

A natureza do direito*

Andrei Marmor**

Tradução: Lucas Miotto***

Os juristas estão geralmente interessados na pergunta: o que é o direito em um caso particular? Essa é sempre uma pergunta local e as respostas tendem a diferir de acordo com a jurisdição específica na qual é formulada. Em contraste, a filosofia do direito é interessada na pergunta geral: o que é o direito? Essa pergunta geral sobre a natureza do direito pressupõe que o direito é um fenômeno sócio-político único, com mais ou menos características universais discerníveis por meio da análise filosófica. A Jurisprudência Geral, como é chamada essa investigação filosófica sobre a natureza do direito, pretende ser universal. Ela assume que o direito tem certas características por sua própria natureza, ou essência, enquanto direito, sempre que e em qualquer lugar que ele existe. Entretanto, mesmo se tais características universais do direito existirem, as razões para um interesse filosófico em elucidá-las continuam precisando de explicação. Primeiro, há o puro interesse intelectual em entender esse fenômeno social complexo, que é, antes de tudo, um dos mais intrincados aspectos da cultura humana.

* O tradutor agradece a Edward Zalta, editor da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, pela permissão concedida em publicar esta tradução, a Rolf Kuntz, revisor designado pela enciclopédia, pelas inúmeras sugestões de correção em uma versão anterior desta tradução, a Vinicius Faggion, pela grande contribuição em uma versão anterior que foi usada em um grupo de estudos e a Matheus Silva por valiosas sugestões. A tradução é da seguinte referência: Marmor, Andrei, "The Nature of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/lawphil-nature/>>.

** Professor de Direito e Filosofia da University of Southern California. Contato: amarmor@law.usc.edu.

*** Mestrando do programa de Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio.

O direito, entretanto, também é uma prática social normativa: pretende guiar o comportamento humano, dando origem a razões para agir. Uma tentativa de explicar esse aspecto normativo fornecedor de razões do direito é um dos desafios centrais da jurisprudência geral. Essas duas fontes de interesse na natureza do direito estão estreitamente ligadas. O direito não é o único domínio normativo em nossa cultura. A moralidade, a religião, as convenções sociais, a etiqueta, e assim por diante, também guiam a conduta humana de muitas formas que são similares ao direito. Logo, parte do que é envolvido no entendimento da natureza do direito consiste em uma explicação de como o direito se difere desses domínios normativos similares, de como eles interagem com o direito, e se a sua inteligibilidade depende dessas outras ordens normativas, como a moralidade ou as convenções sociais.

As teorias contemporâneas do direito definem esses dois interesses centrais sobre a natureza do direito nos seguintes termos. Primeiro, precisamos entender as condições gerais que tornam legalmente válida qualquer suposta norma. Essa é, por exemplo, só uma questão sobre a fonte da norma, tal como a sua determinação por uma instituição política específica, ou é também uma questão sobre o conteúdo da norma? Essa é a questão geral sobre as condições de validade jurídica. Segundo, há o interesse no aspecto normativo do direito. Esse interesse filosófico é duplo: uma explicação filosófica completa sobre a normatividade do direito abrange tanto uma tarefa explanatória, quanto uma normativo-justificativa. A tarefa explanatória consiste em uma tentativa de explicar como as normas jurídicas podem dar origem a razões para agir e quais os tipos de razões que estão envolvidas. A tarefa de justificação diz respeito à elucidação das razões que as pessoas devem ter para reconhecer o aspecto normativo do direito. Em outras palavras, é a tentativa de explicar a legitimidade moral do direito. Uma teoria sobre a natureza do direito, opostamente às teorias críticas do direito, se concentra na primeira dessas duas questões. Ela pretende explicar em que realmente consiste a normatividade do direito. Alguns filósofos contemporâneos do direito, entretanto, duvidam de que esses dois aspectos da normatividade do direito possam ser separados (retornaremos a isso mais tarde).

Portanto, elucidar as condições de validade jurídica e explicar a normatividade do direito formam os dois pontos centrais de qualquer teoria acerca da natureza do direito. No curso dos últimos séculos, duas tradi-

ções filosóficas centrais, e rivais, emergiram provendo respostas diferentes a essas questões. A mais velha, existente desde os últimos estudiosos medievais cristãos, é chamada de tradição do direito natural. Desde o início do século XIX as teorias do direito natural têm sido ferozmente contestadas pela tradição do positivismo jurídico, difundida por acadêmicos como Jeremy Bentham e John Austin. As origens do positivismo Jurídico são, no entanto, muito anteriores e provavelmente estão na filosofia política de Thomas Hobbes. A controvérsia central entre essas duas tradições diz respeito às condições de validade jurídica. Basicamente, o positivismo jurídico afirma, e o direito natural nega, que as condições de validade jurídica são puramente questões de fatos sociais. Em contraste com o positivismo, o direito natural sustenta que as condições da validade jurídica não são exauridas pelos fatos sociais; o conteúdo moral das normas também é relevante para a validade jurídica delas. Como a famosa afirmação de Santo Agostinho diz: *'lex injusta non est lex'* (lei injusta, não é lei).

