

AS CRÍTICAS DOS POSITIVISTAS INCLUSIVOS AO ARGUMENTO DE JOSEPH RAZ E COMO ELE RESPONDEU (OU PODERIA TER RESPONDIDO) A ELAS

THE INCLUSIVE POSITIVISTS' CRITICISMS TO JOSEPH RAZ'S ARGUMENT AND HOW HE ANSWERED (OR COULD HAVE ANSWERED) THEM

ANDRÉ COELHO¹
(UFRJ/Brasil)

RESUMO

O recém falecido Joseph Raz elaborou um dos argumentos mais famosos e influentes contra a tese da incorporação e em favor do Positivismo exclusivo. Explicaremos detalhadamente o argumento de Raz, do modo como ela articula as teses da autoridade, da instanciamento, da preempção, da justificação normal e das fontes para chegar à sua conclusão. Depois confrontaremos o argumento de Raz com dois diferentes blocos de críticas a esse argumento, feitas por dois dos principais positivistas inclusivos, a saber, Jules Coleman e Wilfrid J. Waluchow, seguidas das respostas que Raz deu, ou poderia ter dado, a essas críticas.

Palavras-chave: Joseph Raz; Positivismo exclusivo; Jules Coleman; Wilfrid J. Waluchow.

ABSTRACT

The recently deceased Joseph Raz elaborated one of the most famous and influential arguments against the incorporation thesis and in favor of Exclusive Positivism. We will explain Raz's argument in detail, how he articulates his theses of authority, instantiation, preemption, normal justification, and sources to reach his conclusion. Then we will confront Raz's argument with two different blocks of criticisms against it, made by two of the most important inclusive positivists, namely, Jules Coleman and Wilfrid J. Waluchow, followed by the answers Raz gave, or could have given, to these criticisms.

Keywords: Joseph Raz; Exclusive positivism; Jules Coleman; Wilfrid J. Waluchow.

Introdução

Na Teoria do Direito contemporânea, um dos principais legados do debate entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin foi a partição do Positivismo jurídico em Positivismo inclusivo e exclusivo. Trabalhando em respostas às críticas de Dworkin a Hart em *O Modelo de Regras I* – sobretudo à crítica de que a regra de reconhecimento de Hart, se concebida como um teste de *pedigree*, não abarcaria princípios cuja obrigatoriedade resulta da força

moral de seu conteúdo – positivistas inclusivos como Jules Coleman, Wilfrid J. Waluchow, Matthew Kramer e Kenneth E. Himma abraçaram a chamada tese da incorporação, isto é, a tese segundo a qual um sistema jurídico pode incorporar critérios morais de validade. Esta se tornou também a posição explícita do próprio Hart em seu *Pós-Escrito a O Conceito de Direito*, publicado postumamente em 1992. Já positivistas exclusivos como Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott J. Shapiro não fizeram esta concessão, permaneceram fiéis a uma versão forte da tradicional tese positivista da separação entre Direito e moral (tal como encontrada em Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen), apontaram no Direito alguma característica necessária incompatível com critérios morais e negaram a tese da incorporação, defendendo que nenhum sistema jurídico pode incorporar critérios morais de validade.

Uma das principais formulações desta última posição – o positivismo exclusivo, que insiste na separação estrita entre Direito e moral e nega a tese da incorporação – se encontra na obra do filósofo moral, político e do Direito israelense, radicado nos Estados Unidos, Joseph Raz, falecido neste ano de 2022. O argumento que ele defende, calcado numa teoria original da autoridade como geradora de razões excludentes, está presente, sob várias reformulações que jamais mudam o núcleo do argumento, em *Practical Reason and Norms* (1975), *The Authority of Law* (1979), *The Morality of Freedom* (1986) e *Ethics in the Public Domain* (1994), para não mencionar uma multidão de artigos dedicados direta ou indiretamente ao mesmo tema, esclarecendo ou reformando os conceitos e as teses principais. Eis uma versão resumida desse argumento, que explicaremos em maior fôlego e detalhe no segundo tópico desse artigo.

