo elevado em relação à necessidade de justificação, o que pode desestimulá-lo a utilizar essas alternativas de decisão, quanto com cálculos pragmáticos a respeito da impossibilidade

¹⁷ Raz (1999, p. 174) entende os vínculos associativos como semi-voluntários, uma vez que o indivíduo não é moralmente obrigado a aceitá-los e se tornar necessariamente membro da comunidade na qual ele tem origem. Todavia, uma vez que decide pelo pertencimento a esse grupo, ele deve partilhar das obrigações associativas ali presentes, tendo dever de lealdade para com o grupo e não pode escolher as características da sociedade que melhor lhe convém, ao menos não individualmente.

de legitimizar sua decisão diante da moralidade da comunidade na qual está inserido. Esse tema será mais profundamente revisto no ponto seguinte.

Ademais, Raz afirma que a tese das fontes captura e destaca uma questão fundamental sobre a função do direito em toda sociedade: a satisfação da necessidade da vida social de requerer vários padrões de abstenção, cooperação e coordenação entre os membros da sociedade ou ao menos alguns deles. Isso é facilitado por normas jurídicas, na medida em que a busca de objetivos e valores sociais demanda algum tipo de consenso ou acordo para ser realizada, sendo o direito a principal ferramenta para materializar esses objetivos (RAZ, 1979, p. 49).

Existem, todavia, dentro da sociedade, divergências consideráveis sobre quais serão os esquemas de abstenção, cooperação e coordenação e o porquê de serem melhores ou piores. Alguns preferem um esquema, enquanto outros o esquema diametralmente oposto, de modo que é parte essencial da função do direito demarcar o ponto em que uma opinião ou escolha privada dos componentes da sociedade deixa de ser sua visão privada e torna-se uma visão vinculante para todos os membros, a despeito dos desacordos presentes. A reivindicação de autoridade, com a consequente associação à autoridade, se encaixa nesse esquema, assim como mecanismos procedimentais que racionalizem e legitimem essa adesão. São eles que permitem a diferenciação entre os diversos modos e padrões necessários para a vida social, separando os padrões jurídicos vinculantes e obrigatórios para todos das simples visões particulares de determinado indivíduo ou grupo da sociedade (RAZ, 1979, p. 50).

Sem esse tipo de diferenciação, é difícil apontar qualquer padrão compartilhado fundamental para a vida em comunidade. Destarte, *o direito não é mera convenção social, mas o produto daquilo que foi determinado pela autoridade*. No entanto, também é equivocado associar o direito a um simples uso da força no qual a autoridade tem poder de vida e morte sobre os indivíduos do grupo social (pelo menos em sociedades minimamente democráticas). A questão que se coloca, então, é determinar como o direito pode controlar o poder ao mesmo tempo em que permite à autoridade materializar anseios da comunidade.

A resposta de Raz é: “o direito faz isso, e só pode fazer isso, fornecendo maneiras publicamente verificáveis de guiar o comportamento e regular aspectos da vida

social” (RAZ, 1979, p. 50). Na ausência de critérios verificáveis publicamente, a identificação do padrão ou esquema de cooperação que deve ser obedecido depende da visão particular de membros ou grupos da sociedade, o que torna evidente o problema da ausência de cooperação, na qual visões conflitantes sobre alternativas possíveis impedem a identificação de um padrão comum. Adiante veremos que a coordenação social não é a única função do direito, mas é uma função importante, que deve ser considerada.

O direito é, portanto, ferramenta pública pela qual se pode medir o comportamento individual e alheio. Ele auxilia na manutenção da cooperação social não apenas por meio de sanções, que fornecem razões para conformidade, com importância secundária diante da normatividade, mas também pela designação, em uma maneira acessível a todos, dos padrões de comportamento requeridos para a cooperação específica (RAZ, 1979, p. 50).

Nesse sentido, cada indivíduo de uma comunidade pode questionar o ponto marcado pelo direito com base em argumentos morais que julgar relevantes, porém isso não afeta a validade da norma jurídica, a não ser que tenha prerrogativas concedidas pelo próprio direito para modificá-lo (fazendo parte da regra última de reconhecimento). Mas de que vale a avaliação individualizada do direito se não existe possibilidade fática de modificá-lo, pelo menos em um primeiro momento? A resposta de Raz é: avaliar a autoridade na sua capacidade de materializar valores sociais e legitimá-la, ou deslegitimá-la, da sua própria condição de autoridade, isto é, do seu poder de substituir as razões para ação daqueles que a ela se associam. Essa avaliação da capacidade de ser autoridade é eminentemente um teste moral, apesar de ter aspectos instrumentais implícitos à atuação da autoridade de forma eficiente.

Portanto, uma função básica do direito é fornecer critérios publicamente verificáveis, aos quais os membros das sociedades são tidos como vinculados, de modo que eles não possam se escusar da sua não conformidade e desafiar a justificação do padrão, obedecendo ao direito emitido pela autoridade desde que ela seja tida como legítima. Ao mesmo tempo esses critérios podem fornecer elementos para um teste moral objetivo: a autoridade fornece razões para ação melhores que o indivíduo, cumprindo sua função de materializar valores-objetivos compartilhados por aquela sociedade?

Para apontar a importância dessa diferença, Raz destaca na própria concepção de governo a contingência da contraposição entre expressão de opiniões, pedidos ou pontos de vistas e regras dotadas de autoridade. A identificação destas regras não pode depender daquelas, uma vez que normas dotadas de autoridade se distinguem das opiniões e posicionamentos políticos individualizados (RAZ, 1979, p. 51). Para entender a distinção entre direito e moral – em grande medida uma distinção entre ser e dever –, é necessário saber que a identificação do primeiro 1) não depende de argumentos e justificativas morais, sobre os quais existem posições diferentes na sociedade, e 2) é feita usando padrões de origem publicamente verificáveis, no caso, fontes sociais, que não dependem de visões e justificativas morais. A distinção de posicionamentos morais sobre a legislação do imposto de renda, por exemplo, não afeta sua natureza vinculante para toda sociedade, e a identificação desse padrão não pode depender de concepções morais. Logo, somente a tese das fontes se adequa à natureza autoritativa do direito (RAZ, 1979, p. 52).

Por fim, é importante frisar que para Raz existe uma diferença fundamental entre natureza do direito (*nature of law*) e conceito de direito (*concept of law*) (GAIDO, 2011, p. 687). A primeira seria a explicação das propriedades necessárias que constituem o direito, sem as quais ele deixaria de ser o que é. O papel do teórico do direito é, até mesmo, apontar essas propriedades fundamentais (RAZ, 2009, p.17-18). Já o conceito do direito é o conjunto de crenças sobre qual é o direito naquela sociedade. O papel de apontar o conceito do direito, entretanto, seria secundário, pois parte da função de explicar a natureza do direito é determinar como a população percebe seu próprio direito, por meio de conceitos compartilhados – mesmo que não uniformemente – por todos (RAZ, 2009, p. 24).

Nesse sentido, é importante frisar o papel metodológico do positivismo na tradição da filosofia analítica¹⁸. De acordo com o projeto raziano, o papel do filósofo é descrever a prática social apontando a veracidade dessas práticas de acordo com conceitos analíticos formulados com base em um ponto de vista destacado. Não se realiza uma análise empírica das práticas, e sim uma verificação de sua veracidade

¹⁸ Esse ponto será mais bem aprofundado na seção seguinte.

baseando-se em conceitos lógicos e abstratos. A teoria de Raz é, portanto, cognitivista nesse aspecto.

Também não se confunde a participação nas práticas com a verificação das práticas¹⁹. Da perspectiva do participante, a ideia central está no seu entendimento do direito como uma fonte moral específica de razões protegidas (RAZ, 1984, p. 30). Participantes não estão isolados, sendo parte de um conceito amplo de práticas sociais que impõem um dever aos seus membros com base em razões morais. Porém, a perspectiva do participante não é obrigatória, podendo haver indivíduos na mesma sociedade que não compartilham as crenças e vínculos associativos (isso não significa que o direito não é aplicável a eles). Assim, a perspectiva do teórico deve ser um posicionamento destacado.

2.5 Teoria da adjudicação²⁰

A partir daqui, foca-se na distinção entre aplicação e criação do direito presente na teoria da adjudicação raziana, entendida como a teoria sobre como se devem decidir casos jurídicos. Para Raz, quando juízes aplicam o direito, aplicam padrões publicamente verificáveis e vinculantes, os quais não estão abertos aos argumentos morais das partes. Contudo, quando, ao contrário, os juízes criam ou desenvolvem o direito, usam de considerações morais e racionais sobre as quais pode haver disputa, argumento e controvérsia, de modo que se torna possível a recepção de elementos morais na produção do direito. Em ambos os casos há uma inerente reivindicação de autoridade por meio das decisões judiciais, não havendo uma tentativa de tornar o direito válido (algo que *a priori* ele já é), mas de manter o processo de legitimidade da autoridade judicial.

¹⁹ Raz (2009, p. 25) diferencia prática conceitual de prática empírica. Enquanto essa não é relevante para a teoria do direito (mas sim para ciências sociais ou políticas), aquela pode ser definida como uma que é empregada por um grupo que divide uma forma de pensar/agir a realidade que a cerca. Uma prática conceitual pode incluir uma ou mais práticas linguísticas. A sociedade ocidental moderna é um exemplo de prática conceitual (GAIDO, 2011, p.692).

²⁰ Utiliza-se adjudicação no sentido de capacidade de decidir o direito, em outras palavras, capacidade de tomar decisões judiciais, sendo sinônimo de teoria da decisão. Esse termo não tem nenhuma relação com a noção de “adjudicação” no direito administrativo, que significa assinatura do contrato depois de uma licitação.

A teoria de Raz sustenta o positivismo como uma tese forte e coerente sem resultar no formalismo ou na negação do papel da moral. O objetivo da defesa da tese das fontes passa por buscar os limites da teoria do direito, exigindo uma clara diferenciação entre uma teoria do direito independente da moral e uma teoria da decisão judicial moralmente robusta. O positivismo jurídico excludente sistematiza essa concepção do direito, não se confundindo com a capacidade dos magistrados de produzir normas de natureza específica amparados por deveres e responsabilidades morais.

O intuito desta subseção é defender a complementariedade da tese das fontes com uma teoria moral da adjudicação, feita com base na soma de uma defesa da tese positivista da identidade do direito com a responsabilidade moral inerente à atividade de adjudicação, estando tudo isso relacionado à metodologia usada por Julie Dickson para definir a obra *raziana* como uma teoria jurídica valorativa indireta (DICKSON, 2001, p. 51). Apesar de que se defenda uma separação necessária entre direito e moral, argumentos morais avaliados pelos juízes serão fundamentais nos momentos que demandam a interpretação jurídica (RAZ, 1979, p. 47).

Essa característica explica o motivo de haver uma delimitação entre a existência de uma fonte social publicamente verificável, que oferece um teste comum para a resolução da disputa – quando essa fonte não existe, passa a decisão judicial a ser a própria fonte – e vínculos associativos pautando a busca de legitimação do magistrado para suas próprias decisões. Nesse sentido, como coloca Margaret Martin ao explicar essa teoria *raziana*, "juízes são agentes morais que normalmente apelam a princípios morais quando tomam decisões" (MARTIN, 2014, p. 47). Mas como seria possível o juiz recorrer à moral de forma tão deliberada e manter a ideia de separação necessária entre direito e moral?

Para responder essa questão, é imprescindível entender a concepção da tradição do *common law* estabelecida por Raz e o papel das lacunas em qualquer sistema jurídico. Para ele, a lógica de criação-modificação do direito pelos tribunais em qualquer ordenamento, especialmente os da tradição do *common law*, é pautada por quatro possibilidades: 1) aplicação do direito existente; 2) modificação do direito; 3) criação de direito por *overruling* e 4) preenchimento de lacunas.

Isso cria o modelo denominado de *rule plus exception*²¹, a possibilidade de a jurisdição ordinária modificar o direito já estabelecido por meio de uma exceção mais estrita. Esse modelo se pauta pela estabilidade ao mesmo tempo em que inclui uma preocupação com a possibilidade de criação do direito por magistrados, com um foco na legitimação pública da atuação do judiciário.

Uma distinção fundamental feita pelo autor é a existente entre os casos definidos e não definidos pelo direito. Os casos definidos são aqueles abrangidos pelas normas legisladas e pelos precedentes vinculantes, não requerendo discricionariedade judicial para a resolução do litígio. Para Raz a disputa é definida se questões como "No caso concreto x, deve o tribunal decidir que y?" tenham uma resposta jurídica previamente definida. Já as não reguladas são aquelas questões que não possuem uma resposta jurídica definida, quer dizer, que apresentam uma lacuna jurídica a ser resolvida pelo juiz (RAZ, 1979, p. 181).

Casos não regulados também estão sujeitos às normas que se lhes aplicam bem como às orientações dos tribunais quanto à sua solução. Contudo, nessas hipóteses as disputas inerentes ao caso concreto não estão definidas por critérios objetivos, fazendo com que nenhuma solução específica para a disputa seja exigida pelo sistema jurídico. Por outro lado, o sistema jurídico pode conter várias soluções inadequadas para a questão – as quais devem ser evitadas –, além de possivelmente oferecer algumas orientações gerais sobre a escolha que poderão ser consideradas na busca da solução do caso (RAZ, 1979, p. 181).

Em suma, uma disputa regulada é aquela para o qual o ordenamento jurídico prevê alguma solução. O juiz pode ser visto aqui na sua imagem clássica: ele é o agente que identifica a norma, determina os fatos e a aplica aos fatos. Porém, não há nada de mecânico nessa atividade. Casos definidos podem ser complexos e mais difíceis de decidir do que os não definidos. A dificuldade em resolver juridicamente um problema fiscal complexo, por exemplo, pode ser muito maior do que a de resolver um problema de justiça natural consoante princípios morais.

²¹ O termo *rule plus exception* foi cunhado por Margaret Martin no livro *Judging Positivism*, de 2014. Embora o argumento desta tese se afaste de boa parte de suas críticas a essa visão, pelas razões apontadas ao longo do texto, esta nomenclatura parece muito adequada e será mantida nas próximas seções.

Nesse ponto, a teoria de Raz pressupõe doutrina dos precedentes como existe na literatura tradicional do Direito Inglês²², muito embora a aplicação real de precedentes vinculantes no *common law* seja muito mais fluida do que supõe o modelo raziano.

Para ele, quase todas as decisões do Tribunal Constitucional em disputas não reguladas, por exemplo, criaram precedentes vinculantes, apesar de não ser necessário dizer que existem disputas não reguladas e julgamentos morais mesmo em sistemas jurídicos em que as decisões judiciais não são uma fonte de direito (RAZ, 1979, p. 182). Os tribunais têm como atribuição fundamental suas funções tanto de aplicação de disposições legislativas como de produção de normas jurisdicionais em quase todos os casos. Frise-se que não se pretende dizer que juízes quase sempre fazem novas diretivas jurídicas, e sim que quase sempre eles têm que considerar a possibilidade de fazê-las.

Entretanto, Raz afirma que a prática da tomada de decisões pode ser mais complexa e a diferença entre os litígios definidos e não definidos ser menos evidente, porquanto nas disputas reguladas o direito prevê uma solução para o caso, não podendo o tribunal introduzir inovações normativas, mas modificações nas já existentes – por exemplo, associando dois precedentes vinculantes que nunca haviam sido aplicados juntos. Os casos não definidos são, por sua vez, em parte definidos pelo tribunal, que, além de ter de fazer nova regulação para o caso, tem que aplicar a legislação e precedentes existentes (RAZ, 1979, p. 182).

Além disso, não há nenhum caso puro de criação do direito pelos tribunais, pois naqueles em que se cria direito quando existem lacunas há também disposições jurídicas que lhes restringem e guiam, e o direito criado por um juiz é constantemente passível de revisão (RAZ, 1986, p. 247).

Para Raz, a interpretação normal da doutrina do precedente é, naturalmente, de que não compete ao tribunal decidir se deve ou não seguir um precedente, já que existe uma obrigação em fazê-lo – está-se considerando disputas reguladas, entendidas como aquelas regidas por precedentes vinculantes do *common law*. Contudo, ao longo do tempo esta interpretação ordinária sempre foi difícil de conciliar com a considerável liberdade de ação experimentada e exercida pelos tribunais, especialmente os tribunais

²² Citem-se alguns expoentes dessa literatura como Cross (1977), Simpson (1961; 1973) e McCormick (1987).

de apelação e cortes constitucionais, mesmo se houver precedente vinculante (RAZ, 1979, p. 183).

A maioria dos doutrinadores da teoria dos precedentes tenta resolver a questão da compatibilidade entre vinculação e discricionariedade na adjudicação focando na dificuldade em descobrir o *ratio decidendi* de um caso – núcleo central universalmente válido e vinculante do caso, diferenciando-se do *obiter dictum*, parte não vinculante e específica (BUSTAMANTE, 2012). Para Raz (1979, p. 183), até recentemente, a maioria dos escritos sobre precedentes no Direito inglês e sistemas relacionados estava preocupada com a criação de testes cada vez mais sofisticados para identificar a *ratio* ou as *rationes decidendi*, mas essa busca era um tanto infrutífera quanto tautológica²³.

Na sua concepção, todavia, a solução para o problema a respeito dessa compatibilidade reside no papel do *distinguishing*, no qual o ato de distinguir ao mesmo tempo permite a manutenção de aspectos básicos da cadeia de decisões anteriormente desenvolvidas e adiciona novos elementos no intuito de modernização e atualização. Nesse sentido, apenas as decisões vinculantes podem ser distinguidas, pois, no funcionamento da doutrina do precedente do *common law*, uma regra que não se aplica ao caso não lhe pode ser imposta. Todavia, quando se descobrem elementos adicionais aplicáveis ao caso, a lógica básica da equidade do *common law* (casos semelhantes merecem decisões semelhantes e casos diferentes, decisões diferentes) faz com que mudanças sejam necessárias (RAZ, 1979, p.184).

Se há elementos em outros precedentes que permitam apenas modificar a combinação de precedentes, uma decisão mais restrita será tomada com uma nova combinação de *rationes decidendi*. Caso não haja parâmetros, pois existe uma lacuna jurídica, faz-se necessário, para decidir o caso, o uso de mecanismos de criação de direito. Só que novamente a discricionariedade dada ao julgador não será ampla, pois o *distinguishing* só pode ser feito de modo mais estreito na cadeia de precedentes anteriormente produzidos: o novo precedente deve seguir o anterior e adicionar apenas

²³ É importante observar que Thomas Bustamante (2012) argumenta que o modo de aplicação do precedente no *common law* envolve atos que não podem ser classificados como mera aplicação do direito, definido nos moldes do positivismo jurídico. A questão da compatibilidade das teorias jurídicas apresentadas nesta seção e a teoria dos precedentes do *common law* serão pormenorizadas na seção a seguir.

uma exceção com resultado parcialmente diverso, sendo necessária uma justificação dessa modificação (RAZ, 1979, p. 186).

Em relação ao papel da interpretação na adjudicação, Raz nota que diante da natureza autoritativa do direito, o fato de que seus *standards* devam ser identificados sem que se recorra a raciocínios valorativos explica a centralidade da interpretação para o raciocínio jurídico (RAZ, 2009, p. 115), uma vez que por meio dela será possível produzir o direito que mais bem legitimará a autoridade, justificando a existência do próprio sistema jurídico e dos agentes públicos vinculados a ele.

De mais a mais, quando o raciocínio jurídico é empregado, na tentativa de estabelecer o estatuto jurídico válido e aplicável ao caso, é necessário verificar se, e de que maneira, quaisquer das normas autoritativamente vinculantes e doutrinas do direito afetam a decisão judicial. Para tanto, é fundamental estabelecer o que tem sido feito pelas autoridades (legislativas, executivas e judiciais), quais decisões elas têm aplicado e o que estas decisões significam, sendo essa uma das funções da interpretação jurídica (RAZ, 2009, p.116).

A interpretação é uma combinação de reprodução e criatividade, uma vez que, ao seguir a tradição (precedentes vinculantes), o juiz mostra o quão importante para a coletividade é ter um senso seguro de pertencimento e estabilidade. A inovação, por sua vez, é essencial para estabelecer a individualidade da pessoa no contexto em que está inserida. A continuidade representa o que temos em comum com o outro, dando importância e respeito ao já decidido, ao passo que a individualidade representa as diferenças e as capacidades pessoais de contribuir com um projeto comum (RAZ, 2009, p. 117-118).

Nessa empreitada coletiva, Raz acredita que as atividades desempenhadas por legisladores e os julgadores, intérpretes autoritativos, são complementares, por terem natureza e alcances distintos. A existência de ambiguidades, instabilidades e incertezas na legislação permite aos intérpretes atuarem complementando a legislação original (RAZ, 2009, p. 122-123) e legitimando sua produção normativa de forma diversa. Conquanto a autoridade, por meio da escolha democrática representativa, seja sempre preponderante – daí a ideia de soberania do parlamento, onipresente no *common law* –, as cortes também reivindicam autoridade e se legitimam.

Dessa forma, ambiguidades e incertezas presentes nos métodos de interpretação adotados muitas vezes acabam limitando o alcance efetivo da autoridade dos legisladores e fortalecendo a autoridade das cortes, que se tornam imprescindíveis na medida em que se buscam a jurisdição plena do Estado e a sua capacidade universal de produzir normas aplicáveis a todos os membros da coletividade. Isso afeta diretamente a divisão de poderes entre os diferentes órgãos do governo, fazendo com que a escolha dos métodos de interpretação seja parte fundamental da solução de questões constitucionais (RAZ, 2009, p. 124-125).

2.6 A Metodologia de Joseph Raz

Nesta seção, busca-se explicitar a metodologia usada por Joseph Raz. Por meio da obra “Evaluation and Legal Theory”, Julie Dickson estabelece essa uma explicação da metodologia raziana que torna possível entender os objetivos de Raz bem como os motivos de se ater a pressupostos da teoria do direito analítica (*analytical jurisprudence*). Pretende-se deixar explícito o fato de que, por meio da denominada *teoria da valoração indireta* elaborada por Dickson, será possível avaliar a empreitada raziana ao longo das duas seções iniciais para, nos duas finais, usar a obra de Joseph Raz como marco teórico central desta tese.

É possível resumir a hipótese criada mediante a teoria raziana da seguinte forma: há uma teoria política inerente ao *common law* que pode ser compartilhada por todo sistema jurídico, desde que se pautem por certas premissas. Ela pode ser incorporada, por meio de uma teoria geral dos precedentes, em qualquer sistema jurídico, porquanto está inserida na noção de conceito de direito compartilhada pelos participantes. Por outro lado, tende a produzir melhores resultados quando aplicada a precedentes vinculantes constitucionais isoladamente, pois os precedentes ordinários apresentam um melhor resultado por meio das práticas livres que deixam os julgadores construir e reconstruir o uso do precedente conforme as peculiaridades do caso.

Adentrando a explicação da metodologia utilizada, segundo Julie Dickson o exame da valoração²⁴ (*evaluation*) na teoria do direito traz uma questão implícita muito pouco enfrentada pela maioria dos autores, mas que tem um papel primordial: até que ponto um teórico do direito deve fazer juízos de valor a respeito dos fenômenos jurídicos sobre os quais ele se debruça, no intuito de conseguir construir uma teoria do direito bem-sucedida? (DICKSON, 2001, p.3).

Tradicionalmente, essa questão remete à divisão entre ser/dever-ser e começa a ser enfrentada no âmbito jurídico por Jeremy Bentham, quando ele divide a teoria do direito (*Jurisprudence*) nas modalidades *expositorial jurisprudence* e *censorial jurisprudence*, sendo a primeira responsável por expor a norma jurídica existente, e a segunda por criticar a norma para uma futura modificação e reforma (BENTHAM, 1970, cap. 1 e 2). Assim, não é possível assumir que algo unicamente por ser direito possui mérito moral, pois, para Bentham, a norma boa e a ruim compartilham a condição de normas jurídicas não pelo seu mérito, mas pela sua estrutura ou forma, advindo da fonte adequada: a decisão do soberano (DICKSON, 2001, p. 5).

A função da teoria do direito é, portanto, dupla, não podendo haver uma dissociação dos aspectos do ser e do dever-ser, porquanto a reforma do direito positivado para algo melhor depende de sua descrição bem-feita e atual, devendo ser desmistificada e resumida aos aspectos essenciais²⁵. A metodologia de Hart, nessa mesma linha, se baseia fortemente na obra benthamiana, buscando ser moralmente neutra e sem pretensões justificatórias, para finalmente definir-se como geral e descritiva (HART, 1994, p. 239). Para Julie Dickson, porém, o entendimento da autodefinição dada por Hart a sua metodologia é muito mais complexa do que pode parecer a uma primeira vista (DICKSON, 2001, p. 8).

²⁴ Usar-se-ão as palavras valoração/avaliação para traduzir o termo *evaluation*, entendido como a determinação de um valor ou significado para um objeto específico.

²⁵ Mesmo Hans Kelsen (1967, p. 68), que não está inserido no debate analítico sobre a função do direito, acaba por chegar a conclusões muito parecidas com as de Bentham e Hart, separando as noções de direito e ciência do direito. Nesse sentido, é possível dizer que todos compartilham da herança iluminista de desencantamento do mundo e busca de racionalização das relações sociais. Todavia, ao afirmar que a função da ciência do direito não é aprovar ou desaprovar certo conteúdo do direito, mas conhecê-los e descrevê-los, Kelsen se afasta de Bentham, que considera o jurista como preocupado com ambos os aspectos. Ademais, Kelsen remete a criação do direito não à vontade do soberano, mas ao poder conferido pela norma fundamental. (RAZ, 1970, p. 93-120).

Sua estruturação metodológica começa com a demonstração de que existem ao menos duas metodologias diferentes na tradição pós-hartiana. Uma, por exemplo, é a adotada por Ronald Dworkin e John Finnis, na qual para caracterizar a forma que o direito é (fazendo uma avaliação direta sobre o valor moral de determinada prática social), passa-se necessariamente por uma valoração moral do seu conteúdo, havendo uma vinculação necessária com a avaliação subjetiva da moralidade intrínseca ao direito. Dickson denomina o método de valoração como direto ou teoria da valoração direta, como se explicará adiante. A segunda metodologia, seguida por Hart, Raz e demais positivistas, defende que é possível entrar no mérito moral ao definir a importância do direito aplicável ao caso, mas não é necessária uma valoração de conteúdo, sendo chamada teoria da valoração indireta (DICKSON, 2001, p.8).

Mais do que a simples separação entre direito e moral, a questão metodológica se relaciona com os métodos usados, não envolvendo só a separação entre ser e dever/ser, mas a forma como essa separação deve ocorrer na avaliação do direito. Ao apontarem que uma instituição social não pode ser simplesmente descritiva, Dworkin e Finnis afirmam que o teórico jurídico não pode caracterizar o que é o direito de forma adequada sem oferecer uma definição do que seria seu propósito ou função em termos de valores aos quais o direito serve.

Ambos os autores adotam uma metodologia de teoria do direito na qual é impossível apenas descrever o direito como ele é, sendo necessários juízos morais sobre seu valor moral. Essa metodologia foi denominada tese da valoração moral. Segundo essa tese, para entender o direito adequadamente, um teórico jurídico deve avaliar moralmente o direito (DICKSON, 2001, p.9).

Raz, em contrapartida, rejeita a tese da valoração moral bem como nega que a teoria do direito possa ser desprovida de valores. Sua metodologia é em grande medida uma tentativa de continuar um projeto que remete à própria filosofia analítica. Julie Dickson afirma que uma boa teoria do direito analítica conseguiria explicar a natureza do direito por meio de uma tentativa de isolar e explicar aquelas características que o definem. Uma teoria do direito bem-sucedida tem, pois, a capacidade de apontar, adequadamente e por meio de proposições verdadeiras, as características que todo ordenamento jurídico necessariamente deve ter (DICKSON, 2001, p. 17).

Dessa forma, para Raz questão da natureza do direito remete às propriedades essenciais que qualquer fenômeno que se pretende jurídico deve possuir, sendo tarefa do teórico buscar e explicar tais propriedades que tornam o direito o que ele é (RAZ, 2009, p. 25). Tais propriedades são aquelas que evidentemente o direito apresenta em qualquer tempo ou lugar, sendo tarefa da teoria do direito analítica apontar sua natureza, que é geral e abstrata.

É importante frisar que para a metodologia adotada é imprescindível que as proposições sobre o direito sejam necessariamente verdadeiras, porquanto apenas assim podem explicar sua natureza. Para Dickson, se um determinado ordenamento jurídico possuir uma característica contingente (não necessária) dependente de condições políticas, econômicas ou sociais específicas, ela não é imprescindível para o direito, não sendo, portanto, parte essencial da natureza do direito. Dessa forma, não tem a capacidade de ajudar na função primordial da teoria do direito analítica, que é apontar o núcleo dessa instituição social, no sentido de apontar o que faz com que seja o que é.

É claro que Raz pode ser entendido como essencialista pela abordagem metodológica, sendo esta uma ponderação que Julie Dickson faz e à qual este trabalho adere. Porém o método da teoria analítica não pretende dizer aos sistemas jurídicos quais são características necessárias de todas as sociedades nem que todas as sociedades pensam o direito da mesma forma. Assim, segundo Dickson, considerando que existe algo de especial em certas formas de organização social tidas como jurídicas e que apenas algumas delas ao longo da história se tornaram sistemas jurídicos, o único modo de analisar um fenômeno social e classificá-lo como jurídico é isolar e explicar suas características constitutivas (DICKSON, 2001, p. 19).

Caso uma teoria consiga explicar uma característica inerente à natureza do direito, obtêm-se êxito na metodologia que a teoria do direito analítica se propôs a adotar, por mais que a característica seja considerada injusta. O que torna uma teoria acorde com a metodologia analítica não é qual propriedade jurídica essencial pretende reivindicar, mas que essa teoria considere o direito como tendo tais propriedades e que considere o papel do teórico analítico de identificá-las e explicá-las (DICKSON, 2001, p.21).

Como defende Finnis (1980, p. 14-17) – sem dúvida um autor que se atém à metodologia analítica –, seria possível falar em um caso central do direito ou sentido focal (*focal meaning*) do direito, que deve ser comparado pelo teórico com toda manifestação que se pretende jurídica. Já Hart defende que é necessário a uma teoria do direito adentrar o ponto de vista interno inerente a todo sistema jurídico, sob pena de lhe realizar uma descrição equivocada. Teorias jurídicas anteriores se preocupavam em descrever o sistema do ponto de vista externo, lógica que Hart rompe e inova ao dizer que é impossível compreender o direito sem considerar o ponto de vista interno, em outras palavras, sem entender a compreensão que os próprios participantes da prática social têm das normas que a constituem. (HART, 1994, p. 51-61).

A metodologia de Raz, por sua vez, defende uma postura analítica na qual uma teoria do direito não pode ser livre de valores ao mesmo tempo em que rejeita que a valoração envolvida deva ser necessariamente moral. Ao negar que seja possível ter uma percepção do direito sem usar de valorações morais, Raz adota uma teoria valorativa indireta, já que teorias modernas não visam ser puramente descritivas, mas apenas relativamente descritivas, pois precisam fazer julgamentos valorativos mínimos para poder construir suas descrições das propriedades intrínsecas ao direito.

Para tanto, Julie Dickson cria um exemplo desse tipo de abordagem ao dizer que é possível apontar uma norma como importante em determinado contexto jurídico sem avaliá-la de forma direta. Uma valoração indireta, nesse contexto, seria fundamental para apontar as propriedades contidas na natureza do direito (DICKSON, 2001, p. 65). Para Raz, uma teoria só é adequadamente explicativa – capaz de explicar o direito do ponto de vista interno dos participantes do fenômeno jurídico – quando isola e explica importantes características do direito e faz isso em formas que expressem aquilo que os submetidos ao direito entendam como importante a respeito dele, incluído o *status* moral que lhe dão. É nesse sentido que as valorações morais são indiretas, na medida em que sua importância já basta ao teórico para demonstrar a necessidade da sua explicação e cumprir sua função dentro dos objetivos estabelecidos.

Por fim, é importante explicar o caráter do essencialismo adotado por Joseph Raz, bem como as consequências de uma busca de propriedades universalmente necessárias a todo sistema jurídico. Para Brian Bix, no artigo ‘Raz on Necessity’ (2003),

a noção raziana de natureza do direito inclui uma metodologia baseada na existência de características tidas como conceitualmente necessárias ou essenciais para o direito, de modo que diversas conclusões metateóricas surgem dessa pressuposição. Uma vez que o conceito dessas características está na própria base da teoria do direito raziana, é fundamental entender seu significado para compreender como esse autor almeja realizar uma análise conceitual sobre o direito (BIX, 2003, p. 537-538).

Em uma direção contrária a de Herbert Hart, que se apoia em uma metodologia tida como antiessencialista²⁶ – porquanto seu objetivo é o engajamento em uma busca por aspectos esclarecedores e centrais (de um ponto de vista empírico) do conceito de direito que são entendidos como importantes pelos participantes do sistema jurídico (SCHAUER, 2013, p. 243) –, Raz não se contenta com uma análise descritiva das práticas presentes em determinado sistema, mas busca por meio delas atingir as características universais, por meio da auto compreensão da sua importância para os participantes. Para Raz, a auto compreensão reflete as práticas sociais que ajudam a formar os conceitos das instituições sociais (BIX, 2003, p. 544).

A ideia de características essenciais aqui proposta se refere a conceitos, e não a coisas, diferindo-se consideravelmente daquilo defendido pela metafísica aristotélica (ARISTÓTELES, 1984, p. 1.625-1.627). Raz propõe uma filosofia analítica na qual é possível avaliar os conceitos de direito como entendimentos compartilhados pelos participantes por meio da prática social sobre o que é o direito, determinando a natureza do direito – características essenciais do direito – com base nesses sujeitos e, com isso, ajudar a sociedade a entender suas próprias práticas.

Todavia, seria bem plausível alguém perguntar: por que, então, não avaliar o próprio direito em vez de seu conceito? A teoria social, apoiada pelo método empírico, não seria suficiente para analisar o direito da melhor forma?

Para Brian Bix a resposta seria negativa, pois a análise conceitual é uma questão a ser respondida previamente: não se pode estudar o direito ao menos que se saiba o

²⁶ Defende-se aqui que a visão antiessencialista da obra de Hart proposta por Frederick Schauer seja a mais precisa e coerente (SCHAUER, 2013, pp237-246), muito embora não haja unanimidade sobre esse ponto.

que se entende por direito. É exatamente pelo fato de o direito ser formado por um conjunto de práticas sociais que se faz necessária uma noção prévia das peculiaridades do fenômeno estudado (BIX, 2009, p. 543). Raz reconhece que até certo ponto o teórico deve fazer deferência ao modo que o mundo é, principalmente em casos nos quais o conceito do direito já existir, mas a questão funciona diferentemente se se está propondo um novo conceito ou categoria, situação em que se deve questionar quais as questões empíricas poderiam ser levantadas a respeito desse novo conceito (RAZ, 1994, p.221).

Existem, todavia, outras situações nas quais o plano teórico deve ter prioridade sobre o empírico, especialmente quando se está em uma situação fronteira entre o direito e o não direito. Questões mais abstratas sobre a natureza do direito não são, portanto, aspectos que devem ser comparados por uma abordagem empírica. Nesse sentido, ao longo desta tese, buscou-se não adentrar questões empíricas específicas de certos sistemas jurídicos, muito embora menções aos conceitos de prática jurídica estejam presentes em todo as seções do trabalho. O motivo está vinculado à metodologia raziana adotada, segundo a qual não é possível elaborar uma teoria da natureza do direito sem considerar as práticas (BIX, 2003, p. 544).

A ideia central é adotar um conceito de direito que não seja baseado em noções metafísicas, pois nenhum teórico positivista moderno, como Hart, Raz ou Coleman podem ser acusados de tentar determinar uma essência analítica em um sentido platônico, ou seja, trans-histórico e trans-empírico (COLEMAN, 2002, p. 350). Partindo do pressuposto que a noção de Wittgenstein conhecida como semelhança familiar²⁷ (*family resemblance*) existe, mas não se aplica ao direito, Bix defende que é necessário fornecer uma análise dos conceitos jurídicos em termos de necessidade e condições suficientes, como Raz e outros tem tentado fazer (BIX, 2003, p. 545).

Para tanto, Raz sugere que o conceito do direito é fundado em práticas reais, sendo um produto histórico que muda ao longo do tempo, uma vez que o conceito como o entendemos é mais recente que a instituição que se busca definir. O conceito de direito

²⁷ Segundo Ludwig Wittgenstein, um conjunto de coisas que inicialmente eram tidas como conectadas por um essencial comum, na realidade são conectadas por uma série de similaridades sobrepostas, sem apresentar, de fato, nenhuma característica comum a todas as coisas. Uma família na qual todos se parecem, mas não existe característica comum a todos, deu origem ao termo. A linguagem seria um exemplo dessa ideia filosófica (WITTGENSTEIN, 1953, p. 65-68).

não é um produto da teoria do direito; evoluiu historicamente sob a influência da prática jurídica e de outros aspectos culturais, incluído teorias jurídicas que foram tidas como relevantes no passar dos anos (RAZ, 1998, p. 281). Nesse sentido, Bix afirma que a ideia central da teoria do direito analítica é focar em um conceito dentre vários outros, notadamente o “nosso” conceito de direito, o da comunidade em questão (BIX, 2003, p. 547).

A teoria raziana apresenta o conceito de direito como simultaneamente contingente e necessário, por meio das expressões paroquial e universal. Tem-se um conceito de direito baseado na autocompreensão da sociedade, o qual muda historicamente em resposta a alterações em instituições, práticas, atitudes e, até mesmo, teorias sobre o direito (RAZ, 2009, p. 91-99). Esta é uma metodologia que pode parecer complexa, mas fará todo o sentido quando aprofundada mais adiante: por meio da análise conceitual de práticas jurídicas baseadas na forma como cada sociedade avalia suas próprias práticas (o conceito de direito) é possível chegar a características necessárias do direito (natureza do direito), que ajudarão a formular um modelo teórico ideal a ser apresentado pelo filósofo. Esse modelo não ensina à sociedade o que é o direito ou como devem ser necessariamente suas práticas, mas auxilia no autoentendimento dos conceitos usados e nas escolhas que serão tomadas sobre como aquele sistema jurídico almeja ser no futuro.

Ainda que o “nosso” conceito mude ao longo do tempo, Raz o trata como algo único: uma análise conceitual pode estar certa ou errada nas descrições feitas pelo teórico, não podendo ser simplesmente reinventada por propósitos específicos desvinculados da prática, nem teóricos podem simplesmente escolher um conceito baseado na sua utilidade para pesquisa (RAZ, 1994, p. 221). Trata-se de um conceito já presente e que se baseia no autoentendimento da comunidade. Assim, o modo de se auto enxergar baseado em conceitos existe de forma independente das tentativas da filosofia em explicá-lo, da mesma forma que as características necessárias a todo sistema jurídico existem de forma separada às teorias que as tentam elucidar (BIX, 2003, p. 549).

2.7 Conclusões parciais

Tentou-se discorrer holisticamente sobre os cinco principais pilares da obra de Joseph Raz – teoria da racionalidade, teoria da moralidade, teoria da autoridade, teoria do direito e teoria da adjudicação –, tentando demonstrar coerência interna entre essas partes bem como superar certos obscurantismos por meio de interpretações de sua obra. Apresentou-se a teoria raziana como base necessária para introduzir a hipótese desta tese, nas seções seguintes.

A hipótese pode ser assim resumida: A obra de Joseph Raz é composta por diversas teorias a respeito de ramos diferentes da filosofia do direito, sendo que todas essas divisões formam um todo coerente. A única parte equivocada e aparentemente desnecessária é o modelo rule-plus-exception, que, contudo, não é fundamental para a coerência teórica do resto de sua obra. A ideia é defender um modelo conceitual para uma teoria dos precedentes constitucionais que consiga lidar com as necessidades específicas desse âmbito jurídico.

A primeira seção, que se denominou teoria da racionalidade, almeja partir da noção de sistema jurídico como um sistema de razões para a ação, baseando-se no pressuposto de que as razões fazem referência a considerações que norteiam o comportamento do agente (RAZ, 1975, p. 16). Assim, aponta-se a autoridade legítima como capaz de produzir razões protegidas (soma de razão para agir com a razão para excluir todas as outras razões em sentido contrário) por aqueles que confiam na autoridade como capaz de comandar e coordenar. Raz associa ainda a ideia de racionalidade prática à capacidade de normas serem tidas como razões para ação em um contexto de busca daquilo que é tido como bom (valor) tanto para o indivíduo quanto para o contexto social no qual ele está inserido. Desse modo, seguir a autoridade não é algo automático ou descontextualizado, mas parte de uma engrenagem social muito mais ampla.

A segunda seção, por sua vez, examina a denominada teoria da moralidade de Raz. Este autor rejeita visões puramente instrumentais, vendo-as como equivocadas já que não se conectam a nenhum outro parâmetro objetivo senão a utilidade e ignoram os vínculos associativos por trás da existência de bens coletivos com valor intrínseco. Além

disso, rejeita uma postura coletivista na qual o indivíduo tem todas as suas decisões tolhidas diante de valores sociais moralmente imperativos. De forma oposta a ambas as visões, ele defende uma teoria na qual a autonomia individual só pode ser entendida como um bem coletivo com valor intrínseco (RAZ, 1986, p.203), sendo possível até uma visão instrumental de certos de seus aspectos e de sua utilidade para a sociedade, mas nunca uma visão puramente instrumental desprovida da noção de valor intrínseco.

Essa postura terá papel fundamental para as teorias seguintes, pois é o indivíduo que escolhe compartilhar vínculos com a coletividade na qual está inserido e a partir daí se associa a uma autoridade que tenta se legitimar dentro de parâmetros compartilhados pela sociedade. Em uma postura extrema, cada um tem a possibilidade de rejeitar os vínculos e não aceitar a autoridade, hipótese em que não cria, contudo, qualquer proteção quanto à ação estatal, pois o sistema jurídico continua existindo apesar da sua recusa em associar-se.

A terceira seção, por sua vez, explica a teoria da autoridade, segundo a qual é possível substituir razões pessoais por razões emanadas da autoridade, sendo isso plenamente racional, já que a autoridade tem habilidade de substituir razões, desde que haja uma justificação para tanto (RAZ, 1979, p.7). Destarte, o direito goza de autoridade caso uma parte considerável daqueles submetidos à jurisdição considerem sua existência uma razão protegida para obedecer (RAZ, 1979 p. 29). Isso torna a pretensão de autoridade legítima uma característica essencial atribuída ao direito, pois todo ordenamento jurídico almeja que suas normas jurídicas sejam guias das condutas sociais.

Raz explica essa relação por meio da tese de que caso as razões protegidas sejam emanadas da autoridade legítima e se apliquem ao caso, provavelmente serão recepcionadas por cada indivíduo, tendo chances de refletir o correto equilíbrio de razões (a não ser em casos extremos, pois não há razões protegidas absolutas). Isso ocorre porque ele mesmo irá preferi-las diante da sua avaliação da capacidade da autoridade em ser autoridade – resolver problemas sociais complexos e materializar valores compartilhados pela coletividade –, tendendo a prevalecer sobre o julgamento isolado do próprio indivíduo que fará a substituição de razões.

Já a quarta seção aborda a teoria do direito de Joseph Raz, que na condição de positivista excludente afirma que a moral não pode estar incluída no critério de identificação do que é direito. Baseando-se na ideia de que normas jurídicas delegam a agentes públicos a tarefa de validar novas normas declarando-as pertencente ao ordenamento (*rule of recognition*), Raz afirma que a validade das normas é uma questão que não vem de seu mérito moral, mas do fato de que alguns agentes públicos relevantes as declararam parte do sistema (GARDNER, 2001, p. 201). A função da tese das fontes é fundamentar que toda disposição jurídica possua um fato social que lhe deu origem, de modo que seu conteúdo e existência possam ser verificados sem o recurso a critérios morais.

De mais a mais, a concepção de fonte adotada por Raz inclui, até mesmo, fontes interpretativas, entendidas como todo material interpretativo relevante ao caso. Ele acredita que o direito não deve ser compreendido como atos individuais isolados, mas sim como uma gama de fatos de tipos variados (RAZ, 1979, p. 39), e a noção de interpretação no positivismo excludente é limitada por critérios estabelecidos pela norma positivada, não existindo possibilidade alguma de interpretação pelo julgador em alguns casos (RAZ, 2009, p. 118).

Ademais, a quinta seção traz a teoria da adjudicação (ou da decisão judicial) segundo a qual quando os juízes aplicam o direito, aplicam padrões publicamente verificáveis e vinculantes, os quais não estão abertos aos argumentos morais das partes. Já quando, ao contrário, criam ou desenvolvem o direito, usam de considerações morais e racionais sobre as quais pode haver disputa, argumento e controvérsia, de modo que se torna possível a recepção de elementos morais na produção do direito. Em ambos os casos há uma inerente reivindicação de autoridade por meio das decisões judiciais, não havendo uma tentativa de tornar o direito válido (algo que *a priori* ele já é), mas de manter o processo de legitimidade da autoridade judicial.

A sexta seção pretende explicar a metodologia empregada por Raz ao longo de sua obra. Por se inserir no modelo de teoria do direito analítica (*analytical jurisprudence*), ele almeja chegar até as características gerais e abstratas inerentes a todo sistema jurídico – dentro de sua concepção de natureza do direito –, por meio de uma análise descritiva da autocompreensão das práticas sociais, intimamente ligadas ao ponto de

vista interno. Para tanto, a metodologia deve ser de valoração moral indireta, muito embora isso não o impeça de ter uma prescrição da melhor forma que acredita que o sistema deva se apresentar (contida na sua noção de conceito do direito).