1. As condições de Validade Jurídica
2. A Normatividade do Direito

Bibliografia

1. As condições de validade jurídica

O insight central do positivismo jurídico, de que as condições de validade jurídica são determinadas por fatos sociais, envolve duas asserções separadas que têm sido denominadas “A Tese Social” e “A Tese da Separação”. A Tese Social afirma que o direito é, profundamente, um fenômeno social e que as condições de validade jurídica consistem em fatos sociais, isto é, não normativos. Os primeiros positivistas jurídicos seguiram a noção hobbesiana de que o direito é, essencialmente, um instrumento de soberania política e sustentaram que a fonte básica da validade jurídica reside nos fatos constitutivos da soberania política. O direito, pensavam, é basicamente o comando do soberano. Positivistas jurídicos posteriores modificaram essa visão, sustentando que as regras sociais, e não os fatos relativos à soberania, constituem os fundamentos do direito. A maioria dos positivistas jurídicos contemporâneos compartilha a visão de que existem regras de reconhecimento convencionais, isto é, convenções sociais que determinam certos fatos ou eventos que fornecem as formas de criação, modificação e anulação dos padrões jurídicos. Esses fatos, tais como um projeto de

legislação ou uma decisão judicial, são as fontes do direito convencionalmente identificadas como tais em todos os sistemas jurídicos modernos. Um modo de entender a posição do positivismo jurídico aqui é vê-la como uma forma de redução: o positivismo jurídico sustenta, essencialmente, que o domínio jurídico é redutível a fatos do tipo não normativo, isto é, fatos sobre a conduta, crenças ou atitudes das pessoas.

Os jusnaturalistas negam esse ponto de vista, insistindo que uma suposta norma não pode tornar-se legalmente válida até que passe por um determinado limiar de moralidade. O direito positivo precisa conformar-se em seu conteúdo a alguns preceitos básicos de direito natural, isto é, à moralidade universal para, em primeiro lugar, se tornar lei. Em outras palavras, os jusnaturalistas sustentam que o conteúdo moral das normas, e não somente a sua origem social, também forma parte das condições de validade jurídica. E, novamente, é possível enxergar essa posição como uma concepção não redutiva do direito, sustentando que a validade jurídica não pode ser reduzida a fatos não normativos.

A Tese da Separação é uma implicação negativa importante da Tese Social, sustentando haver uma separação conceitual entre o direito e a moralidade, isto é, entre o que o direito é e o que deveria ser. A Tese da Separação, entretanto, tem sido frequentemente exagerada. Pensa-se, por vezes, que o direito natural afirma, e o positivismo jurídico nega, que o direito é, por necessidade, moralmente bom, ou que o direito deve ter um conteúdo moral mínimo. A Tese Social certamente não acarreta a falsidade da suposição de que há algo necessariamente bom no direito. O positivismo jurídico pode aceitar a asserção de que o direito é, por sua natureza, ou por sua função essencial na sociedade, algo bom que merece nossa apreciação moral. Nem é o positivismo jurídico forçado a negar a asserção plausível de que onde quer que o direito exista, ele deve ter muitas prescrições coincidentes com a moralidade. Há, provavelmente, uma sobreposição considerável, e talvez necessária, entre o conteúdo efetivo do direito e o da moralidade. Mais uma vez, a Tese da Separação, propriamente entendida, aplica-se apenas às condições de validade jurídica. Ela afirma que as condições de validade jurídica não dependem do conteúdo moral das normas em questão. O que o direito é não pode depender do que o direito deveria ser nas circunstâncias relevantes.

Muitos positivistas jurídicos contemporâneos não concordariam com essa formulação da Tese da Separação. Uma escola de pensamento contem-

porâneo, chamada positivismo jurídico inclusivo, endossa a Tese Social, isto é, que as condições básicas de validade jurídica derivam de fatos sociais, tais como regras sociais ou convenções que por acaso são predominantes em uma determinada comunidade. Mas, sustentam os positivistas jurídicos inclusivos, a validade jurídica é, às vezes, uma questão de conteúdo moral das normas, dependendo de convenções particulares que vigoram em uma determinada comunidade. Aquelas convenções sociais por meio das quais nós identificamos o direito podem, embora isso não seja necessário, fazer referência ao conteúdo moral como condição da legalidade.

A tradição do direito natural foi consideravelmente refinada no século XX, principalmente porque a sua versão popular clássica enfrentou uma objeção óbvia quanto ao seu ponto de vista central: basicamente é difícil sustentar que uma lei moralmente ruim não seja uma lei. A ideia de que uma lei precisa passar, como se fosse, por uma espécie de filtro moral para contar como lei dá à maioria dos juristas a impressão de ser incompatível com o mundo jurídico como nós o conhecemos. Portanto, os jusnaturalistas contemporâneos têm sugerido interpretações diferentes e mais sutis dos princípios centrais do direito natural. Por exemplo, John Finnis vê o direito natural (em sua versão tomista) não como uma limitação da validade jurídica de leis positivas, mas principalmente como uma elucidação de um ideal de direito em seu sentido mais pleno e mais alto, concentrando-se nas maneiras pelas quais o direito necessariamente promove o bem comum. Entretanto, como percebemos anteriormente, não é claro que tal concepção sobre o conteúdo moral necessário do direito esteja em conflito com os princípios centrais do positivismo jurídico.