Segundo Raz, é uma característica conceitualmente necessária de todo sistema jurídico que ele reivindica autoridade sobre os sujeitos (esta é a sua tese da autoridade), motivo por que o Direito tem que instanciar ou exemplificar o tipo de coisa que pode ter autoridade (esta é a sua tese da instanciação). A autoridade implica uma preempção de razões, uma substituição das razões de agir do sujeito por aquelas dadas pelo Direito (esta é a sua tese da preempção), além de que o exercício de autoridade só é legítimo se deixar o sujeito em melhor em melhor condição para atender às razões que se aplicam a ele seguindo as ordens da autoridade do que estaria se decidisse por si mesmo (esta é a sua tese da justificação normal). Já critérios morais, por sua vez, remetem às razões que o sujeito já tinha antes do comando da norma e falham em deixar o sujeito em melhor posição prática, pois o obrigam a decidir por si mesmo. Segue-se que critérios morais são incompatíveis com a reivindicação de autoridade. O Direito só pode fazer preempção e satisfazer a justificação normal se for

possível identificar o conteúdo de cada norma sem apelar para as razões anteriores, o que, por sua vez, só é possível, segundo Raz, se as normas jurídicas forem identificáveis por referência apenas a fatos sociais, sem recurso a um argumento moral (essa é a sua tese das fontes). Assim, em vista das teses anteriores, um sistema jurídico que incorporasse critérios morais deixaria de instanciar o tipo de coisa que pode ter autoridade, violando a tese da instanciamento; e, por tabela, deixaria de poder reivindicar autoridade sobre os que estão sujeitos a ele, falhando, então, em apresentar-se como Direito. Ou seja, um sistema jurídico que incorporasse critérios morais entraria em contradição com o conceito de Direito. Segue-se disso, então, que é uma verdade conceitual que nenhum sistema jurídico pode incorporar critérios morais.

Nesse artigo, explicaremos, primeiro, detalhadamente o argumento de Raz, passando por cada uma das teses elencadas. Depois, veremos dois diferentes blocos de críticas a esse argumento, feitas por dois dos principais positivistas inclusivos, a saber, Jules Coleman em *The Practice of Principle* (2001) e Wilfrid J. Waluchow em *Inclusive Legal Positivism* (1994), seguidas das respostas que Raz deu, ou poderia ter dado, a essas críticas. Há ainda um terceiro e um quarto, Matthew Kramer em *In Defense of Legal Positivism* (1999) e Kenneth E. Himma, em vários artigos e livros, que seria importante referir, mas suas críticas a Raz são, no caso do primeiro, tão complexas e, no do segundo, tão variadas, que seu tratamento mais justo e rigoroso requereria artigos autônomos.

O argumento de Raz em favor do positivismo exclusivo

Segundo Raz, é uma característica conceitualmente necessária de todo sistema jurídico que tenha autoridade de facto sobre os que estão sujeitos a ele que ele reivindica autoridade legítima sobre tais sujeitos. Ele pode falhar em preencher os requisitos para autoridade legítima e, por isso, pode estar errado em reivindicar autoridade, mas é impossível que ele não a reivindique e ainda se apresente como obrigatório, em vez de simplesmente aconselhatório ou facultativo. Ou seja, é impossível que ele não reivindique autoridade e ainda se apresente como Direito. Esta é a sua tese da autoridade. Na formulação que ele faz dessa tese no texto que, nesse artigo, usaremos para referência, a saber, "Authority, Law, and Morality", capítulo 10 de *Ethics in the Public Domain*, vemos:

I will assume that necessarily law, every legal system which is in force anywhere, has *de facto* authority. That entails that the law either claims that it possesses legitimate authority or is held to possess it, or both. I shall argue that, though a legal

system may not have legitimate authority, or though its legitimate authority may not be as extensive as it claims, every legal system claims that it possesses legitimate authority (RAZ, 1994, 215).

Segundo Raz, tal reivindicação resulta evidente da linguagem que o Direito adota e das opiniões expressas por seus porta-vozes, como designar as instituições jurídicas como "autoridades", ou considerar a si mesmas como tendo o direito de impor obrigações sobre os que estão sujeitos a elas, ou considerar que estes sujeitos devem a elas obediência ou estão na obrigação de agir conforme o Direito determina (RAZ, 1994, 215-6). Até mesmo uma lei má, segundo o que Raz denomina de "a inevitável doutrina oficial", deve ser obedecida enquanto em vigor, enquanto providências são tomadas para sua emenda ou revogação.