Nesse sentido, o intuito desta seção é defender a complementariedade da tese das fontes com a teoria moral da adjudicação, feita com base na combinação da tese do direito positivista com a da responsabilidade moral inerente à atividade de adjudicação interpretativa. Apesar de se defender uma separação necessária entre direito e moral, argumentos morais avaliados pelos juízes serão fundamentais nos momentos em que se requer a interpretação jurídica (RAZ, 1979, p. 47). Essa característica está na base da delimitação entre a existência de uma fonte social publicamente verificável, que oferece um teste comum para a resolução da disputa – quando essa fonte não existe, passa a decisão judicial a ser a própria fonte – e vínculos associativos pautando a busca de legitimação das decisões jurídicas.

A grande crítica que se faz à obra de Raz, e talvez seja o único ponto que ele não consegue refutar de seus críticos, está no modelo *rule-plus-exception*, que conquanto seja uma tentativa de mitigar o excesso de discricionariedade judicial, peca não apenas por ser contrafactual, mas, principalmente por não servir a nenhum propósito específico no projeto político inerente à tradição do *common law*. Ademais, a preocupação com o excesso de poder dos julgadores pode ser garantida com outros elementos da obra raziana, o que torna o modelo *rule-plus-exception* prescindível tanto para a manutenção da coerência das principais ideias desse autor quanto para ganhar o debate com seus interlocutores.

3 ALGUMAS CRÍTICAS À TEORIA DE JOSEPH RAZ E SUAS RESPOSTAS

Nesta seção analisar-se-ão as críticas de três autores à teoria de Joseph Raz, que questionam a plausibilidade de suas conclusões. Tais autores foram escolhidos por fazerem críticas relevantes à compatibilidade de partes da obra de Joseph Raz que a tornariam incoerente. Este trabalho defende que tais críticas não levam em consideração a metodologia raziana ou seus objetivos, também denominada de tese da valoração moral indireta (DICKSON, 2001). Primeiramente, apresentam-se as alegações de Ronald Dworkin constantes no texto *Thirty years on*, segundo o qual o positivismo excludente usa de concepções de direito e autoridade artificiais, cujo único objetivo é manter o positivismo vivo a qualquer custo (DWORKIN, 2006). Tenta-se demonstrar que tais críticas são um tanto quanto exageradas ou fogem do ponto, tornando-as incapazes de trazer verdadeiros desafios.

Em seguida, enfrentam-se críticas de Gerald Postema (1999) em seu texto *Law's Autonomy and Public Practical Reason* apresentando a réplica de Raz, *Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reason: a Critical Comment* (RAZ, 2009), bem como as consequências desse debate. Nele, Postema alega que, ao defender a autonomia do raciocínio moral em relação ao raciocínio jurídico, Raz se compromete com uma teoria descritiva conceitual ao mesmo tempo em que apresenta caráter normativo em seu ponto de vista, o que produz confusão metodológica. Defende-se aqui que Postema não entendeu a essência da metodologia empregada por Raz, que leva a sua teoria a distinguir a natureza do direito da noção de concepção do direito.

Por fim, são trazidas as críticas ainda não respondidas da obra de Margaret Martin (MARTIN, 2014), segundo as quais a teoria da adjudicação de Raz modifica-se em relação à sua versão original, criando uma tensão com a ideia central raziana de que o direito fornece aos indivíduos razões para ação que substituem as razões individuais de primeira ordem. Para tanto, usa premissas do debate Raz/Postema, mas não trabalha adequadamente alguns dos conceitos resultantes, cometendo os mesmos erros de Postema quanto à metodologia.

Esta seção vislão não somente descrever os debates da teoria de Raz com outras visões acadêmicas, mas também, e principalmente, solidificar o entendimento de sua teoria como uma espécie de positivismo concomitantemente descritivo, como uma abordagem da prática jurídica descritiva, não idealizada, e normativo²⁸, no sentido de que considerações valorativas são fundamentais para a construção do direito em diversos casos concretos. Assim, a noção do direito não como algo convencional, mas sim como o resultado da decisão da autoridade, tem papel fundamental dentro da divisão de trabalho entre o ponto de vista interno e o externo.

3.1 As críticas de Ronald Dworkin

Antes de adentrar as críticas de Ronald Dworkin ao positivismo excludente, é importante realizar uma breve remissão ao que Brian Leiter chamou de debate Hart/Raz (LEITER, 2003, p. 18), no qual existe uma disputa sobre a existência de limites para o conteúdo da regra de reconhecimento positivista. Para Leiter, o debate começa quando Herbert Hart responde a Dworkin que não há nada na noção positivista de regra de reconhecimento que impeça testes de validade jurídica baseados no conteúdo das normas, podendo haver princípios, no sentido dworkiniano, implícitos nas normas legalmente válidas, de modo que a moral seja parte do direito (LEITER, 2003, p. 24)²⁹.

Leiter afirma que Hart, ainda que não intencionalmente, começa o debate com Raz ao levantar questões complexas relacionadas a temas até então subsidiários à noção de regra de reconhecimento (*rule of recognition*), notadamente qual conceito de autoridade será requisitado pelo direito e o que significa ser guiado por uma norma. Isso porque, segundo sua noção de regras secundárias, a *rule of recognition* seria uma regra social constituída por práticas convencionadas e recorrentes, sendo uma descrição dos

²⁸ Julie Dickson (2001, p. 67) afirma que a teoria raziana não é normativa no sentido de envolver uma avaliação moral direta no processo de separação e explicação das características importantes do direito. Porém, ela pode ser entendida como normativa em outro sentido, uma vez que envolve julgamentos valorativos sobre importantes e significantes características do direito a serem explicadas.

²⁹ Esse é o núcleo do posfácio de "*The concept of law*" e o início da divisão entre positivistas inclusivos e excludentes, em grande medida causada pela tentativa de Hart de responder às críticas contundentes de Dworkin à sua teoria. Leiter os denomina, respectivamente, *soft positivists* e *hard positivists*, termos que serão utilizados de maneira intercalada com inclusivos/includentes e exclusivos/excludentes.

conceitos ligados ao padrão de comportamento aceito pelos *officials* com base no ponto de vista interno.

A regra de reconhecimento de cada sociedade, portanto, seria constituída pela prática real de agentes públicos decidindo disputas sobre a validade de normas específicas. Sem embargo, ela deixa em aberto a seguinte questão: agentes apelam exclusivamente a fatos sociais sobre a origem de tais normas (*pedigree*) ou eles consideram também os méritos morais desses fatos ao valorar a sua juridicidade? (LEITER, 2003, p. 25).

O debate Hart/Raz, por conseguinte, tenta responder a essa questão por meio de uma disputa entre visões conflitantes do positivismo. De acordo com o "*Soft Positivism*" hartiano, o único impedimento para a regra de reconhecimento de cada sociedade advém de fatos a respeito da prática estabelecida ao decidir questões sobre a juridicidade da norma (se ela é parte do sistema jurídico ou não)³⁰. Já para o "*Hard Positivism*" raziano, existe um empecilho adicional ao conteúdo da regra de reconhecimento: a necessidade de que toda norma provenha de fontes sociais identificáveis e reivindique autoridade. É dizer, não basta apenas que a regra de reconhecimento provenha de fontes sociais, pois os critérios de identificação do direito que ela contém têm que ser também critérios amorais, de modo que todas as demais normas do sistema possam ser identificadas independentemente de seus méritos.

A grande questão é que para o positivismo excludente o apelo a fontes sociais é essencial ao conceito de direito (RAZ, 1994, p. 237), uma vez que ele depende de uma reivindicação inteligível de autoridade, mesmo que ela não se materialize na prática. Assim, um sistema jurídico só pode reivindicar autoridade se for possível identificar suas diretivas sem referência às razões subjacentes ("dependentes") a essa diretiva.

Para essa vertente do positivismo, por conseguinte, identificar se as razões para ação provêm da fonte adequada é um "pré-requisito" para a autoridade, pois o que distingue uma autoridade (prática) em primeiro lugar é o fato de que suas diretrizes sejam identificáveis antes da consideração dos motivos subjacentes (incluindo, por exemplo,

³⁰ Posicionamento teórico também conhecido como positivismo inclusivo. Como foi explicado na seção anterior, essa versão do positivismo defende que a moral pode fazer parte do que é o direito, sendo um componente a ser considerado por aqueles que venham a interpretá-lo. Nesse sentido, Will Waluchow, (2000, p. 76-81); Kenneth Himma, (2002, p. 151-153) e Matthew Kramer (2000, p. 83).

razões morais). As normas jurídicas, portanto, devem estabelecer de antemão o que se deve fazer e, ao fazê-lo realmente é mais provável que o indivíduo fará o que realmente deve fazer (LEITER, 2003, p. 25). Caso contrário, cai-se no fenômeno denominado de *double counting*: o destinatário da norma tem que raciocinar duas vezes sobre a mesma questão prática e, por consequência, a autoridade torna-se menos necessária ou até mesmo inútil, pois sua função essencial é apresentar aos indivíduos razões para ação previamente pensadas e prontas para o uso.

Quando o positivismo inclusivo torna a identificação do direito dependente de razões para ação que as autoridades devem substituir (notadamente razões morais), ele torna a regra de reconhecimento, a princípio, impossível de possuir autoridade, porquanto só a prática estabelecida ao decidir questões sobre a juridicidade da norma é empecilho ao conteúdo da regra de reconhecimento. Convém lembrar, mais uma vez, que, para Raz, só é possível possuir autoridade se o direito a reivindica e se o indivíduo é capaz de identificar as diretivas autoritativas sem precisar raciocinar sobre as razões envolvidas em seu conteúdo (*dependent reasons*), havendo uma substituição de razões para a ação individual pelas provenientes da autoridade (autoritativas) (LEITER, 2005, p. 363).

Frise-se que, para o positivismo excludente, o direito não é completamente convencionalista, isto é, não é uma prática cuja origem está em convenções sociais apenas. O direito é basicamente o produto da decisão da autoridade (RAZ, 2009, p. 107), apesar de convenções sociais moldarem tanto vínculos associativos da sociedade quanto a relação autoridade-indivíduo³¹.

Assim, o “*Hard Positivism*” é fortemente influenciado pela visão raziana de como deve funcionar a autoridade. Isso porque Raz traz para o conceito de direito do “*Hard Positivism*” não apenas a noção de uma reivindicação de autoridade, mas uma noção de reivindicação atrelada a um conceito muito particular de autoridade, segundo a qual uma diretiva autorizada executa um serviço para os sujeitos a ela (*service conception*), quer dizer, realiza o serviço de ajudá-los a cumprir com mais sucesso o que a “razão correta” exigiria. Assim, razões autoritativas devem ser necessariamente excludentes, no sentido de substituírem as demais razões para ação em sentido contrário.

³¹ Essa questão será mais bem explicada adiante ao entrar na divisão entre conceito de direito e natureza de direito formulada por Joseph Raz na resposta para Gerald Postema.

Posteriormente, esse ponto (substituição das razões pessoais pelas da autoridade) passa a ser central no debate, pois os adeptos do positivismo inclusivo passam a negar tal perspectiva, afirmando que autoridade não necessariamente demanda excluir todas as razões dependentes com as quais a autoridade formula suas diretivas (PERRY, 1987, p. 223).

Leiter se opõe ao posicionamento de que não há motivo para crer que autoridade é uma questão de tudo ou nada quanto às razões excludentes, pois a diretiva da autoridade fornece somente razões de segunda ordem para considerar as de primeira ordem com maior ou menor peso. Isto é, uma razão excludente é só um caso especial em que uma ou mais razões de primeira ordem são tratadas como se tivessem peso zero. Sua oposição se baseia no fato de o ponto central da autoridade ser que sua diretiva exclua todas as contrárias, a exemplo do precedente judicial que é superado. No *overruling*, a corte volta e enfrenta de forma diferente as razões dependentes na base da decisão anterior, não tratando essas razões mais como se elas fossem razões excludentes para decidir aquele caso da mesma maneira como havia sido decidido, ou seja, trata aquele precedente como não mais autoritativo (LEITER, 2005, p. 365).

Não há, pois, uma comparação de peso entre razões antigas e novas, mas sim uma verificação de que novas diretivas da autoridade substituem as anteriores, excluindo-as da mesma forma que outras razões contrárias. A ideia central por trás da análise raziana do conceito de autoridade é que o elemento distintivo da autoridade não é exatamente seus pronunciamentos serem levados a sério, mas serem tão seriamente considerados que sejam capazes de excluir considerações futuras sobre o tema (LEITER, 2005, p. 366).

A partir dessa contextualização sobre o debate intrínseco ao positivismo jurídico contemporâneo, é possível trazer quatro questões levantadas por Ronald Dworkin sobre a noção de autoridade legítima do positivismo excludente, feitas no artigo *Thirty years on* (DWORKIN, 2006, p. 198-216). Vale lembrar que esse debate é uma continuação do debate Hart/Dworkin.

A primeira crítica se refere à afirmativa de Dworkin de que a teoria raziana efetua uma personificação do direito ao alegar que todo sistema jurídico reivindica autoridade legítima. A interpretação dessa personificação pode levar ao entendimento de que

nenhuma proposição jurídica será verdadeira se não for o exercício de autoridade legítima³². Ademais, para Dworkin, a moral é necessária nessa identificação, em oposição ao que é defendido por Raz, já que para a teoria dworkiniana o exercício da autoridade não é legítimo caso não estejam presentes as condições morais ou normativas necessárias para que diretrizes sejam autoritativas (DWORKIN, 2006, p. 199).

Essa crítica, porém, é equivocada de acordo com o entendimento ora defendido. Primeiro porque Raz não acredita que nenhuma proposição é verdadeira a menos que constitua um exercício de autoridade legítima, já que uma proposição pode ser jurídica mesmo que carente de autoridade legítima: só precisa ser originada da fonte com autoridade para tanto. Isso é uma possibilidade quando o comando provém de uma autoridade *de fato* desprovida de legitimidade, mas que tem a capacidade de produzir diretivas a serem obedecidas pelos indivíduos de uma sociedade (RAZ, 1994, p. 216). Além disso, mesmo que a autoridade moral não seja justificada (ou só às vezes seja), o direito vai tratar seus subordinados – entendidos como situados dentro de sua jurisdição – como se ela fosse moralmente justificada (DICKSON, 2001, p.61).

Como já dito, a autoridade *de fato* pode ou não ser legítima, o que significa que ela tem a capacidade de gerar razões para a ação independentemente de serem justificadas. Para que uma autoridade seja legítima, ela tem que ter capacidade de ser autoritativa e, por isso, tem que ser uma autoridade *de fato*. O contrário, porém, não é verdadeiro, pois uma autoridade *de fato* pode existir ainda que não seja legítima (RAZ, 1994, p. 215). Ademais, a versão raziana de tese das fontes não é empírica, mas conceitual, não podendo ser considerada verdadeira ou falsa (LEITER, 2003, p. 26), pois está fora de suas pretensões a mensuração da legitimação (trabalho para outras áreas de pesquisa, como a ciência política). Como conceito, enquadra-se na metodologia de valoração indireta adotada por Raz, segundo a qual as características inerentes a qualquer sistema jurídico devem ser destacadas e explicadas pelo teórico com base na prática, no intuito de ajudar cada sociedade a entender a si mesma, sem precisar classificar tais características como boas ou ruins (DICKSON, 2001, p. 59).

³² Esse argumento aparece originalmente de Kenneth Himma (HIMMA, 2000, p. 271-310).

Em segundo lugar, quanto à questão da personificação, Raz afirma que as diretivas autoritativas vinculam pelo de fato de terem sido promulgadas pela autoridade. Um princípio jurídico, por exemplo, não pode ser vinculante somente por remeter-se a argumentos abstratos, pois necessariamente precisa derivar de ações humanas ou institucionais. Para tanto, alguém deve formular as diretivas para que as mesmas possam ser obedecidas, pois uma vez estabelecidas como direito pela autoridade, todo o conteúdo, implícita ou explicitamente, passa a prever o que deve ser obedecido (RAZ, 1994 p.307).

Dessa forma, não é possível falar de coerência do direito como se se tratasse de um único indivíduo que deve ser coerente com aquilo que já afirmou. Embora Raz defenda a coerência como importante para o sistema jurídico até certo ponto, é preciso levar em consideração que diferentes instituições, em diferentes períodos, formulam o direito, tendo objetivos diversos, quando não conflitantes. Suas implicações são numerosas, diversas e relativamente incoerentes. Não existe um espírito da lei, mas diferentes espíritos para diferentes normas e corpos normativos³³ (RAZ, 1994, p.307).

Raz acredita que, por exemplo, elaborar as implicações do direito com base num pressuposto de que todo o ordenamento foi promulgado com base em um grupo de princípios é ser falso com o espírito dos entes que têm autoridade jurídica e não podem ser justificados como obrigação de obediência à sua autoridade (RAZ, 1994, p. 307).

A segunda crítica provém do argumento, aduzido por Dworkin, de que Raz está equivocado ao afirmar que algo apenas será direito caso dotado de autoridade legítima. Esse argumento se baseia na suposição de que, embora algumas normas sejam possuidoras de autoridade legítima, isso não quer dizer que todas são. Dworkin dá o exemplo de suposições contrafactuais de legisladores que acreditam serem capazes de criar uma norma que interrompa o fluxo e refluxo das marés e que tal norma não seria capaz de gerar nenhum tipo de obrigação moral. Ademais, ainda que todas as autoridades acreditem que o direito deve ser capaz de impor autoridade moral, pode

³³ Em nossa leitura da teoria raziana, cabe aos indivíduos que atuam dentro do sistema jurídico se pautarem pela coerência e buscar a sua implementação, desde que isso faça parte do projeto político implícito àquele sistema (como no projeto político do *common law*).

haver simplesmente um equívoco em relação ao conceito que utilizam (DWORKIN, 2006, p. 201).

Nesse âmbito, Dworkin defende que o próprio conceito de autoridade pode não ser compreendido da mesma maneira por pessoas diferentes, sendo excêntrica a concepção de autoridade defendida por Raz. Por fim, mesmo que a concepção raziana adotada esteja correta, isso não significa que foi a concepção adotada pelos juristas (DWORKIN, 2006, p. 202).

Contra essa crítica é possível argumentar que o direito reivindica autoridade legítima, mas nem sempre consegue alcançá-la (RAZ, 1994, p. 215). Disso decorre o fato de diversas normas provirem de autoridades incapazes de se legitimarem, sendo incapazes de responderem objetivamente questões práticas formuladas pela coletividade (LEITER, 2003, p. 26), porquanto a norma pode ser parte do ordenamento sem ser legítima acaso tenha se originado de uma autoridade ilegítima.

Uma questão que vem à tona, diante dessa postura do positivismo excludente, é como o cidadão e os agentes públicos devem agir diante da falta de autoridade de normas legalmente válidas, mas radicalmente injustas? (FINNIS, 2000, p. 1.611). Apesar de essa não ser uma questão totalmente adequada sobre o positivismo excludente (GARDNER, 2000, p. 225) – cujo principal objetivo é descrever uma teoria válida por suas fontes, não por seus méritos –, é possível enxergar uma saída no positivismo normativo, cuja principal preocupação é prescrever para o positivismo uma teoria político-moral) (WALDRON, 2001, p. 411).

No caso de Raz, a resposta está na relação entre legitimidade e autoridade justificada. Indivíduos tendem a seguir autoridades e, portanto, ao decidir fazer parte de uma coletividade, e serem aceito como membros, eles se conectam não só com os vínculos associativos inerentes àquela comunidade, mas também com as práticas políticas preexistentes. Raz se baseia no pressuposto conceitual de que todo ordenamento jurídico válido tem no mínimo autoridade *de fato* e reivindica autoridade legítima³⁴ (RAZ, 1996, p. 215).

³⁴ Como já dito, o que diferencia uma autoridade de fato daqueles que detêm o poder só pelo uso da força é a necessidade de pautar a obediência na normatividade. É nítida a influência na divisão hartiana entre “ser obrigado” e “ter uma obrigação” (HART, 1994, cap. 5), já que embora nem sempre seja possível a autoridade conseguir ser aceita como legítima, e com isso eivar de autoridade as suas

Assim, sua associação ao grupo não se confunde com seu vínculo com a autoridade que comanda o grupo, sendo a primeira formada por vínculos semivoluntários (RAZ, 1999, p. 174), e a segunda pautada por uma análise constante de aspectos instrumentais e não instrumentais, materializados na noção de serviço (RAZ, 2009, p. 104). O direito consiste em normas e doutrinas fixadas pela autoridade, mas a continuidade da obediência ao direito deriva da legitimidade obtida pela autoridade que emite essas diretivas.

Ser considerada legítima não é uma característica inerente, mas algo a ser ganho ou perdido dependendo da sua capacidade de se legitimar, ou seja, justificar a própria condição de autoridade por meio da materialização de atitudes objetivamente corretas. O que diferencia as autoridades de fato daqueles que tem meramente "poder nu" (exercido por meio da força ou violência) é a reivindicação de autoridade (RAZ, 2009, p. 128). Quanto mais assentadas suas ações na justificação autoritativa, maiores as chances de serem obedecidas pelo bojo da sociedade, ainda que não existam razões absolutas que possam substituir as razões individuais em qualquer situação. É nesse sentido que as diretivas reivindicam autoridade legítima: tentam demonstrar que a autoridade merece continuar a ser tida como capaz de coordenar o grupo por meio da substituição de razões para ação (RAZ, 2009, p. 217).

O direito é uma estrutura complexa de autoridade, porquanto é o resultado da decisão de várias autoridades – tanto no tempo como na hierarquia estatal –, estabelecidas por regras de reconhecimento fixadas por outras autoridades. Seu valor social depende, em grande medida, dessa complexidade, assim como do fato de a identidade da autoridade jurídica ser de conhecimento público e sua legitimidade ser conhecida de forma geral. Ademais, Raz afirma categoricamente que essa legitimidade depende em parte da sua eficiência (RAZ, 2009, p. 115), mas ainda há um espaço para a valoração pessoal, pois o simples fato de a eficiência ser objetiva não implica que o indivíduo seja moralmente obrigado a aceitar a autoridade como legítima.

A terceira crítica está na sua identificação de problemas na relação entre autoridade e legitimidade na teoria raziana, pois acredita que não seja possível que uma

diretivas, suas atitudes reiteradas demonstram a intenção de justificá-las por meio do recurso a normatividade.

autoridade seja vista como legítima sem que ela obedeça a considerações morais. Para Dworkin, caso se aceite a afirmação defendida por Raz de que o direito deve ser necessariamente capaz de autoridade legítima e se acredite que essa legitimidade não é possível caso o direito seja mau, a conclusão lógica é que o direito não pode ser intrinsecamente mau, o que implica o positivismo como uma teoria necessariamente equivocada (DWORKIN, 2006, p. 205).

Nesse aspecto, Dworkin precipita-se, pois dá pouca atenção à teoria desenvolvida por Raz, especialmente ao fato de não negar a importância de considerações morais na tomada de decisão pelas autoridades. Conforme Raz, o direito deve ser identificado por meio de um raciocínio de natureza fatural, que busca identificar os fatos sociais relevantes para sua produção. Esse raciocínio de identificação do direito não esgota o que Raz denomina de “raciocínio jurídico”. Em vez disso, o raciocínio jurídico pretende estabelecer o conteúdo de *standards* autoritativos (estabelecidos pelas autoridades), além de complementá-los e até modificá-los com base em considerações morais³⁵ (RAZ, 2009, p. 115-116).

Para tanto, o raciocínio jurídico precisa da interpretação, pois ela é uma atividade que combina reprodução e criatividade, com o juiz simultaneamente criando um direito novo e reproduzindo o anterior. O papel do intérprete é atuar em um contexto de interrelações entre duas visões conflitantes a respeito da função jurisdicional: de um lado, a negação niilista de que seja possível controlar a discricionariedade judicial; de outro lado, a visão de que existe uma teoria geral, familiar aos juízes, que os guia a um todo coerente e racional com base nos diversos elementos do direito (associada a Raz e Dworkin) (RAZ, 2009, p. 117).

³⁵ Segundo John Gardner “Those who have come to be known as ‘soft’ or ‘inclusive’ legal positivists allow that in some legal systems norms may be legally valid in virtue of their merits (e.g. their reasonableness), but only if other legally valid norms happen to pick out those merits as relevant to legal validity. Others, known correspondingly as ‘hard’ or ‘exclusive’ legal positivists, deny this. They hold that a law which declares that (say) all and only reasonable laws shall be valid does not legally validate any further norms, in spite of appearances. Rather, it delegates to some official (say, a judge) the task of validating further norms himself or herself by declaring them reasonable. On this ‘hard legal positivist’ view, the validity of the further laws in question comes not of their reasonableness (their merit) but rather of the fact that some relevant agent declared them reasonable (their source)” (GARDNER, 2001, p. 201).

Por fim, é importante esclarecer que, conquanto não compartilhem a visão de Dworkin a respeito da natureza do direito, é possível apontar a semelhança entre Raz e Dworkin quanto à objetividade da moral. Conquanto negue a possibilidade de uma teoria moral operacional universalmente aplicável – nos moldes kantianos, utilitaristas ou rawlsianos –, Raz afirma que o subjetivismo moral também está equivocado, na medida em que negar a teoria operacional não torna verdadeiro seu oposto. A teoria subjetiva também está errada por relativizar a moral de modo que se tornaria impossível avaliar a moral (RAZ, 2009, p. 119).

A quarta e última crítica formulada por Dworkin se refere à suposição de que a teoria da autoridade desenvolvida por Raz pressupõe um grau de deferência às autoridades jurídicas não observada nas democracias modernas (DWORKIN, 2006, p. 210). Na visão de Dworkin, a teoria positivista excludente pressupõe o indivíduo aceitando as razões da autoridade como substitutivas de suas próprias, o que exigiria um elevado grau de respeito a essa autoridade, algo que é de certo modo contra factual.

Ademais, o conceito de autoridade pressuporia a impossibilidade de identificar uma autoridade caso seja necessário recorrer a considerações morais para que se decida se as ordens por ela emanadas devem ser obedecidas (DWORKIN, 2006, p. 211). Em sentido contrário, Dworkin acredita que não há nada no conceito ordinário de autoridade que faça com que uma regra ou princípio incorporando um critério moral não seja dotado de autoridade, de modo que certas normas podem possuir referências a conceitos abertos que são passíveis de análises morais em sua aplicação, como acontece, por exemplo, com o termo “razoável” (DWORKIN, 2006, p. 212-213).

Para refutar essa visão, faz-se necessário recapitular a noção de concepção de autoridade como serviço. Segundo Raz, a “concepção de autoridade como serviço” estabelece que, para a justificação moral da autoridade, devem ser cumpridas duas condições: primeira, demonstrar que ao seguir a diretiva da autoridade o sujeito está em melhores condições de agir conforme as razões dependentes que se aplicam a ele do que estaria se guiasse sua ação por um exame direto das razões de primeiro nível (tese da justificação normal); segunda, verificar que os assuntos em relação aos quais a primeira condição é cumprida sejam tais que, em relação a eles, é melhor se conformar com a razão da autoridade do que decidir por si mesmo (condição de independência)

(RAZ, 2009, p. 136). Nesse sentido, a autoridade tem um papel específico que pode e será avaliado constantemente.

Ao postular que as autoridades são legítimas apenas se suas diretivas permitirem que seus assuntos se adaptem melhor ao motivo, é possível ver a autoridade pelo que ela é: não uma negação da capacidade racional das pessoas, mas simplesmente um dispositivo, um método de determinar o que deve ser feito diante de um problema cotidiano. Por meio do seu uso do conceito de autoridade, as pessoas podem alcançar o objetivo (*telos*) de sua capacidade de ação racional, ainda que não por meio de seu uso direto (RAZ, 2009, p. 140), significando que elas autonomamente escolhem aqueles que vão escolher o melhor caminho por elas.

Essa maneira de entender as coisas é reforçada pelo fato de que seguindo a autoridade, assim como seguindo um conselho, a capacidade de alguém tomar suas decisões é preservada, pois é o julgamento individual que faz com que seja possível reconhecer a autoridade do outro, assim como direcionar um indivíduo a manter suas promessas e seguir conselhos (RAZ, 2009, p. 141).

A força preventiva da autoridade é parte integrante da sua natureza. Não é plausível ser bem-sucedido como autoridade – no sentido de conseguir melhorar a conformidade individual com o motivo compartilhado pela sociedade – se a autoridade legítima não antecipa esses motivos. A função das autoridades é melhorar a conformidade dos motivos de fundo (valores compartilhados pela autoridade, indivíduo e coletividade), fazendo cada um tentar seguir suas instruções, e não os motivos de fundo diretamente. As autoridades não podem fazê-lo sem, pelo menos, a possibilidade de que suas diretrizes às vezes levem a agir de forma diferente do que cada um teria feito sem elas (RAZ, 2009, p. 141).

Em si, enquanto a preempção de razões exige que as diretrizes da autoridade sejam capazes de mudar o que se deve fazer, ela não especifica de que maneira elas afetam o que se tem mais motivos para fazer. A tese de preempção explica a noção de que as autoridades podem funcionar da maneira descrita porque seus decretos são o produto de decisões de agentes que se estabelecem para determinar o que se deve fazer e direcionar o indivíduo. Seus emissores se constituem em autoridades legítimas se, ao fazê-lo, de fato alcançarem o resultado de se conformar melhor com a razão pretendida,

respeitando as razões pessoais que existem para que se possam determinar as ações por meio do julgamento pessoal (RAZ, 2009, p. 142).

A tese de justificação normal é, portanto, baseada em um contraste entre como se agiria se não fosse afetado pela autoridade em comparação com a forma como se agiria ao tentar seguir a autoridade. Raz reconhece que isso é ambíguo, pois significa refletir como cada um agiu quando não influenciado por qualquer autoridade ou como cada um agiria quando se não tentasse seguir essa autoridade específica. Entretanto, esse questionamento permite concluir que existe a possibilidade de se estar sujeito a várias autoridades ao mesmo tempo e com relação ao mesmo assunto (RAZ, 2009, p. 143), o que torna vazias as críticas de Dworkin sobre uma suposta personificação não condizente com a democracia moderna. Como se apresentará a seguir, mesmo em um estado democrático de direito existem reivindicações morais de autoridade que tentam constantemente se sobrepor uma às outras e cabe a cada ordenamento impedir sua sobreposição.

Por fim, é fundamental entender a diferença de metodologia presente nas obras de Dworkin e Raz para contextualizar a natureza dessas críticas. Pretende-se destacar a filiação da obra raziana à filosofia do direito analítica, da mesma forma que a dificuldade de enquadrar a obra dworkiniana nessa linha filosófica. Como já dito, uma teoria só é adequadamente explicativa – capaz de explicar o direito aos olhos do ponto de vista interno dos participantes do fenômeno jurídico – quando isola e explica importantes características do direito e faz isso em formas que expressem aquilo que os submetidos ao direito entendam como importante a respeito dele, incluído o *status* moral que lhe atribuem³⁶. É nesse sentido que as valorações morais adotadas por Raz são indiretas, já que basta ao teórico definir se elas são importantes para que demonstre a necessidade da sua explicação e cumpra sua função conforme os objetivos estabelecidos pela teoria do direito analítica (DICKSON, 2001, p. 59).

Essa metodologia não é descritiva em um sentido banal, como afirmou Dickson, porquanto não se satisfaz simplesmente em descrever um fenômeno sem imprimir qualquer tipo de avaliação, mas realiza uma valoração que não prescinde de um

³⁶ Seção 2, página 22.

engajamento moral quanto a um suposto ponto de vista do direito, como nos modelos de Dworkin e Finnis. Esse método é o mesmo utilizado por Hart (análise conceitual) e pode ter seu sucesso medido pela capacidade de descrever as características inerentes a todo sistema jurídico à luz das práticas presentes em sociedades específicas, exatamente por meio do entendimento sobre como valorizam suas próprias práticas jurídicas. Nesse sentido, não é normativa pois a teoria da valoração indireta não requer que os teóricos do direito avaliem moralmente ou mesmo justifiquem moralmente o direito (DICKSON, 2001, p. 32).

Pode parecer que existe uma incoerência profunda na obra de Raz, uma vez que ele defende a importância de uma justificação para que a autoridade possa ser considerada legítima e, portanto, obedecida (RAZ, 1994, p. 215). Todavia, é importante entender que essa justificação moral ocorre no âmbito subjetivo, ainda que a moralidade seja entendida como objetiva. A leitura deste trabalho é a de que na obra de Raz o indivíduo deve avaliar moralmente se a diretiva e a autoridade cumprem seu papel – daí a natureza individualizada da tese da justificação normal –, não cabendo ao teórico ou mesmo ao cidadão comum a busca de uma função do direito. Não há um ponto do direito a ser buscado, mas um ponto individual sobre o direito a ser construído, muito embora o ponto pessoal seja fortemente influenciado por valores e práticas inerentes à comunidade de que se optou por participar. Daí a natureza indireta da avaliação.

Dessa forma, é difícil enquadrar Dworkin na teoria do direito analítica, porquanto sua visão do direito o vincula à ideia que esse senso de universalidade proposto pela teoria do direito analítica não é possível (DICKSON, 2001, p. 22). Embora Dworkin trate em sua teoria da melhor forma na qual boa parte da teoria jurídica contemporânea concordaria como sendo a melhor – sociedades liberais democráticas comprometidas com direitos individuais, equidade e devido processo legal –, sua visão é contingente a esse contexto, estando seu modelo preso a esse paradigma. Assim, é difícil conciliar o modelo dworkiano de valoração direta com a necessidade de características universais da teoria jurídica analítica, já que ao estabelecer o ponto/função do direito como parâmetro, há uma vinculação necessária a ele, não sendo possível falar em uma distinção qualitativa entre questões abstratas sobre a natureza do direito e outras que envolvam sua aplicação em sistemas jurídicos específicos (DICKSON, 2001, p. 23).

3.2 As críticas de Gerald Postema

Em seu artigo “*Law’s Autonomy and Public Practical Reason*”, Gerald Postema (1999, p. 80) avalia aquilo que denominou Tese da Autonomia (*Autonomy Thesis*), que consiste na noção de que o raciocínio jurídico é autônomo em relação ao raciocínio moral e político. Essa autonomia se deve ao fato de existência, conteúdo e força prática das normas das quais o raciocínio provém serem determinados por critérios que não fazem referência a considerações de moralidade política, o que permite o exercício do raciocínio jurídico sem se ater a essas questões.

Postema afirma que a Tese da Autonomia visa ser uma tese descritiva, apresentando a natureza da prática jurídica objetivamente encontrada, e não a que se deseja encontrar. Contudo, certos teóricos defensores da Tese da Autonomia, como Raz, Finnis e, até mesmo, Bentham, apresentam uma dimensão normativa em suas considerações, pois acreditam na prática jurídica como inevitavelmente vinculada a considerações valorativas ou normativas. O objetivo da teoria é, por conseguinte, iluminar as práticas e mostrar porque elas são importantes (POSTEMA, 1999, p. 81).

Apesar de certa semelhança, a Tese da Autonomia não se confunde com a Tese da Separabilidade nem com o positivismo jurídico. Isso porque: 1) a Tese da Autonomia, embora defenda a existência de algum tipo de separação entre o direito e a moralidade política, permanece cética em relação à hipótese de obrigações jurídicas gerarem obrigações morais; 2) a Tese da Separabilidade defende uma separação mais estrita entre direito e moral, implicando o positivismo negativo, tese que nega a moralidade como sendo necessariamente uma condição da juridicidade³⁷ (POSTEMA, 1999, p. 81).

A partir daí Postema define o núcleo da Tese da Autonomia como composto por três subteses: a tese do domínio limitado (*limited domain thesis*)³⁸, a tese da preempção (*preemption thesis*) e a tese das fontes (*sources thesis*). Para a tese do domínio limitado, o direito estabelece um domínio limitado de razões práticas ou normas para ação, para

³⁷ Para Jules Coleman, positivismo negativo é a forma conceitual de positivismo jurídico na qual se defende a regra última de reconhecimento como limitada pela tese da separabilidade. Nesse sentido, o sistema jurídico não precisaria reconhecer como direito padrões morais controversos por meio da regra última de reconhecimento. Vale lembrar que Coleman (1982, p. 142-143) acredita que tal perspectiva de positivismo é inadequada.

³⁸ A teoria do *limited domain thesis* é muito bem explicada por Frederick Schauer (2004, p.1.914-1.918).

ser usado tanto por agentes públicos quanto por cidadãos em geral. Já para a tese da preempção, as razões no domínio limitado do direito operam no raciocínio jurídico como razões preemptivas para ação, sendo razões que substituem as razões pessoais por novas razões para ação. Por fim, para a tese das fontes, uma sociedade tem seus critérios exclusivamente definidos por formas não valorativas com base em fontes de fatos sociais, encontrando-se em um domínio limitado do direito. Desse modo, a existência e o conteúdo das normas podem ser identificados sem recurso a argumentos morais ou valorativos (POSTEMA, 1999, p. 82).

Postema interpreta a Tese da Autonomia como uma busca explicativa sobre a relação entre as considerações morais e jurídicas no raciocínio prático dos agentes públicos e dos cidadãos em geral. Ao pretender pautar o comportamento social, o sistema jurídico fornece razões para ação, com o intuito de que os indivíduos adotem certos comportamentos e não outros. Essas razões não pretendem somente influenciar a deliberação, mas também tentam fornecer diferentes graus de legitimação a ações que estão de acordo com essas mesmas razões (POSTEMA, 1999, p. 82-83).

A grande questão é que, para a Tese da Autonomia, o direito acrescenta novas razões para ação ao conjunto de considerações práticas já disponíveis para aqueles que consideram essas razões vindas de uma fonte adequada, além de produzir um domínio especial de razões e normas claramente jurídicas. Desse modo, o domínio especial limitado das normas e razões jurídicas passa a ter posição de destaque com a Tese da Autonomia, tornando-se a expressão do que foi intitulado como tese do domínio limitado (POSTEMA, 1999, p.83).

Inexistindo valoração para sua identificação (já que é necessária só uma remissão às fontes sociais), a natureza da norma jurídica faz com que ela possua um caráter opaco³⁹, pois sua juridicidade é resultado de sua origem somada ao reconhecimento convencional por meio da regra de reconhecimento. Mesmo que motivos extralegais sejam fatores determinantes para a consideração dela como parte do sistema

³⁹ A noção de opacidade é de Frederick Schauer e é explicada no livro *Playing by the rules* (SCHAUER, 1991, p. 158-162), segundo a qual pelo fato das normas terem uma justificação independente do seu conteúdo, isso torna seu conteúdo necessariamente opaco e sendo, portanto, mecanismos importantes de alocação de poder.

jurídico, seu *status* e força se modificam ao se tornarem uma norma jurídica, havendo uma referência necessária à fonte, e não aos méritos (POSTEMA, 1999, p. 86-87).

Todavia, isso não significa que os aplicadores do direito não façam uso de considerações extrajurídicas para decidir os casos. Apesar de alguns defensores da Tese da Autonomia concluírem que o raciocínio jurídico (*legal reasoning*) é uma forma especializada e técnica de prática deliberativa e justificatória, Postema nega que, para a Tese da Autonomia, o raciocínio judicial (*judicial reasoning*) se comprometa com qualquer forma de modelo de pensamento formalista estrito no qual o direito fornece um algoritmo para decidir qualquer disputa no âmbito prático de forma totalmente certa e determinada. Ao atuarem como criadores, e não como aplicadores e executores do direito, os juízes demonstram a autonomia do raciocínio jurídico, mas não do raciocínio judicial. Surge, então, o problema: como o *raciocínio jurídico* pode permanecer autônomo se o *raciocínio judicial*⁴⁰ não possui autonomia? (POSTEMA, 1999, p. 88).

A resposta está no fato de a Tese da Autonomia ser um modelo que promove a mediação no direito, quer dizer, as principais estruturas do direito têm a função de realizar uma mediação entre as razões que os cidadãos em geral (e os agentes públicos em particular) possuem para agir, juntamente com as ações e decisões desses indivíduos no contexto público social. Esse processo ocorre por meio de duas estratégias: A) o afastamento de considerações morais do raciocínio prático; B) o isolamento do raciocínio prático das razões práticas externas ao âmbito do direito (valores, crenças, princípios), mesmo que essas razões justificatórias (POSTEMA, 1999, p. 89).

Para Postema, porém, essa abordagem tem que considerar que uma vida decente em sociedade e a busca por objetivos pessoais ou comuns dependem de formas complexas de cooperação e coordenação social. Pelo fato de essa cooperação e coordenação social não serem espontâneas entre os seres humanos nem garantidas pela racionalidade, julgamento moral ou boa vontade, há um problema, pois interesses humanos entram em conflito, induzindo à não cooperação (POSTEMA, 1999, p. 89).

⁴⁰ Para o positivismo de Raz, segundo Postema, a diferença entre raciocínio jurídico e raciocínio judicial (*legal reasoning/judicial reasoning*) está no fato do primeiro ser o raciocínio a respeito do direito, enquanto o segundo, o raciocínio efetuado pelos juízes na interpretação. O judicial pode ir além dos domínios do direito, e o jurídico está preso ao ordenamento, isolado de justificações político-morais (POSTEMA, 1999, p. 88).

Ademais, pelo fato de as sociedades terem se tornado cada vez mais pluralistas, ocorre uma potencialização de conflitos em relação a pontos de vista morais, pois nenhuma visão moral é capaz de fornecer um conjunto de princípios suficientemente ricos e estáveis para promover a interação social. Assim, a Tese da Autonomia tem a função de introduzir o direito nesse contexto social complexo, buscando efetuar a coordenação e a cooperação social necessárias para o direito (POSTEMA, 1999, p. 91).

Descrevendo a teoria de Raz para a existência de problemas gerados em uma sociedade pluralista em relação a pontos de vista morais, Postema aponta a visão de normas advindas de fontes identificáveis como uma tentativa de eliminar a geração de incertezas, controvérsias morais. Mas o objetivo de introduzir essa visão sobre direito não é assegurar a certeza, mas a finalidade das decisões, de modo que o direito busque tornar verificáveis questões controvertidas por meio da vinculação à autoridade, mesmo que o juiz esteja errado, sem recorrer a seus méritos morais (POSTEMA, 1999, p. 93).

Postema, então, introduz sua primeira grande crítica ao afirmar que como alguns defensores da Tese da Autonomia admitem que os juízes no exercício jurisdicional não precisam se ater a argumentos somente jurídicos, as teses da preemptividade e das fontes não podem ser tratadas com seriedade. Assim, na medida em que a Tese da Autonomia busca se aproximar do que ocorre na prática jurídica, afasta-se de seus próprios pressupostos (POSTEMA, 1999, p. 94-95). Essa colocação será enfrentada por Raz posteriormente com o modelo *rule-plus-exception*, porém contendo incorreções em relação às necessidades do *common law*, já que em sistemas com um Parlamento soberano capaz de fornecer a última palavra a respeito de temas morais controvertidos, o excesso de discricionariedade judicial dificilmente chega a ser um problema real.

O problema apontado por Postema em relação à Tese da Autonomia, ou mais especificamente em relação à tese das fontes nela pressuposta, é a incerteza da mútua identificação das regras que supostamente governam a interação social dentro da sociedade. Quando os tribunais estabelecem um novo precedente devem assumir que este busca, ao menos em parte, estabelecer-se com base em um argumento moral justificatório sobre a decisão da corte. Ao reconstruir esse argumento para aplicá-lo como precedente vinculante, o intérprete reconstrói o raciocínio judicial e também se engaja em raciocínios da mesma natureza. Assim, segundo Postema, a tese das fontes falha ao

analisar fatos corriqueiros da prática jurídica, pois não se encaixa em fatos estabelecidos da prática (POSTEMA, 1999, p. 97).

Ademais, Postema crê que a tese da preempção apresenta problemas em relação à prática jurídica, uma vez que, quando tribunais decidem com base em considerações morais, o direito falha ao fornecer razões preemptivas. Então, caso argumentasse que a tese da preempção se aplica somente aos cidadãos em geral, e não aos agentes públicos (*officials*), seria necessária a apresentação de um argumento de natureza normativa capaz de demonstrar tal restrição, o que não ocorre em nenhum momento (POSTEMA, 1999, p. 99).

O entendimento individual sobre o conteúdo do direito e a forma como deve ser aplicado está vinculado à crença na forma pela qual os agentes públicos (*officials*) compreendem as normas e as aplicam, somada à percepção do papel do direito na deliberação realizada por essas autoridades. Mais do que isso, deve-se assumir que os cidadãos buscam fazer com que seu comportamento esteja de acordo com o direito. Caso contrário, a força preemptiva torna-se irrelevante, pois, para Postema, os cidadãos tentam agir com base no desejo de coordenar as próprias ações com a dos demais indivíduos assim como com as demandas autoritativas das instituições que aplicam o direito.

Assim, não é do interesse desses indivíduos verificar depois da decisão judicial que, embora suas ações estejam em conformidade com o direito prévio, estando também em conformidade com argumentos morais, são piores do que poderiam ter sido do ponto de vista jurídico e que por isso seu oponente irá ganhar a pretensão jurisdicional. Para Postema, caso as autoridades não se comprometam com a tese da preempção, elas gradualmente perderão a força em relação aos cidadãos, pois eles não possuirão motivos para acreditar que a melhor escolha será seguir o que foi estabelecido pelo direito (POSTEMA, 1999, p. 100).