A ideia de que as condições de validade jurídica são, ao menos parcialmente, uma questão de conteúdo moral das normas, é articulada de maneira sofisticada pela teoria do direito de Ronald Dworkin. Entretanto, Dworkin não é um jusnaturalista e não sustenta que o conteúdo moralmente aceitável seja pré-condição da legalidade de uma norma. Sua ideia central é a de que a própria distinção entre fatos e valores no domínio jurídico, entre o que o direito é e o que ele deveria ser, é muito mais obscura do que supõe o positivismo jurídico. Determinar o que o direito é, em casos particulares, inevitavelmente depende de considerações político-morais sobre o que ele deve ser. Juízos valorativos, acerca do conteúdo que o direito deve ter ou do que ele deve prescrever, parcialmente determinam o que o direito efetivamente é.

A teoria jurídica de Dworkin não é baseada em um repúdio geral da distinção clássica entre fato e valor, visto que é baseada em um determinado conceito de raciocínio jurídico. Esse conceito passou por dois estágios principais. Na década de 70 Dworkin argumentou que a falsidade do positivismo jurídico residia na sua incapacidade de considerar o papel importante que os princípios jurídicos desempenhavam no direito. O positivismo jurídico, segundo Dworkin, considerava que o direito consistia somente de regras. Entretanto, esse é um erro sério porque, além das regras, o direito é parcialmente determinado pelos princípios jurídicos. A distinção entre regras e princípios é uma distinção lógica. As regras, sustenta Dworkin, se aplicam de uma “maneira tudo ou nada”. Se a regra se aplica às circunstâncias, ela determina um resultado jurídico particular. Se não se aplica, ela é simplesmente irrelevante para o resultado. Por outro lado, os princípios não determinam um resultado mesmo se eles claramente se aplicarem às circunstâncias pertinentes. Os princípios fornecem aos juízes uma razão para decidir um caso de um jeito ou de outro, e, portanto, só têm uma dimensão de peso. Isto é, as razões fornecidas pelos princípios podem ser relativamente fortes ou fracas, mas elas nunca são “absolutas”. Tais razões, por elas mesmas, não podem determinar um resultado como as regras o fazem.

Entretanto, o aspecto mais interessante e, de uma perspectiva positivista, mais problemático, dos princípios jurídicos consiste em sua dimensão moral. De acordo com a teoria de Dworkin, diferentemente das regras jurídicas, que podem ou não ter algo a ver com a moralidade, os princípios são essencialmente morais em seu conteúdo. Na realidade, é parcialmente uma consideração moral que determina se os princípios jurídicos existem ou não. Por que isso? Porque um princípio jurídico existe, de acordo com Dworkin, se ele decorrer da melhor interpretação moral e política das decisões judiciais e legislativas passadas no domínio pertinente. Em outras palavras, os princípios jurídicos ocupam um espaço intermediário entre as regras jurídicas e os princípios morais. As regras jurídicas são postas por instituições reconhecidas e a sua validade é derivada de suas fontes. Os princípios morais são o que são por causa de seu conteúdo, e sua validade é puramente dependente do conteúdo. Os princípios jurídicos, por outro lado, obtêm sua validade de uma combinação de considerações baseadas na fonte e no conteúdo. Como Dworkin afirma nos termos mais gerais:

De acordo com o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se elas se adequarem ou decorrerem dos princípios de justiça, equidade e devidos procedimentos processuais que provenham da melhor interpretação construtiva da prática jurídica de uma comunidade¹.

A validade de um princípio jurídico, então, é derivada de uma combinação de fatos e considerações morais. Os fatos dizem respeito às decisões judiciais passadas que ocorreram no domínio relevante e as considerações morais e políticas referem-se aos modos pelos quais essas decisões passadas podem ser mais bem explicadas pelos princípios morais corretos.

Obviamente, se tal explicação dos princípios jurídicos estiver correta, a tese da separação não pode mais ser sustentada. Mas, muitos filósofos do direito duvidam que existam princípios jurídicos da espécie que Dworkin imaginou. Há uma alternativa mais natural para explicar a distinção entre regras e princípios no direito: a diferença relevante se relaciona ao grau de generalidade, ou vaguidade da obrigação prescrita pela norma jurídica pertinente. Normas jurídicas podem ser mais ou menos vagas em suas definições da obrigação prescrita pela regra. Quanto mais gerais ou vagas, mais tenderão a ter aquelas características quase lógicas que Dworkin atribuiu aos princípios.