Por essa razão, o Direito tem que instanciar ou exemplificar o tipo de coisa que pode ter autoridade. Se o Direito fosse o tipo de coisa para a qual é impossível ter autoridade, seria impossível para ele fazer tal reivindicação com sinceridade. Não é possível, por exemplo, afirmar sinceramente que árvores tenham autoridade sobre os sujeitos, pois árvores, incapazes de comunicação conosco, não poderiam ter autoridade sobre nós (RAZ, 1994, 217). Uma criança sem conhecimento pleno sobre árvores poderia assim afirmar, mas estaria errada. O exemplo da criança, porém, contrasta com o de adultos bem-informados, os quais, diferentemente da criança, não podem estar todos sistematicamente enganados a respeito da autoridade das árvores. Da mesma forma, tais adultos não podem estar todos sistematicamente enganados a respeito da autoridade do Direito e, se aceitam que o Direito tem autoridade, devem estar querendo dizer, mesmo que implicitamente, que o Direito é o tipo de coisa capaz de ter autoridade, o que significa, por implicação, que ele não tem propriedades que tornariam a posse da autoridade impossível. Esta é a sua tese da instanciação:

If the claim to authority is part of the nature of law, then whatever else the law is it must be capable of possessing authority. A legal system may lack legitimate authority. If it lacks the moral attributes required to endow it with legitimate authority then it has none. But it must possess all the other features of authority, or else it would be odd to say that it claims authority. To claim authority it must be capable of having it, it must be a system of a kind which is capable in principle of possessing the requisite moral properties of authority (RAZ, 1994, 215)

Segundo Raz, a autoridade implica uma preempção de razões, uma substituição das razões de agir do sujeito por aquelas dadas pelas diretivas da autoridade, no caso que nos interessa, pelas normas do Direito. Essa afirmação depende da teoria das razões práticas de Raz, que as divide em razões de primeira ordem e de segunda ordem (a explicação a seguir vem de RAZ, 2010, p. 41). Razões de primeira ordem são razões para fazer ou não fazer alguma coisa, as quais podem ter peso maior ou menor. Se razões para fazer e para não fazer entram em conflito, este é decidido por um balanço de razões que leva em conta qual soma de razões (a soma de todos os prós ou de todos os contras) têm maior peso. Já razões de segunda ordem não são razões para fazer ou não fazer alguma coisa, e sim razões para considerar ou desconsiderar razões de primeira ordem.

No caso das razões de segunda ordem que mais interessam a Raz, a saber, as razões excludentes, elas cancelam ou afastam o balanço de razões, substituindo as razões de primeira ordem contrárias à sua determinação (mas deixando intactas as razões de primeira ordem que pesam em favor dessa mesma determinação). Assim, um agente pode ter razões de primeira ordem pró e contra assaltar um banco. Se nenhuma determinação de autoridade incidisse sobre a situação, o agente decidiria entre assaltar ou não o banco a partir do balanço comparativo dessas razões de primeira ordem. A norma jurídica que criminaliza essa conduta, contudo, assinalando a ela pena correspondente, atua como razão de segunda ordem do tipo excludente, cancelando as razões de primeira ordem pró assalto, mas mantendo as razões contrárias preexistentes. O agente passa ter, então, razões de primeira ordem contra assaltar o banco e uma razão de segunda ordem excludente que, por um lado, cancelou as razões em favor do assalto e, por outro lado, as substituiu, acrescentando uma razão de segunda ordem para desistir do assalto.

Se confrontadas com outras razões excludentes, as razões desse tipo não têm peso, mas hierarquia, maior ou menor. Por exemplo, a autoridade do Direito prevalece sobre a do indivíduo sobre si mesmo, ou de um chefe no trabalho, ou de um pai ou mãe na família. Elas não contribuem nem alteram o balanço de razões de primeira ordem, mas fazem substituição (preempção) do balanço de razões por aquilo que elas determinam. Esta é a tese da preempção, que Raz formula assim:

The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them (RAZ, 1994, 214).

A tese da preempção, por sua vez, fornece uma das vias de conclusão contra a tese da incorporação. Uma norma jurídica informada por critérios morais seria uma razão de segunda ordem que, ao reivindicar autoridade, pretenderia atuar como razão excludente, cancelando e substituindo as razões de primeira ordem contrárias à sua determinação. Ela é que deveria modificar as razões do agente, agindo sobre razões de primeira ordem preexistentes. As razões de primeira ordem se mantêm ou se cancelam dependendo do que diga a razão de segunda ordem excludente. São as razões de primeira ordem, portanto, que dependem, para continuação de sua relevância, do conteúdo da razão de segunda ordem.