Dessa forma, conclui-se que, na possibilidade de o direito possuir de fato a função mediadora entre razões dos indivíduos e das autoridades, a tese da preempção deve ser igualmente aplicável aos agentes públicos e aos cidadãos em geral (POSTEMA, 1999, p. 101). Para concluir, Postema afirma que, diferentemente do que é defendido

pela Tese da Autonomia, o raciocínio jurídico realizado em sua forma pública e notoriamente conhecido é inseparável do raciocínio moral (POSTEMA, 1999, p. 103-104).

A última crítica de Postema se refere à estratégia adotada pela Tese da Autonomia, segundo a qual existe uma dependência entre a noção legitimidade e a noção de direito, mas que esse ao ser concebido em um modelo de isolamento não consegue alcançar tal legitimidade. A estratégia prevista na Teoria da Autonomia é apenas capaz de obter sucesso caso os indivíduos possuam razões adequadas para tratar as normas jurídicas como preemptivas e esperem que a maioria dos demais indivíduos também atue de tal forma. É essa aceitação advinda de razões adequadas compartilhadas de forma coordenada que Postema entende por legitimidade (POSTEMA, 1999, p. 104).

O argumento em conformidade com a tese da preemptividade que poderia ser usado para que os indivíduos comuns prefiram as razões da autoridade às suas próprias seria a neutralidade, mas esse motivo é claramente falso. Aqueles que criam a norma do ordenamento jurídico não estão em uma posição de neutralidade diante dos conflitos morais existentes na sociedade, o que faz com que o direito produzido por eles não seja neutro (POSTEMA, 1999, p. 107).

Assim, para Postema, a Tese da Autonomia torna o direito inerte diante das discussões no que diz respeito à sua concepção de legitimidade no momento que o isola de considerações morais e valorativas. Embora alguns de seus defensores possam argumentar que essa visão é somente incompleta (mas não totalmente equivocada), com a possibilidade de complementação por uma teoria da decisão, Postema refuta esse argumento, propondo que uma teoria sobre o que é o direito deve conter uma explicação de como as normas jurídicas atuam diante do raciocínio prático daqueles que por elas são governados. Postema acrescenta que, conquanto à Tese da Autonomia fosse adicionada uma teoria adjudicatória, aquela não conseguiria resistir à complementação, tornando-se incompatível⁴¹ (POSTEMA, 1999, p. 110-111).

⁴¹ Aqui fica claro que Postema ignora a metodologia da avaliação indireta empregada por Raz e as consequências da separação entre os aspectos descritivos e prescritivos de sua teoria. Raz pretende estabelecer as características universais encontradas em todos os sistemas jurídicos (o que é o direito), a partir da forma como a coletividade enxerga a si mesma e com base nesses conceitos a ajudar a comunidade a entender suas próprias práticas e como o ordenamento ideal dessa comunidade deve ser construído (como deve ser o direito).

Por fim, Postema acredita que Dworkin está muito mais próximo de uma teoria que consiga explicar de forma adequada o fenômeno jurídico, pois aceita na sua teoria sobre a normatividade do direito diversos tipos de argumentos, inclusive argumentos de natureza moral – tanto como parte componente do sistema quanto na própria prática jurídica –, o que torna sua teoria bem mais adequada do que a apresentada na Tese da Dependência (POSTEMA, 1999, p.112).

3.2.1 A resposta de Raz

Após as críticas apresentadas por Postema, Joseph Raz (2009, p. 373) apresentou uma resposta, por meio do artigo “*Postema on Law’s Autonomy and Practical Reasons: A Critical Comment*”, na tentativa de solucionar as questões até então levantadas. A primeira crítica apontada se refere ao fato de Postema incluir como defensores da Tese da Autonomia vários autores, no que chama de *teoria guarda-chuva*. Esse tipo de proposição não se atém às peculiaridades de cada teoria, não ficando claro a quem se dirigem as críticas e como respondê-las.

Raz, então, esclarece que sua teoria não defende a justiça como a aspiração última do direito⁴², não existindo uma única virtude moral que todo direito aspire por sua natureza. O direito não possui uma função específica, possuindo, ao contrário, múltiplas funções. A justiça não é a aspiração última do direito, que apenas busca ser bom. Mas ser um bom sistema não é nada mais que uma função formal: deve-se ser bom porque tudo deve ser bom para os participantes, de acordo com o que é, por eles, tido como bom. Porém, isso não diz nada sobre o que o direito deve ser, apenas informando que o direito está sujeito a uma apreciação normativa⁴³ (RAZ, 2009, p.374).

⁴² É bom deixar claro que, para Raz, natureza de direito e concepção de direito não se confundem, assim como direito (conjunto de normas positivado) e estado de direito (projeto político encampado pelo *rule of law*).

⁴³ As posições de Raz sobre o tema são as seguintes: “*It is important to remember that the law has no specific function (though it, or parts of it, has many such functions). Being good is but a formal function: everything should be good, ie should be as it ought to be. That does not tell us anything of substance about how it should be. It merely says that that thing is subject to normative evaluation. (...) Is the law’s defining task the law’s task—that is, the task of which all other tasks the law has is instances? I will call such a task an umbrella task. Does the law have an umbrella task? A good law fulfills many tasks. Not all good laws fulfill the same tasks. The tasks that good legal systems fulfill depend on the*

Para Raz (2009, p. 375), Postema está equivocado ao dizer que o direito, no intuito de apresentar um propósito útil (ou ao menos ser legítimo), deve ter uma estrutura de raciocínio prático voltada para a unificação do julgamento político público e para a promoção da coordenação da interação social. Raz defende que essa unificação do julgamento político pode não ser benéfica, uma vez que a pluralidade de pensamentos na sociedade tem grande potencial de ser contrariada por meio unificação e por ela seria afetada.

Em relação à Tese da Autonomia, Raz afirma ser necessária uma distinção entre a autonomia do direito e a autonomia do raciocínio jurídico. Assim, Raz afirma ter acolhido a autonomia, acreditando ser possível identificar o conteúdo do direito sem que se recorra ao raciocínio moral. Entretanto, ele rejeita qualquer tese sobre a autonomia do raciocínio jurídico (RAZ, 2009, p. 376).

Segundo Raz, Postema faz uma distinção equivocada entre o raciocínio jurídico e o raciocínio judicial. O primeiro seria o raciocínio feito por qualquer um sobre direito; o último, o raciocínio dos juízes na decisão dos casos. Postema, contudo, afirma que muitos defensores da Tese da Autonomia não aplicam a autonomia ao raciocínio judicial, o que, na visão de Raz, demonstra uma compreensão do raciocínio jurídico não bem esclarecida.

Para Postema, o raciocínio jurídico seria baseado em premissas jurídicas. Porém, na hipótese de isso meramente se referir a uma avaliação do que é o direito aplicado, o raciocínio jurídico seria apenas uma forma de identificação do conteúdo do direito. Isso torna o raciocínio jurídico, na visão de Postema, um caso especial de raciocínio sobre o que é o conteúdo do direito em situações circunstanciais específicas, sendo paradoxalmente um aspecto da tese da autonomia do direito. Porém, esse raciocínio é insuficiente para explicar o que ocorre nos países da tradição do *common law*, onde o Judiciário pode aplicar doutrinas específicas para assegurar o direito justo em cada caso (RAZ, 2009, p. 377).

É mais provável que quando fala em raciocínio jurídico, Postema se refira a razões cujas premissas são tais que algumas delas, não indicadoras de um aspecto do

circumstances of their countries. Obviously the more abstract our description the more generally it applies" (RAZ, 2009c, p. 374).

direito, sejam invocadas em virtude de outras que apontam aspectos do direito. Nesse sentido, o raciocínio jurídico para Postema remete às mesmas instâncias que o raciocínio entendido em um senso ordinário. Caso seja essa sua intenção, Raz rejeita tal entendimento, pois o positivismo excludente não defende que o raciocínio jurídico não seja inteiramente pautado no direito, mas a partir do direito (RAZ, 2009, p. 377).

Em outras palavras, a posição de Raz não é de que nenhum direito seja moral, nem que nenhuma razão jurídica seja também uma razão moral, mas que possivelmente todas as razões jurídicas sejam razões morais para possuírem força normativa, e isso não faz da moralidade elemento necessário ao direito. Mesmo que elas sejam válidas unicamente se forem moralmente vinculantes, sendo também tidas como morais no sentido de, por exemplo, expressar ou constituir considerações morais vinculantes, ainda que não incorporadas ao direito, isso não gera uma confusão entre o que é direito e o que é moral (RAZ, 2009, p. 378).

Assim, para Raz, é necessário apontar a distinção entre o raciocínio a partir do direito, que identifica o conteúdo do direito em determinado momento, do raciocínio de acordo com o direito, que se baseia em determinado conteúdo prévio para apontar o direito do caso concreto. O primeiro tipo seria autônomo, já que descreve o direito positivado naquele momento; o segundo incluiria o que Raz chama de raciocínio jurídico, um raciocínio valorativo baseado no direito positivado, mas não autônomo em relação à moral (RAZ, 2009, p. 378). Definir o conteúdo do direito é um raciocínio autônomo, mas definir o direito do caso concreto não é – muito embora ele vá criar um novo direito, que é autônomo.

Para explicar essa diferença, Raz pondera que todo raciocínio do juiz no ato de adjudicação é um raciocínio jurídico – um raciocínio de acordo com o direito – em que a moral e outras premissas têm importância a partir do papel que possuem para as normas do sistema jurídico, ou ao menos consistentes com esse sistema. As exceções são os casos em que os juízes (ou qualquer cidadão) percebem que o direito não permite o raciocínio moral e reforça resultados imorais ao qual a norma se dirige, devendo o aplicador desprezar o direito e fazer o que for moralmente correto⁴⁴ (RAZ, 2009, p. 379).

⁴⁴ Esse tipo de situação ocorre quando as razões protegidas fornecidas pela autoridade, mesmo que ela seja moralmente legítima, vão contra valores pessoais de maneira definitiva (por exemplo: ordem para parar um carro em alta velocidade dada por um agente de trânsito a um pai que leva o filho ao hospital

Para elucidar de forma precisa sua oposição às críticas de Postema, Raz passa, então, à análise das três subteses apresentadas por ele como constitutivas da Tese da Autonomia: a tese do domínio limitado, a tese da preemptividade e a tese das fontes.

A primeira, conhecida como tese do domínio limitado, pode ser encarada como notoriamente verdadeira, já que não existe muita contestação a respeito do domínio de atuação do direito ser limitado. Raz usa o exemplo do jogador de xadrez, que, em seu raciocínio sobre o próximo movimento no jogo, não estará realizando um raciocínio jurídico, pois esse só tem qualquer sentido fora de seu próprio âmbito (RAZ, 2009, p. 380). Desse modo, as críticas de Raz devem focar-se na compreensão de Postema sobre a tese da preemptividade e das fontes.

Em relação à segunda, chamada de tese da preemptividade, Postema acredita que ela consegue responder à questão sobre o vínculo entre a força das razões jurídicas e a força das razões morais. Raz, todavia, afirma ser um erro de Postema entender o problema dessa forma, pois nenhuma razão jurídica possui força normativa se não for moralmente justificada⁴⁵ (RAZ, 2009, p. 380). A tese da preemptividade não trata, portanto, de escolhas entre razões jurídicas e morais –as razões jurídicas possuem justificção moral –, mas sim da aceitação das razões da autoridade por ela ser legítima.

É bom lembrar que para Raz o direito não requer simplesmente que se faça ou deixe de fazer algo, mas busca impor deveres, em um sentido eminentemente moral. Porém, não é possível apontar que essa ordem carrega peso moral somente por ela ser originada do ente estatal. Sua condição de obrigação jurídica é inquestionável – devido à tese das fontes –, mas ainda há duas possibilidades quanto ao fato de se estar vinculado moralmente à autoridade: o indivíduo não se vincular moralmente à autoridade,

em uma emergência). Como as razões protegidas não são absolutas (isto é, não vencem em qualquer situação), é natural que o próprio sistema jurídico permita tanto seu desrespeito ocasional quanto sua desconsideração pelo juiz no julgamento de casos nos quais sua interpretação literal produza uma injustiça notável.

⁴⁵ Como já dito, a justificção moral em Raz advém da aceitação individual da reivindicação de autoridade inerente ao direito (aspecto universal ligado à natureza do direito). Com base no estabelecimento do vínculo moral entre indivíduo e autoridade (que também passa por valores sociais compartilhados), as razões para ação dessa passam a substituir as razões práticas daquele. A normatividade só existe nesse contexto, pois só assim é possível falar em coordenação social a partir da adesão do indivíduo.

fazendo o que Raz chamou de declaração desprendida (*detached statement*⁴⁶); ou, o indivíduo aceitar o vínculo moral com a autoridade, fazendo uma declaração comprometida (*committed statement*). Com base nesse raciocínio, a preemptividade está vinculada à adesão moral à autoridade, não havendo confusão entre a força das razões jurídicas e a força das razões morais. Adiante voltar-se-á a esse ponto.

Para Raz, a tese da preemptividade é, portanto, irrelevante para a Tese da Autonomia, pois razões podem ser autônomas sem que a preempção esteja envolvida (RAZ, 2009, p. 380). A autonomia se vincula à natureza do direito, mas a preempção está fortemente relacionada com a reivindicação de autoridade feita pela norma – também característica da natureza do direito –, mas aceita individualmente por meio de um processo de justificação subjetiva, vinculada à forma como cada sociedade entende seus valores morais por meio da autoridade.

Quanto à terceira teoria, chamada de tese das fontes, Raz conclui que ela não é uma condição necessária para a autonomia do direito em relação à moral, apesar de ser uma condição suficiente para que seja verdadeira. A Tese da Autonomia faz com que a tese das fontes seja plausível, porquanto se o direito for autônomo, então deve existir uma forma de estabelecer seu conteúdo de modo independente de considerações morais. Na hipótese de o raciocínio jurídico ser autônomo, a mesma conclusão torna-se plausível (RAZ, 2009, p. 381-382).

Postema critica a tese das fontes com base na ideia de que os juízes, ao aplicarem precedentes, devem reconstruir os argumentos utilizados pelas cortes, que podem ser argumentos morais. Apontar elementos da centenária tradição do *common law*, mesmo que com base em noções empíricas da prática jurídica britânica, talvez tenha⁴⁷ sido seu grande mérito, sendo um problema da teoria de Raz, muito embora sua metodologia seja teórica e conceitual⁴⁸. Adiante também se aprofundará nessa questão.

⁴⁶ A capacidade de fazer declarações desconectadas está ligada a habilidade de todo indivíduo de desprender seu raciocínio e avaliar algo com o qual não se está moralmente comprometido, mas pode pensar como se estivesse. Raz usa o exemplo de advogados ou juízes citando ou comentando uma norma do seu próprio sistema jurídico que não concordam, mas podem descrever o funcionamento no sistema (RAZ, 2009c, p. 388)

⁴⁷ Thomas Bustamante (2016) trabalha bem essa questão.

⁴⁸ A teoria de Joseph Raz se insere no âmbito da filosofia analítica, partindo de premissas conceituais que não podem ser enfrentadas a partir de uma perspectiva empírica. Um dos erros de Postema foi usar argumentos empíricos a respeito do *common law* para rebater as teses positivistas excludentes,

Neste momento, o ponto que deve ser destacado é que Raz discorda desse posicionamento, argumentando que apesar de o raciocínio utilizado pelos tribunais poder ser moral no momento da aplicação, quando reconstruído por um juiz, este não se engaja em raciocínios morais, e apenas reconstrói o raciocínio que já foi desenvolvido pela corte anterior (RAZ, 2009, p. 388). Ainda assim as lacunas no ordenamento permitem a importação da moral – ou mesmo outros elementos – quando se faz necessária para solucionar o caso. Nesse ponto, Raz é um tanto quanto confuso, não ficando claro como o julgador não vai se engajar em raciocínios morais se o raciocínio é moral no momento da aplicação. Parece que a melhor explicação para a afirmação é a seguinte: no raciocínio reconstrutivo, o papel do juiz, em regra, é reconstruir o raciocínio anteriormente usado, descobrindo se ele é importante para a decisão do caso (avalição moral indireta). Em caso afirmativo, o juiz não deve fazer uma avaliação moral direta e compará-lo com suas próprias visões morais sobre o caso, pois o direito já está estabelecido, só cabendo a modificação em caso de lacunas, e a própria visão moral do julgador pode ser usada como fonte do direito a ser construído ou reconstruído.

Para ilustrar essa diferença, Raz faz uso da comparação entre o que ele chama de *reconstructive reasoning* e *detached reasoning*. O primeiro método surge do fato de que apenas razões conhecidas como *rationes decidendi* tenham efeito vinculante e possuam a força de substituir as razões pessoais do juiz de forma preemptiva no momento da decisão, já que as demais razões não vinculam e são excluídas do raciocínio judicial posterior. É bom frisar que Raz é explícito ao dizer que normas jurídicas não têm natureza de razões conclusivas – razões que ainda não foram suplantadas ou canceladas por outras razões em sentido contrário –, mas sim de razões *prima facie*, que podem ser suplantadas ou canceladas por outras razões em sentido contrário (RAZ, 2009, p. 146).

Nesse sentido, o processo adjudicatório passa por uma reconstrução das razões no que Raz chama de *reconstructive reasoning*. Como não há uma fórmula exata para identificar esse tipo de razões (e delimitar precisamente o que vincula do que não), o aplicador do direito deve reconstruir aspectos da decisão original. Mesmo que ela tenha

mas apenas argumentos conceituais seriam metodologicamente adequados. Todavia, isso não exime as falhas conceituais da primeira versão de Raz sobre o papel do raciocínio reconstrutivo dos juízes na tradição do *common law*.

sido fruto de um raciocínio moral – por não existir naquele momento qualquer norma jurídica que vincule o julgador –, a sua reconstrução não se engaja em um raciocínio moral por si mesma (RAZ, 2009, p. 388), mantendo a reconstrução desvinculada da moralidade.

O segundo, *detached reasoning* refere-se a um raciocínio que age no estabelecimento de premissas desconectadas e conclusões a partir delas. É como dizer "eu não aceito a premissa X, mas se partirmos dela, a conclusão será Y". Assim, a *detached reasoning* lida com premissas morais estabelecidas pelo julgador anterior e são compartilhadas pela comunidade, pois o intérprete posterior parte de pressupostos específicos, mesmo que não concorde com eles (RAZ, 2009, p. 389).

É importante frisar, portanto, que o raciocínio do julgador não pode ser constantemente o *detached reasoning* – a não ser no caso de existências de lacunas a serem preenchidas pela moral –, já que o objetivo dele é chegar até as razões que o juiz anterior expressou de fato em seu julgamento, mesmo que não tenham sido moralmente justificadas para ele⁴⁹ (RAZ, 2009, p. 389).

A divergência está no fato de Postema sugerir que o aplicador deve usar as próprias ideias sobre um argumento ser bom no momento da reconstrução do raciocínio valorativo. Em outras palavras, para Postema, seu objetivo é ajudar a descobrir o que a corte valorou como bom no momento da decisão do precedente, pois o raciocínio no caso concreto deve reativar a valoração moral original necessária para sua justificação moral. Para Raz, há um equívoco nesse pensamento, pois apesar da importância da moral no preenchimento de lacunas, não se deve pensar as premissas morais anteriores como relevantes para a legitimação de *standards* jurídicos posteriores, o que é negado pela tese das fontes (RAZ, 2009, p. 389). A jurisdição constitucional é uma notável exceção.

A principal razão, segundo Raz, para que Postema sustente a necessidade dessa referência à valoração moral é sua preocupação com o papel fundamental de

⁴⁹ Tal afirmação só é possível diante do fato de o julgador ter necessariamente um vínculo institucional no processo de decisão judicial, atuando como criador e continuador do direito já criado (RAZ, 2009b, p. 234) e haver, por parte dos *officials*, comprometimento conceitual com a ideia de que eles estão agindo com base em razões moralmente justificadas formuladas por uma autoridade legítima (RAZ, 1986, p.28). Por esse motivo, o cidadão comum tende a usar somente o raciocínio destacado, já que não tem nenhum compromisso institucional com o ordenamento. Todavia, é sempre importante lembrar a diferença entre compromisso institucional (jurídico) e compromisso moral para com a autoridade legítima (vínculos associativos).

coordenador social que o direito supostamente tem, pois a justificação moral está intrinsecamente ligada à necessidade de coordenar indivíduos em nome de um objetivo comum. Raz, em sentido contrário, nega que a tese das fontes tenha qualquer objetivo, sendo sua análise uma descrição do fenômeno – embora não seja uma descrição simples, já que sua metodologia tem um objetivo conceitual previamente estabelecido. A tese das fontes é, portanto, verdadeira por capturar uma propriedade essencial do direito (característica que todo ordenamento deve ter para ser tido como jurídico), e não por ter qualquer propósito no direito ou em qualquer sistema específico (RAZ, 2009, p. 390).

Por fim, apesar de acreditar na Tese da Preempção como não relevante em relação à Tese da Autonomia, Raz considera útil rebater as duas principais críticas apresentadas. A primeira crítica é que a adequação do indivíduo às normas preemptivas emitidas pela autoridade é motivada por uma necessidade de adequação às práticas jurídicas, e não aos argumentos normativos. A segunda é que normas jurídicas têm força preemptiva somente porque os agentes aos quais são endereçadas atuam de acordo com a força preemptiva dessas normas.

Em primeiro lugar, a força preemptiva do direito se aplica às autoridades da mesma forma que aos cidadãos comuns. Os agentes públicos, contudo, estão apenas vinculados às normas aplicáveis a eles. Há, por exemplo, leis que não se aplicam aos juízes, mas se aplicam aos litigantes, e os tribunais possuem o dever de aplicá-las, ou modificá-las se tiverem poder para modificar o direito por meio de *overruling* – além de enfrentar o ônus argumentativo para justificar a modificação.

Caso não haja poder para a modificação normativa, todo agente público estará sujeito à força preemptiva do direito e deverá aplicá-lo (RAZ, 2009, p. 392). É importante frisar que, para Raz, os casos em que existe a possibilidade de modificação do direito pelas cortes variam em cada sistema jurídico, assim como dentro de sistemas da mesma tradição. Nesse sentido, a crítica de Postema a respeito da tese das fontes e da preempção não se sustenta, muito embora ele esteja certo ao rejeitar a tese da autonomia do raciocínio jurídico (RAZ, 2009, p. 394). A crítica, mesmo baseada na prática do *common law*, não consegue ser capaz de se opor aos argumentos de Raz ao explicar a importância desempenhada pela moral em sua teoria do direito e da adjudicação.

Por fim, defende-se, neste trabalho, que o fato de o direito reivindicar autoridade, em uma busca por guiar as razões para ação dos indivíduos não deve ser entendida como incompatível com a ideia de preempção – isto é, como substituição de razões pessoais pelas da autoridade –, mas como uma tese em que a identificação do direito e sua legitimidade ocorrem em momentos distintos. Ademais, a legitimidade não pode ser considerada de forma estanque, mesmo considerando que a obra de Raz é analítica conceitual, sendo resultado de um processo de busca de características presentes em todo sistema jurídico por meio da avaliação da forma como cada sociedade enxerga suas próprias práticas.

3.3 As críticas de Margaret Martin

3.3.1 Normas jurídicas e a força preemptiva perante indivíduos

Margaret Martin, em seu livro *Judging Positivism*, esboça duas críticas centrais à obra de Joseph Raz. A primeira é uma continuação da ideia de Gerald Postema, debatida no tópico anterior, segundo a qual normas jurídicas têm força preemptiva perante indivíduos somente se juízes considerarem a força que substitui razões pessoais pela das normas em seu julgamento prático, no sentido de o comportamento dos juízes gerar impacto no comportamento de cidadãos⁵⁰ (MARTIN, 2014, p. 177). A segunda, por sua vez, refere-se a uma suposta incompatibilidade entre a tese da preempção raziana, eminentemente descritiva e baseada em uma metodologia positivista a respeito do que é o direito, e a tese da justificação normal, fortemente prescritiva e baseada em uma metodologia construtivista normativa fundada na moral.

Como visto na seção anterior, as críticas de Postema focam nas teses da preempção e das fontes. Para ele, indivíduos ao determinarem o conteúdo do direito, ato fundamental para pautar as próprias práticas em relação ao direito, precisam se engajar

⁵⁰ Para Veronica Rodriguez-Blanco (2016, p. 425-433), Postema não se refere a comportamento no sentido entendido por Martin, mas sim a raciocínio prático, em um sentido não aprofundado por essa autora. Adiante, examinar-se-á, com mais profundidade, essa questão.

em um raciocínio moral – para atingir a moral que fundamentou o direito e justificar suas próprias práticas –, o que é impossível diante da aplicação da tese raziana da preempção.

Para Postema, os juízes têm, ao tomarem a decisão de seguir um precedente vinculante, a possibilidade de manter a aplicação do precedente – e sua fundamentação moral – ou promover uma reconstrução do argumento originalmente lançado para que seja possível justificar a aplicação – modificação ou criação de uma nova norma – com base na legitimação moral que a precedeu. Indivíduos, da mesma forma, também devem fazer a reconstrução do argumento moral, para entender o conteúdo do que foi decidido. Essa atitude dos cidadãos, todavia, está comprometida pelas noções de substituição de razões do positivismo excludente, já que não é possível deliberar e reconstruir se não se está lidando com razões próprias, mas sim com razões emitidas pela autoridade.

Ao agir de forma contrária à força preemptiva das normas que fundamentam a decisão (fato empiricamente comprovado no *common law*), juízes “jogam contra o próprio patrimônio” pois desestimulam os indivíduos a agirem de acordo com o mesmo modelo ao qual todos estão vinculados, fato que é fundamental caso se queira promover a coordenação social entre os diversos membros de uma sociedade.

Raz desmonta essas alegações com base em dois argumentos: i) a premissa de que se deve reconstruir o direito com base em razões morais justificadoras originais (necessárias para a legitimação) é falsa, pois o mais importante durante o processo de aplicação do direito é apontar o conteúdo da norma a ser aplicada/modificada, e não sua justificação moral (algo importante em outro momento); e ii) mesmo partindo do pressuposto de que a aceitação geral das normas pela população seja a base da legitimação, a prática diferenciada dos juízes não afeta as atitudes dos cidadãos – ao menos não imediatamente.

É exatamente esse ponto que se pretende abordar com maior profundidade. A resposta de Raz pode ser considerada simplista e se limita ao seguinte: a tese da preempção é compatível com a tese da autonomia, pois ambas têm papéis diferentes em relação ao direito. Essas funções são respectivamente descrever o processo de identificação do conteúdo do direito independentemente do recurso ao raciocínio moral (RAZ, 2009, p. 376) e descrever o processo de substituição de razões para ação individuais pelas razões da autoridade quando da sua aceitação como legítima (RAZ,

2009, p. 380). Nesse sentido, o papel da moral é diverso em cada momento, demonstrando a complexidade de sua relação com o direito, mas não encobrindo o fato de existirem argumentos mais elaborados que também poderiam ter sido usados dentro da própria teoria raziana⁵¹.

A partir daí, é possível resumir a crítica de Martin na seguinte frase:

Nós (indivíduos aos quais se busca substituir as razões) não podemos aceitar o direito como razões de primeira ordem preemptivas, pois juízes constantemente modificam o direito de acordo com o raciocínio moral e, conseqüentemente, não se vêm como vinculados a ele. Assim, nós não acreditamos e não aceitamos a força preemptiva do direito” (RODRÍGUEZ-BLANCO, 2016, p. 427).

Nesse sentido, Martin também se pauta pelo entendimento de que a teoria da preempção é meramente descritiva, uma vez que seus argumentos se baseiam em uma visão da atuação dela em práticas jurídicas próprias de sistemas da tradição do *common law*. Isso, por si, só é incompatível com a abordagem conceitual, inerente à filosofia analítica, na qual Raz pretendeu estabelecer em sua teoria. Para essa crítica, o indivíduo precisa acessar razões morais para exercer sua razão prática, no que é impedido pela tese da preempção, porquanto nela é a autoridade quem tem suas razões executadas. Ademais, quando Raz sugere que a obtenção de sucesso em um raciocínio judicial depende de o juiz somente reconstruir o que pretendia a decisão original sem se ater a elementos valorativos, Martin o acusa de ter uma visão idealizada da atividade jurisdicional, pois Raz relata o que os juízes devem fazer e não o que fazem (MARTIN, 2014, p. 171).

Esse argumento se mostra equivocado porque entende a teoria de Raz de maneira imprecisa e não considera a metodologia – valoração moral indireta – sob a qual se sustenta sua teoria: no uso da razão prática, o juiz não toma simplesmente decisões, mas decide uma questão baseado em razões que as partes podem ou não aceitar. Raz deixa bem claro que o juiz deve basear suas escolhas no processo de reconstrução da

⁵¹ Acreditamos que Raz opta pela resposta mais simples não só por ela ser de mais fácil aceitação (afinal metodologicamente ele está correto), mas também porque teria de enfrentar questões que ele reluta em desenvolver abertamente sobre sua teoria, como por exemplo a imprecisão do modelo *rule-plus-exception*. Pretende-se aqui exatamente aprofundar esse debate com base na interpretação da teoria raziana defendida nesta tese.

decisão anterior, por meio do raciocínio reconstutivo (*reconstructive reasoning*), e não por um processo de busca das decisões a partir do raciocínio moral, adotando o raciocínio destacado (*detached reasoning*) (RAZ, 2009, p. 390).

Raz afirma que todos podem reconstruir e serem guiados pelo raciocínio de juízes com base num cuidadoso estudo de suas premissas e conclusões. Mesmo que suas premissas morais estejam equivocadas, isso não afeta a capacidade de cada um identificar e inferir conclusões relevantes nelas baseadas. Não é necessário, porém, deliberar sobre as razões morais que levaram o julgador a decidir como ele decidiu, tentando alcançar o conteúdo do direito (RODRÍGUEZ-BLANCO, 2016, p. 429). A mera identificação da decisão autoritativa já basta para aquele que busca esse método de raciocinar.

Logo, a natureza do raciocínio reconstutivo é lógica e não moral, simplesmente porque não precisa ser moral: não é a referência à moral original que vai justificar a decisão presente. Raz explicita isso ao afirmar que a ideia de autoridade está baseada na necessidade de busca constante de legitimação por meio da reivindicação de autoridade. A atuação interpretativa dessa autoridade no momento da adjudicação faz uso do papel da autoridade original apenas como o começo de um longo jogo de legitimação contínua e ininterrupta (RAZ, 2009, p. 361).

De mais a mais, é bom frisar que o indivíduo não se vê nas mesmas condições dos agentes públicos, especialmente juízes. As cortes são regidas por normas preemptivas que limitam sua atuação – como precedentes vinculantes que obrigam uma atuação em determinado sentido se o caso em questão é idêntico –, mas simultaneamente podem criar direito quando o caso não se encaixa no precedente ou existe o poder de superá-lo. Por outro lado, cidadãos não criam direito, pelo menos em âmbito adjudicatório. Seu raciocínio em relação ao direito, portanto, não precisa ser meramente reconstutivo, havendo a escolha entre um raciocínio destacado (*detached*) ou a simples observância da norma por ela ser uma prática constante da própria comunidade na qual se está inserido, chamado raciocínio comprometido (*committed*) (RAZ, 1979, p. 155).

Embora Raz admita que os juízes também possam adotar uma atitude de aceitação e comprometimento em relação ao direito, confirmando o ponto de vista interno

defendido por Hart, essas atitudes estariam vinculadas à aplicação normativa, e não à tarefa adjudicatória propriamente dita. Mesmos aqueles que aceitam a autoridade legítima presente no direito não necessariamente concordam com seu conteúdo exigível no caso concreto, sendo essa a base do ponto de vista destacado (RAZ, 1979, p. 154).

Raz é um tanto quanto confuso nesse ponto. Na sua tentativa de criticar a dualidade simplista de Hart ao dividir o raciocínio em interno-comprometido e externo-descritivo, Raz alega que a teoria hartiana se esquece do ponto de vista destacado⁵², pois ele surge com base em dois outros pontos de vista jurídicos. Assim, é possível falar do ponto de vista destacado que não está de fato comprometido com o ponto de vista interno, mas raciocina como se estivesse (TOH, 2007, p. 407).

Porém, Raz (1979, p. 156), em um primeiro momento, afirma que os juízes adotam o ponto de vista comprometido e os advogados-filósofos adotam o ponto de vista destacado. Justifica a afirmativa com o fato de poderem usar linguagem normativa sem necessariamente se comprometerem com as premissas morais usadas pela autoridade. Em um segundo momento, de modo diverso, (RAZ, 2009, p. 389) afirma que o raciocínio reconstrutivo, que não supõe nenhuma premissa moral e deve ser usado para alcançar a decisão original do precedente, é o ideal a ser usado por cortes. Qual seria então o papel do raciocínio baseado no ponto de vista destacado? Esse raciocínio se relaciona com a valoração moral indireta?

Defende-se nesta tese que embora Raz reconheça que agentes públicos possam realizar outros tipos de raciocínio, notadamente o comprometido em atividades corriqueiras e o reconstrutivo na busca pela decisão do precedente vinculante, o raciocínio destacado é por excelência aquele que deve ser usado quando se quer realizar uma adjudicação que cria direito, exatamente por ele traçar uma conexão entre as razões

⁵² O ponto de vista destacado (*detached*) surge da negação feita por Raz da divisão simplesmente binária entre ponto de vista interno e externo no ato de descrição-valorização do direito. Além da possibilidade de meramente descrever o sistema (ponto de vista externo-descritivo) ou comentar o direito como participante (ponto de vista interno comprometido/*committed*), existe a possibilidade de descrever o sistema como se participante fosse, mas sem sê-lo (ponto de vista destacado), sendo esse denominado ponto de vista a partir do direito ou do jurista (*legal man*) (RAZ, 1979, p. 155). Há, porém uma diferença sutil entre o ponto de vista destacado de Raz e o ponto de vista interno-externo de Hart, do qual aquele se origina. Essa diferença está na metodologia a ser empregada com base no ponto de vista, pois enquanto Hart se preocupa em fazer uma descrição teórica das práticas sociais para desenvolver o conceito de direito, Raz visa associar o entendimento das próprias práticas sociais com características necessárias do direito (BIX, 2003, p. 537-558).

morais usadas no passado e permitir uma flexibilidade na construção de um novo direito, não se comprometendo com práticas sociais recorrentes. A ideia de Raz sobre uma boa interpretação é exatamente a soma de continuidade com inovação (RAZ, 2009, p. 117).

Raz definiu o uso do raciocínio destacado da seguinte forma, notadamente quando aplicado por aqueles que não têm o poder de criar o direito:

Aponta-se frequentemente que a linguagem normativa pode ser utilizada para descrever as visões normativas de outras pessoas, como em “durante a última década se tornou comum entre profissionais acreditar que uma mulher tem o direito ao aborto sob demanda”. Muitos autores assumem que todos os usos não-comprometidos da linguagem normativa são desse tipo. Mas imagine um advogado aconselhando um cliente ou um autor discutindo uma matéria de direito. Tipicamente, eles não estarão afirmando o que outras pessoas acreditam que o direito é, mas estarão, ao invés, afirmando o que o direito é. Já que o direito é normalmente uma questão de conhecimento público pode muito bem ser o caso que outros acreditem que o direito é como o advogado ou o autor enunciam. Mas isso é incidental ao seu propósito e nos casos típicos não é o que eles enunciam. Pode muito bem ocorrer que a questão de direito clarificada por eles, apesar de correta, nunca tenha sido vislumbrada por ninguém. O advogado pode, por razões práticas, ficar preocupado com isso. O autor por outro lado provavelmente considerará essa novidade como um êxito. Em qualquer caso nem o conteúdo nem a verdade desse enunciado será afetada por ser ou não uma nova questão de direito (RAZ, 1980, p. 235-236).

Já para aqueles com prerrogativas de criar o direito (*officials*), as consequências são diferentes, embora o uso do raciocínio destacado seja o mesmo. A função deles é buscar na moral o preenchimento de lacunas de modo a criar direito com uma base normativa, de modo que o direito reivindique autoridade moral. É importante notar que Raz (2009, p. 388) não aponta explicitamente, mas fica subentendido que, ao usar o raciocínio destacado e se engajar em um raciocínio moral, acaba-se efetuando uma prática interpretativa na qual a moral é trazida para complementar o direito. Ao recorrer à moral como se fosse participante, o indivíduo interpreta o direito introduzindo suas pressuposições sobre a moralidade da comunidade em questão e com ela contribui.

Dessa forma, as críticas de Martin não captaram a sutileza implícita do papel dos juízes nem de todos os agentes públicos que criam direito. Sua função não é dar exemplo de como aderir, mas sim criar parâmetros de atuação, sem essa ser a função do direito em um sentido estrito, por ser impossível apontar uma única função ao direito (RAZ, 2009, p. 383). Apesar disso, a atuação de preenchimento de lacunas é minoritária diante da

maior parte do trabalho realizado por juízes, que, em regra, usam o raciocínio reconstrutivo e não precisam recorrer à moral para solucionar o caso concreto.

Ademais, Martin se equivoca ao tratar como equivalentes ordem social e cooperação social (HALPIN, 2015, p. 466), pois enquanto a primeira se refere a uma ideia mais abstrata (defendida por Raz), na qual o direito tem como uma das funções atuar impedindo o caos e estimulando a imposição de ordem que respeite interesses dissonantes (RAZ, 1979, p.51), a segunda se refere a uma ideia mais concreta (defendida por Postema), na qual o direito busca uma unificação do julgamento das pessoas de modo que as permita utilizar mutuamente a linguagem da justiça de modo uníssono (POSTEMA, 1999, p. 79). A primeira é intrinsecamente ligada ao positivismo excludente, e a segunda se aproxima muito do direito como integridade de Ronald Dworkin (HALPIN, 2015, p. 467), não sendo nem um pouco apurado realizar qualquer confusão entre elas.

3.3.2 A ideia de incompatibilidade entre as teses da preempção e de justificação normal

Focar-se-á o segundo ponto das críticas feita por Martin à obra de Raz quanto a uma suposta inconsistência e incoerência⁵³ no texto raziano. O fundamento da crítica estaria no argumento de que a tese da preempção é eminentemente descritiva e baseada em uma metodologia positivista a respeito *do que é o direito*, e a tese da justificação normal seria fortemente prescritiva e baseada em uma metodologia construtivista normativa *fundada na moral e no seu papel na adjudicação* (MARTIN, 2014, p. 4). Então, Raz teria modificado sua teoria para tentar ajustar essa diferenciação e fortalecer sua teoria (MARTIN, 2014, p. 47).

Inicialmente, Martin (2014, p. 18-19) afirma que ao propor, em seus primeiros trabalhos – notadamente *Practical Reason and Norms* uma teoria segundo a qual razões excludentes emitidas por juízes têm o papel de substituir razões pessoais com o explícito objetivo de guiar cidadãos para um objetivo comum, Raz fornece uma teoria do direito

⁵³ A inconsistência se refere à defesa de posições conflitantes nas diversas obras de Raz, bem como à mudança entre posicionamentos conflitantes ao longo do tempo em uma mesma obra. Já incoerência remete à incompatibilidade de várias ideias que Raz mantém em um tempo particular. As vacilações podem ter contribuído para a aparência de incoerência (HALPIN, 2015, p. 461, nota 1).

coerente. Essa teoria foi chamada por ela de "Juizes como portadores do nosso destino coletivo", pois concede às cortes não somente uma função importante no jogo político-jurídico, mas os encarrega da responsabilidade de manter um corpo estável de normas com as quais os cidadãos vão pautar suas ações cotidianas.

Para Martin, porém, essa forte obrigação dos juizes aplicarem o direito seria incapaz de descrever uma prática judicial real no sistema do *common law*, fazendo com que Raz remanejasse seu trabalho metodologicamente. Uma vez que ele pretendesse formular uma teoria capaz de identificar as características comuns a todos os sistemas jurídicos reais e possíveis, não existiria alternativa para enfrentar o contraexemplo apresentado por Postema a partir do *common law* (MARTIN, 2014, p. 23-26).

Ademais, acrescenta Martin, Raz buscou propor um adendo a sua teoria – chamado por Martin de modelo *rule-plus-exception* – que se demonstrou não suficientemente convincente para reforçar a teoria do direito até então defendida por ele. Assim, Raz se viu obrigado a fazer uma série de abandonos ou modificações em diversas teses que compunham sua teoria original com o intuito de adequá-la à existência de práticas nos sistemas jurídicos do *common law*. Todavia, essas novas versões das teses não se encaixaram adequadamente com o que sobra da teoria original, que necessitava das partes descartadas para se manter viável. Por fim, Martin alega que ao introduzir as novas teses Raz modifica a metodologia de sua obra, saindo do método da filosofia analítica e aderindo a um modelo focal ou ideal⁵⁴.

É possível resumir, segundo as críticas de Martin, a grande alteração como modificações nos seguintes pontos: (i) abandono total da ideia de obrigação dos juizes aplicarem o direito (MARTIN, 2014, p. 22); (ii) troca de uma tese da autonomia forte em relação ao direito e ao raciocínio jurídico por uma tese da autonomia fraca em relação ao direito, mas não ao raciocínio jurídico (MARTIN, 2014, p. 108); (iii) troca de uma tese das fontes por uma tese das fontes ideal (MARTIN, 2014, p. 110); (iv) troca de uma tese do

⁵⁴ O modelo de filosofia analítica pode ser resumido como aquele que adere a um método conceitual (não empírico) que se baseia na lógica formal e a partir de inferências lógicas chega a conclusões também lógicas, mas gerais. Embora Wittgenstein tenha relativizado a separação nesse modelo, ainda é possível apresentar suas diferenças para o método focal. Já no método focal ou ideal aristotélico, escolhe-se um modelo ideal e se compara com os exemplos existentes, para verificar quanto se aproximam do ideal. Para Martin (2014, p. 90), a noção de autoridade justificada é um modelo focal de autoridade por ser idealizada.

domínio limitado forte por uma do domínio limitado fraca (MARTIN, 2014, p. 161); (v) troca da tese da certeza pela da reivindicação de autoridade (MARTIN, 2014, p. 168); (vi) adesão a um método focal em detrimento de um conceitual de autoridade (MARTIN, 2014, p. 91).

A **primeira** foi explicada nos parágrafos acima e não demanda explicações adicionais. A **segunda** se refere à parte do debate Raz-Postema, ao qual Raz responde que nenhum autor moderno defende uma autonomia forte e total do direito em relação à moral, sendo essa uma questão até óbvia, mas que será mais bem explicada na quarta crítica, logo abaixo. A **terceira** se refere à diferenciação fixa entre ser e dever-ser, na qual existe confusão entre o que é a tese das fontes e o que deveria ser a tese das fontes, à qual é possível responder que no momento da interpretação o raciocínio destacado tem função primordial por permitir que o próprio juízo valorativo do julgador seja usado para criar o direito, já que essa função é inovadora-continuadora.

Como será destacado adiante, a dicotomia forte entre ser e dever-ser perde o sentido, na medida em que ambos os contextos se retroalimentam⁵⁵, não havendo sentido em uma metodologia meramente descritiva que não considera o ponto de vista interno, isto é, que desconsidera como os indivíduos de certa sociedade avaliam suas próprias instituições jurídicas e práticas sociais.

A **quarta**, por sua vez, remete à ideia de autonomia do direito discutida na segunda crítica. Raz (2009, p. 180) inclusive se refere à adesão a uma visão fraca do domínio limitado como uma verdade trivial relacionada com a tese da autonomia moral fraca. Martin, porém, apresenta uma crítica pertinente: a teoria raziana abandona a ideia de que o raciocínio judicial exclui fortemente considerações extrajurídicas – como considerações morais – defendidas em *Practical Reason and Norms*, e isso afeta a coerência da sua teoria. A resposta que se pretende apresentar aqui é a seguinte: mesmo que tenha havido uma modificação, ela torna a teoria melhor uma vez que aproxima as ideias de filosofia políticas defendidas por Raz (quanto ao conceito de direito) da sua

⁵⁵ Em grande medida essa é uma herança de Hart, que relativiza a separação imposta pelo princípio de Hume em defesa de uma visão de fato/valor que não se confundem ao mesmo tempo em que se influenciam mutuamente.

teoria sobre o que é o direito (natureza do direito). A seguir tenta-se explicar melhor esse ponto, relacionando-o com a metodologia da teoria jurídica analítica usada por Raz.

A **quinta**, no mesmo sentido, deriva de uma interpretação equivocada a respeito da real natureza da noção de reivindicação de autoridade defendida pelo positivismo excludente. Ao afirmar que a tese das fontes distingue não entre as diversas formas de estabelecer o direito de forma certa ou incerta, mas com base em critérios valorativos ou não valorativos e que é da natureza do direito reivindicar autoridade – tentar ser autoritativa definindo questões morais e sociais –, Raz (2009, p. 387) define o papel do juiz como definidor de uma resposta final para questões jurídicas, mesmo que elas envolvam controvérsias morais ou nenhuma controvérsia.

Todavia, a resposta jurídica não encerra a questão moral, mas apenas fornece as razões para ação protegidas em nome da autoridade, cabendo aos indivíduos decidirem entre seguir a autoridade ou não seguir a autoridade no caso específico – por essas razões serem inaceitáveis do seu ponto de vista pessoal e não existirem razões excludentes absolutas – e arcar com as consequências.

Além disso, a obediência, ou não, à autoridade é o aspecto imediato da relação com as razões protegidas, sendo necessário lembrar que a relação mediata é continuar a relação indivíduo-autoridade ou não considerar mais aquela autoridade de fato como moralmente legítima e romper o vínculo estabelecido com ela – esse processo é de longo prazo e não é tomado por um único acontecimento. Em nome da racionalidade, não é possível considerar aquela autoridade legítima e ao mesmo tempo não obedecer sua ordem sem uma justificativa racional e excepcional para tanto.