Na década de 80 Dworkin radicalizou suas opiniões sobre essas questões, aspirando a fundamentar sua teoria do direito antipositivista em uma teoria geral da interpretação e a enfatizar a profunda natureza interpretativa do direito. Embora a teoria interpretativa de Dworkin seja extremamente complexa e sofisticada, a essência de seu argumento sobre a interpretação pode ser resumida de uma forma muito simples. O argumento central consiste em duas premissas. A primeira tese sustenta que a determinação do que o direito requer em todo e qualquer caso particular necessariamente envolve um raciocínio interpretativo. Qualquer afirmação com a forma “De acordo com a lei em S, x tem o direito/obrigação etc. a y” é uma conclusão de uma ou de outra interpretação. Agora, de acordo com a segunda premissa, a interpretação sempre envolve considerações valorativas. Mais precisamente, a interpretação talvez não seja puramente uma questão de determinação de fatos, nem de um juízo valorativo *per se*, mas sim uma

1 DWORIKIN, 1986, p. 225.

mistura inseparável de ambos. É bastante claro que alguém que aceite essas duas teses deverá concluir que a tese da separação é fundamentalmente falha. Se Dworkin estiver correto sobre essas duas teses, segue-se, com certeza, que determinar o que o direito requer sempre envolverá considerações valorativas.

As duas teses de Dworkin são altamente contestáveis. Alguns filósofos do direito negaram a primeira premissa, insistindo que o raciocínio jurídico não é completamente interpretativo como Dworkin assume. A interpretação, de acordo com essa concepção, é uma exceção ao entendimento padrão da linguagem e da comunicação, sendo necessária somente quando a lei for, por alguma razão, obscura. Entretanto, em casos mais comuns, o direito pode simplesmente ser entendido, e aplicado, sem a mediação da interpretação. Outros filósofos do direito negaram a segunda premissa, contestando a tese de Dworkin de que a interpretação é necessariamente valorativa.

A teoria jurídica de Dworkin compartilha certos insights com a versão inclusiva do positivismo jurídico. Observe, entretanto, que apesar de Dworkin e os positivistas jurídicos inclusivos compartilharem a opinião de que a moralidade e a validade jurídica são intimamente relacionadas, eles diferem sobre os fundamentos dessa relação. Dworkin sustenta que a dependência da validade jurídica de considerações morais é uma característica essencial do direito que basicamente deriva da sua natureza profundamente interpretativa. O positivismo inclusivo, por outro lado, sustenta que tal dependência da validade jurídica de considerações morais é uma situação contingente; ela não é derivada da natureza do direito ou do raciocínio jurídico propriamente dito. Os positivistas inclusivos alegam que as considerações morais afetam a validade jurídica só naqueles casos que se seguem de convenções sociais vigentes em um sistema jurídico determinado. Em outras palavras, a relevância da moralidade é determinada em um dado sistema jurídico pelo conteúdo contingente das convenções daquela sociedade. Contrariamente a esses pontos de vista, o tradicional, ou como agora é chamado, o positivismo jurídico exclusivo sustenta que uma norma nunca é considerada legalmente válida em virtude de seu conteúdo moral. A validade jurídica, de acordo com esse ponto de vista, é totalmente dependente das fontes factuais do direito convencionalmente reconhecidas.

Vale a pena observar que aquelas teorias jurídicas, ao sustentar que a validade jurídica depende parcialmente de considerações morais, devem

também compartilhar uma certa concepção da natureza da moralidade. Em outras palavras, precisam manter uma postura objetiva a respeito da natureza dos valores morais. De outra forma, se os valores morais não forem objetivos e a legalidade depender da moralidade, então a legalidade seria também considerada subjetiva, e isso colocaria sérios problemas para a questão de identificar o que é o direito. Algumas teorias jurídicas, entretanto, insistem na subjetividade dos juízos morais e dessa forma abraçam conclusões céticas quanto à natureza do direito. De acordo com essas teorias céticas, o direito é, sem dúvida, dependente da moralidade, mas, como essas teorias assumem que a moralidade é totalmente subjetiva, elas somente demonstram que o direito é também profundamente subjetivo, por assim dizer, sempre ao alcance de todos. Essa abordagem cética, em voga na então chamada literatura pós-moderna, depende crucialmente de uma teoria subjetivista de valores, que é raramente articulada nessa literatura de algum modo sofisticado.

2. A normatividade do direito

Ao longo da história, o direito foi conhecido como uma instituição coerciva que impõe suas demandas aos seus sujeitos por meio de ameaças e violência. Essa característica notável do direito fez com que se tornasse bastante tentador para alguns filósofos assumirem que a normatividade do direito reside em seu aspecto coercivo. Entretanto, mesmo na tradição do positivismo jurídico, o aspecto coercivo do direito tem dado origem a ferozes controvérsias. Os primeiros positivistas jurídicos, tal como Bentham e Austin, sustentaram que a coerção é uma característica essencial do direito, distinguindo-o de outros domínios normativos. Os positivistas jurídicos no século XX tenderam a negar isso, afirmando que a coerção não é nem essencial para o direito, nem realmente crucial para o cumprimento de suas funções na sociedade.