Ora, se existissem normas jurídicas informadas por critérios morais, seria bem o oposto que ocorreria. Elas insistiriam numa razão (moral) preexistente e recorreriam a um critério (moral) preexistente. Uma norma que proibisse, por exemplo, a imposição pelo legislador de penas cruéis, se vista como incorporando critérios morais, estaria mandando que o agente legislativo, ao impor penas aos delitos, levasse em conta um critério moral de não-crueldade, o qual, enquanto dever moral, já se aplicava a ele antes de a norma mandar levá-lo em conta. Além disso, para determinar se uma pena (tortura, mutilação, chibatadas, morte etc.) seria ou não cruel, o agente legislativo teria que recorrer ao seu critério moral de crueldade, transformando o que ele desde antes considerava moralmente cruel em também, agora, juridicamente cruel.

Se assim fosse, as razões de segunda ordem (jurídicas) falhariam em fazer diferença prática e seriam determinadas por razões de primeira ordem (morais). Em vez de fazerem diferença prática para a ação, cancelando algumas razões de primeira ordem e fornecendo uma razão nova, tais normas acentuariam razões preexistentes. Além disso, como critérios morais devolvem ao sujeito o papel de recorrer às razões que ele tinha antes, tornando toda preempção impossível, segue-se que critérios morais são incompatíveis com a reivindicação de autoridade.

Além disso, o exercício de uma autoridade legítima requer que o sujeito esteja em melhor posição para a realização das razões que se aplicam a ele (prévias e diversas da diretiva prática que a autoridade impôs sobre ele) seguindo as ordens da autoridade do que estaria se decidisse por si mesmo. Essa afirmação, por sua vez, depende da teoria normativa da autoridade de Raz, isto é, da teoria da autoridade como serviço, a qual fixa apenas dois cenários em que a autoridade de A sobre B pode ser considerada legítima. Ou A tem mais conhecimento que B sobre as razões de primeira ordem que se aplicam a B ou sobre a ação apropriada para realizar essas razões (como o Estado tem, por exemplo, melhor condição para determinar quais condutas no trânsito são perigosas ou prejudiciais ao

tráfego); ou, no caso de ações que dependem de um esquema coordenado de ação, A tem mais poder de coordenação que B para tornar este esquema disponível (como o Estado tem, por exemplo, mais poder de coordenação para colocar em vigor um sistema de trânsito de que o tráfego e a segurança de todos dependem).

Em ambos os casos, contudo, B estaria em melhor condição, para satisfação das razões que já se aplicavam a ele, se seguisse a ordem de A do que se decidisse por si mesmo o que fazer. Seja porque, nesse caso, B decidiria com menor conhecimento, seja porque B dependeria de um esquema de coordenação que não tem poder bastante para implementar. Em ambos os casos, a autoridade de A sobre B, para ser legítima, não age em favor de A e em detrimento de B, mas age, ao contrário, em favor da realização das razões que se aplicavam a B. A autoridade de A funciona, portanto, como serviço a B. Se B considera A uma autoridade legítima, então, acredita que, ao obedecer às ordens de A, realiza melhor as razões que já se aplicavam a ele próprio. A torna possível a B realizar suas próprias razões. Esta é a tese da justificação normal de Raz:

The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding, and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly (RAZ, 1994, 214).

A tese da justificação normal fornece, agora, uma segunda via para rejeitar a tese da incorporação. Para que a justificação normal se aplique, isto é, para que a autoridade de A seja um serviço a B para realizar as razões que se aplicam a ele e seja, assim, legítima, é preciso que a ordem de A pretenda sumarizar o balanço de razões a que B poderia ter chegado (se B tivesse conhecimento ou poder de coordenação suficiente) e expressar o resultado desse balanço na forma de uma ordem que, uma vez dada, determina o que B deve fazer, substituindo o juízo prejudicado de B sobre o balanço de razões. Só assim pode a ordem de A deixar B em melhor posição sobre o que fazer do que estava antes, quando munido só de seu próprio juízo prejudicado sobre o balanço de razões.