Por fim, a **sexta** diz respeito a uma má interpretação da metodologia raziana. Nesse sentido, é fundamental relembrar o contexto no qual está inserida a obra de Raz, tanto para destacar a antiga distinção entre os enunciados analíticos e sintéticos quanto para apontar a influência de outros autores que romperam com essa lógica binária. Analíticos são, de acordo com a classificação tradicional, enunciados conceitualmente verdadeiros ou falsos, isto é, aqueles que podem ser tidos como verdadeiros ou falsos apenas por meio de seu significado ou definição, sendo desnecessária uma consulta à experiência empírica.

Os exemplos "Todo solteiro é não-casado" ou "Nada pode ser totalmente verde e totalmente vermelho ao mesmo tempo" demonstram ser possível inferir a verdade ou falsidade das afirmações somente com a lógica. Já sintéticos são os enunciados que conceitualmente podem ser verdadeiros ou falsos, mas a lógica sozinha não dá uma resposta definitiva, sendo necessária um teste empírico para aferir sua verdade ou falsidade. Para os positivistas lógicos, que se posicionavam na defesa de uma divisão precisa, proposições nem analíticas nem sintéticas, não verificáveis, são chamadas de sem sentido (*meaningless*), enquanto as verificáveis, lógica ou empiricamente, são aquelas com sentido (*meaningful*), nas quais é possível usar o chamado princípio da verificação (SEARLE, 2003, p. 3).

Ademais, buscava-se uma divisão precisa entre declarações que expressam proposições meramente descritivas, que podem ser literalmente verdadeiras ou falsas, e declarações que expressam sentimentos e emoções, que não podem ser classificadas como verdadeiras ou falsas, mas apenas valoradas de acordo com critérios morais. Essa divisão retirou de diversas áreas da filosofia, como ética e filosofia política, a possibilidade de terem seu significado analisado, pois não poderiam ser tidas como verdadeiras ou falsas (SEARLE, 2003, p. 4).

Filósofos modernos, como Quine e Wittgenstein, rejeitam o uso dessas divisões alegando que a noção de proposição analítica se apresenta como supostamente irrefutável, o que é errado se inexisterem proposições não passíveis de revisão diante de novas evidências que surjam durante a aplicação do método científico. A linguagem da ciência é um complexo sistema contínuo no qual é possível produzir mudanças em qualquer lugar ao longo da linha, em uma dinâmica de verificação circular (QUINE, 1953). Da mesma forma, Wittgenstein enfatiza que a linguagem e seu significado são pautadas pelo uso, e o efeito da análise filosófica não é alterar as práticas linguísticas existentes, nem questionar sua validade ou fundá-las, mas simplesmente descrevê-las simultaneamente à sua construção (WITTGENSTEIN, 1953).

Por essa perspectiva, o método da filosofia analítica contemporânea usado no positivismo jurídico pós-hartiano é influenciado por essa mudança no entendimento da filosofia e do método científico. Uma prova disso é que Hart, no Prefácio de "O Conceito de Direito", diz que pretende fazer ao mesmo tempo jurisprudência analítica e sociologia

descritiva bem como esclarece que o único acesso possível da teoria do direito às práticas sociais empregadas em conceitos jurídicos ocorre por meio da análise conceitual de marcas e rastros que essas práticas deixam nos conceitos analisados. Hart acreditava que atos de fala (*speech-acts*) poderiam resolver os problemas de classificações ontológicas de conceitos jurídicos. Com o tempo, porém, suas crenças na capacidade de usar atos de fala para resolver problemas complexos diminuiu, mas essa teoria permaneceu como forte influência na noção de ponto de vista interno compartilhado pelos participantes do direito, essencial à teoria hartiana (HART, 1983, p. 2).

O interesse de Hart, portanto, se localiza no modo como as práticas sociais usam os conceitos jurídicos, mais especificamente com base nos usos da linguagem nas práticas sociais. Sua grande contribuição foi a percepção metodológica de que é necessário, para qualquer teoria do direito, trabalhar os dados que têm pretensão de avaliar de forma adequada à natureza desses dados. No caso do direito, normas precisam de uma avaliação que leve em conta o ponto de vista interno da sociedade no qual ele está inserido, de modo que uma explicação do fenômeno jurídico não busque a verdade (em um sentido anterior a Wittgenstein), mas uma verdade que ilumine o que é tido como mais importante socialmente quanto ao fenômeno sob investigação, em um sentido posterior a Wittgenstein) (DICKSON, 2001, p. 25).

Até aqui Martin não aparenta cometer grandes erros, porquanto sua crítica se baseia exatamente na ideia de que aquilo que for conceitualmente necessário para o direito deverá estar presente em todos os seus exemplares, fazendo com que o contraexemplo do *common law* obrigue Raz a modificar sua teoria, se ele quiser que ela seja metodologicamente adequada. Porém, a pretensão de Raz sempre foi apontar características universalmente contidas em todo sistema jurídico, por meio da avaliação das visões da comunidade sobre suas próprias práticas e em seguida usar essas características universais na prescrição de um modelo ideal de direito. Essa é o que Dickson definiu como a metodologia da valoração indireta (DICKSON, 2001).

Assim, Martin erra ao apontar um suposto dilema em que ou a teoria raziana não é analítica, uma vez que descreve características não presentes em todos os sistemas existentes, ou ela não é coerente, apresentando uma versão irreal de *common law*. Pelo

contrário, a obra de Raz pretende simultaneamente ser analítica e apresentar uma versão ideal do *common law* consoante os valores presentes na visão dos seus participantes.

Isso porque Martin não se atém ao fato de que para Raz a característica mais importante do direito positivo é fornecer decisões autoritativas a respeito de relações sociais sem recorrer a argumentos morais exógenos e, desse modo, sua teoria sobre a prática do direito se concentra na amplificação dessa característica do direito. A partir do momento em que essa característica é ameaçada pelo hábito de abertura a considerações morais externas ao direito, Raz não permite a entrada de nenhuma consideração sobre valoração moral na definição do que é o direito. Uma vez que sua teoria busca estabelecer a descrição da prática jurídica, o direito tem que ser identificado por um teste puramente lógico-analítico, descrevendo uma fonte do direito no âmbito social, e não no âmbito normativo (HALPIN, 2006, p. 78).

Essa metodologia permite ao teórico uma reflexão sobre qualquer fenômeno jurídico de modo que se faça uma avaliação indireta da prática realizada, permitindo uma relação vital entre esse método de avaliação e a situação subjetiva. Dessa forma, um desafio de questionamento desse método só poderia ser feito por meio de uma reflexão externa sobre essa prática, já que essa é mais importante característica. Como Martin não aceita a existência de argumentos valorativos não morais – a possibilidade de uma avaliação indireta do direito –, passa a contestar a base da metodologia usada por Raz, sem, no entanto, apresentar uma visão presa à dicotomia descritivo-valorativo, consideravelmente ultrapassada.⁵⁶

⁵⁶ Segundo Martin “Note that when the distinction is made between evaluative and non-evaluative arguments, the former refers to morally evaluative arguments. A number of positivists, including Raz, champion the position that theory construction is necessarily evaluative, but evaluative does not mean morally evaluative (RAZ, 1994, p. 237). Julie Dickson argues that the terms ‘descriptive’ and ‘evaluative’ should be replaced by ‘directly evaluative’ and ‘indirectly evaluative’ in order to capture Raz’s idea that one can make evaluative judgments that are not moral (DICKSON, 2001, p. 51). Given that I am sceptical about the prevalence of evaluative arguments that are not moral, I will continue to use the terms ‘descriptive’ and ‘evaluative’ in the manner just discussed” (MARTIN, 2014, nota 102, p. 169-170).

3.4 Conclusões parciais

Apresentou-se um panorama das críticas e respostas a pontos específicos – relevantes a este trabalho – da obra de Joseph Raz. Pretendeu-se sanar questões levantadas na seção anterior que demandavam respostas mais apuradas bem como focar na metodologia usada por Raz ao longo de sua obra para destacar a hipótese que será introduzida na próxima seção.

O ponto central do debate Dworkin-Raz que nos é pertinente está na identificação de problemas na relação entre autoridade e legitimidade na teoria raziana. Dworkin acredita que não seja possível uma autoridade ser tida como legítima sem que ela deva obedecer a considerações morais. Para ele, caso se aceite a afirmação defendida por Raz de que o direito deve ser necessariamente capaz de autoridade legítima e se acredite que essa legitimidade não é possível caso o direito seja mau, a conclusão lógica é que o direito não pode ser intrinsecamente mau, o que implica o positivismo como uma teoria necessariamente equivocada (DWORKIN, 2006, p. 205).

Nesse aspecto, Raz contra-argumenta ao não negar a importância de considerações morais na tomada de decisão pelas autoridades, afirmando que o direito, por se basear em um raciocínio de natureza fatural, não é um mero raciocínio avaliativo no qual se examina o que seria permitido ou proibido. Em vez disso, o raciocínio jurídico pretende estabelecer o conteúdo de *standards* autoritativos (estabelecidos pela autoridade), além de complementá-los e até modificá-los, com base em considerações morais (RAZ, 2009, p. 115-116).

A ideia básica desta seção é apontar a diferença de metodologia entre Raz e Dworkin, destacando que a teoria da valoração indireta é o melhor mecanismo possível para ser adequadamente explicativa; quer dizer, apontar as características importantes e significativas do direito com base no ponto de vista interno da comunidade. A partir dessa metodologia, é possível dizer que Raz tem simultaneamente uma teoria com um aspecto descritivo e universal – mas não banalmente descritivo – e um aspecto prescritivo, ou normativo, desde que isso signifique conter prescrições valorativas fundamentais para a construção do direito em diversos casos.

Já o ponto central aqui enfocado do debate Postema-Raz é a sugestão de Postema que o julgador necessariamente usa as próprias ideias do que faz um argumento ser bom no momento da reconstrução do raciocínio valorativo, no intuito de descobrir o que a corte valorou como bom no momento da decisão do precedente. Para ele, o raciocínio no caso concreto deve reativar a valoração moral original necessária para a sua justificação moral.

Entretanto, para Raz esse é um pensamento equivocado, pois apesar da importância da moral no preenchimento de lacunas no direito, não se deve pensar que as premissas morais anteriores sejam relevantes tanto para a definição do que é o direito vigente, quanto para a justificação de *standards* jurídicos posteriores, o que é negado pela tese das fontes (RAZ, 2009, p. 389). Conquanto Postema sustente a necessidade dessa referência à valoração moral, já que a justificação moral estaria intrinsecamente ligada à necessidade de coordenar indivíduos em nome de um objetivo comum, Raz nega que o direito tenha qualquer objetivo específico, tendo sua análise um caráter descritivo-analítico do fenômeno jurídico.

A tese das fontes é, portanto, uma descrição lógico-conceitual de um fenômeno social, possuindo natureza universal, sem nenhum propósito no direito ou em qualquer sistema jurídico específico (RAZ, 2009, p. 390). Já a tese da autoridade também é a descrição lógico-conceitual de um fenômeno social com natureza universal, não devendo ser entendida como uma tese incompatível com a da preempção, mas como uma tese em que a identificação do direito e sua legitimidade ocorrem em momentos distintos.

No entanto, a divisão entre raciocínio destacado e raciocínio reconstutivo terá papel fundamental desta seção em diante, porquanto o julgador pode usar ambos desde que em situações diversas. O primeiro é o raciocínio mais comum a todo cidadão e está intrinsecamente vinculado à interpretação individual do ponto de vista interno e ao papel da moral na superação de lacunas. O segundo é o raciocínio típico do juiz, que tem o papel institucional que faz com que ele deva seguir uma hierarquia e precedentes muitas vezes vinculantes.

O erro de Raz na elaboração do modelo *rule-plus-exception* está na descrição equivocada da atuação dos participantes no *common law*, cuja simplificação desse sistema não corresponde aos conceitos compartilhados pelas suas práticas. Ao dizer que

esse modelo seria importante para conter o excesso de discricionariedade dos juízes no *common law*, Raz só está parcialmente certo, pois significativos sistemas jurídicos dessa tradição não precisam desse controle, na medida em que conseguem o equilíbrio entre raciocínios de maneira institucionalmente organizada e condizente com o projeto político.

Por fim, o debate Martin-Raz traz, como novidade, a noção de que a tese da preempção é eminentemente descritiva e baseada em uma metodologia positivista a respeito *do que é o direito*, enquanto a tese da justificação normal é fortemente prescritiva e baseada em uma metodologia construtivista normativa *fundada na moral e do seu papel na adjudicação* (MARTIN, 2014, p. 4). Para Martin, Raz modificou sua teoria para tentar ajustar essa diferenciação e fortalecer sua teoria (MARTIN, 2014, p. 47), mas aderiu a um método focal em detrimento de um conceitual de autoridade (MARTIN, 2014, p.91).

Martin não nota, entretanto, que a característica raziana mais importante do direito positivo é fornecer decisões autoritativas sobre relações sociais sem recorrer a argumentos morais exógenos, e, desse modo, os conceitos da prática do direito se concentram na amplificação dessa característica. Para evitar a ameaça da abertura a considerações morais externas, Raz não permite a entrada de nenhuma consideração sobre valoração moral na definição do que é o direito, mas a moral segue tendo papel importante pois está fortemente vinculada ao ponto de vista interno e, conseqüentemente, na forma como a coletividade vê suas próprias instituições. Assim, qualquer teoria do direito deve explicar as características do direito conforme o ponto de vista interno e, com base nelas, traçar modelos ideais de como o direito deveria ser de acordo com os valores contidos na sociedade do qual ele provém.

Martin não captou que a teoria raziana busca estabelecer a descrição conceitual da prática jurídica, com o intuito de avaliar indiretamente se certas características do direito são importantes de serem explicadas com base na prevalência de certas crenças a respeito daquela característica sob a ótica daqueles sujeitos ao direito e as conseqüências que essas crenças possuem (DICKSON, 2001, p. 59).

4 A TEORIA POLÍTICA INERENTE À TRADIÇÃO JURÍDICA DO *COMMON LAW*⁵⁷ E O MODELO *RULE-PLUS- EXCEPTION*

Nesta quarta seção, como contraponto à defesa feita nas seções anteriores, a ideia central é reconhecer que uma parte do trabalho de Raz, conhecida como o modelo *rule-plus-exception*, pode ser apontada como problemática, muito embora não seja fundamental para a sustentação de seu conjunto teórico. Isso ocorre porque Raz erra na elaboração do modelo quando simplifica essa tradição, usando sua metodologia de avaliação indireta sem considerar aspectos inerentes a práticas sociais das comunidades regidas pelo *common law*. Ao dizer que o modelo é importante para conter o excesso de discricionariedade dos juízes nesse contexto, Raz só está parcialmente certo, pois os sistemas jurídicos dessa tradição têm outros mecanismos para realizar esse mesmo controle, conseguindo unidade do raciocínio jurídico de maneira institucionalmente organizada e condizente com o projeto político implícito a ele.

O uso da metodologia da valoração moral indireta demanda uma tentativa de criar um modelo teórico que consiga descrever os conceitos por trás do fenômeno da evolução de precedentes vinculantes e deve ter como objetivo obter as características universais do direito por meio da valoração que a sociedade tem dessas práticas. Para tanto, seria necessário um modelo que promova uma defesa dessa tradição jurídica mediante um projeto político inerente à filosofia analítica e ao *common law*, o que o *rule-plus-exception* não consegue.

Em contrapartida, é um modelo de contenção do poder judicial que busca atenuar o excesso de discricionariedade por meio da contenção da evolução de julgados, prendendo o julgador a precedentes vinculantes cada vez mais estreitos. Contudo, Raz se equivoca ao não considerar o papel da confiança e responsividade (*accountability*) inerentes ao pensamento político do *common law* e parte fundamental de como os

⁵⁷ Quando se usa expressão *common law*, remete-se ao ordenamento jurídico como um todo (*the legal system*), e não à subdivisão tradicionalmente estabelecida entre *common law* (conjunto de normas estabelecidas por precedentes vinculantes) e *statute law* (conjunto de normas legisladas). Essa generalização ocorre por nosso recorte metodológico estar vinculado ao estudo de sistemas jurídicos e sua relação com a teoria do direito e o direito constitucional, não sendo tão pertinentes questões sobre a dinâmica do direito processual de cada ordenamento, já que isso demandaria o uso de outra metodologia.

participantes enxergam as próprias práticas nessa tradição. Elas são responsáveis por criar uma presunção de legitimidade moral entre todos os participantes e não apenas entre os julgadores, embora cidadãos e *officials* tenham prerrogativas e atribuições diferentes dentro de um mesmo conceito de direito compartilhado.

Situando essa diferença, demonstra-se a evolução histórica da tradição do *common law*, deixando evidente que sua grande característica é a maleabilidade e a capacidade de se adaptar a mudanças decorrentes do passar do tempo. Apesar de ter surgido de uma forma quase aleatória e de cada sistema ter suas peculiaridades, é possível definir um projeto político comum inerente a todos e defendido por boa parte da teoria do direito de matriz analítica, muito embora a exportação de elementos da tradição esteja mais focada nos aspectos procedimentais e menos no projeto político.

Esse projeto, no entanto, não é uma característica essencial a todo sistema jurídico, sendo resultado de práticas internamente construídas e compartilhadas no *common law* ao longo dos séculos. É em grande medida baseado na noção de confiança mútua e obrigações políticas recíprocas, que permitem ao julgador usar da moralidade empregada em decisões anteriores sem precisar reconstruir moralmente o argumento com base na tentativa de legitimar a decisão produzida. Aderir a ele, ou até que ponto aderir, é, portanto, uma decisão política. Tal modelo, contudo, não satisfaz totalmente o mais complexo dos âmbitos da interpretação jurídica (seja ela no *common law*, seja no *civil law*): a jurisdição constitucional.

4.1 O desenvolvimento do *common law* como uma tradição híbrida

Segundo o comparativista H. Patrick Glenn, a tradição do *common law* pode ser entendida quase como um acidente histórico. Resultado da invasão normanda da Inglaterra, o *common law* pode ser definido como uma amálgama de diversas tradições jurídicas europeias, sendo uma tentativa de acomodação e adaptação do direito continental a um contexto completamente novo (GLENN, 2014, p. 237). Conquanto o direito romano não fosse desconhecido durante seu desenvolvimento, tendo sido a tradição vigente até a queda do Império Romano (BAKER, 2004, p.63), o sistema jurídico

que preponderava nas ilhas britânicas até o século X era o direito costumeiro⁵⁸ (*chthonic law*), caracterizado pela natureza fragmentada e o componente local (*law of the land*).

Para o estabelecimento das bases para a dominação normanda, foi necessária a implementação da figura do juiz profissional, tendo ele o papel de fazer valer a ordem real conhecida como *writ*. Seu trabalho era pacificar e uniformizar a prática fragmentada do direito costumeiro de cada localidade, tentando dar uniformidade às decisões e adequar estas aos interesses reais. Todavia, como o juiz era um empregado profissional a serviço do Estado (que no início era claramente um invasor), fez-se necessária sua associação a uma figura local, mas não controlada por procedimentos específicos: o júri⁵⁹.

O papel do juiz era secundário, não decidindo o caso – pelo menos não nos termos de um contemporâneo da tradição do *civil law* –, já que sua principal função era verificar procedimentalmente se a ordem real (*writ*) sobre o tema estava sendo cumprida, deixando o mérito da questão por conta júri. Como se tratava de um contexto no qual ainda havia pouco direito legislado e uma série infindável de costumes locais, a técnica de subsunção costume-caso concreto tendeu a prevalecer. Todavia, embora o júri não tivesse que se ater a parâmetros legais prévios, sua decisão deveria ser comparada *a posteriori* com o *writ* emanado pelo rei, cabendo ao juiz verificar sua legalidade diante dos procedimentos estabelecidos pela coroa (GLENN, 2014, p. 242).

Nesse sentido, é inegável que o julgamento pelo júri era usado como mecanismo de legitimação do poder real diante do novo direito introduzido pelos normandos. Glenn afirma que surge daí uma tradição híbrida, em que o papel do *writ* estimula um caráter procedimental inexistente até então. Além de servir de parâmetro para o controle real e uniformização nacional, o *writ* também tem uma função até então indesejada, mas que vai ganhar importância com o passar do tempo: limitar a expansão descontrolada do poder judicial, já que sua fonte era diretamente a coroa (GLENN, 2014, p. 246).

⁵⁸ Embora seja confundida com o direito costumeiro ou consuetudinário, a tradição do *common law* não se encaixa perfeitamente nessa definição. Na realidade, ela é a fusão de várias tradições diferentes (direito romano, canônico, mercantil, civil, etc) (GLENN, 2014, p. 240), que dão origem a um sistema híbrido, com um inegável componente de costumes jurídicos, mas que tem uma base formal e procedimental muito mais consolidada e complexa do que o direito costumeiro que a influenciou.

⁵⁹ A figura do júri tem uma longa e intrincada história dentro do desenvolvimento da tradição do *common law*, afetando a cada sistema jurídico de forma diferente deixando resquícios diversos em cada um.

Glenn alega que a população não tinha muito que reclamar à justiça real se eles mesmos controlavam a tomada de decisões, e o aporte de formas locais fornecia a legitimidade necessária ao procedimento real (GLENN, 2014, p. 247). Desse modo, defende-se aqui que a separação entre as noções de direito e moral já se encontrava nos primórdios da tradição do *common law*, bem como a importância de valores locais na tomada de decisões. Embora a importância dos júris tenha caído e quase entrado em desuso, com a exceção notável do sistema jurídico norte-americano, sua utilização baseou-se na constante interação entre o local e o procedimental, de modo que as cortes locais eram capazes de produzir um direito que gradualmente penetrava pelas lacunas dos *writs* (TUCKER, 2007, p. 6).

Todavia, a base romana sempre esteve presente, principalmente na forma de pensar o direito que surgia a partir do caso concreto. Como afirma Bustamante (2012, p. 14), sua influência é notável no direito inglês, mas se manifesta mais no modo de raciocinar por analogia do que pela adoção de digestos romanos. O direito inglês, assim, é o mais próximo do romano do que qualquer outro sistema existente na atualidade.

Como já dito, as relações comunais estão embrincadas no próprio funcionamento do *common law*, e a comunidade sempre serviu como limite para a expansão e interpretação do direito nos sistemas dessa tradição, havendo a necessidade implícita de refletir a sociedade para ser considerado parte dela. A expressão em uma linguagem histórica é, portanto, uma forma de demonstrar continuidade, embora o sistema se renove constantemente. É possível afirmar que, na tradição do *common law*, os sistemas jurídicos continuam os mesmos com o passar do tempo, mas são totalmente modificados a partir de dentro (GLENN, 2014, p. 252).

O direito britânico, base e influência primordial de todos os sistemas dessa tradição, não possuía, por exemplo, princípios gerais de responsabilidade civil, existindo, em vez disso, *writs* do que não deve ser feito (*given wrongs*), como as tradições talmúdicas e islâmicas de direito, sendo isso o resultado a uma remissão direta a deveres comunais socialmente solidificados (GLENN, 2014, p. 249). Assim, juízes dessa tradição, pelo menos em sua forma clássica, encaram o *common law* por caminhos previamente reconhecíveis, com base em costumes e formas associativas previamente definidas. E, se não forem capazes de determinar por onde vão esses caminhos, aos juízes é

garantida a prerrogativa de não decidir e continuar com aquilo que já existia antes (BAKER, 1985, p. 85).

Os *writs*, além de mandamentos reais, são tentativas de padronizar o direito e adequar a vida comunal às necessidades do Estado nacional em vias de consolidação. Mas é exatamente na definição das fronteiras desses comandos reais que nasce outra das principais características da tradição: o uso do raciocínio por analogia para associar decisões previamente constituídas.

Como ainda não havia hierarquia consolidada entre tribunais, foi necessária a criação de um meio de raciocínio fundado no contexto existente e na tentativa de persuadir pelo convencimento. O sistema jurídico típico do *common law* se move entre comandos existentes, mas não impõe conclusões mais largas do que aquelas autorizadas pelos *writs* (GLENN, 2014, p. 250). Não é indutiva nem dedutiva, mas uma tentativa de influenciar a decisão racional por meio de decisões prévias (precedentes) em um contexto no qual ainda não existiam bases sólidas de vinculação, que só viriam à tona muitos anos depois por meio da doutrina do *stare decisis*⁶⁰ (POSTEMA, 1987, p. 22).

De acordo com Brian Simpson (1973, p. 77), vários títulos têm sido dados ao *common law* ao longo do tempo, como *case-law*, *judiciary-law*, *judge made-law*, *customary-law*, *unwritten-law*, na tentativa de descrever a natureza dessa tradição, mas nenhum conseguiu alcançar resultados satisfatórios por se focar em aspectos recentes e superficiais que a compõe. Os títulos não explicam a tradição do *common law* totalmente, ficando de fora a doutrina dos precedentes, a doutrina do *stare decisis* ou até a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Segundo Simpson (1973, p. 79), tentou-se criar uma teoria geral com o intuito de apontar definitivamente qual é, ou mesmo se existe, o direito no caso concreto dentro do *common law*. Contudo, tal tentativa esbarrou na ausência de sistematicidade dessa tradição se comparada ao *civil law* europeu. Nos sistemas de *common law* não há uma

⁶⁰ Doutrina jurídica de estabilização de precedentes vinculantes, consolidada ao final do século XIX e que pode ser definida na seguinte expressão latina "*stare decisis et non quieta movere*" ou respeitar as coisas decididas e não modificar o que está estabelecido. Sua utilização está fortemente ligada à busca de racionalização do *common law* ao longo do tempo e do aumento de sua praticidade e aplicabilidade.

distinção muito clara entre apontar uma solução particular para o caso concreto de acordo com o direito e dizer que determinada solução é racional, razoável ou justa.

Simpson (1973, p. 80) aponta, nesse sentido, um choque entre duas concepções conflitantes sobre a natureza do *common law*. De um lado, a visão que ele considera predominante e inadequada (relacionada ao positivismo jurídico) para a qual os sistemas jurídicos dessa tradição são sistemas de regras, nos quais seria possível estabelecer o conteúdo do direito por meio dessas regras. Por outro lado, a concepção de que esses ordenamentos são sistemas de direito costumeiro, definido como um corpo de ideias tradicionais recepcionadas por um corpo de especialistas com poder para tanto.

A teoria positivista pode ser dividida em duas espécies, uma forte e outra fraca, com ambas tendo em comum a busca por um entendimento racional necessário ao sistema jurídico. Embora a segunda abandone o entendimento segundo o qual a norma emana de um criador com poderes para tanto (em um sentido de soberano defendido por Austin), ambas as espécies mantêm em comum a existência da sistematicidade necessária implícita ao ordenamento. A visão positivista fraca, segundo Simpson (1973, p. 81), percebe qualquer sistema jurídico do *common law* como um conjunto de regras, similares a um código, que foi positivado por alguém com poder para tanto e deve sua condição jurídica a esse fato. Sua validade seria verificada por meio de um teste que remeta a uma regra última de reconhecimento⁶¹ (HART, 1994), de modo que os conteúdos desse código satisfaçam o referido teste. Contudo, afirma Simpson (1973, p. 83), a versão fraca do positivismo não consegue lidar com a ideia de um sistema no qual haja regras que não foram estabelecidas por ninguém. É exatamente isso que acontece nos sistemas do *common law*.

Nesse sentido, Simpson (1973, p. 86-87) defende que as regras do *common law* desfrutam do *status* que possuem não graças às circunstâncias da sua origem, mas por causa da continuidade de sua recepção. Obviamente é verdade que juízes são agentes voluntários, no sentido de exprimirem suas vontades na forma de adjudicação, mas o

⁶¹ Simpson (1973, p. 84) reconhece que Hart deixou a questão em aberto ao dizer que em um sistema jurídico complexo existiria a possibilidade de o critério de validade das normas incluir práticas costumeiras, declarações gerais de agentes específicos e decisões jurídicas anteriores somando-se a textos autoritativos e normas legisladas. Porém, como a teoria hartiana não se debruça sobre a relação dessas fontes com a regra última de reconhecimento, não ficou claro como o *common law* se adequa à sua visão de positivismo jurídico.

direito que criam possui autoridade de forma variada e incerta, e os precedentes não são o mesmo que normas legisladas. Normas do *common law* são resultado de uma sucessão de decisões caóticas que precisam ser aceitas por sua capacidade de convencer racionalmente os demais.

A natureza do *common law*, segundo a concepção clássica de Simpson, passa por entendê-lo como um conjunto de práticas jurídicas e ideias sobre o direito compartilhadas por um conjunto de participantes com poder para definir o direito. Precedentes têm o intuito de servir de guias para a determinação racional de disputas que chegam aos tribunais, e não como correntes que amarram a evolução jurisprudencial. A noção de continuidade e coesão é dada no nível de aceitação das proposições, tendo a capacidade argumentativa a função de obter o convencimento necessário.

As decisões pretéritas servem mais como baliza de conformidade do que como um parâmetro de controle. Como regras de gramática, as práticas dessa tradição tentam simultaneamente descrever e sistematizar a si mesmas, já que as noções de adequabilidade e normalidade em parte se confundem. Elas são inerentemente corrigíveis por serem sempre modificáveis a partir de seu próprio uso cotidiano (SIMPSON, 1973, p. 94).

Nesse sentido, é possível apontar a existência de um projeto político implícito ao *common law*, ideia que será defendida ao longo desta seção. Tal como as normas programáticas constitucionais, esse projeto não deve ser entendido como um objetivo explícito, mas sim como um conjunto de valores compartilhados que orientam o exercício das práticas sociais que pautam as práticas jurídicas do sistema. O mérito da concepção clássica, brevemente apresentada nos parágrafos anteriores, está exatamente em explicar a tradição do *common law* dessa forma – ao menos em âmbito infraconstitucional. Sem aceitar a importância da noção de construção por meio das práticas dos participantes, é impossível descrever e entender boa parte do *common law*, mesmo usando uma metodologia positivista.

Assim, a seguir trabalhar-se-á a visão de três autores que compartilham da ideia de um projeto político implícito nas práticas dos sistemas jurídicos inerentes a essa tradição. Eles são: Gerald Postema, que acredita que o raciocínio jurídico do *common*

law se pauta pelo uso da analogia associado à ideia de confiança e mútua reciprocidade; Frederick Schauer, que acredita que o uso de precedentes, embora um fenômeno posterior na sua história, tem papel preponderante na associação das ideias de autoridade e continuidade; Jeremy Waldron, que enfatiza que, na relação entre as doutrinas de *stare decisis* e *rule-of-law*, há relações mais profundas do que organizações procedimentais, sendo possível desenhar um projeto comum inerente a todos os sistemas jurídicos que compartilhem certas premissas.

Isso posto, pretende-se demonstrar que Raz errou em sua avaliação sobre o modelo *rule-plus-exception*, e o estreitamento do uso de precedentes não é conceitualmente relevante por simplesmente não ser necessário. A ideia é sustentar a hipótese de que o erro ao criar o *rule-plus-exception* está em não considerar a forma como os participantes dos sistemas *common law* entendem as suas próprias práticas jurídicas, afetando como eles conceitualmente as entendem. Ao fazer uso da concepção positivista de *common law*, Raz erra no uso da sua própria metodologia, avaliação moral indireta, e cria um modelo ao mesmo tempo não descritivo nem prescritivo.

4.2 Sistemática e atuação consciente: a visão de Gerald Postema

A visão de Postema sobre a sistematicidade do direito se enquadra indubitavelmente na concepção clássica de *common law*. Porém, ele reconhece que tal visão conceitual sobre a sistematicidade é fortemente influenciada pela teoria positivista a respeito da questão, emergindo a partir das suas críticas.

Postema define a visão de sistema jurídico no positivismo moderno baseada nas características mutuamente influenciáveis de pertencimento comum e de estrutura formal. A primeira se refere à noção de que normas jurídicas se relacionam como membros de um mesmo sistema, determinado por uma origem comum – em uma versão austriana, comando do mesmo soberano. A essa ideia, Hart acrescenta que a condição de “co-membros” de um sistema está vinculada à aceitação, pelos agentes públicos, conforme a regra última de reconhecimento coletivamente praticada por *officials* (POSTEMA, 2014, p. 76).

A segunda (estrutura formal) está ligada à ideia de que a estrutura de determinação sistêmica do direito em uma determinada jurisdição é uma função de sua institucionalização (RAZ, 1979, p. 123-148), ordenando os níveis distintos dentro do sistema bem como estabelecendo as relações de dependência entre eles. Postema (2014, p. 77) destaca que, na teoria positivista, a noção de cadeia de validade é fundamental, apresentando uma ligação entre as normas em um importante sentido formal – mas não substantivo ou discursivo, ao menos no positivismo jurídico tradicional de Austin e Kelsen.

Para ele, porém, visões modernas do positivismo, ao contrário do positivismo tradicional, não entendem o direito como um amontoado de normas despejadas aleatoriamente a partir das fontes sociais; o direito não seria o produto do exercício isolado da vontade do soberano (WALDRON, 2008, p. 203). Uma descrição mais próxima de sua natureza é, portanto, um conjunto de normas organizado em um sistema de relações recíprocas associado com a vigilância e manutenção por parte das instituições governamentais, fazendo algumas normas dependerem das outras dentro do sistema (POSTEMA, 2014, p. 78). A supremacia constitucional é um exemplo dessa ideia de relação hierárquica.

Essa visão positivista moderna de sistematicidade é mínima: suas relações são formais e baseadas na noção de normas de conteúdo independente, cuja normatividade deriva da sua origem e não do seu conteúdo moral, de modo que sua condição está conectada com o fato de emanarem da autoridade e não com suas múltiplas relações por meio da justificação racional. Essa crítica aplicada a Raz, contudo, só é em parte verdadeira, pois a racionalidade tem notável função na legitimação do direito, mesmo que seja mais subjetiva do que objetiva⁶².

Ademais, Raz posiciona-se contra a visão até então estabelecida por Austin, Kelsen e Hart, na medida em que defende que o sistema jurídico deve ser entendido como uma teia intrincada internamente de normas interconectadas, na qual uma depende da existência da outra ou é afetada pela sua existência/aplicação (RAZ, 1970, p. 183). Postema nota que para a teoria raziana sobre sistemas jurídicos, muitas normas definem

⁶² Seção 2, página 26.

condições performativas para outras normas, como por exemplo uma lei que determina que todas as normas do sistema só se aplicam a atos executados em determinado território (RAZ, 1970, p. 178; POSTEMA, 2014, p. 79).

Para Postema, embora essa visão refinada de positivismo moderno contribua para o aprofundamento do estudo da noção de sistema jurídico, não se aprofunda na ideia fundamental de modificação do sistema pela adição de novos elementos, como normas legisladas, atos administrativos ou decisões judiciais. Na visão de Waldron (2008, p. 34), essas modificações têm a capacidade de afetar o próprio corpo do direito (*corpus juris*), na medida em que toda mudança provoca alterações jurídicas, afetando o equilíbrio dinâmico do sistema, o qual é sempre modificado pela adição de novas variáveis.

Por essa perspectiva, o *common law* apresenta como característica inerente à sua condição necessária de sistema jurídico uma dinâmica própria, chamada por Waldron de sistematicidade fatural (*de facto systematicity*). Ela é baseada na ideia de existência de forças internas, emanadas dos participantes, que buscam equilibrar o sistema cada vez que ocorre alguma modificação. Essas forças estão vinculadas ao caráter discursivo fundamental do direito, função ligada ao conteúdo das normas jurídicas e à dualidade entre razões dadas e razões fornecidas inerentes a esse discurso. A busca do equilíbrio é, pois, uma atividade e produto da razão prática discursiva (WALDRON, 2000, p. 40). Normatividade, no contexto da tradição do *common law*, se refere à capacidade de convencer os participantes do debate público da força argumentativa da respectiva norma legal somada ao sistema jurídico em questão.

Acrescenta Postema que essa demanda normativa por integridade sistêmica é essencial ao direito⁶³ pois todas as normas são co-membros de uma ordem jurídica comum. Normas conflitantes, por exemplo, devem ser harmonizadas conforme elementos institucionais presentes no próprio ordenamento. O que as disputas jurídicas deixam claro é que não são os conflitos de normas que demandam a integração sistêmica; os conflitos devem ser acompanhados pela suposição implícita e explícita de

⁶³ Embora não haja nenhuma citação explícita, acredita-se que Raz não entende a busca de integridade como uma característica essencial ao direito (*nature of law*), apesar de ela ser, sem dúvida, uma característica valiosa a qualquer sistema jurídico comprometido com práticas sociais pluralistas, ao menos nas sociedades democráticas ocidentais (*our concept of law*). Ela leva em consideração a perspectiva dos participantes por meio de conceitos compartilhados e está inserida em uma cultura pública com uma razão pública acessível a todos (RAZ, 1994, p. 64).

que essas normas pertencem ao mesmo sistema. Assim, a característica de pertencimento comum defendida pelos positivistas – embora seja ligada a uma noção de sistematicidade mais estreita do que a aplicada no *common law* – está fortemente ligada à ideia de normatividade sistêmica fatural que, por sua vez, leva a uma demanda normativa por integração (POSTEMA, 2014, p. 82).

Ademais, Postema acrescenta que a teoria positivista é incapaz de enxergar a dimensão estrutural de tempo. Mesmo se preocupando em explicar a identidade e unidade do sistema jurídico, com ênfase na perseverança no tempo por meio de sua doutrina de validade (origem e reconhecimentos comuns por meio de prática dos agentes públicos), ela está atrelada a uma explicação de tal fenômeno por meio do uso de fatias temporais, chamadas de *time slices of a legal system*, sendo a análise isolada de momentos jurídicos específicos. Porém, para Postema (2014, p. 83-84) a continuidade não pode ser entendida como uma sequência de proposições abstratas de momentos separados sem uma espécie de consciência racional de manutenção e modificação do sistema jurídico ao longo do tempo.

Hart tenta escapar desse problema por meio da vinculação das práticas jurídicas à atuação de agentes públicos aplicadores do direito. Contudo, essa convergência de comportamento e atitudes são atos temporalmente específicos, que, em caso de mudança, levam à criação de um novo ordenamento, não explicando a continuidade sistêmica. Raz (1970, p. 189), em contrapartida, é mais bem-sucedido, ao sugerir que essa continuidade está ligada à continuidade da sociedade servida e governada pelo sistema jurídico, além de recentemente afirmar que as regras advindas de precedentes do *common law* (*legal doctrine*) são o elemento responsável por manter unidade sistêmica (RAZ, 2009, p. 233).

Postema (2014, p. 13) afirma que o *common law* só pode ser explicado pela continuidade do processo de construção e reconstrução do sistema e, a partir daí, traz os primeiros esboços do que seria a sua concepção do *common law* clássico. Essa concepção entende que normas existem como membros não por sua origem comum, mas pela forma com que são praticadas. Apesar de introduzidas por algum meio de positivamente previamente previsto, é por meio da incorporação ao corpo do *common law* que elas são plenamente integradas (HALE, 1971, p. 43) à rede discursiva de normas

que fornecem estrutura, conteúdo, direção e disciplina à prática diária do raciocínio jurídico. As regras e normas do *common law* são, de acordo com essa visão, o produto (buscam encontrar força e validade) do seu “uso razoável”, ou seja, da prática comum de raciocínio deliberativo por meio do uso consciente, constituído e confirmado de um processo público de raciocínio prático onde problemas práticos do dia a dia da vida social são identificados e resolvidos por membros do corpo jurídico (POSTEMA, 2014, p. 14).

Essa concepção clássica de sistema não é somente lógica ou resultado da experiência, mas está fortemente vinculada à ideia de que normas existem dentro e por meio da execução disciplinada e comum do raciocínio prático deliberativo, seja ele: pensado conjuntamente, no sentido de buscar resolver problemas com devida consideração pela justiça e bem-comum; discursivo, no sentido de uso de práticas argumentativas que se pautem pela construção de regras com base na Razão; comum, no sentido de propiciar a capacidade de indivíduos agirem em conjunto, em um aprendizado contínuo por meio da prática comum; jurídico, no sentido de estruturado pela atuação jurídica compartilhada por meio de precedentes de conhecimento público; disciplinado, focado em casos concretos solidificados em decisões passadas; estruturado por meio raciocínio analógico, viabilizando uma consciência plena da dimensão temporal do direito, no sentido de função prática da organização e coordenação social inerentes à comunidade em questão (POSTEMA, 2014, p. 15).

Essa concepção, segundo Postema, tem raízes na teoria do direito implícita no desenvolvimento histórico do *common law*, em grande medida baseada na convicção de que reflexões teóricas têm um papel primordial no enriquecimento e na manutenção do caráter sistêmico do direito.

Contudo, como visto na seção anterior, Postema se pauta pela ideia central de que o direito tem uma função específica, no caso, promover a coordenação social, que aqui chama de orientação normativa (*normative guidance*), quer dizer, promover a adequação do comportamento humano ao Estado de Direito. Partindo da premissa de que regras e razões devem ser conectadas internamente, o direito tem a função de oferecer diretrizes para agentes racionais pautarem suas ações. Essas orientações, como dito, não podem ser aleatórias, mas devem ser pautadas por uma lógica interna

que possa ser identificável pelos sujeitos ao direito, havendo um espaço normativo em que os componentes se encaixam mutuamente (POSTEMA, 2014, p.15-16).

Essa orientação normativa é necessariamente pública, uma vez que é direcionada para o público de agentes racionais que pretende guiar. Esses agentes atuam em um contexto de ampla independência prática no qual o caráter e as consequência de suas ações dependem, em grande medida, de como são percebidas, entendidas e antecipadas por outros com que interagem, o que também depende de como os emissores se fazem entender pelos agentes. Logo, o espaço normativo deve ser publicamente inteligível, ao menos para tornar a aceitação pública possível (POSTEMA, 2014, p. 17).

Por fim, a orientação normativa, segundo Postema (2014, p. 17), é necessariamente plenamente consciente do caráter temporal do direito, pois ações intencionais e inteligentes necessariamente se desdobram ao longo do tempo, dando um formato com significado para os sucessivos momentos pelos quais se movem. Dessa forma, embora exista uma busca por unidade de entendimento entre os diversos agentes racionais, é possível a existência de discrepâncias interpretativas. No entanto, discrepâncias racionalmente demandam reconciliação, de modo que as partes devam trabalhar em conjunto para acrescentar algo ao sistema, e não para enfraquecê-lo .

Para Waldron (2008, p. 35), assim como diferentes partes de uma mesma norma devem ser lidas em conjunto, como se estivessem contribuindo para um propósito comum, diferentes atos emanados pelo legislativo devem ser trabalhados conjuntamente para alcançar uma prática coerente mais ampla, em busca da coerência prática. Ela é fruto de um esforço racional de deliberação pública, almejando uma atuação integrada de suas peças por meio da preocupação contínua por um encaixe comum.

4.3 Precedentes e positivismo presumido: a visão de Frederick Schauer

Em uma descrição das práticas dos sistemas jurídicos do *common law*, Frederick Schauer (1989, p. 455) estabelece quatro características peculiares que diferenciam esses sistemas dos demais. A primeira remete à ausência de qualquer distinção prática entre a positivação de normas por meio de precedentes vinculantes e legislaturas, sem

hierarquia entre normas – embora haja um princípio de soberania do Parlamento em alguns sistemas. A segunda trata de o fato da regra advinda de precedentes (*ratio decidendi* que se torna vinculante) não ser emanada de legisladores, mas de cortes simultaneamente à sua aplicação. A terceira faz referência ao fato de o seu uso ocorrer dentro dos, e para os, casos concretos, retrocedendo a fatos anteriores às próprias regras. E a quarta diz respeito às cortes criarem direito não só quando inexistente norma regulatória, mas também substituindo e modificando o que já existe como norma positivada (SCHAUER, 1989, p. 455).

Desse modo, essas características específicas combinadas geram duas dificuldades teóricas na visão de Schauer: a aparência de que o sistema jurídico permite que as regras de seus precedentes vinculantes sejam refeitas durante o processo de aplicação, fazendo com que a vinculatividade aparentemente desapareça, porquanto as regras poderiam ser construídas aleatoriamente; o fato de os valores que guiam as cortes em modificações ou descartes dessas regras serem morais, econômicos, sociais e políticos, fazendo com que, em um domínio valorativo tão amplo, o papel do Judiciário não se restrinja a nenhum parâmetro específico.

Schauer aponta, portanto, uma tensão aparente entre a visão de sistema jurídico com um papel forte dos julgadores, que desfazem e reconstróem os precedentes consoante sua interpretação do caso, e a ideia de compatibilidade disso com o Estado de direito (*rule-of-law*). Contudo, Schauer afirma que esses mesmos sistemas adotam práticas que eliminam tal contradição aparente, sendo influenciados por meio da troca de experiências entre participantes, incluindo os advogados. Os precedentes vinculantes, afinal, não dão poder para as cortes além das práticas sociais adotadas em cada sistema jurídico. Porém, explicações teóricas mais aprofundadas são necessárias para uma melhor compreensão desse mecanismo de criação do direito.

Malvin Eisenberg (1988, p. 4-5), por sua vez, tenta criar um modelo para explicar a atuação das cortes no *judicial lawmaking*. Ele nota que as cortes dificilmente tratam a questão de criação de direito no *common law* como algo no que deveriam se conter. Ao contrário, assumem essa tarefa criativa ao máximo, naquilo que lhes permitem as legislaturas. Mas, ao continuamente criarem direito, esbarram na demanda constante por fornecimento de regras jurídicas (*legal rules*), que não pode ser unicamente suprida pelos

legisladores. Isso é explicado pela existência de dois tipos de proposições usadas no processo de adjudicação: as doutrinárias e sociais.