Existem vários problemas envolvidos aqui e precisamos separá-los cuidadosamente. É famosa a tese de John Austin de que toda e qualquer norma jurídica, como tal, deve incluir uma ameaça amparada por uma sanção. Isso envolve ao menos duas afirmações distintas: em um sentido, ela pode ser compreendida como uma tese a respeito do conceito de direito, sustentando que o que nós chamamos de “direito” pode ser apenas aquelas normas que são amparadas por sanções do soberano político. Noutro

sentido, apesar de não menos problemático, a conexão íntima entre o direito e a ameaça de sanções é uma tese sobre a normatividade do direito. Basicamente, essa é uma tese reducionista sobre o caráter normativo do direito, sustentando que a normatividade do direito consiste na capacidade dos que lhe são sujeitos de prever os riscos de sofrerem punição ou mal.

Além dessa controvérsia particular, existe outra questão sobre a importância relativa das sanções para a capacidade do direito de cumprir as suas funções sociais. Hans Kelsen, por exemplo, sustentou que o monopólio da violência na sociedade, e a capacidade de o direito impor as suas demandas por meios violentos são as funções mais importantes do direito na sociedade. Os positivistas jurídicos do século XX, como H. L. A. Hart e Joseph Raz, negam isso, sustentando que o aspecto coercivo do direito é muito mais marginal do que seus predecessores supuseram. Novamente, a controvérsia aqui é, na verdade, dupla: é a coerção essencial para o que o direito faz? E mesmo se ela não for considerada essencial, quão importante é ela se comparada com as outras funções que o direito exerce em nossas vidas?

A explicação reducionista da normatividade do direito de Austin, sustentando que o aspecto normativo do direito simplesmente consiste na capacidade de os sujeitos predizerem as sanções, foi extensamente discutida e ferozmente criticada por H.L.A. Hart. A objeção fundamental de Hart à explicação reducionista da normatividade do direito de Austin é, em suas palavras,

que a interpretação preditiva obscurece o fato de que, onde as regras existem, desvios não são meramente fundamentos para a predição de que reações hostis se seguirão... mas são também a razão ou justificação para tal reação e para a aplicação das sanções².

Essa ênfase na função fornecedora de razões das regras é certamente correta, mas talvez não o bastante. Defensores da explicação preditiva podem alegar que o argumento já pressupõe a pergunta adicional acerca de por que as pessoas devem considerar as regras do direito como razões, ou justificativas para ações. Se for, por exemplo, somente porque o direito é, por acaso, um provedor eficiente de sanções, então o modelo preditivo

2 HART, 1994, p.82.

da normatividade do direito pode, apesar de tudo, revelar-se correto. Em outras palavras, a objeção fundamental de Hart ao modelo preditivo é realmente o resultado de sua visão sobre as principais funções do direito na sociedade, defendendo, contra Austin e Kelsen, que essas funções não estão exclusivamente relacionadas à capacidade de o direito impor sanções.

Entretanto, pode-se argumentar que as funções do direito em nossa cultura estão mais intimamente relacionadas com o aspecto coercivo do que Hart parece ter assumido. O uso contemporâneo da “teoria dos jogos” no direito tende a mostrar que a razão de uma grande variedade de arranjos jurídicos pode ser mais bem explicada pela função do direito na resolução de problemas de oportunismo, como nas assim chamadas situações do Dilema do Prisioneiro. Nesses casos, o papel principal do direito é, de fato, o de fornecer medidas coercivas. A despeito disso, nós provavelmente devemos nos conter em endossar as posições de Austin ou Kelsen, segundo as quais o fornecimento de sanções é a única função do direito na sociedade. Resolver problemas recorrentes e múltiplos de coordenação, estabelecer padrões para comportamentos desejáveis, proclamar expressões simbólicas de valores públicos, resolver disputas sobre fatos, e assim por diante, são importantes funções que o direito cumpre na nossa sociedade, e essas funções têm muito pouco a ver com o aspecto coercivo do direito e sua função provedora de sanções.

O grau em que o direito pode efetivamente guiar comportamentos ao prover as pessoas que lhe são sujeitas com razões para agir foi questionada, na primeira metade do século XX, por um grupo muito influente de acadêmicos do direito chamado de escola do realismo jurídico. Os realistas jurídicos americanos afirmaram que a nossa capacidade de prever os resultados de casos jurídicos com base nas regras jurídicas é particularmente limitada. Nos casos mais difíceis, que tendem a ser decididos nas cortes de apelação, as normas jurídicas, por si mesmas, são radicalmente indeterminadas acerca do resultado dos casos. Os realistas jurídicos pensam que os advogados interessados no tema da predição do que os tribunais realmente irão decidir em casos difíceis precisam se engajar na investigação sociológica e psicológica, esforçando-se para desenvolver ferramentas teóricas para nos capacitar a prever os resultados jurídicos. Dessa forma, o realismo jurídico foi principalmente uma tentativa de introduzir as ciências sociais no domínio da jurisprudência para propósitos preditivos. Até que ponto esse projeto científico teve sucesso é uma questão controversa. A despeito

disso, o realismo jurídico prestou bem pouca atenção ao problema da normatividade do direito, isto é, à questão de como o direito guia comportamentos naqueles casos em que ele parece ser suficientemente determinado.