Mas normas jurídicas informadas por critérios morais falhariam em deixar o sujeito encarregado de aplicá-los nessa melhor posição, pois o obrigariam a decidir por si mesmo, recorrendo a razões e critérios que o agente já tinha antes da diretiva prática de autoridade. Dada a tese da

justificação normal, ao reivindicar autoridade legítima, A assume que B tem menor conhecimento ou poder de coordenação. Porém, ao incorporar critérios morais, a norma de A mandaria B recorrer ao julgamento de razões que ele tinha antes, isto é, exatamente ao julgamento prejudicado, em vez de deixar B em qualquer melhor posição de decisão. A ordem de A não teria, assim, como ser qualquer serviço às razões de B, tornando a autoridade legítima, por tabela, impossível. Segue-se que, novamente, critérios morais são incompatíveis com a reivindicação de autoridade.

Raz resume as duas últimas teses recorrendo ao exemplo de um árbitro que decidisse uma controvérsia entre dois disputantes (RAZ, 1994, 212-213). Por um lado, diz ele, a decisão do árbitro, final e vinculante para ambas as partes, fornece uma razão de segunda ordem que, embora superior às razões de primeira ordem preexistentes, é dependente delas, no sentido de que pretende sumarizá-las e refletir seu resultado. Essa primeira parte, de que a decisão da autoridade representa uma razão dependente que pretende apreender e expressar o resultado do balanço de razões de primeira ordem, se conecta à tese da justificação normal (na verdade a um amálgama entre a tese da justificação normal e o que ele chama de tese da dependência). Por outro lado, ele continua, ao concordarem em obedecer à decisão do árbitro, os disputantes concordaram em seguir o julgamento dele sobre o balanço de razões no lugar do julgamento deles próprios. Isso significa que as razões a que as partes poderiam ter recorrido para agir antes do julgamento do árbitro não podem mais ser invocadas após essa decisão: estas últimas já foram levadas em conta, calculadas e reduzidas a um resultado final, que cancelou e substituiu as razões preexistentes, funcionando como razão decisiva. Essa segunda parte, sobre a decisão da autoridade ser uma razão preemptiva, ou seja, substituir as razões preexistentes das partes, se conecta à tese da preempção. O exemplo também ilustra como ambas estão reciprocamente implicadas: é porque a decisão do árbitro é, na sua formulação, uma razão dependente (sumarizante) das razões das partes que ela, uma vez formulada, se sobrepõe a tais razões, substituindo-as. A tese da preempção se liga à tese da justificação normal.

Por fim, o Direito só pode substituir as razões anteriores por uma nova razão, dependente mas preemptiva, se for possível identificar o conteúdo de cada norma sem recorrer às razões anteriores do agente, o que só é possível, segundo Raz, se ela for identificável por referência só a fatos sociais, sem recurso a um argumento moral. Essa é a tese das fontes, que ele registra: "All law is source-based" (RAZ, 1994, 210), o que significa que "its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument" (RAZ, 1994, 211); ou

significa, ainda, que "it must be possible to identify the directive as being issued by the alleged authority without relying on reasons or considerations on which [such] directive purports to adjudicate" (p. 218). A importância desse ponto não deve ser negligenciada, pois:

Suppose that an arbitrator, asked to decide what is fair in a situation, has given a correct decision. That is, suppose there is only one fair outcome, and it was picked out by the arbitrator. Suppose that the parties to the dispute are told only that about his decision, i.e. that he gave the only correct decision. They will feel that they know little more of what the decision is than they did before. They were given a uniquely identifying description of the decision and yet it is an entirely unhelpful description. If they could agree on what was fair they would not have needed the arbitrator in the first place. A decision is serviceable only if it can be identified by means other than the considerations the weight and outcome of which it was meant to settle (RAZ, 1994, 219).

Se, por exemplo, uma norma de trânsito, em vez de fixar o esquema semaforico de luz verde, amarela e vermelha, mandasse que o motorista seguisse viagem e o pedestre atravessasse quando fosse "conveniente e seguro" para todos, essa norma violaria as três últimas teses: ela recorreria a razões morais que já se aplicavam ao motorista e ao pedestre antes, falhando em fazer preempção; ela remeteria o motorista e o pedestre ao mesmo julgamento prejudicado de que dispunham antes da norma, falhando em atender à justificação normal; e ambas as coisas aconteceriam porque ela teria falhado em satisfazer à tese das fontes, isto é, ela não teria fixado uma diretiva identificável em termos exclusivamente factuais (que é o que as luzes verde e vermelha são), livres das limitações e incertezas dos juízos morais de motoristas e pedestres sobre cenários de conveniência e segurança gerais. Eis por que só satisfazendo a tese das fontes é possível atender também à tese da preempção e da justificação normal. Elas dependem umas das outras.