As proposições doutrinárias são aquelas que estabelecem regras jurídicas com base em fontes textuais legisladas ou precedentes positivados, ao passo que proposições sociais são, em suma, todas as demais, incluindo proposições morais (EISENBERG, 1988, p. 1). Schauer lembra que essa divisão remete à distinção positivista entre direito e não direito, mas não se confunde com ela, pois o positivismo jurídico não é uma teoria que existe para defender a separação necessária entre direito e moral. Em vez disso, trata da capacidade de identificar um domínio normativo (*normative domain*) menor e distinguível em relação ao universo normativo (*normative universe*) como um todo. Assim, questões sobre a existência desse domínio são comumente obscurecidas e não iluminadas por uma suposta coincidência entre uma distinção direito/moral e outra direito/não-direito (SCHAUER, 1989, p. 460).

Uma proposição doutrinária, segundo Eisenberg, pode incorporar um componente moral, mas uma proposição social pode não ter componente moral algum. Nessa visão de positivismo, portanto, o debate não é sobre direito/moral, mas sim um debate descritivo sobre se em um ambiente decisório específico (algum sistema jurídico), as normas de decisão vão consistir apenas (ou em grande medida) em um conjunto de regras com origem identificável não coexistente com outro conjunto de normas usados comumente pelo julgador no sistema jurídico (EISENBERG, 1988, p.15; SCHAUER, 1989, p. 461).

Aqui existe uma referência à noção de regra última de reconhecimento hartiana, entendida como uma prática social compartilhada por egressos das faculdades de direito e das associações de advogados de cada país da tradição do *common law*. Essas inter-relações sociais de grupos produzem diferenciações entre normas sociais e normas jurídicas, mas o que faz sentido em uma nem sempre tem o mesmo significado na outra.

Ao contrário do que é defendido por realistas jurídicos, essa diferença não concede aos juízes a prerrogativa de criarem direito apenas de acordo com suas próprias convicções. Quando proposições doutrinárias excluem proposições sociais, deve haver uma justificação no âmbito doutrinário que estabeleça os motivos da limitação ao não se recorrer a proposições sociais. Para tanto, Schauer (1989, p. 464) afirma que o

positivismo de Eisenberg baseia-se na comunicação entre proposições doutrinárias e sociais, que se inter-relacionam na adjudicação. Especificamente no *common law*, a produção do direito permite aos juízes reconstruir as proposições doutrinárias existentes no momento da aplicação, e o que o distingue do direito codificado é exatamente a sua incompletude, já que nenhuma proposição doutrinária é imune a revisão.

Proposições sociais, dessa forma, fornecem os valores para modificações até aqui aplicáveis das proposições doutrinárias, no sentido de que aquelas estabelecem os parâmetros para o uso destas. Para Eisenberg (1988, p. 67-76), proposições doutrinárias devem ser usadas ou estendidas apenas caso alcancem certo nível de consistência com outras proposições doutrinárias no ordenamento e, mais importante, se forem compatíveis com as proposições sociais aplicáveis ao mesmo tipo de conduta. Caso contrário, a proposição doutrinária deve ser descartada se não passar em um teste de coerência social sobre as proposições sociais relevantes. Na maioria dos casos, porém, será reformulada se gerar resultados conflitantes (EISENBERG, 1988, p. 67-76).

A determinação da congruência social no *common law*, segundo Eisenberg (1988, p. 146-161), não ocorre simplesmente quando o juiz abandona ou reformula a proposição doutrinária, mas também quando a segue. Se o julgador, ao abandonar a proposição incoerente com base nessa condição, demonstra uma escolha, segui-la também é uma demonstração de sua opção por defender a coerência diante do sistema de proposições sociais em questão. Logo, decidir seguir ou abandonar a proposição doutrinária (direito do caso concreto) é uma prerrogativa do juiz do *common law* que só pode ser feita com base em uma análise das proposições sociais (fatores não jurídicos do caso concreto) envolvidas na questão. Assim, o discurso jurídico resultante da troca de informações e opiniões entre os participantes da construção do *common law* em determinado sistema jurídico serve como mediador das proposições sociais no âmbito das proposições doutrinárias.

Para Schauer, embora essa visão de *common law* esteja correta, cria um paradoxo aparente ao relegar as proposições doutrinárias – o direito positivado – a um papel secundário, já que os juízes têm a discricionariedade (o poder) de criar e modificar o direito conforme sua própria interpretação. Em contraste, sugere uma visão menos radical do papel do direito positivado, que chamou de “positivismo presumido”. Ali,

proposições doutrinárias regulam a situação presumida, mesmo inconsistentes com as proposições sociais.

Só quando o peso da inconsistência é irresistível, a presunção se desfaz. Assim, a presunção se baseia na capacidade dos participantes de aceitar a decisão que, dados os fatos do caso concreto, é equivocada, mas deve ser mantida a não ser que razões suficientemente fortes existam para a superação. A força da presunção faz com que tribunais afirmem decisões que acham incorretas, ou júris absolvam aqueles que parecem culpados, ou mesmo juízes apliquem precedentes dos quais discordam (SCHAUER, 1989, p. 470).

Isso porque, Schauer (2002, p. 17-37) entende que, no *common law*, o raciocínio a respeito de precedentes funciona a partir da concepção de razões entrincheiradas para ação, ou seja, as regras que fundam os precedentes (*rationes decidendi*) devem ser consideradas como mais fortes que as demais em sentido contrário, só sendo possível sua superação caso existam novas razões no caso concreto que consigam afetar o balanço racional até então vigente.

É importante entender que Schauer (2009, p. 61) é defensor da visão tradicional de precedentes como regras (*precedents-like-rules*), no qual ambos não se confundem, mas têm muito em comum, funcionando por uma mesma lógica de permanência ou superação, caso se entenda que são as mais adequadas para resolver o caso concreto. Todavia, ao contrário da visão clássica, a dinâmica dos precedentes não atua exclusivamente com base no raciocínio por analogia, mas está vinculada ao caráter autoritativo do precedente. Seguir o precedente é, em grande medida, estar vinculado hierarquicamente a decisões tomadas por outras cortes, ao passo que na analogia existe uma liberdade de escolha mais ampla (SCHAUER, 2009, p. 90). Nesse sentido, o suposto problema do excesso de autonomia do julgador diante do direito positivado desaparece, já que a natureza do *common law* delimita a discricionariedade pela necessidade de superação do ônus argumentativo que se apresenta quando o juiz resolve recriar o direito por meio de decisões.

Schauer critica a visão caricatural na qual seria possível na tradição do *common law* que o sistema jurídico funcionasse “em sua mais pura forma”, com o sistema trabalhando sem codificações e com somente produção normativa judicial baseada em

precedentes vinculantes (*case-by-case*). Para ele, essa imagem não existe no mundo real, pois mesmo nos primórdios do *common law* inglês, normas legisladas (*statutes*) tinham papel primordial (SCHAUER, 2009, p. 105). Nos dias de hoje, tanto nos Estados Unidos, quanto na Índia, Israel ou África do Sul, talvez nenhum aspecto da lide é desprovido de regulação por normas legisladas. Os juízes do *common law*, em todos os aspectos do direito, estão quase sempre sujeitos tanto a normas editadas pelo parlamento quanto a precedentes estabelecidos por cortes, mesmo que passíveis de interpretação jurídica (BARBERIS, 2017, p. 241).

Longe de capturar apenas importantes aspectos da adjudicação, essa antiga concepção sobre o *common law* se relaciona com a própria concepção de direito e sistema jurídico trabalhada nesta tese. Debruçando-se sobre esse problema, Schauer retoma o desafio lançado por Bentham: o *common law* é de fato direito? (*Is Common law really law?*) A sua resposta para o desafio benthamiano é que o *common law* é direito na medida em que tem regridade (*ruleness*), ou seja, a partir do momento e na medida em que o *common law* trata seus precedentes como regras, ele ainda será capaz de ser caracterizado como direito (SCHAUER, 2009, p. 119).

Embora tenham ocorrido diversas mudanças na estrutura dessa tradição jurídica, o autoquestionamento sempre foi sua principal característica. Isso porque, embora os advogados em regra acreditem que perguntas como "É x direito?" admite apenas uma resposta binária do tipo sim ou não, dependendo das fontes de cada sistema jurídico, tal postura não resume a verdadeira natureza do *common law*. Em contraste, a visão de Schauer deixa bem claro que a questão deve ser "O que é a lei?" (*quid ius?*), pois o papel do juiz é identificar o direito, por mais complexas que sejam suas formas, e aplicá-lo de acordo com as necessidades do caso concreto (BARBERIS, 2017, p. 242).

Nesse sentido, Schauer (2009, p. 171) se preocupa em mostrar que nessa tradição tanto regras quanto precedentes atuam de forma semelhante (mesmo que não absolutamente idênticas), de modo que as regras de *common law* se desenvolvem incidental e gradualmente, formando um sistema jurídico único e singular capaz de decidir casos concretos por seu próprio raciocínio.

4.4 A *stare decisis* e o *rule-of-law*: a visão de Jeremy Waldron

Em uma explanação sobre o estado de direito (*rule-of-law*) na tradição do *common law*, Jeremy Waldron destaca, assim como Schauer, a importância de entender o uso de precedentes como algo mais focado no futuro do que no passado, havendo uma conexão argumentativa necessária entre as decisões no tempo (SCHAUER, 1987, p. 572). Isso porque, embora fundado em decisão prévia, qualquer precedente se baseia em razões que devem ser consideradas pelo julgador subsequente, de modo que estabeleçam certas responsabilidades para aqueles que ainda estão por vir (WALDRON, 2012, p. 2).

A noção de *rule-of-law* requer que as pessoas em posição de autoridade exerçam seu poder em um contexto regido por normas públicas acessíveis a todos, em vez de preferências e ideologias pessoais. O contexto dessas normas públicas deve fornecer a base de uma responsividade (*accountability*) para o poder das autoridades. Isso requer também que as leis iguais para todos, de modo que se tornem acessíveis para a população de forma clara, pública, estável e prospectiva. Por fim, existe a demanda de que as penas impostas às pessoas pelo Estado se deem por procedimentos jurídicos imparciais e que as pessoas tenham acesso ao Judiciário para resolver suas disputas e garantir um governo satisfatório, de modo que seu poder se justifique (moralmente) (WALDRON, 2012, p. 3-4).

Waldron traça o controle exercido pelo *rule-of-law* como algo diverso das regras gerais de precedentes, já que o ponto central não é a consistência, como na lógica de *rationes decidendi* vinculantes, mas de um princípio que comanda juízes para atuarem unidos no intuito de articular, estabelecer e seguir normas jurídicas gerais. O *rule-of-law* é acima de tudo um ideal político reafirmado pela unidade intertemporal das decisões (WALDRON, 2012, p.4).

Esse ideal impediria o que Waldron chama de *rule of man*, entendida como a arbitrariedade advinda de decisões pessoais que se sobrepõem à coletividade. As decisões se legitimam como uma única voz, apesar das diferenças inerentes a opiniões subjetivas. Em *Planned Parenthood v. Casey*, a Suprema Corte estadunidense deixa bem claro o que isso significa:

Like the character of an individual, the legitimacy of the Court must be earned over time. So, indeed, must be the character of a Nation of people who aspire to live according to the rule-of-law. Their belief in themselves as such a people is not readily separable from their understanding of the Court invested with the authority to decide their constitutional cases and speak before all others for their constitutional ideals (USA, 1992, p. 866-868).

Embora a legitimação judicial não seja um argumento intrinsecamente ligado ao *rule-of-law*, demonstra como a constante alteração de precedentes pode ser um problema quando motivada por uma despreocupação em relação a argumentos justificatórios perante a sociedade. É exatamente aí que pode existir um conflito entre o que é defendido por Waldron e a dinâmica tradicional do *stare decisis*. Essa doutrina não é absoluta, havendo o mecanismo do *overruling* para superar precedentes indesejados, mas a partir do momento em que torna solidificado um entendimento pretérito, pode tornar mais difícil para futuras gerações aplicar o direito como o entendem (WALDRON, 2012, p. 6-7).

Um exemplo disso é o *stare decisis* tornando mais duro aos indivíduos seguirem o dever de fidelidade à sua visão do que é melhor, na medida em que os empurra em direção a leituras equivocadas somente por elas terem sido estabelecidas assim anteriormente, entrincheirando uma decisão passada. É bom esclarecer que essa doutrina nem sempre atua dessa forma, já que também pode solidificar uma decisão na direção correta. Waldron, nesse sentido, cita que tanto no contexto constitucional quanto ordinário, a regra do *stare decisis* pode ser servo ou oponente do *rule-of-law*, mas o entendimento da questão da previsibilidade se faz primordial quando existe a oposição entre essas duas doutrinas (WALDRON, 2012, p.8).

O uso da *stare decisis* para proteger a noção de previsibilidade é uma ideia complexa e deve levar em consideração dois aspectos que a constituem: a prática jurídica e a tomada de decisões jurídicas devem ocorrer de tal forma que deem origem a expectativas; e essas expectativas, em grande medida, devem ser respeitadas por outros julgadores. Esses dois elementos estão intrinsecamente conectados; desconsiderar qualquer um deles faz com que a aplicabilidade do princípio desmorone. Waldron (2012, p. 11) também cita a necessidade de que o julgador subsequente tenha feito algo que o julgador prévio já fizera, inferindo e aplicando a vinculação da *ratio decidendi*, para que seja possível formar alguma base da expectativa. Assim, esse processo não pode

começar a menos que algum julgador prévio faça algo para apresentar sua decisão de forma que permita ao julgador subsequente trabalhar nela, continuando sua empreitada (WALDRON, 2012, p. 11).

Portanto, o julgador precedente deve articular sua decisão com ênfase em termos de um princípio geral que possa ser tido como *ratio decidendi* e permita ser levado em consideração por futuras gerações. Mas ao fazer isso, essa tarefa só terá sentido se ele esperar que sua atuação ocorra em cooperação, respeitando as expectativas (mas não necessariamente aceitando o que foi decidido) e participando da criação e sustento das expectativas enraizadas em decisões como aquela. É bom deixar claro que pessoas não formarão expectativas só porque um juiz fez uma tentativa explícita de criá-las, mas sim após esperarem para verificar como os juízes subsequentes responderão a essa tentativa (WALDRON, 2012, p. 12).

Contudo, para Waldron, existem duas situações nas quais juízes subsequentes podem se envolver e que acabam minando a previsibilidade em um sistema jurídico: não notar o que o julgador subsequente fez em sua decisão, decidindo casos sem pensar naquilo que foi pensado anteriormente; e mesmo depois de a decisão pretérita já ter se estabelecido como base de futuras expectativas, achar que podem melhorar a decisão somente com suas opiniões sobre ela. Nesse sentido, a fidelidade que o julgador deve ter com seu predecessor nos sistemas do *common law* passa pelo reconhecimento de que o juiz subsequente de hoje será o prévio de amanhã e, embora haja um grau de incerteza em toda decisão dessa tradição, a consciência de pertencer a uma linha contínua, com responsabilidades compartilhadas, faz toda diferença.

A tradição do *rule-of-law* não trata a previsibilidade como algo que funciona no tudo ou nada, mas, ao contrário, defende procedimentos e permite modos de argumentação que tornam o direito mais indefinido e controverso do que seria em um contexto no qual a previsibilidade é um valor preponderante (MACCORMICK, 2005, cap. 2). Assim, os precedentes são seguidos algumas vezes e outras não, sem que ninguém saiba com antecedência qual será o caminho a ser percorrido. A flexibilidade é a marca definitiva dos sistemas do *common law* e é vista como a melhor forma de construir o direito para a maioria dos seus participantes (ao menos no nível infraconstitucional).

Se a busca for por previsibilidade no direito, o melhor modelo, sugere Waldron (2012, p. 13), é o estudo dos perfis políticos dos juízes que ingressam no sistema, à moda dos realistas jurídicos. Ter a garantia de que um juiz está alinhado com determinada agenda é muito mais eficiente do que qualquer precedente que possa vir a ser mencionado.

Conquanto possa parecer que a atitude do juiz prévio que objetiva que sua decisão se torne fundamento de julgados futuros deva apenas estabelecer uma opinião fundada em razões fortes o suficiente, de modo que a base seja articulada como uma norma geral a ser seguida, Waldron (2012, p. 14) vê essa postura meramente procedimental como insuficiente para convencer aqueles que se opõem à ideia de precedentes vinculantes. Para entender o verdadeiro sentido da ideia de *rule-of-law*, a questão não é “qual é a melhor maneira de resolver o caso”, mas “o que o direito requer nesse caso”.

Assim, surge outro problema: como os julgadores devem usar a moralidade para solucionar o caso concreto? Waldron critica levar essa questão para o âmbito da adjudicação, em um simples choque positivismo X não positivismo, uma vez que essa situação se vincula muito mais com teorias da justificação do direito. O grande problema seria por que a solução moral do juiz prévio deveria vincular o juiz seguinte, se ela é na opinião dele equivocada, tanto no caso original como no novo caso?

Neil MacCormick (2005, p. 144) aborda muito bem o argumento exposto até aqui ao afirmar que o entendimento da ideia de precedente no *common law* só se faz possível diante de uma teoria da justificação jurídica adequada, capaz de explicar a adesão a uma decisão pretérita por meio da força do melhor argumento. Isso porque somente com base nos tipos de razões justificatórias usadas para fundamentar decisões judiciais é possível saber os elementos necessários para entender o uso de um precedente judicial por aqueles que tomam as decisões.

Aqui, Waldron adota uma perspectiva muito próxima daquela defendida por Dworkin (1986, p.225-275), segundo a qual o intérprete deve se manter em contato com o direito, tentando compreender os fundamentos do caso concreto de uma maneira racionalmente ligada a princípios previamente estabelecidos, políticas públicas, regras e diretrizes jurídicas, buscando o melhor entendimento do direito implícito a um caso como

aquele, dado que o direito existente não o determina direta ou indiretamente. Destarte, o *rule-of-law* requer que o julgador mantenha uma constante conexão com o direito, pois é seu dever descobrir/construir uma resposta jurídica mesmo que o sistema jurídico não tenha parâmetros preestabelecidos para solucionar completamente a questão. Decidir o caso com base na moralidade seria submetê-lo ao *rule-of-man* (WALDRON, 2012, p. 16).

Nesse ponto existe uma diferenciação considerável em relação à teoria de Raz, para quem o recurso à moralidade é elemento fundamental para preencher as lacunas inerentes ao direito, uma vez que mesmo juízes são humanos e que a tomada de decisões com base na moral é muito comum (RAZ, 2009, p. 183-189). Waldron (2012, p. 16), em contrapartida, argumenta que o juiz que estabelece o precedente, dentro da lógica do *rule-of-law*, deve pensar a si mesmo como decidindo em nome de toda a sociedade, não somente em seu nome e, não somente isso, decidindo como uma corte e sendo parte do judiciário.

Essa questão só pode ser entendida sob a perspectiva raziana fazendo remissão à já citada divisão entre natureza do direito (*nature of law*) e conceito de direito (*concept of law*) (RAZ, 2009, p. 33). O recurso à moralidade seria uma característica inerente a qualquer julgador, de qualquer sistema jurídico, não dependendo de nenhuma doutrina ou concepção específica de como o direito deve funcionar. Sua essência é descritiva em um sentido teórico (não empírico, mas conceitual), não havendo uma incompatibilidade entre características necessárias ao direito e a defesa de um modelo prescritivo, como o *rule-of-law*.

O *rule-of-law*, para Raz, é um modelo desejável na medida em que foi construído por um contexto social e histórico específico, mas que pode ser copiado e aderido por todos aqueles que se disponham a seguir as suas premissas. Porém, é exatamente pela natureza humana que o modelo ideal deve servir de meta, porquanto existe uma tendência inerente a um recurso à moralidade sem essa preocupação destacada por Waldron. É possível, todavia, apontar que ambos os autores concordam que a noção de *rule-of-law* demanda generalidade, não no sentido de que toda norma jurídica deve ser geral, mas de que a elaboração de toda ordem jurídica específica deve ser guiada por normas gerais (RAZ, 1979, p. 210; WALDRON, 2012, p. 18), que serão a base de novas decisões exatamente por terem maleabilidade advinda da sua generalidade. Desse

modo, uma das maiores funções do julgador prévio é deixar bem claro para as partes, e para o público, qual é a norma geral que justifica a decisão.

Para tanto, Waldron (2012, p. 24) e Raz (2009, p. 320) enfatizam que o poder das cortes de fundar precedentes é uma extensão do seu poder de autoritativamente resolver o caso concreto por meio do seu raciocínio interpretativo, que vinculará não só os litigantes, mas também futuras cortes inferiores e, a partir delas, toda a sociedade.

4.5 O erro de Raz no modelo *rule-plus-exception* e o *common law*

Como já visto ao longo das páginas anteriores, Raz se equivoca ao formular o modelo *rule-plus-exception*. Porém, somente a partir de agora será possível explicitar a natureza desse equívoco. O argumento central desse capítulo é apontar que Raz erra ao aplicar sua própria metodologia na análise das práticas dos sistemas jurídicos da tradição do *common law*. Mas antes é conveniente retornar a essa metodologia, para deixar a crítica mais clara.

Segundo a metodologia de Joseph Raz, descrita por Julie Dickson, o teórico jurídico deve buscar a elaboração de uma teoria da prática do direito por meio da consideração daquilo que é tido como importante, significante e fundamental das práticas jurídicas. Esses elementos necessários devem estar presentes em todo os sistemas jurídicos, por serem características universais ligadas à natureza do direito, mas nem toda característica presente nos sistemas jurídicos deve ser entendida como essencial. Elas devem, então, formar um modelo conceitual com base nas práticas e na autocompreensão da sociedade, sendo usado não para “ensinar” como é/deve-ser o direito, mas para ajudar essa mesma sociedade a entender suas práticas e optar pelo caminho que entender como mais adequado. A metodologia a ser adotada, por conseguinte, recebe o nome de avaliação moral indireta (*indirect moral evaluation thesis*), pois requer que o teórico reflita sobre a prática do direito e avalie seu caráter, em vez de se engajar em uma avaliação direta de normas ou precedentes específicos, como requerido pela metodologia direta de Dworkin e Finnis (DICKSON, 2001, p. 22).

Para Raz, a mais importante característica do direito é sua habilidade de fornecer uma resposta autoritativamente adequada a demandas sociais sem recorrer diretamente

a argumentos morais, sua teoria da prática jurídica se concentra em ampliar a praticidade do direito. A partir do momento em que o destinatário da prescrição jurídica se abrir a considerações morais, ele vai ameaçar o próprio caráter das razões protegidas – pois a função das razões protegidas é evitar a contagem dupla de razões –, de modo que não é permitido, na teoria raziana, que se faça qualquer consideração sobre o valor do conteúdo da norma no momento da identificação do conteúdo do direito. O que produz a normatividade, portanto, deve ser identificado somente por um teste descritivo, apto a identificar uma fonte social. A única forma de contestação, dentro dessa metodologia, diz respeito a se essas características são essenciais, o que será observado pela prática dos participantes em um determinado contexto (HALPIN, 2006, p. 78).

Assim, Raz pretende, como teórico, descrever conceitualmente as práticas da tradição jurídica na qual está inserido. Porém, encontra alguns obstáculos de importância considerável. Para Margaret Martin, a fluidez da tomada de decisões do *common law* – que muitas vezes é caracterizada como permitindo mudanças incrementais – não se encaixa facilmente no modelo positivista baseado em regras (MARTIN, 2014, p.33). Raz reconhece que o sistema inglês “combina o precedente com considerável flexibilidade porque permite que os tribunais, mesmo aqueles vinculados por decisões anteriores, distingam uma decisão anterior ao invés de segui-la” (RAZ, 1979, p. 112).

Para adaptar seu modelo de regras a essa tradição, Raz redesenha a distinção entre aplicação e criação de direito, em uma tentativa de capturar uma gradação mais matizada da questão. Essa distinção é complementada, fornecendo quatro possibilidades: A) aplicação da lei; B) modificação da lei; C) *overruling* (superação de precedentes); e D) preenchimento de lacunas. A segunda categoria destaca-se como primordial quando capta a mudança gradual que é característica do raciocínio do *common law*. Desse modo, Raz insiste que o ato de distinguir os casos deve ser uma forma mais restrita de criar direito pelo julgador se comparada ao modelo tradicional, envolvendo a adição de uma exceção a uma regra existente (RAZ, 1979, p. 186).

Nesse sentido: a regra modificada deve ser a regra estabelecida no precedente que é restrito pela adição de uma condição para sua aplicação; a regra modificada deve ser tal que justifique a ordem feita no precedente (MARTIN, 2014, p. 34). Esse é o modelo *rule-plus-exception*, entendido como uma tentativa descritiva de demonstrar quando o

jugador pode distinguir o caso presente de um pretérito apenas limitando as regras, mas não as estendendo. Isso porque, a extensão só é possível quando existe lacuna no direito, mas elas só aparecem quando o juiz é confrontado com uma disputa não regulada (RAZ, 1979, p. 186). É fundamental notar que a nova regra deve basear-se na antiga com a nova condição de restrição, explicando que 'A, B, C, então X é transformado em A, B, C, E, então X' (RAZ, 1979, p. 207).

Quando ocorre distinção, as condições anteriores da regra original são preservadas e essas condições tornam-se o alicerce da nova regra. O ato de distinguir, assim entendido, é uma forma limitada de criar direito. Martin (2014, p. 34) observa que a segunda regra, baseada na primeira, é constante, pois permanece praticamente inalterada pela nova decisão.

A segunda condição, afirma Martin, adiciona uma restrição ao processo de tomada de decisão, já que a regra modificada deve ter sido uma possível candidata para a decisão original. Esta segunda condição, como a primeira, ajuda a preservar a base de modelo de regras do direito adotada por Raz. Isso porque, caso a nova decisão possa justificar a antiga por meio da subsunção, então a antiga regra é preservada. Com um pouco de imaginação, a nova regra pode ser vista como meramente a aplicação do que poderia ter sido a original, adaptada a circunstâncias ligeiramente diferentes. Ademais, a visão de Raz do direito como um conjunto estável de regras que são capazes de servir de razões protegidas permaneceria consideravelmente intacta neste modelo de adjudicação (MARTIN, 2014, p. 34).

É importante frisar que Raz assume que os sistemas jurídicos do *common law*, como quaisquer sistemas jurídicos, são mais bem entendidos como um conjunto de regras. Embora a crítica central de Martin (2014, p. 35) seja de que a maioria dos aspectos da adjudicação nesses sistemas resistam a ser entendidos como um conjunto de regras, o verdadeiro erro da teoria raziana não está aí. Conquanto as regras tendam a apresentar um valor canônico derivado de formulação articulada (*X deve ser Y*) nos sistemas de *civil law*, no *common law* a *ratio decidendi* do precedente não precisa ser encontrada de forma formulada e definida (ou canônica), como no modelo de regras; a verdadeira importância das razões protegidas não está nessa fórmula, mas na sua capacidade de substituir razões individuais.

Nesse sentido, embora os seis especialistas hipotéticos que foram convidados a escrever uma doutrina de governo no *common law*, no exemplo de Simpson (1973, p. 88), possam descrever seis diferentes formulações da doutrina em questão⁶⁴, a ausência de uma regra definida não resultará na ausência de razões para ações autoritativas. Isso porque, caso o julgador consiga transformar qualquer uma dessas formulações na base de sua decisão e consiga convencer os demais julgadores da força de seu argumento, as razões protegidas estarão estabelecidas para o caso concreto, tendo força de racionalidade prática para os demais participantes do sistema jurídico, mesmo não vindo a ser total ou parcialmente consideradas.

Como visto ao longo da seção, no *common law* é mais importante que haja a compreensão mútua dos participantes do que regras definidas sobre o que deve ou não ser feito. Não se está aqui defendendo uma postura convencionalista simples, segundo a qual o direito é resultado apenas de convenções sociais, mas um sentido muito mais abstrato e geral no qual é necessário um conhecimento compartilhado mínimo sobre as práticas jurídicas compartilhadas, impedindo exatamente o argumento para o qual existe uma completa aleatoriedade na atuação dos participantes. Como Schauer (2009, p. 61) explica com propriedade, os precedentes se parecem com regras e têm pontos em comum, mas não se confundem com as regras. Assim, quando juízes e advogados compartilham um pano de fundo comum sobre diversas questões, o caráter preemptivo torna-se alcançável. Nesse âmbito, é possível, pelo menos em tese, que cada um dos participantes identifique as razões para ação envolvidas na decisão concreta.

Ademais, Margareth Martin (2014, p. 35) se equivoca ao criticar a noção de que precedentes poderiam ser classificados como um conjunto de regras, com base no argumento de que isso foge do ponto básico da teoria da decisão judicial, segundo a qual decisões de juízes são específicas de cada caso concreto (MARTIN, 2014, p. 35). Ao afirmar que o julgador que atua na criação de direito típica do *common law* não está

⁶⁴ Simpson (1973, p. 88) em uma tentativa de exemplificar a pluralidade interpretativa nos sistemas jurídicos da tradição do *common law*, usa um exemplo no qual seis especialistas foram convidados para formular uma doutrina sobre o governo e acabaram por desenvolver seis doutrinas diferentes sobre o mesmo tema. Porém, isso não significa a inexistência de razões autoritativas (razões para ação identificáveis emanadas de uma autoridade) nesse contexto, mas sim que o *common law* dá ampla discricionariedade aos julgadores para desmontar e reconstruir precedentes diante do direito previamente estabelecido.

estabelecendo regras, no sentido hartiano de comandos para ação (HART, 1994, p. 21), Martin repete o mesmo equívoco de Bentham e até Raz, ao elaborar o modelo *rule-plus-exception*. Embora Bentham esteja certo ao afirmar que os sistemas jurídicos do *common law* permitem uma atuação ampla e flexível do julgador, seu erro se evidencia pelo entendimento de que isso torna as decisões judiciais no *common law* aleatórias e impossíveis de basear a ação pessoal em racionalidade prática e permitir ao indivíduo identificar as razões práticas da autoridade.

Em grande medida, a ideia de incompatibilidade entre o *common law* e o positivismo jurídico como projeto político – no sentido de fornecer previsibilidade e segurança jurídica – aparece desde os primórdios da teoria do direito (*legal jurisprudence*). Postema (1986, p. 49) remete essa incompatibilidade até mesmo a Hobbes, para quem haveria um equívoco dos advogados do *common law* em substituírem suas próprias opiniões por precedentes estabelecidos por cortes anteriores. Isso não só violaria o monopólio real de criar *writs*, como também o propósito central do direito, que é promover estabilidade. Como as decisões formadas por meio de precedentes estariam sempre se chocando, o direito neles contido seria sempre indeterminado, e o raciocínio de muitos juízes invariavelmente permaneceria em constante conflito.

A partir desses marcos teóricos, Martin completa que, caso o raciocínio dos juízes seja discordante, torna-se muito difícil para o direito guiar a conduta da maneira que Raz supõe que isso aconteça. Segundo ela, a teoria raziana precisa de regras jurídicas (*legal rules*) para resolver o problema de como agir em um mundo cheio de desacordo, porquanto uma das funções-chave do direito, de acordo com Raz, é fornecer padrões publicamente verificáveis pelos quais os membros da sociedade sejam obrigados a estarem vinculados. Nesse sentido, eles não podem se desculpar pela não conformidade contestando a justificativa desse padrão (MARTIN, 2014, p. 36; RAZ, 1979, p. 52).

Martin, contudo, está equivocada por desconsiderar aquilo que vimos nas últimas páginas, ou seja, que o *common law* tem um projeto político implícito comum, muito embora o papel dos diversos atores envolvidos possa ser diferenciado dentro de um conceito de direito compartilhado. O mais importante é notar que existe uma noção de fidelidade ao direito compartilhado por todos os participantes que atuam na construção

do sistema jurídico. O que Waldron (2014, p. 31) chama de *rule-of-law* é exatamente esse projeto coletivo, lembrando que esse conceito não é exclusivo dessa tradição, mas que dela não pode ser dissociado.

Entretanto, esse erro foi inicialmente também partilhado por Raz. Sua tentativa de adaptar o modelo de regras à tradição do *common law* por meio do modelo que Martin posteriormente denominou de *rule-plus-exception* esbarra nas práticas essenciais dos participantes do *common law*, em grande medida ligado a noção de fidelidade ao direito como algo que demanda autocompreensão e disposição de participar de um projeto político predefinido e compartilhado, fenômeno que é delimitado pelos participantes determinantes de sua extensão e profundidade. Contrariando a própria metodologia adotada anteriormente, baseada na avaliação moral indireta, Raz ignorou que os fenômenos jurídicos não precisam ser avaliados diretamente pelo teórico jurídico, sendo suficiente uma avaliação indireta, em outras palavras, uma descrição conceitual de como a coletividade entende suas próprias práticas. Se seu modelo pretendia basear uma teoria adequada sobre algo, portanto, deveria levar em consideração as práticas tidas como importantes e fundamentais pelos participantes.

Não é isso que Raz faz ao criar a *rule-plus-exception*. Não por não ser empiricamente verificável, como sugere Margareth Martin, mas por desconsiderar que o contexto hermenêutico dos participantes do *common law* tem, como elemento essencial dos sistemas jurídicos, que estes mesmos sistemas sejam baseados em um conjunto de precedentes que atuam de maneira flexível e reconstruível. Embora desde Bentham exista uma oposição teórica a esse modelo, a prática é quase unânime na importância e vitalidade do mesmo. Todavia, para melhor entender o significado de conceito hermenêutico, bem como a capacidade de avaliá-lo de forma indireta, convém retornar a um exemplo dado por Julie Dickson (2001, p. 68).

A missa da igreja católica é usada como analogia para explicar essa ideia, já que é possível a um observador externo que não acredita em nenhum aspecto religioso da missa realizar uma avaliação dos fenômenos presentes. Porém, para ser bem-sucedido deve se dedicar à valoração do ocorrido, delimitando, por exemplo, o conceito de como deve ser uma missa bem-celebrada. Obviamente, esse é um conceito interpretativo, construído pelos participantes, que participam do conteúdo da celebração, mas Raz

defende que o avaliador não precisa crer para descrever tanto suas características quanto o que é importante para os participantes reconhecerem como uma boa missa⁶⁵.

A avaliação sobre quais são as mais importantes ou significativas características da missa não será sustentada pelas valorações diretas do avaliador a respeito de as características apresentadas serem boas ou ruins, certas ou erradas, sendo o teórico agnóstico em relação às questões levantadas. Em vez disso, o avaliador indireto analisa se certas características da missa são importantes no papel a que elas se propõem no autoentendimento dos participantes sobre a missa, o que inclui os valores espirituais e morais das atribuições dadas a essa celebração católica (DICKSON, 2001, p. 69).

Pelo já demonstrado, fica evidente que no modelo *rule-plus-exception* Raz não valora as práticas dos participantes do sistema jurídico, no caso específico, a sua vinculação à ideia de *rule-of-law*. Antes de aprofundar na questão, é, todavia, bem útil entender o conceito de fidelidade, na forma definida por Postema, para melhor trabalhar a questão. Segundo essa ideia, o direito funciona em uma comunidade política quando seus membros – tanto *officials* quanto cidadãos comuns – entendem possuir obrigações de responsividade (*accountability*) um perante o outro bem como em relação ao direito construído por todos (POSTEMA, 2017, p. 17). Assim, apesar de existir um componente institucional na ideia de *rule-of-law*, esse vínculo transcende a mera relação formal e se baseia em vínculos mútuos (POSTEMA, 2017, p. 6), gerando conceitos de hermenêuticos compartilhados pelos participantes. Cabe ao teórico, de acordo com a metodologia ora defendida, estabelecer quais são as características fundamentais do sistema jurídico. No caso da tradição do *common law*, é evidente que a fidelidade ao *rule-of-law* é uma delas.

Ao não avaliar essa característica tida como fundamental, ou ao menos apresentar argumentos justificando seu caráter não essencial, Raz cria um modelo incompatível com sua própria metodologia. Não é à toa que Raz abandona esse modelo posteriormente, mesmo nunca tendo explicado explicitamente os motivos. Esse debate, contudo, ainda deixou uma questão em aberto, que se pretende explorar nas próximas

⁶⁵ Em grande medida essa ideia é a mesma desenvolvida por Hart ao falar do ponto de vista interno-externo (MACCORMICK, 2008, cap. 4), quando trata de um ponto de vista hermenêutico em que o intérprete “aceita” a regra do ponto de vista cognitivo, mas não “aceita” do ponto de vista volitivo. Entendemos que Raz adota a mesma concepção de Hart, mas com consequências bem diversas para sua teoria, pois sua postura essencialista leva à necessidade de busca de características necessárias ao direito por meio de uma avaliação moral indireta.

páginas: como é possível estabelecer que os *officials* criadores de direito estão vinculados a razões protegidas se eles podem mudá-las dentro da dinâmica dos sistemas jurídicos do *common law*?

O propósito do positivismo excludente ajuda a entender essa questão. Segundo Thomas Bustamante (2018, p. 7), a ideia central do positivismo excludente em relação ao precedente judicial é que este busque ser um fato social criador de direitos e obrigações jurídicas. O precedente é, portanto, uma fonte do direito capaz de inovar o sistema jurídico e gerar novas razões protegidas para os juízes futuros decidirem um caso concreto e para os cidadãos de modo geral determinarem o conteúdo de suas obrigações jurídicas. Assim, precedentes devem ser capazes de gerar razões protegidas para os casos futuros, mesmo sendo difícil ou impossível lhe identificar a *ratio decidendi*.

O fato de geralmente não existirem razões protegidas identificáveis na forma clássica de regras jurídicas, além de um histórico complexo de adaptabilidade e flexibilidade, faz com que a atividade judicial na tradição do *common law* não seja só um ato de aplicação, mas também de criação de direito por parte dos julgadores (*judicial lawmaking*), que podem desmontar e remontar o precedente conforme as peculiaridades do caso concreto. Apesar de versões mais antigas do positivismo terem contestado essa característica da tradição, a metodologia pós-hartiana demanda compatibilidade, já que o papel do teórico é descrever as práticas jurídicas como elas são constantemente entendidas e praticadas pelos participantes, de modo que se encontrem características essenciais. Destarte, não existe uma descrição desengajada, mas uma descrição-prescrição feita pelo teórico.

A flexibilidade do sistema de precedentes, pelo menos em tese, pode constituir uma ameaça ao caráter autoritativo do direito, já que parece paradoxal alguém simultaneamente estar vinculado e não vinculado a razões para ação da autoridade, podendo segui-las ou não de acordo com critérios fixados por si mesmo. Preocupado com esse problema, Will Waluchow tenta formular uma teoria que explique a compatibilidade do *common law* com o projeto positivista. Para tanto, diferencia dois tipos de “força” que o direito é capaz de exercer em um caso concreto, a institucional e a moral:

Força institucional [...] está relacionada ao poder jurídico de uma pessoa (se necessária) para alterar o direito existente como também de anular os seus efeitos sobre uma decisão. Força moral, como a definimos, concerne à extensão

em que [...] haja uma obrigação moral de se submeter às exigências do direito. No caso dos cidadãos, as únicas questões verdadeiras concernem à força moral do direito. Eles não têm poder para modificá-lo, apesar de evidentemente poderem argumentar por mudanças em tribunais [...]. No caso dos juízes, entretanto, tanto a força moral quanto a força institucional entram em cena. (WALUCHOW, 1994, p. 39-40).

A ideia é de que ambas as forças atuem sobre os agentes públicos e instituições em níveis diferentes, dando-lhes razões para ação no caso concreto. Só a força institucional tem condições de estabelecer a vinculatividade dos precedentes judiciais, muito embora a força moral possa, às vezes, influenciar na decisão.

É importante frisar que para Bustamante a questão da força institucional do precedente é independente da sua validade, na medida em que a *ratio decidendi* pode ser válida e não vinculante. Caso um tribunal de nível hierárquico intermediário busque estabelecer, por exemplo, uma regra R1, e a regra de reconhecimento do sistema jurídico em questão estabelecer que R1 tem efeito vinculante sobre os tribunais inferiores e os cidadãos privados, R1 pode ser considerada uma regra válida, mas a sua força institucional não é inteiramente estabelecida por essa conclusão. O juiz J1, de hierarquia inferior, estará vinculado por R1, ao passo que o juiz J2, integrante de um tribunal superior, não estará alcançado pela força institucional de R1 e poderá, se considerar o seu conteúdo repugnante, revogar o precedente em questão e estabelecer uma regra diferente, R2, para substituir R1 no caso vertente e em casos futuros (BUSTAMANTE, 2018, p. 10).

Assim, R1 foi juridicamente validada e, durante o período em que esteve em vigor, deve ter sido considerada como parte do sistema jurídico. Antes da revogação de R1 pelo juiz J2, foi possível dizer que R1 fez parte do sistema jurídico e que o juiz J1 era atingido por sua força institucional, estando obrigado a seguir R1 mesmo que considerasse seu conteúdo desarrazoado. Porém, o juiz J2 não sofre incidência de R1 e tem, inclusive, a possibilidade de não a seguir ou revogá-la caso considere melhor agir dessa forma, em grande medida com base em razões morais que o permitem não aplicar o precedente e em razões institucionais que permitem extirpá-lo do sistema.

Contudo, a possibilidade de razões morais afastarem a aplicação de uma norma positivada torna o paradoxo da atuação dos juízes no *common law* ainda mais complexo.

Raz pretende dar uma solução para essa questão ao dividir o raciocínio jurídico (*legal reasoning*) em duas espécies, o raciocínio de acordo com o direito (*reasoning according the law*) e o raciocínio sobre o direito (*reasoning about the law*) em uma tentativa de diferenciar a natureza da atividade dos julgadores. Ao passo que o raciocínio acorde com o direito é uma subespécie de raciocínio moral que enxerga o direito como ponto de partida para encontrar a solução do caso concreto, o raciocínio sobre o direito é amoral, sendo empregado na determinação do conteúdo do direito. Raz (1994, p. 332) acredita que o primeiro deve ser entendido num sentido mais amplo do que o segundo, na medida em que o direito é por vezes subdeterminado, tornando-se impossível para os tribunais decidir a favor de qualquer das partes com base apenas no direito.

Por essa perspectiva, as autoridades jurídicas, em casos tidos como difíceis, se encontram sob um dever jurídico de aplicar *standards* extrajurídicos, do mesmo modo que um julgador está obrigado a aplicar normas estrangeiras em um caso envolvendo um conflito de direito internacional privado. Raz acredita que o raciocínio jurídico não se limita a aplicar o direito, pois quando este não está totalmente determinado, a tarefa dos *officials* é raciocinar acorde com o direito, demandando mais do que estabelecer o conteúdo do direito, tarefa primordial do raciocínio sobre o direito. O raciocínio jurídico, por esse prisma, não é simplesmente a atividade de raciocinar sobre quais normas possam ser aplicadas ao caso, mas um raciocínio que tem normas jurídicas válidas como suas premissas referenciais e combina essas premissas de maneira não redundante no mesmo argumento com premissas morais ou outras baseadas no mérito do caso concreto (GARDNER, 2001, p. 215-216).

Para tanto, Bustamante faz um exercício hipotético para entender como um suposto juiz que aplica a teoria raziana entenderia um caso do *common law*. Nele, o juiz não sustenta que o direito está totalmente estabelecido no caso concreto, tendo que recorrer a considerações morais para determinar a melhor solução possível. Segundo Bustamante (2018, p. 14), nessa situação, o juiz não estaria mais aplicando, mas sim interpretando o direito. Cumpre registrar que a teoria interpretativa de Raz é necessariamente construtiva e compartilhada, isso porque o resultado do processo interpretativo não deve sempre ser entendido como uma “descoberta” de um sentido

original, mas como uma explanação do trabalho interpretativo que explica o porquê da sua importância – acaso seja relevante no contexto jurídico-social.

Assim, embora o processo de interpretação jurídica seja delimitado pelas ideias de autoridade e continuidade inerentes à força institucional do direito, há também espaço para considerações de equidade e inovação na interpretação das fontes jurídicas, fundadas em sua força moral. A interpretação jurídica deve ser voltada tanto para o passado, almejando assegurar fidelidade ao direito e continuidade no que os praticantes do sistema jurídico vêm decidindo, quanto para o futuro, atribuindo importância a considerações morais trazidas pelo julgador. Para Raz (2009, p. 354-355), “tribunais cujas decisões determinam os destinos de muitas pessoas devem baseá-las em considerações moralmente plausíveis”.

De qualquer forma, o paradoxo continua: para um precedente judicial, a teoria raziana apresenta um rigoroso teste amoral a fim de determinar-lhe o conteúdo. A partir desse precedente, a regra estabelecida pela *ratio decidendi* possui um poder limitado de vinculação para os juízes posteriores, na medida em que estes sempre recorrerão à moralidade para determinar a necessidade de identificar a jurisprudência vinculante e, segundo o método do positivismo excludente, poderem ser seguidos, distinguidos ou superados. Contudo, apesar de um pouco diversa, entende-se que a teoria de Schauer sobre os precedentes possa aclarar a questão.

Tal teoria prevê que, para a determinação do elemento vinculante dos precedentes judiciais, deve-se tratar o conteúdo da regra a ser inferida da decisão precedente como independente de sua justificação moral. Regras, para Schauer (1991, p. 182), estão apenas indiretamente relacionadas com suas justificações políticas e morais, porquanto sua força institucional deriva de seu *status* de pronunciamento autoritativo, e não dos seus méritos morais. Ainda que toda regra tenha um propósito, criar uma justificação racional que possa ser aceita pelos demais participantes – sendo normalmente um princípio moral ou político –, a autonomia semântica do conteúdo normativo permite que a regra seja opaca em relação a essa justificação.