Uma abordagem bem mais promissora da normatividade do direito é encontrada na teoria da autoridade de Joseph Raz, que também mostra como tal teoria sobre a normatividade do direito acarreta importantes conclusões a respeito das condições de validade jurídica. O insight básico do argumento de Raz é que o direito é uma instituição social autoritária. O direito – alega Raz – é uma autoridade de fato. Porém, é também essencial ao direito que ele deva ser empregado para reivindicar autoridade legítima. Qualquer sistema jurídico pode falhar, é claro, no cumprimento dessa demanda. Mas o direito é um tipo de instituição que necessariamente reivindica ser uma autoridade legítima.

De acordo com Raz, o aspecto essencial das autoridades em nosso raciocínio prático é mediar entre os supostos sujeitos da autoridade e as razões corretas que se aplicam a eles em circunstâncias pertinentes. Uma autoridade é legítima se, e somente se, ela ajudar os seus supostos sujeitos a obedecer melhor às razões corretas relevantes para as suas ações – i.e., se eles forem mais propensos a agir em conformidade com essas razões ao seguir a resolução autoritária do que caso eles tentassem imaginar e agir diretamente de acordo com as razões (sem a mediação da resolução). Por exemplo, pode haver muitas razões que têm relação com a questão de quão rápido dirigir em uma rodovia específica – a quantidade de tráfego de pedestres, curvas abruptas na pista, etc. – mas os motoristas podem seguir melhor a balança dessas razões ao seguir o limite de velocidade legal do que se eles tentarem calcular todas as variáveis na hora. A legitimidade do limite de velocidade legal seria assim derivada do modo pelo qual ele auxilia as pessoas em agir em melhor conformidade com a balança das razões corretas.

Note que se segue que para algo poder ser capaz de reivindicar autoridade legítima, deve ser o tipo de coisa apta a reivindicá-la, nomeadamente, capaz de cumprir tal papel mediador. Quais tipos de coisas podem reivindicar autoridade legítima? Existem, ao menos, duas características necessárias para a capacidade de ser uma autoridade: primeiro, para alguma coisa ser capaz de reivindicar autoridade legítima, deve ser o caso que as suas diretrizes sejam identificáveis como diretrizes autoritárias sem a necessidade de recorrer às mesmas razões que a diretriz autoritária substituiu.

Se essa condição não for cumprida, ou seja, se for impossível identificar a diretriz autoritária, como tal, sem contar com aquelas mesmas razões que a autoridade tinha o papel de contar, então a autoridade não poderia cumprir o seu papel mediador essencial. Em resumo, ela não poderia fazer a diferença prática que ela está lá para fazer. Note que esse argumento não se relaciona com a eficácia das autoridades. O ponto não é que a menos que as diretrizes autoritárias possam ser reconhecidas como tais elas não poderiam funcionar efetivamente. O argumento é baseado na justificativa das autoridades dentro do nosso raciocínio prático. As autoridades estão lá para fazer uma diferença prática, e não podem fazer tal diferença a menos que a diretriz da autoridade possa ser reconhecida como tal sem o recurso às razões as quais ela está lá para decidir. Em outras palavras, é um absurdo haver autoridades se para descobrir o que é uma autoridade e o que não é você precisar se engajar no mesmo processo de raciocínio que a confiança na autoridade presumivelmente substitui. Em segundo lugar, para algo ser capaz de reivindicar autoridade legítima, deve ser capaz de formar uma opinião sobre a forma como os seus sujeitos devem se comportar distinta do próprio raciocínio dos sujeitos sobre as suas razões para agir. Em outras palavras, uma autoridade prática, como o direito, deve ser basicamente uma autoridade pessoal, no sentido em que não pode haver uma autoridade sem um autor.

A concepção de autoridade jurídica de Raz fornece uma base muito forte para o positivismo jurídico exclusivo, porque exige que a lei *qua* resolução autoritária, seja identificável nos seus próprios termos, isto é, sem ter de depender daquelas mesmas considerações nas quais a lei está lá para resolver. Logo, uma norma é legalmente válida (i.e., autoritária) somente se a sua validade não derivar da moral ou de outras considerações valorativas sobre as quais ela lá está para resolver. Notavelmente, a teoria de Raz desafia tanto a teoria do direito anti-positivista de Dworkin, quanto a versão inclusiva do positivismo jurídico. Esse desafio, e as controvérsias que ele fez surgir, formam um dos principais tópicos discutidos na Jurisprudência Geral contemporânea.