Assim, em vista das teses da preempção, da justificação normal e das fontes, um sistema jurídico que incorporasse critérios morais deixaria de instanciar o tipo de coisa que pode ter autoridade, violando também a tese da instanciação; e, por tabela, deixaria de poder reivindicar, sincera e coerentemente, autoridade sobre os que estão sujeitos a ele, falhando, então, em apresentar-se como Direito. Ou seja, um sistema jurídico que incorporasse critérios morais entraria em contradição com o próprio conceito de Direito. Segue-se disso, então, que é uma verdade conceitual que nenhum sistema jurídico pode incorporar critérios morais. O argumento

não deixa espaço para outra conclusão que não rejeitar, portanto, o Positivismo inclusivo, abraçando o exclusivo.

Jules Coleman e a crítica à tese das fontes

O professor norte-americano Jules Coleman, que trabalhou como professor de Teoria do Direito e de Filosofia na Faculdade de Direito de Yale até aposentar-se em 2012, é geralmente referido como o primeiro teórico do Direito, entre os engajados em defender Hart contra Dworkin, a articular explicitamente a posição do Positivismo jurídico inclusivo (que ele chamava de Positivismo negativo) quando publicou o artigo *Negative and positive positivism* ainda em 1982, dez anos antes, portanto, de o póstumo *Pós-escrito* de Hart sustentar a mesma posição. Coleman define a posição do Positivismo negativo como de aceitação do que ele chama de tese da separabilidade, entendida no seguinte sentido:

The separability thesis is the claim that there exists at least one conceivable rule of recognition (and therefore one possible legal system) that does not specify truth as a moral principle among the truth conditions for any proposition of law (COLEMAN, 1982, 141-2).

Por conseguinte, uma regra de reconhecimento poderia especificar ser um princípio moral verdadeiro como condição de verdade para algumas ou mesmo todas as proposições jurídicas sem violar a tese da separabilidade. Pois do fato de que, numa comunidade, para ser Direito, uma norma deve ser um princípio moral, não se segue que ser um princípio moral verdadeiro seja uma condição necessária de juridicidade em todos os sistemas jurídicos possíveis (COLEMAN, 1982, 142).

No tocante à sua crítica do argumento de Raz contra o Positivismo inclusivo, Coleman, na obra *The Practice of Principle* (2001), a despeito de defender ele mesmo uma teoria pragmatista da autoridade, centrada na ideia de convencionalidade e complementada pela de atividade cooperativa compartilhada, não escolhe atacar o argumento de Raz desafiando sua concepção de autoridade. Em vez disso, ele seleciona como seu alvo a tese das fontes (e a exigência que ela adiciona às teses da preempção e da justificação normal). Para ele, embora os fundamentos das normas jurídicas devam ser factuais (o convencionalismo que ele atribui a todo o Positivismo jurídico), disso não se segue que o conteúdo das normas deva ser factual também (COLEMAN, 2001, 107). O conteúdo pode ser dado, embora não

necessariamente o seja, por referência à moralidade. Stephen Perry resume assim essa resposta:

Coleman accepts that the grounds of criteria of legal validity must be a social fact, namely, a convention accepted by officials, but denies that the content of the criteria must refer exclusively to social facts. The content can, but need not, be given by reference to morality. The requirements of morality can of course be controversial, but this is not a problem for inclusive legal positivism because judges can agree about what the rule of recognition is without necessarily agreeing about what the rule requires (PERRY, 2002, 1788).

Coleman diferencia, também, entre critério de juridicidade e de identificação, retomando a distinção entre o papel semântico e epistêmico da regra de reconhecimento, que ele já fizera e a que ele atribui a causa de tantos mal-entendidos a respeito deste conceito em especial e do Positivismo jurídico em geral (COLEMAN, 1982, 141). Para ele, a regra de reconhecimento enuncia o critério de validade para todas as normas, mas não serve como método de identificação de cada norma válida.

If law is to be capable of being an authority, there must be some way of identifying it and its content without recourse to morality; but there is no reason why that vehicle must be the rule of recognition, and no reason, therefore, why the rule of recognition should not be capable of imposing morality conditions, even as sufficient conditions of legality (COLEMAN, 2001, 128).