Quando se entende uma decisão como precedente, essa deve afetar a decisão atual mesmo se o julgador a considerar errada e a razão fundamental para segui-la for apenas o seu *status* de precedente. O ponto do precedente, portanto, é exatamente

resistir às preferências pessoais e aos juízos particulares diante de experiências contínuas em que a justificação da regra estabelecida nesse precedente parece, em um primeiro momento, não aplicável. O precedente surge como uma regra jurídica que pode ser invocada independentemente da força moral de sua justificação sobre o caso. Funciona, pois, como comando dotado de autoridade, no sentido próprio do termo empregado por Raz: como uma diretiva capaz de substituir os juízos e razões do julgador no caso concreto (BUSTAMANTE, 2018, p. 21).

Chega-se, pois, ponto central. Waluchow (1994, p. 69) esclarece que “juízes geralmente preferem ver e apresentar a si mesmos como sempre aplicando o direito”; assim, preferem entender que seus argumentos estão associados apenas com a aplicação do direito preexistente. Isso está relacionado, segundo Bustamante, com a hipótese hartiana de que o direito deve ser entendido de maneira sensível aos enunciados emanados do ponto de vista interno à prática jurídica. Esse ponto é o ponto de vista dos juízes e de outros agentes públicos (*officials*) que aceitam o direito no sentido forte de adotarem uma atitude crítica e reflexiva sobre normas que dele emanam e as condutas que a estas não se ajustam (BUSTAMANTE, 2018, p. 22).

Como debatido na teoria jurídica contemporânea, uma das ideias centrais de Hart (1994, p. 89-91) é de que os juízes aceitam e reconhecem a validade de padrões jurídicos porque são constantemente empregados na busca das razões jurídicas a serem adotadas na decisão judicial. Nos sistemas do *common law*, a relação do julgador com a vinculatividade e a validade passa necessariamente por uma decisão coletiva (a regra última de reconhecimento) – embora desenhos institucionais também façam diferença no alcance da discricionariedade.

Ademais, a melhor maneira de sustentar essa hipótese, o que Raz nunca fez explicitamente, seria afirmar que para o positivismo excludente existe uma diferença de aplicabilidade de razões protegidas para os diversos atores que compõem a sociedade, com uma diferenciação clara entre cidadãos e agentes públicos. Dessa forma, as razões institucionais teriam eficácia diferenciada conforme o agente sobre quem elas recaem.

O positivismo presumido ajuda a explicar o que ora se defende. Razões excludentes provenientes da autoridade têm a capacidade de excluir todas as razões em sentido contrário para permitir que indivíduos saibam como agir diante do direito. O

porquê de seguir uma autoridade é fortemente conectado a isso, sendo o caráter peremptório das razões autoritativas sua principal consequência. Contudo, ao contrário do modelo raziano, para o positivismo presumido as razões excluídas não são descartadas de maneira conclusiva, podendo ser relativizadas em certas situações (SCHAUER, 1991, p. 89).

Propõe-se que o positivismo excludente defendido neste trabalho acredita que razões protegidas regem a atuação individual, mas de forma diferenciada conforme seu destinatário, tendo um caráter para os *officials* e outro para os cidadãos em geral⁶⁶. Para estes, o caráter das razões protegidas continua a ter o potencial de excluir todas as razões negativas em sentido contrário, além de possuir uma razão positiva para determinar o que deve ser feito. A força das razões protegidas continua estática, porquanto seu peso não é relativizado. Somente para os *officials*, aqueles que têm o poder de adjudicar dentro do sistema jurídico, é que essas razões protegidas devem ser relativizadas, tendo caráter dinâmico. Isso significa que seu peso será variável de acordo com as premissas estabelecidas pelas razões institucionais do sistema jurídico, somadas às práticas da regra de reconhecimento.

Ao contrário de Paula Gaido (2016, p. 70), que acredita que essa diferença na vinculação do sistema de exclusão de razões para cidadãos e cortes poderia gerar um problema para a ideia de compartilhamento do conceito de direito, este trabalho propõe que isso não ocorre exatamente porque existe um compartilhamento de um projeto político comum, havendo funções diferentes para cidadãos e tribunais. Isso não deve ser entendido como antidemocrático, mas apenas distribuição de atribuições dentro do ordenamento em questão. Ademais, quando Raz (2009, p. 377) afirma que alguns sistemas jurídicos têm uma força excludente qualificada, sendo permitido às cortes ignorar o direito preexistente por algumas razões – notadamente razões de justiça –, mas não por outras, a necessidade de diferenciação fica evidente.

⁶⁶ É bom lembrar que Raz (2009, p. 1983) afirma que os juízes também são humanos, abrindo uma brecha para a relativização de uma dicotomia forte entre o raciocínio de *officials* e cidadãos comuns. Embora reconheçamos que isso gera uma variável importante, uma vez que o raciocínio de um indivíduo pode ser afetado por essa dualidade, continuamos a defender que existe uma diferenciação da forma de pensar o direito e, principalmente, dos efeitos disso para a formação do sistema jurídico. Isso porque, somente participantes específicos podem compor a regra última de reconhecimento e construir o direito a partir do ponto de vista interno, compartilhado por todos os componentes daquela sociedade.

Pode parecer que na adjudicação do positivismo excludente os julgadores teriam uma discricionariedade desproporcional que os faria intervir em todos os aspectos da vida política, devido ao grande poder a eles concedido. Mas é exatamente o contrário que se verifica. Waluchow (1994, p. 79) afirma que, como no positivismo excludente qualquer alusão à moral e à política não pode fazer referências ao direito válido preexistente, quando juízes interpretam um documento eivado de moralidade política, como um *Bill of rights*, tendem a se retrair no uso de argumentos de moralidade política, pois esse tipo de argumentação não pode ser usado para determinar tal conteúdo.

Por essa perspectiva, acompanhando Bustamante, entende-se que o positivismo excludente defende um princípio que pode encontrar importantes razões para justificá-lo em um Estado de Direito: a ideia de que é mais importante a existência de uma regra particular do que seu conteúdo, isto é, do ponto de vista prático o judiciário deve atuar respeitando a coerência e legalidade⁶⁷. No mesmo sentido, Schauer e Alexander (1997, p. 1.371, nota 48) buscam na obra do juiz da Suprema Corte estadunidense Louis Brandeis um exemplo de que há imensos benefícios no estabelecimento de orientações normativas com caráter autoritativo por parte do direito: normas contratuais têm um valor independente de sua substância, devido ao seu valor como regras, com capacidade de prover razões para ação que orientem os indivíduos submetidos à autoridade. Sendo fiel às decisões que foram publicamente estabelecidas pelas cortes superiores, mesmo quando os provimentos não estejam corretos, defende-se uma internalização do *rule-of-law* pelos participantes que têm o poder de construir o direito no sistema jurídico em questão⁶⁸.

É importante que esse ponto seja um aspecto a ser efetivamente levado a sério pelo judiciário, ao menos se se almeja participar do projeto político do *rule-of-law*. Nesse contexto, as regras que derivam da jurisprudência atuam – na maioria dos casos – como

⁶⁷ Embora Thomas Bustamante tenha chegado a essa conclusão em uma tentativa de compreender o positivismo excludente a sua melhor luz, ele não compartilha da maioria das premissas desse posicionamento teórico.

⁶⁸ Ronald Dworkin, em *Law's Empire*, sustenta que esse seria um argumento para o convencionalismo, mas rejeita-o porque considera, do ponto de vista moral, inadequada essa tese de direito como integridade (DWORKIN, cap. 4, 1986).

razões protegidas, que devem ser aceitas como boas ainda que a ponderação de razões que levou ao seu estabelecimento tenha sido defeituosa (BUSTAMANTE, 2018, p. 22).

Para tanto, é necessário um compromisso dos participantes que têm poder para construir o direito em sua aplicação institucional, os *officials*, de atuarem com coerência e imparcialidade para com precedentes ou situações políticas em relação às quais possuam uma concordância ou discordância pessoal. Somente assim a fidelidade ao direito anteriormente defendida pode passar de um ideal teórico para uma concepção prática socialmente arraigada. Nesse âmbito, acredita-se que o positivismo excludente tem muito a contribuir por defender uma separação entre direito e moral não só como uma necessidade teórica, mas como um projeto político que visa a melhorias na busca do bem comum.

4.6 Conclusões parciais

Ao longo desta seção reconheceu-se que uma parte do trabalho de Raz, conhecida como o modelo *rule-plus-exception*, pode ser apontada como equivocada por não considerar as práticas sociais inerentes aos sistemas jurídicos do *common law*, principalmente o ponto de vista interno dos seus participantes. Raz erra na elaboração do modelo por uma simplificação excessiva dos conceitos inerentes às práticas jurídicas dessa tradição, usando sua metodologia de avaliação indireta sem considerar aspectos inerentes à autocompreensão dos participantes no sistema.

Para tanto, revisou-se a evolução do *common law* sem adentrar peculiaridades metodológicas da historiografia ou do direito comparado. Com isso, foi possível vislumbrar que essa tradição é o resultado da fusão de diversas influências, tendo um caráter flexível e de constante mudança. Por ser fruto de uma tentativa de acomodação política em uma situação de divisão considerável de poder e autoridade, o *common law* adquiriu com o tempo um caráter procedimental relevante. Porém, a importância dada ao procedimento é apenas uma das suas características necessárias, sendo ainda mais relevante o projeto político que foi gradualmente construído pelos participantes-construtores dessa tradição.

Em seguida, aprofundando o uso da metodologia da valoração moral indireta para criar um modelo teórico que consiga descrever conceitualmente o fenômeno da evolução de precedentes, apresentaram-se alguns modelos – propostos por três autores renomados – que seriam adequados a práticas sociais que compõem o projeto político do *common law*. Para Gerald Postema (2014, p. 13), essa tradição só pode ser explicada pela continuidade do processo de construção e reconstrução do sistema: normas existem como membros não por sua origem comum, mas pela forma com que são praticadas; assim, apesar de introduzidas por algum meio de posituação previamente previsto, é por meio da incorporação ao corpo do *common law* que elas são plenamente integradas à rede de normas. As regras e normas do *common law* são, portanto, o produto do seu “uso razoável”, quer dizer, da prática comum de raciocínio deliberativo por meio do uso consciente, constituído de um processo público de raciocínio prático e por ele confirmado, no qual problemas práticos cotidianos são identificados e resolvidos por membros do corpo jurídico (POSTEMA, 2014, p. 14).

Já para Frederick Schauer (2002, p. 17-37), o raciocínio sobre precedentes funciona no *common law* com base no conceito de razões entrincheiradas para ação: as regras que fundam os precedentes (*rationes decidendi*) devem ser consideradas como mais fortes do que as demais em sentido contrário, só sendo possível sua superação caso existam novas razões no caso concreto que consigam afetar o balanço racional até então vigente. A dinâmica dos precedentes não atua exclusivamente com base no raciocínio por analogia, mas está vinculada ao caráter autoritativo do precedente. Segui-lo é, em grande medida, estar vinculado hierarquicamente a decisões tomadas por outras cortes; já na analogia há uma liberdade de escolha mais ampla (SCHAUER, 2009, p. 90). O suposto problema do excesso de autonomia diante do direito positivado desaparece, na medida em que a prática do *common law* delimita a discricionariedade pela necessidade de superação do ônus argumentativo na recriação do direito.

Finalmente, para Jeremy Waldron, a noção de *rule-of-law* inerente aos sistemas jurídicos dos *common law* requer que as pessoas em posição de autoridade exerçam seu poder em um contexto regido por normas públicas acessíveis a todos, e não por preferências e ideologias pessoais. O contexto dessas normas públicas deve fornecer a base de uma responsividade (*accountability*) para o poder das autoridades. Isso requer

também que as leis sejam iguais para todos, de modo que se tornem acessíveis para a população de forma clara, pública, estável e prospectiva (WALDRON, 2012, p. 3-4). Somente assim seria possível materializar o projeto político que vem sendo construído e que serve de contraponto à discricionariedade dos juízes.

Por fim, demonstrou-se que no modelo *rule-plus-exception* não se valoram as práticas dos participantes do sistema jurídico, no caso específico, sua vinculação à ideia de *rule-of-law*. Destarte, embora haja apenas uma preocupação com o componente institucional nesse modelo, para a efetivação dessa ideia são necessários superação da relação formal e fundamentos em vínculos mútuos, gerando conceitos de hermenêuticos compartilhados pelos participantes que afetem os conceitos utilizados. No caso do *common law*, fica evidente que a fidelidade ao *rule-of-law* é um desses conceitos, fato inicialmente não compreendido por Raz, mas que a partir do momento em que ocorre um aprofundamento da importância da normatividade, não pôde ser mais ignorado.

5 POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA OBRA DE JOSEPH RAZ PARA UMA TEORIA DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS

Nesta seção abordam-se as possíveis contribuições da obra de Raz para a elaboração de uma teoria dos precedentes constitucionais diferente da dinâmica de precedentes infraconstitucionais tradicionalmente defendida. Para tanto, perscruta-se seu artigo “*On the Authority and Interpretation of Constitutions*” para obter os motivos de dividir a teoria dos precedentes. Ademais, pretende-se complementar esse artigo com o texto “*The Rule of Law and its Virtue*”, do mesmo autor, que aponta nesse conceito um viés procedimental que, além de carregar forte peso político e moral, também pode servir de parâmetro normativo para trabalhar outros aspectos de sua obra.

Ao adentar um estudo mais aprofundado da teoria constitucional, que por suas peculiaridades, revela-se um terreno pantanoso para qualquer teórico do direito, Raz se utiliza da sua metodologia tradicional para enumerar sete características universais que formam o constitucionalismo, a fim de, depois, compará-las com as práticas constitucionais em dois níveis, o da transmissão da autoridade constitucional e o da interpretação constitucional – tentando verificar quão importantes são essas características universais nas referidas práticas.

Na primeira parte da sua análise, Raz explicará sob quais condições a constituição de um país é legítima – moralmente aceita no sentido raziano –, para então fixar as condições sob as quais cidadãos têm a obrigação de obedecê-las. Ao fazer isso, fornece uma descrição dos princípios de moralidade política que sustentam as práticas constitucionais, justificando e legitimando sua aplicação (RAZ, 2009, p. 328). Porém, a incapacidade de obter uma determinação completa baseada na moral (*underdetermination*) e o peso das razões de mérito (*merit reasons*) no âmbito constitucional têm considerável relevância neste trabalho, bem como o papel da prática e da tradição constitucional.

Em seguida, a segunda parte da análise focará na interpretação constitucional. Ela é muito mais que um método de descobrir o que é o direito, pois, nas situações em que é usada pelos participantes (juízes, advogados e teóricos) como forma de

interpretação do que os tribunais deveriam fazer, prescreve formas para desenvolver, modificar e reformar o direito (RAZ, 2009, p. 353). Ao estabelecer o caráter duplo da interpretação constitucional – voltada para o passado e para o futuro –, Raz traça uma dinâmica diferente de interpretação constitucional, baseada na peculiaridade do seu raciocínio.

Por fim, o foco da última parte desta seção será na descrição dada por Raz do mecanismo procedimental do *rule-of-law*. Embora Waldron (2011, p. 13) afirme que a teoria raziana é fundada em uma tentativa de preservar considerações institucionais que garantem a continuidade de razões produzidas pela autoridade e não se aprofunde em entender o caráter conceitual da importância dos procedimentos, defende-se, neste trabalho, que em âmbito constitucional isso não é possível, ao menos da mesma forma, sendo necessária uma estratégia procedimental como elemento essencial às práticas de precedentes constitucionais. Só assim, seu caráter político – no qual a produção normativa deve ser guiada por regras gerais abertas e estáveis, de modo que todos os participantes estejam cientes politicamente de suas implicações – fornece também uma busca por estabilidade inerente à prática, que deve ser destacada, já que normas específicas só podem ser obedecidas se o direito for capaz de guiar seus participantes (RAZ, 1979, p. 214).

Unicamente baseado na análise da soma do caráter político-moral com o das necessidades instrumentais por trás da *rule-of-law* se faz possível discutir a questão central da tese: um pano de fundo necessário para o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes constitucionais em que as prerrogativas da jurisdição constitucional e as demandas normativas advindas da atuação dos participantes do sistema estão coordenadas de modo coerente e racional.

5.1 A autoridade das constituições e sua legitimação pela prática

Em uma tentativa, não de estabelecer uma teoria geral da interpretação constitucional, tarefa que considera impraticável, mas de definir características universais que moldam o constitucionalismo, Joseph Raz apresenta sete características que, combinadas, definem uma constituição (RAZ, 2009, p. 324) e que posteriormente serão

usadas para avaliar indiretamente o papel da moralidade nas práticas constitucionais. A ideia não é apenas ter parâmetros para comparar as práticas dos *officials* com as características universais do constitucionalismo – por meio de uma avaliação moral indireta –, mas prescrever o papel dessas práticas do ponto de vista normativo.

A **primeira característica** é definida, em um sentido estreito, como a capacidade de estabelecer a composição e as atribuições da maior parte dos órgãos dos poderes de governo, desenhando a estrutura política e legal do sistema jurídico (constituição como atividade constitutiva). É por essa perspectiva que o constitucionalismo é tratado na doutrina tradicional do *common law*, como nos autores clássicos Albert Dicey e John Austin (POSTEMA, 2011, p. 11-13).

A **segunda característica** é sua pretensão de ter, e permanecer tendo, longa duração. Atua como um parâmetro de estabilidade (*stable framework*) para instituições político-jurídicas nacionais, sendo ajustada de tempos em tempos – constituição como preservadora de estabilidade e continuidade.

A **terceira característica** é o que Raz chamou de formulação canônica inerente às constituições (RAZ, 2009, p. 324). Conquanto não seja restrita a um único documento, os textos constitucionais tendem a ser estabelecidos em um pequeno número de documentos escritos. Isso não significa que não seja possível falar de uma parte não escrita da constituição, notadamente precedentes constitucionais vinculantes, mas que ao menos alguma parte escrita se faz necessária – constituição escrita em um ou mais documentos.

A **quarta característica** faz alusão à constituição como conjunto de normas de natureza superior e que, portanto, têm prevalência hierárquica sobre as demais, sobrepondo-as quando em conflito – constituição como norma superior em relação às demais do sistema jurídico.

A **quinta característica** remete à existência de procedimentos jurídicos específicos necessários para efetuar uma comparação da compatibilidade constitucional com outras normas, podendo ser declaradas inaplicáveis ou inválidas – constituição como *justiciable*, capaz de ser julgada.

A **sexta característica** é a necessidade de procedimentos específicos para a modificação, sendo esses procedimentos mais difíceis que os comuns necessários para

qualquer alteração pelo processo legislativo – constituição como conjunto de normas entrincheiradas.

Por fim, a **sétima característica** é a inclusão de princípios de governo – democracia, federalismo, direitos civis e políticos básicos – como manifestações de crenças comuns à população envolvida sobre a forma pela qual a sociedade deve ser governada. Essa noção (RAZ, 2009, p. 325) não reflete somente as crenças e as práticas dos agentes públicos e advogados, mas da população como um todo. Seu núcleo é de conhecimento público e tem a função de representar o todo, ou ao menos parte, de uma ideologia comum que governa a política do país – constituição como ideologia comum.

Ao elaborar essas sete características essenciais, Raz não pretendeu fechar as portas para outros elementos nem para as peculiaridades de cada sistema, mas apenas estabelecer uma caracterização de elementos ideais de uma constituição com determinado objetivo. Dessa forma, cada um dos elementos tem um sentido vago e amplo. O intuito é, com base nessas características universais, determinar aspectos normativos alcançáveis pelas práticas em âmbito constitucional. Para tanto, Raz esboça uma divisão entre raciocínio constitucional e infraconstitucional que será também aplicada no futuro estudo dos respectivos precedentes, não só por questões teóricas abstratas, mas pela natureza das práticas de cada uma delas.

A primeira conclusão obtida por Raz é que existe uma variação considerável no papel que os textos constitucionais têm em cada sociedade e que isso está ligado ao grau de consenso político encontrado em cada uma delas. Embora o papel político constitucional tenda a ser elevado, em alguns contextos só é possível falar em constituição em um sentido notavelmente amplo, e a ausência de constituição em um sentido forte, como no caso inglês, pode ocorrer por uma série de fatores. Um deles é que o país que possui um nível elevado de consenso político pode fazer com que a constituição seja algo desnecessário, da mesma forma que, onde não existe consenso, o texto constitucional torna-se não aplicável (RAZ, 2009, p. 326).

Essa ideia de consenso se refere ao fato de cada indivíduo – mesmo que apenas potencialmente – saber e aceitar o desenho governamental, a distribuição de poderes entre os diversos órgãos e os princípios gerais guiando ou contendo o exercício do governo. Obviamente tal consenso é mais fácil de se enxergar em localidades que

compartilham vínculos associativos profundamente arraigados, além de uma economia estável e igualdade material considerável entre os diversos indivíduos. Todavia, mesmo em países com diversidade cultural e social acentuadas, o consenso pode surgir desde que as práticas sociais sejam baseadas em um mínimo de respeito mútuo e razoável estabilidade social, demográfica e econômica.

Para Raz, constituições têm papel fundamental em sociedades que possuem essa estabilidade relativa, além contarem com diversidade política e mudanças sociais periódicas. Nessas sociedades o tal grau razoável de estabilidade soma-se a uma identidade comum que, juntos, garantirão a durabilidade e a estabilidade da constituição.

Porém, somente com um governo que garanta respostas públicas e adequadas a demandas sociais e seja guiado por princípios administrativos capazes de fortalecer a estabilidade das estruturas políticas e da autoridade das suas instituições é que se tornar possível discutir a efetivação das práticas constitucionais. Nota-se que Raz não cria uma teoria desvinculada do cotidiano, já que a transmissão da autoridade constitucional é diretamente ligada à prática constante da constituição (RAZ, 2009, p. 326-327).

Joseph Ra lembra que o caminho tentador que seguiu boa parte do constitucionalismo estadunidense, consistente em associar a autoridade da constituição à autoridade de seus criadores, deve ser rejeitado, uma vez que sua ideia de justificação moral da autoridade está vinculada à prática constitucional ao longo do tempo, e não a referências específicas de momentos históricos do passado. Dessa forma, a teoria constitucional raziana é normativa, pois prescreve como uma constituição deve ser, ao mesmo tempo em que é baseada em uma metodologia teórica descritiva focada na prática constitucional.

Para ele uma boa noção de desenvolvimento constitucional é autônoma: sua tradição se forma baseada em práticas que são seguidas em decisões posteriores e que desenvolvem o direito constitucional. Tradições constitucionais são muito diferentes entre si, pois podem ser alimentadas por diversas considerações políticas válidas, como por exemplo, a eficiência do governo, a dignidade individual ou a autonomia regional. O ponto central para Raz, todavia, é que essas considerações políticas não determinam o resultado das decisões que influenciam, porquanto embora respeitadas por uma série de questões políticas ou culturais internas, as decisões de fato tomadas se baseiam em

grande medida no hábito ou no respeito às práticas já estabelecidas pela tradição constitucional de cada país (RAZ, 2009, p. 328).

A autonomia está fortemente vinculada aos precedentes constitucionais, sendo o seu desenvolvimento fruto da prática e de considerações jurídicas internas ao sistema jurídico. Então, Raz rejeita a influência direta de fatores sociais, econômicos e culturais, afirmando que esses elementos não podem ser a base para estabelecer uma teoria da constituição aplicável a qualquer contexto. A teoria constitucional, desse modo, deve analisar as sete características previamente citadas e suas implicações, abstraindo-se dos possíveis impactos das condições sociais, já que estas variam de nação para nação (RAZ, 2009, p. 328).

Isso não quer dizer que esses fatores não sejam importantes na evolução específica de cada constituição, mas a ideia de Raz é usar sua metodologia para estabelecer um pano de fundo teórico com o qual as diversas condições sociais podem ser analisadas no âmbito constitucional. Conquanto ele, mais uma vez, não tenha explicitado que sua intenção é se afastar de outras visões de teoria constitucional, como o originalismo, e se aproximar do *living tree constitutionalism*.

Um dos mais notórios defensores desse modelo de constitucionalismo, Will Waluchow (2007, p. 1-12), busca demonstrar que os direitos constitucionais, ainda que previstos em uma Carta, têm natureza flexível e adaptável, não sendo uma entidade rígida, o que faz com que ela seja comparada com uma árvore viva. Para desenvolver seus argumentos, usa do exemplo da Constituição Canadense de 1982, que, ao incorporar um *Bill of Rights* específico contendo direitos abstratos, simultaneamente gera uma série de questionamentos por introduzir conceitos indeterminados como núcleos dos direitos constitucionais e dar um poder excessivo para as cortes. Esses direitos, ainda que já reconhecidos pelo ordenamento e jurisprudência antes da Carta, passam, a partir dela, a se regerem por uma dinâmica até então inédita naquele ordenamento e até certo ponto estranha ao *common law*.

Para essa forma de entender o constitucionalismo, a determinação do significado e implicações dos direitos atrelados à constituição dependem do caso concreto e passam pelo Poder Judiciário. No caso canadense, a partir da introdução de novas formas de tratar a constituição, as cortes tornam-se encarregadas de sua interpretação e aplicação,

em última instância. Muito embora essa reestruturação possa gerar a preocupação com a integridade do princípio democrático, pois a tarefa de definir a aplicação dos direitos morais estabelecidos na Carta passa por um grupo de juízes não eleitos nem passíveis de responsabilização política por essa atividade, Raz (2009, p. 330) adere à ideia de que é possível justificar o controle de constitucionalidade perpetrado por juízes não eleitos.

A teoria da interpretação constitucional como árvore viva, de Waluchow, pretende desmistificar a ideia de que as constituições representam tudo aquilo que lhes é atribuído, especialmente como garantia dos direitos e liberdades dos membros da sociedade. Ademais, propõe um modelo alternativo chamado *Common Law Conception*, que aceita a possibilidade fática de saber quais são os direitos e liberdades ligados ao caso concreto, propondo uma discussão filosófica do constitucionalismo (WALUCHOW, 2007, p. 11). Nessa perspectiva, em muitos casos não se sabe de fato quais são os direitos e garantias, de modo que o estabelecimento de sistemas de governança política e jurídica consolidam a ideia de valores políticos por trás das práticas do *common law*. Essa é a ideia até então defendida como *rule-of-law*.

De acordo com a metodologia adotada por Waluchow (2007, p. 14), isso ocorre porque as Cartas são mais bem compreendidas como dispositivos que lidam com nossas limitações epistêmicas sobre os efeitos das ações governamentais nos direitos morais. Dessa forma, a proposta dele está diretamente ligada à visão *case-by-case* do *common law*, buscando, por meio do estudo de precedentes, uma proposta normativa – uma noção de como os juízes devem fazer melhor –, alijando-se da discussão sobre se o controle de constitucionalidade é bom ou ruim.

Já o caminho metodológico de Raz (2009, p. 330) é diferente. Ao negar que a autoridade de uma constituição derive de seus criadores, a teoria raziana precisa demonstrar que o processo de legitimação do texto constitucional com algo autoritativo depende de “algo mais”. Para tanto, Raz recorre à sua teoria da autoridade, segundo a qual toda norma reivindica autoridade com o intuito de ser obedecida e poder fornecer razões protegidas para coordenar a ação de indivíduos em sociedade.

No contexto do positivismo excludente, o fato de uma norma ter natureza jurídica não passa pela sua legitimação moral, sendo necessário apenas que seja oriunda da fonte jurídica adequada. O conteúdo normativo, porém, pode, em certas situações de

lacunas jurídicas ou constitucionais, ser elemento central da interpretação e da adjudicação que lhe segue; mas, para o positivismo excludente, deve ser apenas determinado por fatos sociais, e não por fatos morais (HERSHOVITZ, 2012, p. 72). Entretanto, a lógica do raciocínio jurídico defendida por essa versão do positivismo determina que a identidade do criador da norma (fonte normativa), é o principal elemento para sua validade, principalmente quando se trata de direito legislado. Disso, conclui-se que a autoridade da norma deriva da autoridade de seus criadores. Como, então, não defender um ponto de vista originalista a respeito da autoridade da constituição?

Isso não ocorre por uma razão central: a autoridade de uma constituição só deriva em parte da autoridade de seus criadores (RAZ, 2009, p. 30). Mesmo que se reconheça que eles possuíam legitimidade para criar as estruturas que servirão de base para o ordenamento jurídico ao longo dos anos, é difícil acreditar que essa legitimidade se mantenha diante de uma variação temporal contínua das práticas constitucionais envolvidas. A resposta, por motivos óbvios, não está na natureza jurídica superior constitucional, uma vez que autoridade jurídica só existe com a constituição positivada, não justificando em si mesma (WALUCHOW, 2007, p. 140).

Na tentativa de explicar o processo de legitimação das normas, Raz se faz claro, mas aparentemente há uma diferença essencial entre o processo de legitimação constitucional e o infraconstitucional. Isso ocorre porque, embora a ideia de justificação independente do conteúdo seja central no positivismo excludente, não se manifesta da mesma forma com todos os tipos de normas. O uso de precedentes vinculantes, por exemplo, tem sua própria dinâmica de legitimação (RAZ, 2009, p. 330).

A autoridade jurídica é, por si mesma, uma forma de autoridade moral reivindicada, de modo que a transmissão de autoridade ocorre por meio de estruturas jurídicas, com cada autoridade derivando seu poder da estrutura à qual se relaciona institucionalmente. O direito, nesse sentido, é uma estrutura de autoridade que transmite a justificação moral dentro de um intrincado sistema de inter-relações estabelecidas pelo ordenamento (RAZ, 2009, p. 331). A regra é de que a moral só tenha papel destacado em situações específicas da adjudicação, sendo o processo de verificação de autoridade algo eminentemente ligado à verificação de sua fonte social.

Contudo, em contextos de hierarquia normativa predefinida, poderia parecer que a existência de legitimação das normas hierarquicamente superiores, no caso a constituição, bastaria para que todo o sistema estivesse automaticamente legitimado. Entretanto, isso não ocorre. Raz não deixa claro o porquê, mas se acredita que a explicação está ligada ao princípio da individualização das leis (*individuation of laws*). Tal princípio é explicado no livro raziano mais antigo, *The concept of law*, e quase não é mencionado no restante de sua obra. No ponto que interessa a este trabalho, Raz faz referência a Bentham e diferencia os termos lei (*law*) e norma jurídica (*legal norm*), sendo o primeiro usado para definir as unidades básicas no qual o sistema jurídico é dividido, e o segundo, para se referir à lei como comando que dirige o comportamento individual pela imposição de deveres ou concessão de poderes (RAZ, 1980, p. 45).

Como, ao criar uma lei, o legislador cria apenas uma parte da norma e, ao criar uma constituição, entre outras leis superiores, o legislador não cria só uma norma, mas parte de muitas normas (RAZ, 1980, p. 71), é possível supor que a autoridade herdada é transmitida pelas leis – peça do sistema –, mas só parcialmente recebida pelas normas jurídicas (comando), que precisam buscar sua própria reivindicação de autoridade. Entende-se que, na teoria raziana, isso só seria possível na prática.

Apesar de que toda lei seja uma norma jurídica (RAZ, 1980, p. 71), pois cada peça do sistema é também um comando normativo, individualmente elas se diferenciam mediante papéis opostos dentro do sistema jurídico. Entende-se, neste trabalho, que a transmissão da autoridade também é afetada por essa divisão, já que a obediência ao direito está intrinsecamente relacionada com a aceitação da autoridade, em um processo complexo e individualizado. Se a autoridade da norma superior não pode justificar totalmente todas as normas inferiores, também não pode ter sua autoridade justificada unicamente pelo processo legislativo que lhe deu origem, seja ele o poder constituinte originário ou o derivado. Nesse contexto, precedentes constitucionais têm papel primordial não só como criador de procedimentos, mas mesmo delimitador de conceitos.

Raz (2009, p. 332) deixa claro que a teoria do direito, entre outras coisas, é uma teoria das condições sob as quais o direito é moralmente legítimo e das consequências que seguem do reconhecimento de que o direito é moralmente legítimo. Assim, se a constituição não é a constituição original e foi criada por um corpo legal com poderes

concedidos por outra autoridade, pode ser moralmente legítima se as leis que a autorizam forem moralmente legítimas em uma transmissão de autoridade restrita no tempo.

Para melhor entender essa situação, se faz necessário recorrer ao argumento moral. Para Raz, embora a constituição original, no sentido de não derivada de nenhuma outra, não possua autoridade jurídica, já que surge da ausência de qualquer paradigma legal, a autoridade moral dos autores dessa constituição pode ter o papel legitimador, pois se está tratando de legitimação moral, e não jurídica. Só esta última, segundo o modelo raziano, tem a capacidade de determinar a obrigação de obedecer e respeitar o direito e os fundamentos (*grounds*) da autoridade, auxiliando na determinação de como deve ser interpretada.

Assim, a questão de obedecer ao direito é eminentemente uma questão política, apesar de não estar restrita a ela (RAZ, 2009, p. 332, nota 3), no sentido da relação individualizada com o projeto político apresentado e executado pela autoridade. Como enfatizam todas as variações do positivismo pós-hartiano, o direito não é obedecido simplesmente por ter sido positivado, embora o processo de positivação tenha um papel central na identificação do direito, e a reivindicação de autoridade possua um papel fundamental na busca contínua de legitimação moral.

Raz destaca, também, que é muito importante entender que a constituição não é a regra última de reconhecimento, pois é o conjunto de práticas que determinam se uma norma pertence ao sistema jurídico, e a constituição é o conjunto de normas superiores que traçam as bases do sistema. As regras de reconhecimento não desempenham o papel legitimador das constituições, tendo a função básica e fundamental de determinar a validade da norma, delimitando os espaços da moral e do direito – apesar de que a regra de reconhecimento vai além do critério puramente descritivo contido na noção de validade. Consistem numa prática normativa, pois dependem da autocompreensão inerente ao ponto de vista interno, e numa prática convencional, entendida num sentido mais abstrato e não aleatório (RAZ, 2009, p. 334). Kenneth Himma (2009, p. 98) acredita que, embora alguns positivistas defendam que a regra de reconhecimento não é nada além de um costume judicial, a extensão da autoridade da corte também pode ser verificada pela aceitação dos agentes públicos que têm autoridade em aplicar o direito. Se houver recusa deles em implementar a decisão judicial com base no poder de polícia,

essas decisões sofrerão de ausência de consequências normativas do direito, porquanto a autoridade jurídica depende da aceitação de outros *officials*. A existência e conteúdo da regra de reconhecimento é, portanto, um trabalho conjunto que ultrapassa o judiciário.

Por essa perspectiva, a constituição é o resultado de um processo legitimador – e, portanto, moral – que começa com sua passagem por um processo legislativo adequado – assembleia constituinte, emenda constitucional ou precedente constitucional – e continua se legitimando pela contínua interação dos seus participantes com as características essenciais de toda constituição. Só por esse tipo de prática é que se faz possível manter a legitimidade que originalmente os criadores deram a uma constituição (RAZ, 2009, p. 338).

A forma com que essas práticas se materializam é fundamental para o argumento que ora se levanta, pois a ideia de autoridade é, em grande medida, resultado da interação social e moral de um conjunto de pessoas em um local e tempo específicos. Ao explicar a ideia, Raz lembra que “as considerações que limitam a autoridade alheia sobre nós são, em grande medida, da mesma ordem daquelas que estabelecem a imoralidade da escravidão” (RAZ, 2009, p. 339). Em outras palavras, derivam de aspectos morais e estão situados histórica e institucionalmente em regras preestabelecidas de divisão de competências com base num fato social específico, seja um processo legislativo, seja um judicial. Isso quer dizer que são limitados institucional e temporalmente, mesmo que condições morais em muito lhe precedam.

Do ponto de vista do teórico do direito, segundo a metodologia defendida neste trabalho, é preciso levar em consideração tanto os fatores que levam a determinar se certas leis são boas ou más – avaliação moral – quanto fatores que determinam a competência de autoridades políticas em materializar objetivos, o que simultaneamente estabelece e limita o alcance da legitimidade de seus poderes. Considerações de ambos os níveis devem ser combinadas para estabelecer as fronteiras das autoridades (RAZ, 2009, p. 339). Porém, a melhor forma de isso ocorrer é a indireta, por meio da verificação de como cada sociedade atua em sua própria prática.

A questão central é a autoridade do direito poder ser entendida como derivada de seus autores apenas até o ponto em que as normas jurídicas determinem a forma temporária, e socialmente sensível, na qual princípios morais estão inscritos dentro das

práticas do direito. Então, tem-se um processo de legitimação (ou deslegitimação) gradual a partir da competência das instituições em funcionar bem e serem legitimadas.

Esse processo leva em consideração três fatores (RAZ, 2009, p. 342): **expertise**, entendida como a capacidade de se mostrar o melhor conhecedor técnico para determinar a atuação tecnicamente correta, em relação à maioria dos indivíduos – essa característica é consideravelmente afetada pelo tempo, pois avanços científicos também podem ser datados e superados; **promoção da coordenação social**, como a capacidade de fazer com que diversos agentes sociais se comportem da melhor forma possível diante dos anseios coletivos – essa característica é afetada pela capacidade de se adaptar a novas situações, seja de modo emergencial ou não, cuja questão temporal também é relevante; **valor simbólico**, que é a impressão na consciência coletiva de conseguir cumprir com eficiência a tarefa de materializar demandas sociais/morais. A questão temporal é mais uma vez importante, pois fica claro que o vínculo autoridade-indivíduo trata de uma relação pessoal, mas com diversos aspectos coletivos envolvidos e focada no presente, mas com fortes considerações do passado em questão.

Disso tudo deriva a conclusão de que se novas constituições podem derivar sua autoridade daquela de seus criadores, antigas constituições só podem ser legitimadas pelas formas com as quais as setes características prescritivas apresentadas anteriormente são trabalhadas pela prática constitucional interna ao sistema. Produzem-se, assim, características constitucionais cuja utilidade e funcionalidade serão melhor ou pior avaliadas pelos participantes do sistema jurídico. Na visão de Raz, constituições como a estadunidense, que foram pouco alteradas em séculos, não desaparecem para o surgimento de uma nova com base no mesmo texto inalterado, mas são resultado de mudanças nas razões para considerar a constituição válida (RAZ, 2009, p. 343). São as razões que sustentam as práticas que constituem as regras de reconhecimento, as quais não são formadas apenas com base em convenções sociais, mas em práticas sociais. O direito tem, portanto, caráter duplo com elementos descritivos e prescritivos, combinando-se sem se confundirem, fazendo com que instituições geradas de fatos sociais precisem de aceitação moral por meio de práticas também sociais.

Legisladores, julgadores ou teóricos do direito, na forma de instituições sociais, têm a atribuição de fazer a mediação entre direito e moral, fornecendo o que Raz (2009,

p. 345) chamou de âncora fatural do direito. Essas instituições sociais são parte do aspecto ontológico que é submetido ao escrutínio moral, levando em conta sempre dois fatores: o conteúdo e existência do direito são determinados por fontes sociais; o argumento moral para a autoridade do direito depende da natureza atual das fontes sociais. No ponto que é mais pertinente a esta seção do trabalho – as práticas constitucionais efetuadas por precedentes constitucionais –, verifica-se a necessidade metodológica de uma separação de precedentes constitucionais para facilitar a análise de suas práticas em um âmbito em que a moral tem também pertinência especial.

Quando Raz defende um papel de mediador para as instituições sociais, seja por meio de leis, precedentes ou teses jurídicas, a questão da necessidade de clareza e especialização nas questões envolvidas torna-se evidente. Se o direito pode ajudar a promover coordenação social e trazer à população os benefícios das razões para ação que adquirem publicidade, essas informações devem ser compreensíveis ao máximo pelo maior número de participantes. O problema é que a natureza da moral não facilita seu uso como razões, mesmo que indivíduos compartilhem um pano de fundo moral. Raz (2009, p. 346) cita três questões que atrapalham: desacordos sobre quais objetivos o indivíduo tem boas razões morais para perseguir; problemas de ação coletiva; indeterminação das razões morais em jogo. Esses fatores tornam, às vezes, complicado garantir a coordenação e o acesso a informações, a não ser que haja uma intervenção de autoridades jurídicas cuja legitimidade é reconhecida, com suficiente poder para obter um grau razoável de obediência e desestimular o agir solitário (RAZ, 2009, p. 346).

Fica claro, portanto, que a moral muitas vezes determina apenas parcialmente (*underdetermine*) os objetivos a serem perseguidos ou as formas de alcançá-los, podendo existir dificuldades adicionais em garantir a coordenação pretendida. Para superar esses entraves, o papel mediador do direito é por vezes útil e, em alguns casos, necessário, não devendo a determinação completa da moralidade envolvida ser um impedimento para a atuação da autoridade no seu intuito de cumprir o papel mediador.

Normas legisladas são o método preferencial dessa mediação quando modificações no direito se tornam frequentemente desejáveis, ou mesmo, quando questões políticas podem ser trabalhadas da melhor forma com base em posturas deliberativas e mediadoras. Todavia, nem sempre isso acontece, especialmente quando

as mudanças são lentas e graduais, e a deliberação e mediação não são muito úteis quando se almeja garantir a continuidade, desencorajar mudanças prematuras e abruptas ou negar a grupos políticos a possibilidade de chantagear o resto da sociedade para que lhe apoiem nas mudanças (RAZ, 2009, p. 348). Nesse aspecto, Raz enaltece o papel de uma teoria dos precedentes constitucionais diante das emendas constitucionais – ou qualquer instituto legislativo assemelhado – exatamente pela importância daquilo que está entrincheirado em uma constituição.

Em grande medida, as constituições são autolegitimadoras, ou legitimadas pela própria prática constitucional implícita à comunidade, desde que permaneçam dentro das fronteiras estabelecidas pelos princípios morais compartilhados. Isso ocorre exatamente porque a moralidade determina apenas parcialmente (*underdetermine*) as respostas às principais questões constitucionalmente entrincheiradas, como formas de governo e conteúdo de direitos individuais. Como Raz (1986, p. 322) acredita que os valores morais são extensiva e significativamente incomensuráveis, não sendo possível comparar dois valores, como liberdade e igualdade, para dizer que um é melhor ou igual ao outro, somente a prática (legislativa, jurisprudencial e doutrinária) será capaz de estabelecer parâmetros para a sua utilização (RAZ, 2009, p. 349).

Assim, Raz denomina de razões de mérito aquelas que estão vinculadas a valores morais entrincheirados, e essas tendem a ser as mais comuns no debate constitucional, conquanto, exatamente por serem vinculadas à moralidade, sejam incapazes de apresentar respostas completas para diversas questões. Para tanto, outro tipo de razões apresentadas pelos participantes, sejam pessoas, sejam instituições, estabelece respostas muitas vezes diversas dos princípios morais. Assim, muitas vezes não são os princípios morais sozinhos que determinam a legitimidade constitucional. Isso abre espaço para mudanças e interpretações não diretamente relacionadas com a moral, podendo ter caráter um instrumental (RAZ, 2009, p. 350) que se baseia em anseios de natureza política ou econômica.

5.2 Interpretação constitucional e a função de uma teoria normativa

Em uma tentativa de estabelecer a peculiaridade da interpretação constitucional, Joseph Raz (2009, p. 361) aprofunda um esboço da diferença entre precedentes constitucionais e precedentes infraconstitucionais, em grande medida baseado na natureza do processo interpretativo envolvido. Sua ideia não é, como deixa claro, defender a existência de um tipo de interpretação exclusivamente constitucional, mas destacar as peculiaridades com base nas implicações normativas envolvidas nessa interpretação. Para tanto, Raz traça uma estratégia semelhante ao método teórico descritivo usado na seção anterior, fazendo uma tentativa de avaliar indiretamente a importância da moral na interpretação constitucional por meio da análise de suas práticas.

Da mesma forma do que foi feito quando a questão era a transmissão de autoridade constitucional, a metodologia usada por Raz ao tratar de interpretação jurídica é a avaliação moral indireta, uma comparação das características universais obtidas a partir das práticas específicas de um contexto social, visando à elaboração de um modelo descritivo-prescritivo baseado na normatividade presente no âmbito constitucional. Exatamente por reconhecer que o fenômeno interpretativo não pode ser totalmente delimitado, porquanto novas formas de interpretar surgem a cada momento e não existe vinculação às técnicas do passado (RAZ, 2009, p. 353), Raz almeja estabelecer uma teoria prescritiva, ou normativa, que abarque não somente a duplicidade interpretativa diante da conexão temporal passado-futuro, mas também como o intérprete deve agir diante das peculiaridades de uma doutrina das fontes da autoridade constitucional (RAZ, 2009, p.354).

Antes de adentrarmos a natureza dessa divisão, convém destacar o que se entende como um dos principais objetivos da doutrina constitucional: a necessária busca por estabilidade e continuidade no processo interpretativo constitucional, independentemente das particularidades dos diversos sistemas. Os motivos estão conectados, em grande medida, à noção de autolegitimação defendida na seção anterior, ou seja, à ideia de que existe uma incapacidade de os valores morais entrincheirados constitucionalmente definirem completamente as respostas para as próprias questões

constitucionais, fazendo com que a prática tenha que suprir essa ausência. Porém, a prática não atua de maneira descontextualizada, tendo que usar de convenções jurídicas para justificar medidas adotadas em decisões constitucionais (RAZ, 2009, p. 350).