Explicar a razão da autoridade jurídica, entretanto, não é o único componente de uma teoria sobre a normatividade do direito. Se nós sustentarmos a tese do positivismo jurídico de que o direito é essencialmente baseado em convenções sociais, outra questão importante surge aqui: como uma prática convencional pode dar origem a razões para agir e, particu-

larmente, a obrigações? Alguns filósofos do direito alegam que as regras convencionais não podem por si mesmas dar origem a obrigações. Como Leslie Green observou, “a opinião de Hart de que as regras fundamentais [de reconhecimento] são ‘meras convenções’ continua a adaptar-se de modo desconfortável com qualquer noção de obrigação”³, e Green acha isso problemático, porque as regras de reconhecimento apontam para as “fontes que os juízes estão legalmente obrigados a aplicar.

O debate aqui é parcialmente sobre a natureza convencional das regras de reconhecimento, e parcialmente sobre os meios pelos quais as convenções podem fazer parte de nossas razões para agir. De acordo com uma teoria influente, inspirada em David Lewis, as regras convencionais surgem como soluções para problemas múltiplos e recorrentes de coordenação. Se as regras de reconhecimento forem, de fato, de um tipo coordenativo, é relativamente fácil explicar como elas podem dar origem a obrigações. As convenções coordenativas seriam obrigatórias se o conteúdo das normas tiver uma obrigação de resolver o problema de coordenação que inicialmente deu origem ao aparecimento da convenção relevante. Entretanto, é duvidoso que essas convenções coordenativas estão nas fundações do direito. Em certos aspectos, o direito pode parecer mais com um jogo estruturado, ou um gênero artístico, que são de fato constituídos por convenções sociais. Tais convenções constitutivas não são explicáveis como soluções a alguns problemas de coordenação recorrentes pré-existentes. As regras convencionais que constituem o jogo de xadrez, por exemplo, não estão lá para solucionar um problema coordenativo entre potenciais jogadores. Anteriormente ao jogo de xadrez, não havia qualquer problema específico de coordenação para resolver. As regras convencionais do xadrez constituem o jogo em si como um tipo de atividade social que as pessoas acham valer a pena participar. As convenções constitutivas constituem parcialmente os valores inerentes em uma prática social emergente. Entretanto, tais valores somente estão lá para aqueles que se importam em vê-los. As convenções constitutivas não podem, por elas mesmas, fundamentar uma obrigação para participar da prática que elas constituem.

De um ponto de vista moral, as regras de reconhecimento, por si mesmas, não podem ser tomadas como fontes de obrigação para seguir o di-

3 GREEN, 1996, p.1697.

reito. Se os juízes, ou quaisquer outras pessoas, devem ou não respeitar as regras de reconhecimento de um sistema jurídico é basicamente um problema moral que somente pode ser resolvido por argumentos morais (relacionados ao antigo problema da obrigação política). E isso é geralmente assim: a existência de uma prática social, por si só, não oferece a qualquer um uma obrigação para participar da prática. As regras de reconhecimento somente definem o que a prática é, e elas não podem dizer qualquer coisa sobre a questão de saber se a pessoa deve ou não participar dela. Mas é claro, uma vez que uma pessoa participa da prática, jogando como juiz, por assim dizer, há obrigações jurídicas definidas pelas regras do jogo. Em outras palavras, não há qualquer coisa de especial na ideia de uma obrigação *jurídica* se seguir das regras de reconhecimento. O juiz em um jogo de futebol é igualmente obrigado a seguir as regras do seu jogo, e o fato de que o jogo é convencional não impõe dificuldades à, digamos, “perspectiva interna” dos jogadores. Mas, novamente, as regras constitutivas do futebol não podem resolver por qualquer um a questão de se eles devem jogar futebol ou não. Similarmente, as regras de reconhecimento, quanto a isso, não podem resolver pelo juiz, ou por qualquer outro, se eles devem jogar de acordo com as regras do Estado, ou não. Elas somente dizem aos juízes o que o direito é. Entretanto, diferentemente do xadrez ou do futebol, o direito pode muito bem ser um tipo de jogo que as pessoas, de certo modo, têm a obrigação de jogar. Mas se há essa obrigação, ela deve emergir de considerações morais externas, isto é, de uma obrigação moral geral de obedecer ao direito. A questão complexa de se há tal obrigação geral de obedecer ao direito, e se isso depende de certas características do sistema jurídico relevante é extensamente discutida na literatura sobre a obrigação política. Uma teoria completa acerca da normatividade do direito deve também abranger esses problemas morais.

Contestações recentes à Jurisprudência Geral, e particularmente ao positivismo jurídico, levaram a uma interessante virada metodológica. Essa virada tomou força quando Dworkin, ao publicar “O Império do Direito”, argumentou que não somente o direito, como uma prática social, é profundamente interpretativo (e dessa forma, em parte, mas necessariamente, de natureza valorativa), mas também que qualquer teoria sobre a natureza do direito é, de uma forma similar, interpretativa, e assim, igualmente valorativa. Muitos daqueles que não necessariamente compartilham a opinião de Dworkin sobre a natureza interpretativa da teoria do direito, ou

os detalhes da sua teoria da interpretação, uniram-se a ele nesse ceticismo metodológico sobre a possibilidade da jurisprudência geral, isto é, sobre a possibilidade de desenvolver uma teoria sobre a natureza do direito que possa ter aplicação geral e que se mantenha moralmente neutra. Essas críticas tendem a focar na teoria do direito de H.L.A. Hart, argumentando que opostamente às aspirações explícitas de Hart, ela não é tão “descritiva e moralmente neutra” quanto Hart tinha almejado. A maioria desses teóricos agora alega que o positivismo jurídico foi sempre uma teoria normativa e que só poderia ser defendido como tal.