Isso se deve à necessidade de assegurar estabilidade ao sistema jurídico, e essa preocupação é indiferente ao conteúdo das práticas constitucionais específicas, implementadas em qualquer tempo ou lugar. Não que estabilidade deva ser um fim em si mesmo, mas a estabilidade normalmente é desejável, pois as próprias práticas constitucionais, quando não organizadas com coerência, podem ser autodestrutivas. Raz (2009, p. 350) lembra que constituições são criadas para fornecer uma base para a vida pública de um país, dando-lhe direção e formato. Para que isso seja alcançável, é necessário um amplo conhecimento do seu conteúdo, não só do seu texto, mas de sua materialização prática. Aí está uma das principais razões do foco dado por esta tese ao uso de precedentes constitucionais e à necessidade de uma sistematização que os organize de maneira coerente.

Mudanças bruscas no pano de fundo constitucional tendem a ser prejudiciais, pois perturbam tanto o amadurecimento das práticas quanto seu entendimento. A incerteza afeta a capacidade da população de se relacionar com o que deveria estar ali para facilitar o funcionamento de diversas instituições e a materialização de anseios da sociedade, tornando a relação pior caso tais alterações gerem medo da mudança contínua e levem a um sentimento de perda de orientação e deslocamento (RAZ, 2009, p. 351). A isso Raz denomina argumento conservador, que, embora não seja o único – nem principal – elemento da interpretação constitucional, deve ser constantemente levado em conta por aqueles que a ele se dedicam.

Mas ao contrário de ser uma defesa da ausência de mudanças, entendem-se como preferíveis pequenas alterações nas práticas jurídicas e sociais – que são bem mais fáceis de serem previstas, já que ocorrem no presente pano de fundo e não o abalam – a transições constitucionais bruscas e aprofundadas. Isso é devido ao fato de mudanças radicais serem quase sempre imprevisíveis, mesmo quando fundadas em razões sociais evidentes, geralmente não havendo elementos para crer que produzirão os efeitos desejados. Isso não significa que mudanças radicais não possam trazer bons resultados ou sejam necessariamente piores, mas fornecem bons argumentos para crer

que em sociedades estáveis e maduras há uma presunção em favor da continuidade, com a qual toda proposta de mudança deve ser comparada (RAZ, 2009, p. 351).

Nesse sentido, as ideias de continuidade e baixa determinação, fornecidas pelos princípios morais presentes na constituição, combinam-se para estabelecer o aspecto autolegitimador das práticas e tradições constitucionais, muito embora esse processo esteja submetido à necessidade de se enquadrar naquilo que é tido como moralmente aceitável (RAZ, 2009, p. 351, nota 22). A ideia central consiste em que a prática interpretativa da constituição e sua constante construção e reconstrução têm a capacidade de legitimar constantemente o processo constitucional perante a sociedade na qual estão inseridas.

Porém, mesmo que haja legitimidade constitucional, isso não significa inexistirem razões para promover mudanças, uma vez que é possível ser moralmente legítimo de diversas formas. A continuidade serve como alicerce daquilo que ainda está por vir, pois, em contextos sociais abertos à participação, o ônus argumentativo está com aqueles que propõem a mudança. Para Raz, os argumentos em prol da pouca determinação e estabilidade se fundem no processo prático de legitimação constitucional aqui descrito, de modo que é possível defender a ideia de uma tradição constitucional que deva ser preservada, mas não mantida a qualquer custo. Os criadores da constituição têm um papel de destaque porquanto podem transmitir alguma legitimação ao processo, principalmente tendo em vista o respeito da população ao seu trabalho inicial, que gradualmente forma uma amálgama com aquilo que pode ser entendido como anseios sociais (RAZ, 2009, p. 352), que devem ser captados pelos tribunais ao longo dos anos por meio da adição contínua de interceptações diversas.

Pela explicação da importância do sentido de estabilidade e continuidade, Raz afirma que a interpretação possui um papel muito importante na decisão constitucional exatamente porque tem sempre que lidar simultaneamente com razões tanto para manter a constituição como é, quanto para apontar a necessidade de modificá-la, ajustá-la ou desenvolvê-la conforme as necessidades temporais (RAZ, 2009, p. 353).

Doutrinas unicamente conservadoras devem lidar com o fato de que, embora o desejo de manutenção do passado seja forte e haja uma tendência de assegurar a continuidade em qualquer tipo de interpretação jurídica, como visto na descrição do

desenvolvimento do *common law*, a importância moral de assuntos decididos em casos constitucionais não permite que sua interpretação seja simplesmente voltada ao passado.

Para Raz (2009, p. 354), tribunais cujas decisões determinam a sorte de milhões devem necessariamente tomá-las com base em considerações fortemente morais, e só isso pode justificar suas ações (RAZ, 2009, p. 354). Apesar de as ideias até então desenvolvidas poderem parecer contraditórias diante da noção de que o positivismo excludente é uma teoria que supostamente se preocupa em separar o direito e a moral, isso não ocorre. Especialmente na esfera constitucional, a teoria raziana está muito mais preocupada em encontrar meios de racionalizar procedimentalmente as decisões diante da indeterminação moral, sempre com base em parâmetros estabelecidos pela própria moral, do que simplesmente em afastar as implicações existentes entre ambos.

A visão raziana de como uma constituição deve ser interpretada se seus intérpretes quiserem se enquadrar em um projeto político e jurídico visando à estabilidade de longo prazo – em outras palavras, a doutrina da interpretação constitucional para Raz – é uma doutrina eminentemente ligada ao direito. Nela, juízes e outros agentes públicos são vinculados a parâmetros legais do que podem fazer e até que ponto podem ir, de acordo com as normas de seus respectivos países. Apesar disso, como se trata de uma teoria de base em grande medida moral, é possível conceber a noção universalmente necessária segundo a qual o direito pode ser desobedecido se a ele se contrapuser a moralidade da coletividade em questão (RAZ, 2009, p. 355). Essa prerrogativa, em termos procedimentais internos ao sistema jurídico, é quase que exclusiva dos juízes e agentes públicos⁶⁹ no momento da adjudicação, sendo seu dever provar com argumentos fortes o suficiente os motivos pelos quais buscaram soluções para problemas jurídicos fora da esfera do direito.

Quando não mais se defende uma teoria universal de interpretação jurídica, exceto como uma teoria normativa, procedimentos legislados sobre como lidar com precedentes jurídicos – sejam vinculantes, sejam meramente persuasivos – dependem

⁶⁹ Embora em algumas situações muito específicas o sistema jurídico possa conceder a possibilidade de cidadãos comuns também desobedecerem ao direito com base em razões de natureza moral fortes o suficiente, em regra o caso concreto terá que ser levado a juízo para ser referendado por tribunais ou órgãos julgadores, de modo que a decisão mais uma vez passa pelos *officials* e suas regras de reconhecimento.

muito pouco da forma como as normas devam ser interpretadas em face de aspectos morais. Isso não apenas porque muitas vezes as próprias regras processuais envolvidas precisem também ser interpretadas, mas especialmente porque a questão interpretativa geralmente não diz respeito ao significado de uma frase ou palavra, e sim a uma questão muito mais profunda, que demanda uma tomada de posição, em maior ou menor grau, política. Isso fica ainda mais evidente diante de um problema de âmbito constitucional. Como tais regras processuais não podem prever todas as possíveis interpretações, os parâmetros que vão fazer a diferença e impedir tanto uma politização descontrolada quanto um formalismo engessado são, acima de tudo, considerações envolvendo a argumentação e o raciocínio a serem desenvolvidos pelos tribunais, em grande parte com base em razões que se somam ou colidem de acordo com cada caso concreto.

Segundo o ponto de vista ora defendido, no final das contas uma questão de interpretação constitucional tem maior relação com a compreensão do raciocínio jurídico ou constitucional envolvido do que com o entendimento de qualquer doutrina específica, qualquer que seja o sistema jurídico. Isso porque, segundo Raz (2009, p. 356), o raciocínio que pretende estabelecer o significado de uma norma jurídica, obra de arte, literatura, religião ou qualquer outra coisa e que combina respeito pela expressão original e abertura para a inovação é necessariamente interpretativo, mas considerações sobre o raciocínio são considerações sobre a racionalidade na crença e envolvem aspectos normativos universais, especificados em cada localidade ou questão particular, e relacionados à prática.

Aqui se faz conveniente relembrar algumas ideias trabalhadas em seções anteriores⁷⁰. Ao buscar uma explicação teórica sobre o papel da justificação moral relativa a precedentes vinculantes e a casos concretos que precisam ser decididos na atualidade, Raz destaca a diferença entre *reconstructive reasoning* e *detached reasoning*. Para ele,

Postema is right that the same difficulties which engaged moral reasoning leads to are equally encountered in the parallel detached reasoning. But reconstructive reasoning is not detached reasoning. Detached reasoning is reasoning that proceeds through making detached statements and drawing conclusions from them. It is like saying 'I do not accept any of what follows, but let us suppose it for the sake of the argument' and then proceeding to make statements and draw

⁷⁰ Seção 3, página 22

conclusions. So, both committed and (its parallel) detached reasoning proceed from the same assumptions, and they both encounter the same problems.

Reconstructive reasoning, on the other hand, does not suppose anything. It says (to give but one example of the type): Judge A is known to believe in (let us say) tough punitive policy, and he wrote in his judgment that [...] Those who have his views on penal policy often use the same words to express the view that [...] We can therefore assume that in writing what he wrote, Judge A made the statement that. [...] For the purpose of the present argument the crucial difference between reconstructive reasoning and detached reasoning of the kind Postema gives in his example is that the latter deals with the implications of a moral or religious system of belief, with all its complexity, whereas the reconstructive reasoning involved in working out the ruling in a case deals with the views of a few people at a specific point in time, *insofar as they were expressed* in a particular document, *or are relevant to establishing what was expressed in it*. It is an attempt to reconstruct the actual reasoning engaged in by actual people (RAZ, 2009, p. 388-389).

Em outras palavras, o primeiro ocorre quando o julgador precisa reconstruir o raciocínio usado na adjudicação. Nele, não é necessário se pautar pela justificação moral original, embora se tenha que reconstruir o raciocínio jurídico original. Já no segundo, o método de raciocínio refere-se a um modo de pensar que surge do estabelecimento de premissas desconectadas de crenças e conclusões delas obtidas, mas tem que lidar com premissas morais estabelecidas pelo julgador anterior e compartilhadas pela comunidade. Assim, o intérprete posterior parte de pressupostos específicos e, mesmo que não concorde, tem que se ater a eles para chegar à resposta a ser dada como julgador (RAZ, 2009, p. 388-389).

Raz concorda que o processo de reconstrução do raciocínio avaliativo de outra pessoa passa necessariamente por usar as próprias ideias do que é bom para alcançar o que o juiz quis dizer, porém defende a existência de um equívoco em crer que é necessário descobrir o que a corte valorou como bom no momento da decisão do precedente, em uma tentativa de aproveitar a justificação moral prévia para o caso seguinte a ser julgado.

Assim, o raciocínio no caso concreto não precisa reativar a valoração moral original necessária para a sua nova justificação moral, pois apesar da importância da moral no preenchimento de lacunas no caso original, não se deve pensar as premissas morais anteriores como relevantes para a justificação de *standards* jurídicos posteriores, o que seria negado por qualquer teoria jurídica que leve a sério a tese das fontes (RAZ,

2009, p. 389). Os precedentes constitucionais, no nosso entendimento, são exceção a essa regra da autonomia da justificação moral, pois Raz explicitamente reconhece que a autoridade constitucional pode ser transmitida e manter, mesmo que temporariamente, a justificação moral dada no passado.

É fundamental destacar que quando Raz explica que o sucesso do raciocínio moral está ligado à justificação moral da conclusão obtida, ele o diferencia do sucesso em descobrir a regra vinculante usada em um caso precedente, no qual o sucesso está em descobrir o que foi estabelecido pelo tribunal anterior. Dessa forma, quando se lida com a reconstrução de raciocínios anteriores – imprescindível para o uso de casos precedentes nas decisões atuais –, um bom argumento reconstruído pode ser um mau argumento valorativo, havendo uma separação possível entre a avaliação da qualidade de reconstrução do raciocínio e os seus méritos morais (RAZ, 2009, p. 390).

Todavia, é bastante incomum na interpretação constitucional não levar em consideração as valorações morais prévias, mesmo que para descartá-las em prol de novos desdobramentos morais. Isso porque a busca pela continuidade das constituições, na tentativa de se legitimar – diante da afirmação raziana segundo a qual constituições mais antigas não podem ter sua autoridade unicamente derivada de criadores do passado –, demanda o recurso à moralidade como algo constante e necessário. É importante frisar que a legitimação pela prática defendida até aqui não significa que só seguir a prática aceita pela regra de reconhecimento ou observar o procedimento em nome do *rule-of-law* legitimarão, sozinhos, as normas constitucionais. Muitas vezes, só se pode encontrar na moralidade a solução adequada ao caso concreto.

Tendo em vista o caráter aberto e pleno de significado moral das constituições, defender a aplicação isolada do raciocínio reconstrutivo no âmbito constitucional – adjudicar por meio de uma reconstrução do precedente pertinente e resgatar a moralidade prévia sem adicionar a própria visão moral – seria como acreditar que a constituição se blindou contra si mesma, tornando o entrincheiramento, até certo ponto, sem sentido. Também, o uso do raciocínio destacado sozinho no âmbito constitucional – quer dizer, adjudicar com base na capacidade do julgador em se afastar do ponto de vista interno e dar-lhe poder para decidir baseado na sua própria visão moral – seria equivocado, em virtude do excesso de discricionariedade dado ao controle de

constitucionalidade. Assim, reafirma-se que a teoria constitucional deve demandar uma alternativa conceitual aos raciocínios destacado e reconstrutivo caso se pretenda sustentar uma postura normativa para os precedentes constitucionais nos quais o constitucionalismo tenha uma razão para existir e ser perpetuado⁷¹.

Para Will Waluchow (2012, p. 419), a interpretação constitucional é decididamente uma empreitada diferente da interpretação de uma lei ordinária, exatamente pelo fato de a primeira atividade ter um caráter diferenciado na medida em que depende de características constitucionais específicas e o papel que elas têm na vida jurídica, política e social daquela comunidade. A existência, portanto, dessas diferenças cruciais sugere outra abordagem para a interpretação de uma constituição, especialmente quando se está lidando com a forma de interpretar direitos civis abstratos sobre os quais existe muita controvérsia. Ademais, as diferenças marcantes no entendimento da abrangência e profundidade da interpretação constitucional estão normalmente fundadas em visões políticas diferentes sobre o papel da constituição ou do judiciário em democracias constitucionais.

Quando se lida com termos entrincheirados notavelmente abstratos como igualdade, devido processo legal ou princípios de justiça material, sua interpretação demonstra-se ávida por modificação, desenvolvimento e suplementação, da mesma forma que qualquer interpretação de termos contidos em princípios morais não jurídicos. Nesse sentido, Waluchow acredita que a modificação gradual no entendimento constitucional de certos termos é saudável e faz parte da vida política de cada sociedade, especialmente em contextos da tradição do *common law*. Mesmo quando ocorre uma contradição entre o sentido original e aquele obtido pelos julgadores seguintes, a inovação daquilo que se entendia até então tem seu papel dentro do desenvolvimento político e jurídico daquele meio constitucional, muito embora essa postura seja vista com receios por aqueles que creem em uma visão originalista (WALUCHOW, 2012, p. 420).

⁷¹ Aqui a ideia é defender uma teoria conceitual que rejeite tanto o originalismo quanto o ativismo constitucional descontrolado, já que o método reconstrutivo sozinho levaria à conclusão de que a valoração moral original deve ser mantida para sempre, enquanto o método destacado isoladamente, induziria à conclusão de que o julgador pode se afastar do ponto de vista interno e decidir como bem entender.

Mesmo no *common law*, em que a dinâmica preponderante é a superação de precedentes quando os tribunais entendem que aquele julgado não deve mais vincular, no âmbito constitucional essa lógica é consideravelmente diferente. Isso se deve ao forte entrenchamento, que dificulta ou retarda a maleabilidade das cortes, e ao peso dos princípios de continuidade e segurança que pautam o desenvolvimento das inter-relações entre direito e política, o núcleo central da ideia de constitucionalismo. Contudo, ainda existe em aberto uma questão central: como um grupo de indivíduos não eleitos pode entrenchar valores morais para as gerações futuras, vinculando seu comportamento político e escolhas morais? (WALUCHOW, 2012, p. 430).

Para Waluchow (2012, p. 430-431) e, em boa medida também para Raz, a resposta desse problema intergeracional é obtida pelos teóricos da constituição como árvore-viva, com as seguintes bases: uma constituição é o tipo de coisa cujas provisões abstratas podem crescer e se adaptar para seu ambiente em constante mutação sem perder sua identidade e sua função de guia – daí a importância da noção de transmissão de autoridade; às provisões abstratas da constituição deve ser permitido crescer e se adaptar ao seu meio social – daí a importância de uma teoria normativa da interpretação constitucional; esse processo pode tomar forma por meio de uma interpretação constitucional genuína, e não apenas por meio de emendas – daí a importância de uma teoria autônoma dos precedentes constitucionais; é possível fazer isso legitimamente – daí a importância da noção de moral como a base do constitucionalismo.

Vale destacar que Raz reconhece o valor das considerações institucionais – como as diversas divisões de competências entre cortes e parlamentos em cada sistema jurídico – na justificação de ações políticas e jurídicas, conquanto afirme que elas não façam com que um sistema seja melhor do que o outro, porquanto só indicam que um tribunal é competente ou não para adotar determinada interpretação. Sua função se assemelha a um limitador mútuo de atribuições, em que um lado não pode violar as prerrogativas do outro (*side constraints*), embora haja exceções⁷² (RAZ, 2009, p. 362).

⁷² Esse termo foi introduzido por Robert Nozick (1974) no qual estabelece que direitos são limitadores de posições políticas antagônicas (*side constraints*), mas nenhuma delas pode violar as posições políticas da outra, com exceção das posições extremas.

Defende-se, neste trabalho, que há uma responsabilidade de natureza política por parte dos intérpretes em melhorar a constituição, seja por meio de emendas constitucionais responsáveis e conectadas com os anseios sociais, seja pelo uso da interpretação constitucional. Em relação a este último aspecto, destaca-se que o trabalho interpretativo, quando trata de questões amplas e abstratas, tende a estar sujeito a disputas e desacordos. Quando em um sistema jurídico não existe uma prática constitucional estabelecida sobre o tema, não haverá precedentes já fixados sobre essas questões, e as cortes não terão nada que as impeça de decidir conforme as próprias visões de qual deve ser seu papel diante de questões moralmente complexas. Mas, ao contrário do defendido por muitos, simplesmente impedir os tribunais de decidirem não vai solucionar o problema.

Os tribunais podem até ser limitados pelo desenho institucional à condição de aplicadores do direito já previamente fixado, mas, segundo Raz, deve haver outras instituições com atribuições de melhorar o direito quando necessário. Contudo, quanto mais entrincheirada for uma constituição, menor é chance de que isso seja possível. Porém, não se quer dizer que o entrincheiramento é bom ou ruim ou que existem formas melhores de modificar a constituição, e sim que existem fortes razões para separar as noções de desenvolvimento e aperfeiçoamento constitucional do curso ordinário da política, pois é temerário sujeitar as noções de estabilidade e continuidade unicamente a pressões e debates políticos momentâneos (RAZ, 2009, p. 363).

A ideia não é defender a característica constitucional que tornar mais difícil sua modificação, mas destacar a valorização dos procedimentos que controlam sua modificação e necessariamente devem ser participativos, embora de forma diferente. Por exemplo, diante da modificação de condições sociais, políticas e econômicas, é evidente que alterações podem ser necessárias no texto da constituição. Entretanto, a forma como se realizam tais modificações faz toda a diferença. A interpretação inovadora, elemento central junto com a busca de estabilidade e continuidade, tem o papel de manter a legitimidade da constituição e garantir que mudanças por emendas constitucionais, muitas vezes traumáticas, não sejam sempre necessárias.

Raz destaca que, obviamente, o acúmulo de pequenas mudanças, com o passar do tempo, pode levar a alterações radicais na constituição ao longo dos anos, mas isso

não significa que a estabilidade seja afetada. De forma oposta, quanto mais debatida e fruto de um sólido consenso, mais justificada se torna uma constituição, no entanto isso gera uma responsabilidade política, que não pode ser desconsiderada, de os tribunais realizarem esse ajustamento gradual. (RAZ, 2009, p. 364). Se a interpretação inovadora for utilizada para determinar o que não era determinado, isso não afeta em nada a estabilidade. Contudo, como agir quando a indeterminação é tão profunda que afeta tanto o direito quanto a moral envolvida?

Aqui a divisão feita por Raz entre razões de mérito e independentes de mérito deve ser lembrada. Com base na razão de que algumas razões são incomensuráveis, não sendo possível definir abstratamente se uma razão é melhor do que outra, faz-se necessário estabelecer algum critério para a adjudicação que não seja a mera escolha pessoal do julgador.

Num cenário com *rule-of-law* como projeto político enraizado, é possível supor que as razões de mérito não são necessariamente superiores às independentes de mérito, pois estas últimas, apesar de não os considerarem valores morais entrincheirados na constituição, também podem determinar mudanças no seu texto com base em razões de natureza política ou econômica, desde que justificáveis de forma argumentativa e abertamente decididas pelas autoridades. Ainda que as razões de mérito tenham uma conexão com as missões implícitas ao projeto constitucional, os tribunais que interpretarão a constituição, devem considerá-las – uma vez que os valores morais não são entrincheirados aleatoriamente, mas por serem desejados pela sociedade, devendo ser materializados pela autoridade –, mas não necessariamente basear a busca de legitimação somente nelas. O sucesso em manter a autoridade das cortes constitucionais depende da capacidade dessas em executar tal função (RAZ, 2009, p. 366).

Raz afirma que o sistema jurídico deve fornecer aos julgadores mecanismos de afastamento de aspectos pessoais para que esses não determinem sozinhos o conteúdo de decisões e o conjunto de precedentes (*legal doctrine*) possa ser um desses mecanismos. Todavia, é necessário cuidado, principalmente em relação a precedentes constitucionais, para que não resultem em um formalismo que impeça o julgador de adotar a inovação, a qual pode melhorar a constituição (RAZ, 2009, p. 369).

Então, o círculo se fecha. A prática constitucional, como a gradual construção e reconstrução do conteúdo da constituição por agentes públicos com poderes para tanto, não ocorre aleatoriamente, e sim baseada em valores compartilhados por toda a sociedade, pois tem por objetivo reivindicar autoridade constitucional e manter a sua aceitação perante a coletividade. Tal prática ocorre por meio da interpretação constitucional, que não é uma receita predefinida de como agir ou entender a constituição, mas uma tentativa de equilibrar as tendências por vezes antagônicas de preservação e modificação, sempre dentro de um projeto político coerente. Essa empreitada considera, tanto razões de mérito quanto valores independentes de mérito, não menos importantes. No entanto, para que o julgador decida em qual dos tipos de razões deve se basear no caso concreto, deve tomar em conta algo anterior a sua própria decisão: a prática constitucional.

5.3 O *rule-of-law* e uma teoria dos precedentes constitucionais

A presente seção busca explicar por fim o verdadeiro significado contido na noção de *rule-of-law* e como ele foi assimilado pela teoria raziana. Essa noção se soma ao aspecto político já trabalhado anteriormente e, sem negá-lo, adiciona os últimos elementos necessários para uma teoria dos precedentes constitucionais. A metodologia aqui volta a ser a da avaliação moral indireta, almejando-se apresentar uma característica universal do direito vinculada ao *rule-of-law* (a busca de conformidade com o direito) ligada a um caráter prescritivo inerente ao *rule-of-law* (sua virtude moral). Embora necessariamente presentes na tradição do *common law*, esses aspectos são acessíveis a todo sistema jurídico (daí seu caráter universal), tendo com as práticas constitucionais grande afinidade.

A ideia de *rule-of-law* tem sido mal-entendida e confundida com outros valores, que constituem um compromisso político inerente ao sistema jurídico, mas pouco se relacionam com seu significado (RAZ, 1979, p.210). Para tanto, usa-se a definição de Friedrich Hayek, segundo o qual o *rule-of-law*

[...] stripped of all technicalities this means that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand--rules which make it possible to

foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances, and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge (HAYEK, 1944, p. 53).

O intuito aqui é estabelecer o *rule-of-law* como ideal político acessível a todo sistema jurídico, em maior ou menor grau, de modo que até que ponto se deve aderir é uma escolha de cada sociedade. A ideia central pouco tem a ver com democracia, justiça ou equidade, já que está mais focada na noção de previsibilidade (RAZ, 1979, p. 211). Seu significado pode parecer banal, diante do fato de todo o direito emanar do governo e obedecê-lo ser obrigação de todos que querem permanecer na legalidade, mas seu valor político é sistemicamente muito mais profundo.

A chave para entender o que é estar vinculado ao *rule-of-law* pode estar conectada, segundo a visão de Raz, com a diferença entre a noção do que é o direito para advogados (e *officials*) e para o cidadão comum (*layman*). Como já foi visto, para os participantes internos ao sistema jurídico tudo é direito desde que preencha as condições de validade estabelecidas pela regra última de reconhecimento do sistema. Nesses se incluem a constituição, normas legisladas comuns, precedentes judiciais, normas infralegais, ordens de policiais, patentes registradas etc. (RAZ, 1979, p. 213).

Já para os cidadãos comuns (também participantes em sentido amplo, mas que não decidem diretamente o que é direito) a noção de juridicidade se restringe apenas a uma fração disso, sendo essencialmente um conjunto de normas abstratas, gerais e relativamente estáveis. Assim, ser governado por leis, e não por homens, tem um significado real caso se faça referência ao direito no sentido desse conjunto (geral, abstrato e relativamente estável) somado a um conjunto mais restrito de procedimentos e mecanismos para implementá-lo. A doutrina do *rule-of-law* não nega que o direito possua essas características (normas gerais + normas específicas), mas ressalta o papel de sujeição das normas particulares, assim como dos precedentes judiciais, às normas gerais, sendo esse um ideal político repleto de significado (RAZ, 1979, p. 213).

Ademais, o *rule-of-law* não é exaurido pela soma dos dois tipos de normas, devendo conter mais dois aspectos: a população deve ser governada pelo direito e deve obedecê-lo, e o direito deve ser tal que a população terá capacidade de ser guiada por ele, no sentido de ser capaz de ser obedecido. Mostra-se necessário lembrar a teoria da autoridade raziana, segundo a qual indivíduos se associam à autoridade não por uma

simples vontade de obedecer ou medo de violar o direito, mas em grande medida pela capacidade da autoridade de fornecer razões para ação capazes de materializar objetivos moralmente compartilhados pela coletividade e tenha eficiência nessa empreitada. Só assim vale a pena seguir a autoridade, com todos os seus ônus e bônus. Para que o direito seja obedecido, deve ser capaz de guiar o comportamento daqueles que se lhe sujeitam; assim, se a autoridade emissora pretende que seus comandos se tornem razões para ação adotadas por indivíduos que a seguem, deve deixar evidente o que quer (RAZ, 1979, p. 214).

Chega-se ao ponto central da tese: só é possível tratar de qualquer conjunto de precedentes judiciais se houver coerência entre eles (interna) e com o restante do sistema jurídico (externa). Isso deixa evidente qual caminho se deve seguir, ou mesmo se a rota deve ser alterada. Quando se trata de precedentes ordinários, a questão é clara, sendo a interpretação jurídica eminentemente conservadora (RAZ, 2009, p. 226-231). Mas como tratar precedentes constitucionais quando a natureza da norma constitucional não segue a lógica de razões para ação protegidas que devem orientar indivíduos em determinado sentido e não existe um critério preestabelecido de como interpretar mantendo o equilíbrio entre olhar para o passado e para o futuro (RAZ, 2009, p. 355), sendo apenas formulações abstratas que defendem valores sociais, mas sem determinar um rumo certo a seguir?

Primeiramente é importante destacar que existem tipos diferentes de normas constitucionais. Seguindo a visão clássica de constitucionalismo britânico, John Austin (1985, p. 215) entende o direito constitucional como conjunto de normas e costumes que fixam a estrutura ou constituição de um determinado governo soberano, isto é, o conjunto de normas estruturais que determinam como cada sistema jurídico deve se organizar em termos funcionais. É óbvio, que nesse caso, temos razões para ação que guiam indivíduos pois se estabelecem as diretrizes de funcionamento pelas quais os *officials* devem se pautar na sua atuação cotidiana. Assim, as próprias práticas constitucionais são limitadas por esses parâmetros, porquanto não é possível, por exemplo, mudar o tipo de federalismo por meio da regra de reconhecimento, ainda que o alcance e a profundidade do federalismo possam ser alterados pela prática e interpretação

constitucional ao longo do tempo, haja vista a evolução do federalismo americano (GERSTON, 2007, p. 28).

A questão levantada se refere à capacidade de normas bem mais abstratas de produzirem razões para ação. Segundo Raz,

Constitutions are meant to provide a framework for the public life of a country, giving it direction and shape. For this to be achieved, widespread knowledge of the constitution has to be secured. This requires knowledge not only of the text but of its significance—that is, knowledge of the constitutional practices in the country. Until people absorb and adjust to it, a radical constitutional change upsets these practices. It has ramifications regarding different aspects of public life, and there is bound to be a temporary uncertainty regarding the way the reform or change will affect various aspects of constitutional practice. (RAZ, 2009, p. 350).

Quando Raz faz essa defesa teórica, ele aponta o papel da constituição como guia da vida pública ao mesmo tempo em que insinua uma teoria conceitual em que práticas e procedimentos são o que mais importa no processo de legitimação, relativizando o papel do conteúdo da interpretação do texto constitucional. Não obstante se aprofunde esse ponto mais adiante, a questão que se coloca é: o conteúdo interpretativo obtido de direitos fundamentais de fato cria razões para ação, ou o seu caráter autoritativo está na forma como a sociedade conhece e organiza seus próprios precedentes constitucionais surgidos por meio dessa interpretação?

A ideia geral da tese é defender uma teoria normativa dos precedentes constitucionais, entendida como uma prescrição de como precedentes constitucionais devem ser organizados para que possam cumprir a sua função. Quando Raz entende que o *rule-of-law* passa necessariamente pela capacidade de se fazer entender diretamente pelos agentes públicos e indiretamente pelos demais cidadãos, esse ideal torna-se essencial para os objetivos traçados.

Nessa direção, apresentam-se os oito princípios do *rule-of-law* traçados por Raz (1979, p. 214), cuja validade e importância dependem de circunstâncias particulares de determinadas sociedades, mas que ajudarão a demonstrar o caminho prescritivo que se entende como adequado. Isso significa que tais princípios têm o potencial de materialização de acordo com a conformidade ao *rule-of-law*, o que é uma decisão política acima de tudo. São os seguintes:

1) Todas as normas devem ser prospectivas, abertas e claras, o que significa que podem até existir leis retroativas, mas elas serão excepcionais e com propósito específico. O direito deve ser aberto e adequadamente tornado público, já que a ideia central é guiar os indivíduos sem vagueza ou ambiguidade (RAZ, 1979, p. 215).

2) Normas devem ser relativamente estáveis, já que Raz entende que elas não devem ser alteradas com frequência, porquanto as pessoas terão dificuldade em descobrir qual é o direito em determinado momento e estarão em constante medo de que a norma ou precedente tenha sido alterado. A ideia aqui é que as pessoas precisam conhecer o direito não apenas sobre decisões de curto prazo, como sinal de trânsito ou produtos proibidos na bagagem, mas se possa fazer planejamento de longo prazo. Mesmo não podendo criar o direito diretamente, os cidadãos comuns devem ter conhecimento geral dele.

3) A criação de leis específicas (normas criadas por situações circunstanciais) deve ser guiada por regras abertas, estáveis, claras e gerais, pois, embora voltadas para situações temporárias ou excepcionais, as normas jurídicas devem ser pautadas por critérios claros e estáveis, exatamente para garantir a previsibilidade inerente ao *rule-of-law*. Para Raz (1979, p. 216), dois tipos de regras gerais devem ser observados, sendo ambos importantes para criar um pano de fundo estável para a criação normativa: aquelas que conferem poder para criar as normas específicas e aquelas que estabelecem deveres aos possuidores do referido poder.

4) A independência do judiciário deve ser garantida, uma vez que os tribunais têm a função de aplicar o direito para os casos que lhes são apresentados, dando uma resposta final sobre o mérito. Como qualquer situação pode potencialmente ser resolvida pelos tribunais, observados a diferença de competência e os diversos desenhos institucionais, não há sentido em falar de segurança jurídica em contextos nos quais as cortes não decidam segundo o direito. Somente se o direito é aplicado corretamente pelo judiciário, porquanto sua decisão é conclusiva, os cidadãos comuns poderão contar com um mínimo de previsibilidade. Caso contrário, só poderão guiar-se por palpites ou previsões não confiáveis sobre como as cortes agirão (RAZ, 1979, p. 217). Nesse ponto, uma teoria dos precedentes tem um papel fundamental, pois a coerência do conjunto de

decisões ao longo do tempo é pressuposta para uma atuação do judiciário estável dentro do *rule-of-law*.

5) O princípio do juiz natural deve ser observado, pois escutar as partes de forma aberta e justa e garantir a ausência de parcialidade são pressupostos óbvios e essenciais para a correta aplicação do direito e, portanto, estão ligadas à capacidade de guiar indivíduo por meio de razões autoritativas. Sem isso, não há respeito ao *rule-of-law* (RAZ, 1979, p. 217).

6) Os tribunais devem ter poder de revisão sobre a implementação de outros princípios, tendo a faculdade de rever normas emanadas do legislativo e do executivo (normas infralegais). Não necessariamente se trata de uma defesa ampla da teoria raziana do controle de constitucionalidade, mas de uma prerrogativa mais contida capaz de assegurar a conformidade com o *rule-of-law*. Essa atribuição está mais vinculada à existência da possibilidade de algum tipo de revisão, e não de uma defesa da supremacia do judiciário.

7) Os tribunais devem ser facilmente acessíveis, já que, diante do papel central do judiciário na manutenção do *rule-of-law*, é óbvio que o acesso às cortes se torna também essencial. Raz afirma que longa demora, custo excessivo e outros impedimentos de acesso tornam o direito, por melhor que seja, meramente figurativo, frustrando na capacidade de guiar indivíduos por meio de razões para ação protegidas. Isso não significa que os tribunais devem ser o árbitro de discussões eminentemente políticas, na medida em que isso também violaria a previsibilidade e segurança jurídica.

8) A discricionariedade dos órgãos que previnem a criminalidade não deve permitir que ela perverta o direito, pois não são somente os tribunais que podem perverter o sentido do direito por meio de interpretações ou ações não pautadas pelo *rule-of-law*, mas também a ação da polícia, investigativa ou preventiva, e do ministério público. Sem embargo a autonomia seja característica de algumas dessas instituições em determinados sistemas jurídicos, deve haver mecanismos de controle de suas ações para que, por exemplo, eles não se recusem a cumprir suas funções ou as cumpram em excesso, ameaçando a segurança jurídica (RAZ, 1979, p. 218).

Por meio desses princípios, Raz (1979, p. 218) pretende apontar o poder e o grande alcance de uma concepção formal de *rule-of-law*, na qual aqueles não se

sustentam sozinhos ou isoladamente, mas se pautam pela ideia central de que o direito tem a capacidade de fornecer uma liderança efetiva. Todos esses princípios afetam diretamente o sistema jurídico e o método de governo adotado em termos diretamente ligados à noção de *rule-of-law*, muito embora outros aspectos políticos, econômicos e sociais também estejam envolvidos, fortalecendo-a ou enfraquecendo-a.

Por fim, Raz (1979, p. 220) nota que existe uma relação entre a autonomia pessoal e a capacidade de o direito, por meio do *rule-of-law*, garantir estabilidade e previsibilidade. Essa conexão passa pela concepção de que o indivíduo capaz de prever e de se planejar pode também estabelecer sua forma de vida e como vai vivê-la, criando projetos de longo prazo e encaixando-se nessas perspectivas. Por essa perspectiva, o *rule-of-law* protege a liberdade individual, entendida como a possibilidade de escolha entre inúmeras possibilidades que tem capacidade de prever (RAZ, 1979, p. 220).

Como argumento final, aponta-se que essa ideia está em conexão com a liberdade política garantida por direitos entrincheirados constitucionalmente, fazendo o *rule-of-law* ser um elo entre o constitucionalismo e os ideais políticos do positivismo excludente. Inicialmente convém se lembrar do ceticismo de Raz (1979, p. 222) diante da capacidade de conformidade de cada sistema com esse ideal. Ao defender que a conformidade com o *rule-of-law* é algo gradual, fica evidente que a conformidade total é impossível – alguma abstração é inescapável –, e mesmo a conformidade máxima pode ser indesejável – a discricionariedade pode ser algo positivo.

Conclui-se que conformidade com o *rule-of-law* é, até certo ponto, uma virtude moral, como outras que o direito deve possuir. Mesmo assim, não é só uma virtude moral; é uma condição necessária para o direito alcançar aquilo que é considerado um bom propósito, cumprindo instrumentalmente os anseios sociais aos quais a reivindicação da autoridade está intrinsecamente conectada. Como qualquer instrumento, pode também ser usado para maus propósitos, o que não retira a virtude moral alcançável caso cumpra os objetivos tidos como certos. Contudo, a conformidade não retira a importância moral de escolher outros caminhos que não a adesão total ao *rule-of-law*.

Aqui é possível comparar a concepção de *rule-of-law* de Raz com a apresentada por Jeremy Waldron (2016, p. 47), quando este explica a separação de poderes no sistema político dos países da tradição do *common law*. No início de seu artigo, Waldron

já introduz que, na constituição estadunidense, a democracia, a separação de poderes e o *rule-of-law* não estão explicitados, tendo apenas considerações indiretas, mas isso não faz com que aqueles institutos sejam menos indispensáveis da teoria melhor da governança (o “nosso” conceito de direito em sentido raziano) e das práticas constitucionais. Com base nisso, afirma que o *rule-of-law* não é a imposição de que se há direito, ele deve ser almejado, e sim que a ação governamental, em grande medida, deve ser conduzida sob os auspícios do direito. Isso significa que, salvo quando existirem fortes razões em contrário, o direito deve ser criado com o intuito de autorizar as ações que o governo terá que executar, por meio de um intrincado processo argumentativo e procedimental, faz-se com que a criação normativa e a ação estatal se comprometam com um projeto político coerente (WALDRON, 2016. p. 63).

O intuito da teoria waldroniana é defender que a atuação governamental se torne articulada e que vários de seus estágios de articulação correspondam a requerimentos do *rule-of-law*, como os princípios da clareza, promulgação (publicidade), integridade de expectativas e devido processo legal, sendo que cada um deles incorpora as preocupações como liberdade, dignidade e respeito que o *rule-of-law* representa. Eles oferecem múltiplos pontos de acesso às normas e múltiplos modos de internalização, sendo que juntos e separados representam o passo-a-passo da incorporação nas vidas e planos daqueles submetidos a eles. Waldron acredita que existe uma séria falha no *rule-of-law* quando qualquer um desses passos são omitidos ou quando um ou mais são borrados e tratados como não divididos e é aqui que se encontra a sobreposição entre o respeito pelo *rule-of-law* e o respeito pela separação de poderes coerência (WALDRON, 2016. p.64).

Para Waldron (2016, p. 65), não importa se a autoridade em questão é legítima em si mesma, em virtude, por exemplo, de suas credenciais democráticas. Não importa que a autoridade tenha sido, em algum sentido geral, autorizada pela população, pois mesmo que o exercício do poder tenha sido legitimado democraticamente – no caso de que alguém seja escolhido como um líder político em eleições livres e justas e agora queira implementar as políticas que prometeu –, ainda assim o que propõe e se considera como autorizado a fazer deve ser adequado aos princípios propostos. Anseios

democráticos devem ser alojados e canalizados por meios dessas formas processuais e institucionais, sucessivamente uma após a de outros. É isso o que o *rule-of-law* exige.

Contudo, na visão de Waldron (2006, p. 1.712), direitos fundamentais não expressos constitucionalmente em certos contextos, como separação de poderes, *rule-of-law* e democracia, não são produto da lei natural, frutos de um contexto metajurídico que deve ser implementado. Pelo contrário, são produto de práticas constitucionais arraigadas pelo uso de conceitos constitucionais em um contexto de autocompreensão do ponto de vista normativo interno. Nesse ponto, mais uma vez, há uma aproximação entre Waldron e Raz, pois ambos veem esses direitos não como parte da regra de reconhecimento – mesmo quando expressos –, mas por ela garantidos, isto é, pelas práticas inerentes a constituição (RAZ, 2009, p. 330-332). Assim, o procedimentalismo de Waldron relativo ao *rule-of-law* seria compatível com o projeto raziano que se defende, porquanto esse princípio moral faz parte de uma escolha política a ser encampada como importante em cada contexto de prática constitucional, consoante um sentido de que os procedimentos estão mais preocupados em implementar um ideal político do que em verificar se um tipo de interpretação constitucional, ou modelo de controle de constitucionalidade, é melhor do que o outro. A ideia central que se defende é: o positivismo normativo não valoriza o procedimento como um fim em si mesmo, mas como mecanismo de materialização de um projeto político.

Assim, após elucidar que o ideal político previsto pelo *rule-of-law* não é absoluto e deve ser avaliado por toda sociedade dentro do que as práticas sociais entendem como adequado, voltar-se-á para o último ponto a ser debatido na presente tese: a hipótese de que o *rule-of-law* é um elo entre os ideais políticos do constitucionalismo e as propostas descritivas presentes no positivismo excludente⁷³.

Como já visto, para Raz a mais importante característica do direito é sua habilidade de fornecer uma resposta autoritativamente adequada a demandas sociais sem recorrer diretamente a argumentos morais: sua teoria da prática jurídica se concentra em ampliar a praticidade do direito. Uma vez que, ao se abrir a considerações morais,

⁷³ Por uma questão metodológica, usa-se a noção que o próprio autor esboçou de constitucionalismo, ou seja, a teoria da constituição como árvore viva (*the living tree doctrine*), deixando claro que existem diversas outras formas de entender o projeto constitucional.

ameaça-se o próprio caráter das razões protegidas – pois sua função é evitar a contagem dupla –, na teoria raziana a regra geral é não fazer nenhuma consideração sobre o valor normativo no conteúdo da norma, com as notáveis exceções de adjudicação em caso de lacunas e âmbito constitucional. O que produz a normatividade, portanto, deve ser identificado somente por meio de um teste descritivo, que fornece uma fonte social e não normativa. A única forma de contestação, dentro da metodologia, diz respeito às características serem importantes, o que será observado de modo conceitual pela prática dos participantes em um determinado contexto (HALPIN, 2006, p. 78). Por essa perspectiva, o positivismo excludente tem caráter descritivo, em um sentido hartiano do termo (teórico e não empírico), buscando traçar um modelo conceitual útil para a sociedade.

Por esse motivo, o eixo ideário do positivismo excludente em relação ao precedente judicial é que este busque ser um fato social criador de direitos e obrigações jurídicas. O precedente é, portanto, uma fonte do direito capaz de inovar o sistema jurídico e gerar novas razões protegidas para os juízes futuros decidirem casos e para os cidadãos determinarem o conteúdo de suas obrigações jurídicas. Os precedentes devem ser capazes de gerar razões protegidas para os casos futuros, mesmo sendo difícil ou impossível identificar a *ratio decidendi* que determina o conteúdo dessas razões (BUSTAMANTE, 2018, p. 7). A prática jurídica, contudo, suprirá essa ausência.

O fato de geralmente não existirem razões protegidas identificáveis na forma clássica de regras jurídicas não obsta à compatibilidade entre sistemas jurídicos dotados dessas características e o positivismo excludente, porquanto aceita-se que a atividade judicial não seja só um ato de aplicação, mas também de criação de direito por parte dos julgadores (*judicial lawmaking*), quem podem desmontar e remontar o precedente conforme as peculiaridades do caso. Para tanto, são necessários critérios no momento da adjudicação que deem abertura para a moral, mas não façam uma confusão entre ela e o direito.

Há muitos anos, Raz entendeu que o modelo *rule-plus-exception* poderia estabelecer os critérios de evolução de precedentes no contexto do *common law*, mas se equivocou ao desconsiderar as próprias práticas jurídicas inerentes a esse contexto, as quais tornam o modelo desnecessário. Como as autoridades jurídicas, em casos tidos

como difíceis, se encontram sob um dever/poder jurídico de aplicar *standards* extrajurídicos, o positivismo excludente de Raz defende que o raciocínio jurídico não se limita a aplicar simplesmente as normas do sistema jurídico, porquanto as lacunas no ordenamento devem ser preenchidas da melhor forma possível para garantir a função das autoridades como fornecedoras de razões.

O que ocorre é que quando o direito não está totalmente determinado, existe a permissão aos julgadores de raciocinar de acordo com o direito e estabelecer o seu conteúdo, de modo que não simplesmente raciocinem sobre quais normas jurídicas podem ser aplicadas ao caso, mas considerarem as normas jurídicas válidas como suas premissas referenciais, combinando-as de maneira não redundante no mesmo argumento com premissas morais ou outras baseadas no mérito do caso (GARDNER, 2001, p. 215-216). É esse o sentido no qual a prática jurídica previamente partilhada pelos participantes (*officials*) pode estabelecer critérios objetivos de como recorrer à moral e a outras esferas fora do direito no momento da adjudicação, sem confundir direito e moral no processo interpretativo.

Como o conteúdo da regra a ser inferida da decisão precedente é independente de sua justificação moral, na medida em que a força institucional do precedente está vinculada ao seu caráter autoritativo e não à sua justificação moral, a questão estará resolvida, ao menos em âmbito infraconstitucional. Defendeu-se ao longo desta tese que não existe incompatibilidade entre o positivismo excludente e um sistema jurídico com precedentes vinculantes ao estilo do *common law*, sendo também desnecessários mecanismos que estabeleçam critérios para a evolução dos precedentes, uma vez que isso será determinado pelos *standards* e práticas jurídicas arraigadas no sistema.

A questão que se levanta é: será possível aplicar o mesmo raciocínio aos precedentes constitucionais? Acredita-se que não, ao menos se forem considerados os conceitos de interpretação constitucional, transmissão da autoridade da constituição para a teoria raziana e teoria da constituição como árvore viva – à qual, tudo indica, Raz se afilia.

O primeiro ponto que se destaca é que o papel dado por Raz à interpretação inovadora no direito constitucional é abertamente difuso, no sentido de que, ao mesmo tempo em que exige que a interpretação constitucional olhe para frente e para trás, não

apresenta nenhum critério prévio para realizar esse balanceamento (RAZ, 2009, p. 355). A razão, como explicado acima, é que os valores morais são incomensuráveis, ou seja, mesmo abstratamente não podem ser comparados entre si de maneira objetiva, sendo ato discricionário do julgador a escolha de qualquer deles em detrimento de outros (RAZ, 2009, p. 348).

Como as interpretações inovadoras e as conservadoras sempre estarão prementemente presentes na adjudicação constitucional, a prevalência de uma delas dependerá do argumento moral definidor da questão. Isso cria uma situação na qual o intérprete, com poder para criar o direito, tem uma discricionariedade acima do comum se comparada à dinâmica infraconstitucional, pois em situação de lacunas e de poder para buscar fora do direito, a resposta é excepcional, mas na jurisdição constitucional torna-se constante. Ao contrário de Paula Gaido, que defende que essa característica da jurisdição constitucional é uma prova da incoerência interna do positivismo excludente (GAIDO, 2016, p. 65), acredita-se que a adoção de uma teoria dos precedentes constitucionais baseada na noção de *rule-of-law* descrita acima pode mitigar esse problema, porquanto seu objetivo é alcançar a estabilidade por meio da perspectiva do participante.

A teoria da constituição como árvore viva, como já dito, é uma teoria prescritiva, pois ao contrário do positivismo excludente, não pretende descrever um modelo teórico fixo do que seria correto baseado nas características essenciais, e sim estabelecer uma série de pressupostos pelos quais a constituição deve ser tratada, seja na interpretação seja na emenda, de modo que se alcance um objetivo político predefinido, no caso, um equilíbrio entre os direitos entrincheirados fixados no passado e os desejos escolhidos no presente. A natureza dessa teoria também é normativa, já que está fundada na autocompreensão de conceitos referentes à moralidade compartilhada, compreendidos como um contínuo que liga passado e presente.

Como Raz afirma expressamente, é a tradição, lançada pelos fundadores da constituição – mas cuja autoridade tem um papel cada vez menor no processo de legitimação –, e a prática constitucional que mantêm o corpo constitucional com capacidade para dar a palavra final a uma série de assuntos. Todavia, diante da relevância moral de boa parte da temática constitucional, a questão sobre a necessidade

de mudanças no atual texto constitucional vem sempre à tona e gera impasses relativos a seguir as razões de mérito ou optar por caminhos diversos (RAZ, 2009, p.368).

Como não existe, nem pode existir, uma teoria procedimental (empírica) da interpretação, uma vez que sempre pode haver outro método válido de interpretar normas jurídicas não previsto, Raz promove uma abertura para uma “razoabilidade interpretativa” a ser utilizada na interpretação e na adjudicação constitucional (RAZ, 2009, p. 357). Dessa forma, ao contrário de Paula Gaido (2016, p. 67), que vê nessa afirmação motivo de perplexidade e argumentos para a citada incompatibilidade, entende-se que uma teoria dos precedentes constitucionais baseada nas ideias da doutrina do *rule-of-law*, como retroexpostas, pode ajudar a tratar a questão holisticamente. Isso porque é perceptível a existência de uma estrutura geral para uma teoria de precedentes compatível com o positivismo jurídico, na qual os juízes têm poder de reconstruir precedentes acordes com seu juízo, mas geralmente evitam usar argumentos de moralidade política para estabelecer o conteúdo do direito preexistente válido (WALUCHOW, 1994, p. 71)

Em suma, Raz criou uma teoria da interpretação conceitual em que o direito tem a função de ser uma estrutura de autoridade e fazer a interação entre tribunais, cuja função é entregar interpretações autoritativas das normas, e outros agentes públicos. Interpretações jurídicas são autoritativas, pois, sendo corretas ou não, vinculam os litigantes. Sua função, portanto, é fornecer razões protegidas para guiar os participantes. Todavia, como no âmbito constitucional é, especialmente quando envolvidas normas abstratas, impossível estabelecer o conteúdo do direito preexistente sem recorrer a argumentos morais, nota-se que Raz cria uma exceção à sua teoria conceitual da interpretação, na qual a atitude das pessoas é vinculada pelos compromissos políticos do governo (RAZ, 2009, p. 320).

A conclusão possível para continuar defendendo a compatibilidade entre os pontos obra raziana é defender que a argumentação constitucional (ou sua adjudicação) está, na verdade, em um âmbito em que o direito exerce pouca ou quase nenhuma função, pois se trata basicamente de uma aplicação de direitos (*rights*) morais e de um processo de decisão de questões de moralidade política. Isso significa que, com exceção das normas estruturais, a constituição é formada por um conjunto de direito morais

(estando em um *Bill of rights* específico ou não) que pode ser interpretado das formas mais variadas, tanto do ponto de vista dos intérpretes legitimados quanto dos conteúdos obtidos. A capacidade de esses direitos morais serem apontados como razões protegidas só poderia ser entendida em um nível bem genérico, pois determinam muito pouco como indivíduos devem agir, afinal elas são reflexos de visões políticas não necessariamente compartilhadas por todos, mas nem por isso equivocadas.

Embora Waldron acredite que, para Raz, não é possível entender o que é o *rule-of-law*, a menos que já, e de forma independente, compreenda-se o que é o direito e quais características negativas que o direito provavelmente dará origem, existindo um papel secundário para os aspectos procedimentais⁷⁴ (WALDRON, 2011, p. 14), entendemos que isso não é defensável no âmbito constitucional. Isso porque, impossibilitado de avaliar o conteúdo das decisões constitucionais por sua natureza essencialmente de decisão política – em que é melhor o uso de uma metodologia empírica –, cabe à teórica analítica conceitual de Raz focar em conceitos procedimentais das práticas constitucionais.

Nesse sentido, acredita-se que a “*Moral Mandate Thesis*”, de Thomas Bustamante (2012, p. 236) explica muito bem a questão, sem criar embaraços consideráveis à obra de Raz. Em linhas gerais, o direito constitucional seria, para esse autor, um âmbito em que reenvios à moral são frequentes e, por consequência, onde as normas jurídicas frequentemente exigem que se recorra à moral para decidir casos concretos e criar novas obrigações jurídicas. Como a forma na qual a constituição será interceptada é muito mais uma questão empírica do que conceitual, a preocupação raziana estaria muito mais na forma com que as diversas interpretações constitucionais são organizadas e hierarquizadas ao longo do tempo, do que propriamente no seu conteúdo. Nesse sentido, a tarefa reconstrutiva é muito mais procedimental – enfrentar os argumentos usados no passado e criar uma defesa coerente da decisão atual com base nas obrigações políticas implícitas ao compromisso com o *rule-of-law* – do que

⁷⁴ Na realidade acreditamos que essa crítica é injusta até para o âmbito de jurisdição ordinária. Embora Raz (2009f) não seja tão dedicado ao estudo do procedimento quanto Waldron, em grande medida por acreditar que o direito também pode se legitimar por uma combinação de razões instrumentais e não instrumentais, é um exagero afirmar que a teoria raziana só se preocupa com as consequências (*outputs*) dos aspectos procedimentais em seus conceitos sobre o direito (WALDRON, 2011, p. 14).

esclarecer o caráter autoritativo da norma e definir o agir diante de situações concretas, preocupação central do tratamento dos precedentes ordinários na obra de Raz.

Em grande medida, esta é uma defesa do positivismo excludente associado a uma base de constitucionalismo normativo, criada especialmente para um contexto no qual os juízes não poderiam evitar argumentos de moralidade política. Os parâmetros dessa teoria serão assunto para outra oportunidade, na qual será possível focar nas suas peculiaridades. A ideia desta tese, em contrapartida é apontar as conexões entre o positivismo excludente, o constitucionalismo de Raz e a noção de *rule-of-law*. Assim, é possível abrir caminho para uma teoria dos precedentes constitucionais que busque formas de como organizar procedimentalmente os precedentes constitucionais com base em um ideal político que cabe a cada sociedade decidir se adere ou não, e mesmo até que profundidade se dará a adesão.

5.4 Conclusões parciais

Nesta seção abordaram-se possíveis contribuições da obra de Raz para a elaboração de uma teoria dos precedentes constitucionais diversa da dinâmica de precedentes infraconstitucionais com base em suas peculiaridades. Nesse sentido buscou-se alinhar o positivismo excludente, a teoria da interpretação constitucional raziana e uma noção de *rule-of-law* que associa estabilidade jurídica com a autonomia individual. Tudo isso para desmontar que é possível ser coerente na fusão desses três elementos, em um esboço de uma teoria dos precedentes constitucionais.

Por meio de sua metodologia tradicional, a avaliação moral indireta – cujo objetivo não é apontar se determinada prática é boa ou má, mas se é tida como essencial ou não pelos participantes dessa prática – Raz almeja destacar sete características universais que formam o constitucionalismo, para, em seguida, analisar como são avaliadas conceitualmente pelos participantes. Para tanto, compara essas características universais com as práticas constitucionais em dois níveis: transmissão da autoridade e interpretação constitucionais.

Raz conclui, nessa primeira parte, que é possível apontar as condições nas quais a constituição de um país seja considerada legítima – moralmente aceita no sentido

raziano – com base na forma com que influencia e é influenciada pelas práticas constitucionais. Nesse contexto, a tradição constitucional terá um papel menor do que sugerem as visões originalistas, mesmo assim representará um passo para transmissão da autoridade, em um processo de busca de legitimação por meio de adequação a anseios morais dos participantes.

Ao fazer isso, Raz (2009, p. 328) acredita que os princípios de moralidade política que sustentam as práticas constitucionais são expostos, justificando e legitimando sua aplicação. A incapacidade de obter uma determinação completa com base na moral (*underdetermination*) e o peso das razões de mérito (*merit reasons*) no âmbito constitucional são questões centrais, já que decisões baseadas em normas constitucionais abstratas, como direitos fundamentais, são muito mais políticas do que razões protegidas para guiar indivíduos.

Em seguida, a segunda parte focará na interpretação constitucional como muito mais que um método de descobrir o que é o direito, pois, quando usada pelos participantes como forma de interpretação do que os tribunais deveriam fazer, estabelece formas para desenvolver, modificar e reformar o direito (RAZ, 2009, p. 353). Exatamente por reconhecer que o fenômeno interpretativo não pode ser totalmente delimitado, já que novas formas de interpretar surgem a cada momento, não havendo vinculação às técnicas do passado, Raz (2009, p. 353) almeja estabelecer uma teoria prescritiva, ou normativa, que abarque não somente a duplicidade interpretativa diante da conexão temporal passado-futuro, mas também como o intérprete deve agir diante das peculiaridades de uma doutrina das fontes da autoridade constitucional (RAZ, 2009, p. 354) na qual a discricionariedade do intérprete em recorrer à moralidade é muito maior do que no resto de sua obra.

Na última parte, o foco vai para a visão procedimental dada por Raz ao *rule-of-law*. Somando-se ao seu caráter político, segundo o qual a produção de leis específicas deve ser guiada por regras gerais abertas e relativamente estáveis de modo que todos os participantes estejam cientes politicamente de suas implicações, há também uma busca por estabilidade inerente à prática jurídica constitucional. Por meio da valoração conceitual dos procedimentos, buscou-se alcançar essa estabilidade, pois normas

específicas só podem ser obedecidas se o direito for capaz de guiar indivíduos (RAZ, 1979, p. 214).

Contudo, muito além de simplesmente buscar a estabilidade para coordenar a sociedade e cumprir o seu papel de autoridade legítima, o direito, destacadamente o direito constitucional, almeja dar ao indivíduo a capacidade de tomar as próprias decisões com base em parâmetros previamente estabelecidos, porquanto há uma relação entre previsibilidade político-social e autonomia para traçar o próprio futuro. No âmbito constitucional isso é ainda mais evidente, pois decisões de altíssimo conteúdo político não podem se tornar simples razões protegidas que guiam o comportamento na vida cotidiana.

Somente com base numa teórica conceitual que some o caráter político-moral e as necessidades procedimentais por trás do *rule-of-law* será possível apontar uma relação entre o positivismo excludente, que em regra prescreve uma postura comedida quando o julgador tem de entrar no mérito moral de um caso concreto, e o constitucionalismo, que tem suas bases fundadas em razões de mérito morais, mas cujas decisões são quase que totalmente políticas. O respeito aos objetivos do *rule-of-law* torna possível estabelecer essas bases, sendo a teoria dos precedentes constitucionais um mecanismo conceitual que almeja ser ao mesmo tempo coerente e eficiente no cumprimento de seus objetivos.

6 CONCLUSÃO

Ao longo desta tese, abordou-se holisticamente a obra de Joseph Raz, demonstrando sua coerência e pertinência. Por meio da divisão de sua obra em cinco pilares principais, defendeu-se a possibilidade de superar certos obscurantismos e desenhou-se uma tentativa de entender sua metodologia, bem como o projeto político implícito no texto raziano. Apresentou-se sua teoria como base necessária para introduzir a hipótese: *A obra de Joseph Raz é composta por diversas teorias sobre ramos diferentes da filosofia do direito, e todas essas divisões formam um todo coerente. A única parte equivocada e aparentemente desnecessária é o modelo rule-plus-exception, que, contudo, não é fundamental para a coerência teórica do resto de sua obra. A partir daí, é possível defender um modelo conceitual para uma teoria dos precedentes constitucionais que consiga lidar com as necessidades específicas desse âmbito jurídico.*

Na **segunda seção**, demonstrou-se que, para Raz, a autoridade legítima é capaz de produzir razões protegidas – soma de razão para agir com razão para excluir todas as outras razões em sentido contrário – para aqueles que confiam na autoridade como capaz de comandar e coordenar. Com base nisso, associou-se essa característica do direito à ideia de que existe a capacidade de indivíduos aderirem à autoridade e substituírem suas razões pessoais pelas autoritativas, num contexto de busca do que é tido como bom tanto para o indivíduo, quanto para o grupo social no qual está inserido. Seguir a autoridade não é algo automático ou descontextualizado, mas parte de uma engrenagem social mais ampla e em grande medida influenciada por aspectos morais compartilhados.

Em Raz, a normatividade, entendida como a capacidade de fazer indivíduos obedecerem ao direito, está intrinsecamente vinculada à moralidade. Para tanto, rejeitam-se visões puramente instrumentais, vendo-as como equivocadas, uma vez que não se conectam a nenhum outro parâmetro objetivo senão a utilidade e ignoram os vínculos associativos por trás da existência de bens coletivos com valor intrínseco. Ademais, também se rejeita uma postura coletivista na qual o indivíduo tem todas as suas decisões tolhidas diante de valores sociais moralmente imperativos. De forma oposta a ambas as visões, defende-se uma teoria na qual a autonomia só pode ser entendida como um bem

coletivo com valor intrínseco, sendo possível até uma visão instrumental de certos de seus aspectos e de sua utilidade para a sociedade, mas nunca uma visão puramente instrumental desprovida de valor intrínseco.

Raz explica a relação indivíduo-autoridade por meio da tese de que caso as razões protegidas sejam emanadas da autoridade legítima e se apliquem ao caso, provavelmente serão recepcionadas por cada indivíduo com chances de refletir o correto equilíbrio de razões – a não ser em casos extremos, pois não existem razões protegidas absolutas. Isso ocorre porque o indivíduo tende a preferi-las diante da sua avaliação da capacidade da autoridade em ser autoridade – resolver problemas sociais complexos e materializar valores compartilhados pela coletividade –, tendendo a prevalecer sobre o julgamento isolado do próprio indivíduo que fará a substituição de razões se houver decidido previamente vincular-se à autoridade.

Em contrapartida, a base do positivismo excludente é a ideia hartiana segundo a qual normas jurídicas devem ser validadas por agentes públicos com poder para declará-las pertencentes ao ordenamento mediante um conjunto de práticas jurídicas. Aqui a validade das normas é uma questão que não vem de seu mérito moral, mas do fato de que alguns *officials* relevantes as declararam parte do sistema. A função da tese das fontes é fundamentar toda disposição jurídica como ligada a um fato social que lhe deu origem, de modo que seu conteúdo e existência possam ser verificados sem o uso de critérios morais.

A concepção de fonte adotada por Raz inclui, até mesmo, fontes interpretativas, entendidas como todo material relevante para interpretação no caso. O direito não deve ser compreendido como atos individuais isolados, mas como uma gama de fatos de tipos variados, sendo a noção de interpretação no positivismo excludente limitada por critérios estabelecidos pela norma positivada, não havendo possibilidade alguma de interpretação pelo julgador em alguns casos.

Por se inserir no modelo de teoria do direito analítica (*analytical jurisprudence*), Raz almeja chegar até as características gerais e abstratas inerentes a todo sistema jurídico – dentro de sua concepção de natureza do direito –, por meio de uma análise descritiva da autocompreensão dos conceitos inerentes às práticas sociais e intimamente ligados ao ponto de vista interno. Nesse sentido, o intuito da segunda seção é defender

a complementariedade da tese das fontes com a teoria moral da adjudicação, feita com base na combinação da tese do direito positivista com a da responsabilidade moral inerente à atividade de adjudicação interpretativa. Conquanto se defenda uma separação necessária entre direito e moral, argumentos morais avaliados pelos juízes serão fundamentais nos momentos em que se requer a interpretação jurídica. Essa característica está na base da delimitação entre a existência de uma fonte social publicamente verificável, que oferece um teste comum para a resolução da disputa – e quando essa fonte não existe, passa a decisão judicial a ser a própria fonte –, e vínculos associativos pautando a busca de legitimação das decisões jurídicas.

Já na **terceira seção**, traçou-se um panorama das críticas e respostas a pontos específicos da obra de Joseph Raz. Sanaram-se questões levantadas na seção anterior e que demandavam resposta mais apurada bem como se focou na metodologia raziana, para, com isso, destacar a hipótese introduzida na seção seguinte. Diferenciaram-se as metodologias de Raz e Dworkin, destacando que a teoria da valoração indireta é o melhor mecanismo possível para apontar as características importantes e significativas do direito com base no ponto de vista interno da comunidade. Com essa teoria, é possível dizer que Raz tem simultaneamente uma proposta teórica com um aspecto descritivo conceitual e um aspecto prescritivo valorativo, com prescrições fundamentais para a construção de um modelo teórico do direito apropriado para resolver diversos casos.

Examinando o debate Postema-Raz, focou-se na sugestão de Postema de que o julgador necessariamente usa as próprias ideias do que faz um argumento ser bom no momento da reconstrução do raciocínio valorativo – no intuito de descobrir o que a corte valorou como bom no momento da decisão do precedente. Para ele, o raciocínio no caso concreto deve reativar a valoração moral original necessária para sua justificação moral. Entretanto, para Raz, esse é um pensamento equivocado, pois apesar da importância da moral no preenchimento de lacunas no direito, não se deve pensar que as premissas morais anteriores são relevantes tanto para a definição do que é o direito vigente, quanto para a justificação de *standards* jurídicos posteriores, o que é negado pela tese das fontes. Conquanto Postema sustente a necessidade dessa referência à valoração moral, porquanto a justificação moral estaria intrinsecamente ligada à necessidade de coordenar indivíduos em nome de um objetivo comum, Raz nega que o direito tenha qualquer

objetivo específico, tendo sua análise um caráter descritivo-analítico do fenômeno jurídico defendida pelo positivismo moderno desde a teoria de Herbert Hart.

A divisão entre raciocínio destacado e raciocínio reconstrutivo tem papel fundamental nesse objetivo, já que o julgador pode usar ambos desde que em situações diversas, muito embora essa seja regra e aquela exceção. O primeiro é o raciocínio se parece mais com aquele realizado por indivíduos comuns fora sistema jurídico e está intrinsicamente vinculado à busca de superação de lacunas por uma tentativa de interpretação individual, mas que seja parte do ponto de vista interno em uma tentativa de se melhorar sua visão se afastando um pouco. Ele tenta desenvolver uma resposta menos parcial e mais sistêmica do problema. O segundo é o raciocínio típico daqueles que estão inseridos no processo jurisdicional e que tem o papel institucional de preservar a resposta autoritativa já definida pelo direito.

Por fim, esboça-se o debate Martin-Raz, cuja importância é defender a ideia de que a tese da preempção, eminentemente descritiva e baseada em uma metodologia positivista sobre o *que é o direito*, estranha-se com a tese da justificação normal, fortemente prescritiva e baseada em uma metodologia construtivista normativa *fundada na moral e do seu papel na adjudicação*. A explicação de Martin para isso é que Raz modificou sua teoria para tentar ajustar essa diferenciação e fortalecê-la, mas aderiu a um método focal em detrimento de um conceitual de autoridade.

Todavia, Martin não nota que característica do direito positivo que Raz considera mais importante é a fornecer decisões autoritativas sobre relações sociais sem recorrer a argumentos morais exógenos, e, desse modo, os conceitos da prática do direito se concentram na amplificação dessa característica. Para evitar a ameaça da abertura a considerações morais externas, Raz não permite a entrada de nenhuma consideração sobre valoração moral na definição do que é o direito, e a moral segue tendo papel importante – porquanto fortemente vinculada ao ponto de vista interno – na forma como a coletividade vê suas próprias instituições. Assim, qualquer teoria do direito deve explicar as características do direito conforme o ponto de vista interno e a partir delas traçar modelos ideais de como o direito deveria ser de acordo com os valores sociais.

É exatamente por isso que na **quarta seção** se reconheceu que uma parte do trabalho de Raz, conhecida como o modelo *rule-plus-exception*, pode ser apontada como

equivocada, por não considerar as práticas sociais inerentes aos sistemas jurídicos do *common law*, principalmente diante do ponto de vista interno dos seus participantes. Razerra na elaboração do modelo por uma simplificação excessiva dos conceitos inerentes às práticas jurídicas dessa tradição, buscando usar sua metodologia de avaliação indireta sem considerar aspectos inerentes à autocompreensão dos participantes no sistema.

Revisou-se a evolução do *common law* sem adentrar peculiaridades técnicas da historiografia ou do direito comparado. Com isso, foi possível vislumbrar que essa tradição é o resultado da fusão de diversas influências, tendo um caráter flexível e de constante mudança. Por ser fruto de uma tentativa de acomodação política em uma situação de divisão de poder e autoridade considerável, o *common law* adquiriu com o tempo um caráter procedimental relevante. Porém, essa importância dada ao procedimento é apenas uma das suas características necessárias, sendo ainda mais importante o projeto político que foi gradualmente construído pelos seus participantes-construtores.

Em seguida, aprofundando o uso da metodologia da valoração moral indireta na tentativa de criar um modelo teórico que consiga descrever conceitualmente o fenômeno da evolução de precedentes, examinaram-se alguns modelos adequados de práticas sociais que compõe o projeto político do *common law*, propostos por três autores renomados. Para Gerald Postema, o *common law* só pode ser explicado pela continuidade do processo de construção e reconstrução do sistema. Nele, normas existem como membros não por sua origem comum, mas pela forma com que são praticadas e apesar de introduzidas por algum meio de positivação previamente previsto, é mediante a incorporação ao corpo do *common law* que elas são plenamente integradas à rede de normas. As regras e normas do *common law* são, portanto, o produto do seu “uso razoável”, entendido como a prática comum de raciocínio deliberativo por meio do uso consciente, constituído e confirmado de um processo público de raciocínio prático no qual problemas práticos do dia a dia da vida social são identificados e resolvidos por membros do corpo jurídico.

Já para Frederick Schauer, o raciocínio sobre precedentes funciona no *common law* com base na concepção de razões entrincheiradas para ação, sendo que as regras que fundam os precedentes (*rationes decidendi*) devem ser consideradas como mais

fortes do que as demais em sentido contrário. Só é possível sua superação caso existam novas razões no caso concreto que consigam afetar o balanço racional até então vigente. Para ele, a dinâmica dos precedentes não atua exclusivamente com base no raciocínio por analogia, mas está vinculada ao caráter autoritativo do precedente. Seguir o precedente é, em grande medida, estar vinculado hierarquicamente a decisões tomadas por outras cortes; na analogia há uma liberdade de escolha mais ampla. O suposto problema do excesso de autonomia diante do direito positivado desaparece, já que a prática do *common law* delimita a discricionariedade pela necessidade de superação do ônus argumentativo necessário na recriação do direito.

Finalmente para Jeremy Waldron, a noção de *rule-of-law* inerente aos sistemas jurídicos do *common law* requer que as pessoas em posição de autoridade exerçam seu poder em um contexto regido por normas públicas acessíveis a todos, e não por preferências e ideologias pessoais. O contexto dessas normas públicas deve fornecer a base de uma responsividade (*accountability*) para o poder das autoridades. Isso requer também que as leis sejam iguais para todos, de modo que se tornem acessíveis para a população de forma clara, pública, estável e prospectiva. Somente assim seria possível materializar o projeto político em construção e que serve de contraponto à discricionariedade dos juízes.

Demonstrou-se, ainda, que no modelo *rule-plus-exception* Raz não leva em consideração, com a devida profundidade, as práticas dos participantes do sistema jurídico, no caso específico, a sua vinculação à ideia de *rule-of-law*. Assim, embora haja um componente institucional nessa ideia, seu vínculo transcende a mera relação formal e se baseia em vínculos mútuos, gerando conceitos hermenêuticos compartilhados pelos participantes. Raz erra por desconsiderar que cabe ao teórico, de acordo com a metodologia por ele defendida, estabelecer quais são as características fundamentais do sistema jurídico. No caso do *common law*, fica evidente que a fidelidade ao *rule-of-law* é um desses conceitos, fato inicialmente não compreendido por Raz, mas que a partir do momento em que ocorre um aprofundamento da importância da normatividade, não pôde ser mais ignorado.

Ao longo da **quinta seção** examinaram-se possíveis contribuições da obra de Raz para a elaboração de uma teoria dos precedentes constitucionais diversa da

dinâmica de precedentes infraconstitucionais e fundada em suas peculiaridades. Nesse sentido a ideia é alinhar o positivismo excludente, a teoria da interpretação constitucional raziana e o modelo de *rule-of-law* que associa estabilidade jurídica com a autonomia individual. Tudo isso para desmontar que é possível ser coerente na fusão desses três elementos, em um esboço de uma teoria analítica conceitual dos precedentes constitucionais.

Por meio de sua metodologia tradicional, a avaliação moral indireta, cujo objetivo não é apontar se determinada prática é boa ou má, mas se é considerada essencial ou não pelos participantes dessa prática, Raz almeja destacar sete características universais que formam o constitucionalismo para, em seguida, analisar como elas são avaliadas conceitualmente pelos participantes. Para tanto, compara essas características universais com as práticas constitucionais em dois níveis: transmissão da autoridade e interpretação constitucionais.

A conclusão que Raz alcança nessa primeira parte é que possível apontar as condições nas quais a constituição de um país seja tida como legítima com base na forma com que influencia e é influenciada pelas práticas constitucionais. Nesse contexto, a tradição constitucional tem um papel menor do que sugerem as visões originalistas, mas ainda assim representará um passo para a transmissão da autoridade, em um processo de busca de legitimação por meio de adequação a anseios morais dos participantes.

Ao fazer isso, Raz acredita que os princípios de moralidade política que sustentam as práticas constitucionais são expostos, justificando e legitimando sua aplicação. A incapacidade de obter uma determinação completa baseada na moral e o peso das razões de mérito no âmbito constitucional são questões centrais aqui, já que decisões com base em normas constitucionais abstratas, como direitos fundamentais, são muito mais decisões políticas do que razões protegidas para guiar indivíduos.

Estudou-se, ainda, a interpretação constitucional para além de um método de descoberta sobre o que é o direito, pois, quando usada pelos participantes como forma de interpretação do que os tribunais deveriam fazer, estabelece formas para desenvolver, modificar e reformar o direito. Exatamente por reconhecer que o fenômeno interpretativo não pode ser totalmente delimitado, já que novas formas de interpretar surgem a cada momento e não existe vinculação às técnicas do passado, Raz almeja estabelecer uma

teoria prescritiva (ou normativa) que abarque não somente a duplicidade interpretativa diante da conexão temporal passado-futuro, mas também como o intérprete deve agir diante das peculiaridades de uma doutrina das fontes da autoridade constitucional, na qual a discricionariedade do intérprete em recorrer à moralidade é muito maior do que no resto de sua obra.

Verifica-se, também, a visão procedimental dada por Raz ao *rule-of-law*. Somando-se ao seu caráter político, segundo o qual a produção de leis específicas deve ser guiada por regras gerais abertas e relativamente estáveis de modo que todos os participantes estejam cientes politicamente de suas implicações, há também uma busca por estabilidade inerente à prática jurídica constitucional. Por meio de uma série de procedimentos buscar-se-á o alcance desse objetivo, que deve ser destacado, porquanto normas específicas só podem ser obedecidas se o direito for capaz de guiar seus participantes.

Contudo, muito além de simplesmente visar à estabilidade para coordenar a sociedade e cumprir o seu papel de autoridade legítima, o direito, destacadamente direito constitucional, almeja dar ao indivíduo a capacidade de tomar as próprias decisões com base em parâmetros previamente estabelecidos, na medida em que há uma relação entre previsibilidade político-social e autonomia para traçar o próprio futuro. No âmbito constitucional, isso é ainda mais evidente, pois decisões de altíssima natureza política não podem se tornar simples razões protegidas que guiam o comportamento na vida cotidiana.

Somente com base numa teórica conceitual que some o caráter político-moral com as necessidades procedimentais por trás do *rule-of-law* será possível apontar uma relação entre o positivismo excludente – que, em regra, prescreve uma postura comedida quando o julgador tem de entrar no mérito moral de um caso – e o constitucionalismo, que tem suas bases fundadas em razões de mérito morais, mas cujas decisões são quase que totalmente políticas. Embora Raz não tenha deixado isso explícito, associamos nesta tese a importância da separação conceitual entre direito e moral (base do positivismo excludente) com a importância da separação conceitual entre direito e política aqui defendida. Desse modo, a forma mais coerente de tornar compatível a teoria raziana do direito com sua visão sobre direito constitucional é assumir que o mérito da

decisão constitucional é eminentemente político e que isso ocorre devido à natureza propositalmente lacunosa desse ramo do direito e do poder dado aos seus intérpretes.

O constitucionalismo, portanto, deve ser entendido como aberto para a visão política pessoal do julgador daquele que vai criar o direito constitucional no caso concreto, muito embora os procedimentos de como isso será feito e as consequências para o sistema jurídico dos precedentes criados ali sejam totalmente relevantes para o projeto político compartilhado que a sociedade se propõe a implementar. Assim, entendemos nessa tese que uma teoria analítica baseada em conceitos compartilhados pelos participantes deve se preocupar mais com aspectos procedimentais relacionados à interpretação constitucional e menos com o mérito de decisões específicas sobre direitos fundamentais – que são melhor analisadas por mecanismos empíricos da ciência política.

Por fim, o respeito aos objetivos do *rule-of-law* defendidos ao longo desta tese com base na obra de Joseph Raz, torna possível estabelecer essas bases, sendo a teoria dos precedentes constitucionais um mecanismo conceitual que almeja ser ao mesmo tempo coerente e eficiente no cumprimento de seus objetivos. Isso porque somente assumindo as limitações da prática constitucional – eminentemente abstrata e em grande medida incapaz de fornecer razões protegidas para os indivíduos coordenarem seu comportamento dentro da sociedade – é que se torna possível encontrar soluções por meio da organização dos precedentes ali produzidos e criar uma rede coerente capaz não só de suprir a lacuna e decidir o caso concreto em termos constitucionais, mas estabelecer parâmetros racionalmente organizados e capazes de atuarem como razões protegidas de fato. Uma teoria dos precedentes constitucionais associada ao *rule-of-law* não aponta o que deve ser feito por cada sociedade que almeja segui-lo, mas estabelecem-se os parâmetros de como atuar se de fato houver um comprometimento com um projeto político compartilhado e engajado em permitir a cada indivíduo seguir seu próprio caminho e tratar essas escolhas de forma coerente e igualmente respeitosa.

No fim das contas, o direito tem um controle limitado na condução de indivíduos e sociedades, cabendo a cada um deles tomar as suas próprias decisões e traçar suas atitudes de acordo com o que entendem como moralmente adequado, mas tendo que arcar com as consequências que impreterivelmente surgirão de seus atos e de suas escolhas.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the founding Fathers: Jefferson, Marshal and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge-MA: Harvard University Press, 2005.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, p 1.359-1.387, 1997.

ANSCOMBE, G. E. M. Modern Moral Philosophy. *Philosophy*, v. 33, n. 124, p. 1-19, jan. 1958. Disponível em:
<<http://www.jstor.org/discover/10.2307/3749051?uid=2&uid=4&sid=211049920479>>.
Acessado em: 27 fev. 2017.

ARISTÓTELES. *Complete Works of Aristotle – The Revised Oxford Translation*. Princeton: Princeton University Press, 1984.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

BAKER, J H. Case-law: reports and records. In: COING, H.; NÖRR, K.W. *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*. Berlim: Duncker & Humblot, 1985, p. 49-55. v. 1.

BARBERIS, Mauro. How One Can Benefit from his own Wrong. Schauer on Precedent, Common Law, and Law. *Materiali per una storia della cultura giuridica, Rivista fondata da Giovanni Tarello*, v. 1, p. 235-242, 2017.

BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: The Athlone Press, 1970.

BIX, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*. 5. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2009.

BIX, Brian. Legal Positivism. In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

BIX, Brian. Raz on Necessity. *Law and Philosophy*, v. 22, p. 537-559, 2003.

BRINA, Christina. *Dworkin e Raz: uma análise comparada sobre o conceito de direito, relação entre direito e moral, e a interpretação jurídica*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Dworkin on Constitutional Interpretation; Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement. *German Law Journal*, v. 14, n. 8, p. 1109-1146, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro's Planning Theory of Law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 37, p. 219-250, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas. O precedente judicial aos olhos do positivismo excludente. 2018. No prelo.

BUSTAMANTE, Thomas. Revisiting Dworkin's Philosophy of International Law: Could the Hedgehog Have Done It Any Other Way? *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 30, p. 259-285, 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas. The Ongoing Search for Legitimacy: Can a 'Pragmatic yet principled' Deliberative Model justify the Authority of Constitutional Courts? *Modern Law Review*, Londres, v. 78, n. 2, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo (Org.). *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Dordrecht: Springer, 2016.

COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2005.

COLEMAN, Jules. Methodology. In: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott (Ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

COLEMAN, Jules. Negative and Positive Positivism. *The Journal of Legal Studies*, v. 11, p.139-164, 1982.

COYLE, Sean. Hart, Raz and the Concept of a Legal System. *Law and Philosophy*, v. 21, p. 275-304, 2002.

CROSS, Rupert; HARRIS, Jim. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Portland: Hart Publishing, 2001.

- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Belknap, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. Ronald Dworkin Replies. In: BURLEY, Justine. *Dworkin and his Critics: With Replies by Ronald Dworkin*. Malden: Blackwell, 2004, p. 339-395.
- DWORKIN, Ronald. *Thirty years on. Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- EDMUNDSON, William (Ed.). *The Blackwell Guide to the Philosophy Law and Legal Theory*. United States of America: Blackwell Publishing Ltd., 2009.
- EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.
- EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent in the nineteenth century. *Precedent in Law*, Laurence Goldstein, 1987, p. 35–72.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- GAIDO, Paula. El rol excluyente del derecho: los límites de la concepción de Joseph Raz sobre el razonamiento jurídico. *Analisi e Diritto*, n. 2016, p. 45-71, 2016.
- GAIDO, Paula. Some Problems with Robert Alexy's Account of Legal Validity: The Relevance of the Participant's Perspective. *Ratio Juris*, v. 25, n. 3, p. 381-392, Sep. 2012.
- GAIDO, Paula. The Purpose of Legal Theory: Some Problems with Joseph Raz's View. *Law and Philosophy*, v. 30, n. 6, p. 685-698, 2011.
- GAIDO, Paula. The Scope of the Participant's Perspective in Joseph Raz's Theory of Law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 25, n. 2, 2012.
- GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth model of Constitutionalism: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- GARDNER, John. Legal Positivism: 5½ Myths. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 46, n. 1, p. 199-227, Jan. 2001.
- GERSTON, Larry. *American Federalism: A Concise Introduction*. New York: Routledge, 2007.

GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the world*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GLEZER, Rubens Eduardo. *O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

GUEST, Stephen (Ed.). *Positivism Today*. United States of America: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996.

HALPIN, Andrew. BOOK REVIEW Judging Positivism by Margaret Martin. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 2, p. 461-467, 2015.

HALPIN, Andrew. The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years Off the Point. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 1, v. XIX, p. 67-105, 2006.

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

HART, Herbert. *Essays on Bentham*. Studies in Jurisprudence and Political Theory. Oxford: Oxford University Press, 1982.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HAYEK, Friedrich. *The Road to Serfdom*. Abington: Routledge Press, 1944.

HERSHOVITZ, Scott. The Authority of Law. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *The Routledge companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge Press, 2012.

HIMMA, Kenneth Einar. H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis, *Legal Theory*, v. 6, no. 1, Mar. 2000;

HIMMA, Kenneth Einar. Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism. *Law and Philosophy*, v. 24, n. 1, p. 1-45, Jan. 2005.

HIMMA, Kenneth Einar. Just 'Cause You're Smarter than Me Doesn't Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 1, p. 121-150, 2007.

HIMMA, Kenneth Einar. *The Nature of Law: Philosophical Issues in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory*. Seattle: Foundation Press, 2011.

HIMMA, Kenneth. Understanding the relationship between the U.S. Constitution and the conventional rule of recognition. In: HIMMA; ADLER. *Rule of Recognition and the US Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Mineola-NY: Dover Publications (1739), 2003.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. 2. Ed. Trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.

KRAMER, Mathew. How Moral Principles Can Enter into Law. *Legal Theory*, v. 6, p. 83-101, 2000.

KRAMER, Matthew. *In defense of legal positivism: law without trimmings*. New York: Oxford University Press, 1999.

LEITER, Brian (Ed.). *Objectivity in Law and Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, v. 48, p. 17-51, 2003.

LEITER, Brian. Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis. *Legal Theory*, Cambridge, v. 4, n. 4, p. 533-547, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil. Social rules, *H.L.A HART*. Palo Alto: Stanford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil; RAZ, Joseph. Voluntary Obligations and Normative Powers. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, v. 46, p. 59-102, 1972.

MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLDSTEIN, Laurence (Coord.). *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 155-182

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. In: _____ (Ed.). *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate, UK, 1987.

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

MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice? Which Rationality?* Indiana: University of Notre Dame Press, 1988.

MARMOR, Andrei. Are Constitutions legitimate? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, [online], 2007. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 5 fev. 2018.

MARMOR, Andrei. *Social Conventions: from language to law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

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

MEYER, Lukas H et al (Eds.). *Rights, Culture, and The Law: themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre linguagem e conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Uma crítica metodológica ao positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz*. Dissertação (Mestrado)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

NINO, Carlos Santiago. *La Validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.

PATTERSON, Dennis (Ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2. ed. United Kingdom: Blackwell Publishing, 2010.

PERRY, Stephen. Judicial Obligation, Precedent, and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 7, 1987.

POSTEMA, Gerald. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

POSTEMA, Gerald. Integrity: Justice in Workclothes. In: BURLEY, Justine (Ed.). *Dworkin and his Critics: With Replies by Ronald Dworkin*. Maldem: Blackwell, 2004. p. 291-318.

POSTEMA, Gerald. Law's System: The Necessity of System in Law. *New Zealand Law Review*, v. 1, p. 1-29, May 2014.

POSTEMA, Gerald. Law's Autonomy and Public Practical Reason. In: GEORGE, R.P. (Ed.). *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

POSTEMA, Gerald. Law's Rule: Reflexivity, Mutual Accountability, and the Rule of Law. In: ZHAI, Xiaobo; QUINN, Michael. *Bentham's Theory of Law and Public Opinion* (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 7-39.

POSTEMA, Gerald. Law's System: The Necessity of System in Common Law. *New Zealand Law Review*, v. 1, p. 69-105, May 2014.

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

POSTEMA, Gerald. Protestant Interpretation and Social Practices. *Law and Philosophy*, v. 6, n. 3, p. 283-319, Dec. 1987.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. A Hedgehog's Unity of Value. In: WALUCHOW, W.; SCIARAFFA, S. (Ed.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

RAZ, Joseph. *Agency, Reason, and the Good*. Value, Respect, and Attachment. Cambridge: Cambridge University Press. 2001.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

RAZ, Joseph. *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

RAZ, Joseph. H.L.A. Hart (1907–1992). *Utilitas*, v. 5, p. 148, 1993.

RAZ, Joseph. Hart on Moral Rights and Legal Duties. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1st trimester, 1984.

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

RAZ, Joseph. Normativity and Responsibility – Response. *Jerusalem Review of Legal Studies*, p. 1-15, 2013.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975.

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

RAZ, Joseph. *The Practice of Value*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

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

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

RAZ, Joseph. The Obligation to Obey: Revision and Tradition. In: *The Duty to Obey the Law – selected Philosophical Readings*. EDMUNDSON, William ed. United States of America: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. Book Review: Margaret Martin's Judging Positivism. *Law and Philosophy*, v. 35, p. 425-433, 2016.

SCHAUER, Frederick. Hart's Anti-Essentialism. In: DOLCETTI, A.; DUARTE D'ALMEIDA, L. *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

SCHAUER, Frederick. Is the Common Law Law? *California Law Review*, v. 77, p. 455-472, 1989.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press/Clarendon Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCHAUER, Frederick. The Limited Domain of the Law, *Virginia Law Review*. V.90 p.1909-1956, 2004.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge-MA: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, p. 571-597, 1987.

SEARLE, John. Contemporary Philosophy in the United States, In: *The Blackwell Companion to Philosophy*, 2ed. Nicholas Bunnin, P. Tsui-James ed., 2003

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Mass: Harvard University, 2011.

SIMPSON, Alfred B. W. *An Introduction to the History of the Land Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

SIMPSON, Alfred B. W. The Common Law and Legal Theory. In: SIMPSON, A.W.B (Ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973.

SOPER, Philip. Law's Normative Claims. In: GEORGE, Robert. *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 1996.

STAVROPOULOS, Nicos. *Objectivity in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

TOH, Kevin. Raz on Detachment, Acceptance and Describability. *Oxford Journal of Legal Studies* 3, v. 27, p. 403-427, 2007.

TUCKER, Patricia. *Law Courts and Lawyers in the City of London 1330-1550*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

UNITED STATES OF AMERICA, *Planned Parenthood v. Casey*, v. 505 U.S. 833, 1992.

WALDRON, Jeremy. Property, Honesty, and Normative Resilience, *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, vol.10, Stephen Munzer, ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2001

WALDRON, Jeremy. Are Constitutional Norms Legal Norms?. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 3, p. 1697-1730, 2006.

WALDRON, Jeremy. Arguing About the Normativity of Jurisprudence: Comments on Andrei Marmor's Philosophy of Law. *Jerusalem Review of Legal Studies*, v. 81, 2014.

WALDRON, Jeremy. Authority for Officials. In: MEYER, Lukas H. *et al* (Ed.). *Rights, Culture, and The Law: themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory – Essays on Institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *Michigan Law Review*, v. 111, n. 1, p. 1-32, 2012.

WALDRON, Jeremy. The Concept and the Rule of Law. *Georgia Law Review*, v. 43, 2008.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In: FLEMING, James E. *Getting to the rule of law*. New York: New York University Press, 2011.

WALDRON, Jeremy. The Rule of Law as a Theatre of Debate. In: BURLEY, Justine. *Dworkin and his critics: With Replies by Ronald Dworkin*. Maldem: Blackwell, 2004. p. 319-336.

WALDRON, Jeremy. Transcendental Nonsense and System in the Law. *Columbia Law Review*, v. 100, p. 16-53, 2000.

WALLACE, R. Jay; PETTIT, Philip; SMITH, Michael; SCHEFFLER, Samuel (Ed.). *Reason and Value: themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*. New York: Oxford University Press, 2006.

WALUCHOW, Will. *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WALUCHOW, Will. Authority and the Practical Difference Thesis: A Defence of Inclusive Legal Positivism, *Legal Theory*, v. 6, 2000.

WALUCHOW, Will. Constitutional Interpretation. MARMOR, Andrei ed.. *The Routledge companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge Press, 2012.

WALUCHOW, Will; SCIARAFFA, Stefan. *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. United Kingdom: Oxford University Press, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*, trad. ingles G. E. M. Anscombe. Oxford: Blackwell, 1953.

WOLFF, Robert. *In Defense of Anarchism*. New York: Harper & Row, 1970.