Há vários argumentos que se propõem a estabelecer o aspecto essencialmente normativo do positivismo jurídico. Perry⁴ argumenta que qualquer tentativa de conceituar o direito necessariamente requer uma escolha entre diferentes maneiras possíveis em que o direito pode ser conceituado, e qualquer escolha entre essas estruturas conceituais terá necessariamente de contar com a atribuição de algum objetivo ou função ao direito. Isso, por sua vez, segundo Perry, necessariamente envolve um argumento moral. Jeremy Waldron⁵ oferece um argumento similar: é uma questão central para qualquer teoria sobre a natureza do direito determinar se certos tipos de asserções normativas são jurídicos ou não. Em segundo lugar, argumenta Waldron, tais disputas não podem ser consideradas substanciais sem testar as respectivas teorias contra a nossa intuição de por que seria importante se algumas normas contassem como jurídicas e outras não. Ele afirma, finalmente, que qualquer resposta a esse “por que” tem de ser normativa, dependendo de alguma teoria política moral sobre o que torna o direito bom e merecedor de nossa apreciação. Logo, a jurisprudência geral necessariamente depende de algumas considerações morais normativas. Ambas as opiniões, e outras similares, pretendem apoiar-se na própria insistência de Hart de que uma prática social normativa, como o direito, não pode ser entendida sem se levar em consideração o ponto de vista interno dos participantes, um ponto de vista que é essencialmente normativo, ponderando as maneiras pelas quais os participantes consideram o direito como razões para as suas ações.

Há alguns problemas complexos e bastantes sutis envolvidos nessa controvérsia metodológica. Há concordância em todas essas teorias, inclu-

4 PERRY, 2001.

5 WALDRON, 2001.

ída a de Hart, que qualquer tentativa de entender o que é o direito precisa recorrer a um entendimento razoavelmente elaborado sobre as funções do direito na sociedade e sobre as maneiras como o direito é constituído para satisfazer essas funções. Além do mais, parece bastante plausível sustentar, como o próprio Hart sugeriu, que nós não podemos entender o direito sem entender os modos em que ele é tipicamente considerado por aqueles a quem ele pertence, ou seja, por aqueles que normalmente consideram o direito como fornecedor de razões para as suas ações. Esse ponto de partida comum, entretanto, leva a várias conclusões diferentes. Hart acreditava que nada disso impediria que a jurisprudência permanecesse basicamente descritiva e moralmente neutra. Por outro lado, teóricos como Dworkin, Perry, Waldron, e outros⁶ chegaram à conclusão oposta. Eles concluíram que isso mostra que a jurisprudência necessariamente depende de considerações morais. O que está em jogo, aqui, é principalmente a questão de saber se o entendimento do objetivo, ou do propósito, ou da função de uma prática social (de qualquer sistema normativo), necessariamente redundaria em juízos sobre a sua importância ou valor. Hart basicamente afirmou que podemos entender o objetivo do direito, as suas funções centrais em uma sociedade, e os modos pelos quais ele fornece razões para agir, sem necessariamente formarmos, por nós próprios, quaisquer juízos morais particulares sobre essas razões, funções, etc. Seus críticos obviamente negam isso, argumentando que essa separação entre uma explicação do que é a função de X, ou qual é seu objetivo central, etc., não pode ser dada sem um argumento moral. Saber se este é de fato o caso é um problema que hoje constitui uma das controvérsias centrais ao teorizar sobre a natureza do direito.

Referências bibliográficas

- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. London: Weidenfeld & Nicolson, 1954.
- COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and The Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, Vol. 4, pp. 381–425, 1998.
- . *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

6 Veja, e.g., MOORE, 1998.

- COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.
- . *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 46, pp. 199–227, 2001.
- GREEN, Leslie. The Concept of Law Revisited. *Michigan Law Review*, Vol. 94 (6), pp. 1687–1717, 1996.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press; 2nd edition with postscript by J. Raz & P. Bulloch (eds.). Oxford: Oxford University Press, 1994.
- KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell, 1945/1961.
- MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press; revised 2nd edition, Hart Publishing, 2005.
- . *Positive Law & Objective Values*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- . *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- MOORE, Michael. Hart's Concluding Unscientific Postscript. *Legal Theory*, Vol.4, pp. 301–327, 1998.
- PERRY, Stephen. Hart's Methodological Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 311–354.
- RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal*, Vol. 81 (5), pp. 823–854, 1972.
- . *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- . Law, Authority and Morality. In: RAZ, Joseph (ed.) *Ethics In The Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994, Chapter 9.
- SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 410–433.
- WALUCHOW, Will. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

Autor Convidado.