O argumento de Raz, segundo Coleman, falharia em fazer essa distinção e confundiria ambas as coisas. Segundo ele, porque Raz mistura os dois papéis da regra de reconhecimento de Hart, ele desloca a exigência de fatualidade convencional do fundamento do Direito para o conteúdo do Direito, convertendo o critério de validade em critério de identificação. Coleman argumenta que a maioria das pessoas aprende o que o Direito é de fontes outras que não a regra de reconhecimento e, de qualquer maneira, “a autoridade do Direito não depende de como se aprende o que o Direito é e de qual é seu conteúdo, mas de como o Direito pode afetar a deliberação de cada um” (COLEMAN, 2001, 130).

Coleman aponta, por fim, que a própria formulação que Raz dá à tese das fontes não excluiria completamente que um critério moral fosse incorporado pelas normas. Raz diz que a norma não pode apelar às razões preexistentes do sujeito. Mas o critério moral incorporado pela norma pode

diferir dessas razões anteriores, estabelecendo um novo guia para a decisão, a exemplo da igualdade de tratamento (COLEMAN, 2001, 126-7). Eis como Brian Bix explica a resposta de Coleman à alegação de Raz de que a tese das fontes impede que a diretiva da autoridade, neste caso a norma jurídica, recorra às razões preexistentes do sujeito:

Coleman's answer is that in many of the places where law seems to incorporate moral standards – most prominently, in constitutional judicial review – the moral standards being applied are frequently different from the moral standards that grounded the law. For example, a murder statute might be challenged on the grounds of the inequality in its application. Equality is a moral standard, but it is not salient among the moral reasons for action for which a rule prohibiting murder is a reasonable summary or substitute. So, to evaluate a murder statute on equality grounds is not to return to the reasons for action that the murder statute was meant to replace (BIX, 2021, 361).

A isso, Raz respondeu, nas reformulações de sua tese, que sua tese das fontes deve ser vista, não como fruto mal concebido da tese social, mas como corolário das exigências de sua concepção de autoridade. Mais especificamente, da tese da preempção e da justificação normal. Raz não está confundindo o critério factual de validade com um critério factual de identificação, e sim acrescentando-o como uma exigência nova, na ausência da satisfação da qual a diretiva da autoridade nem faria preempção das razões anteriores do sujeito (porque remeteria a elas) nem desempenharia um serviço, elevando-o a melhor condição prática, em favor da realização das razões que se aplicam a este sujeito (porque o deixaria desassistido, armado para identificar a ação apropriada e para decidir como agir com nada além das razões insuficientes de antes).

Dessa forma, Raz deixa claro, não se pode atacar a tese das fontes sem atacar a própria concepção de autoridade de que ela deriva - a discussão sobre os requisitos do Positivismo jurídico precisa converter-se numa discussão sobre os requisitos para a reivindicação da autoridade – coisa que Coleman, embora dispondo, no mesmo livro, da concepção (pragmática) alternativa apropriada para tal, jamais fez diretamente.

Wil Waluchow e a crítica à tese da preempção

O filósofo canadense Wilfrid J. Waluchow, doutor em Oxford como último orientando de H. L. A. Hart e aposentado desde 2020 de seu cargo como professor de Teoria do Direito e de Estudos Constitucionais na Universidade McMaster, é o segundo positivista inclusivo a repassar.

Perry identifica corretamente os dois argumentos principais em favor do Positivismo exclusivo que, em *Inclusive Legal Positivism* (1994), Waluchow atribui a Raz e pretende refutar: de um lado, o argumento a partir da função; de outro, o argumento a partir da autoridade (PERRY, 1996, p. 367). No tocante, primeiro, ao argumento a partir da função, para Raz, segundo Waluchow, a função do Direito seria fornecer padrões de conduta publicamente identificáveis pelos quais membros da sociedade são considerados vinculados, de tal modo que eles não possam escusar sua não conformidade com eles desafiando a justificação do padrão. Isso levaria à tese das fontes, e portanto ao Positivismo exclusivo, na medida em que teria que ser possível para os membros da sociedade identificar aqueles padrões sem se engajar num argumento justificatório e, assim, sem recurso a considerações morais.

Waluchow ataca esse argumento em três passos. Primeiro, dizendo que, numa teoria descritiva e explicativa do Direito, o assinalamento de uma função ao Direito tem que ter natureza descritiva em vez de normativa (uma observação que possivelmente se aplica mais ao uso que Dworkin faz do argumento a partir da função do que ao uso de Raz). Segundo, objetando que um positivista não precisa considerar como propósito único ou principal do Direito criar certeza ou previsibilidade (o que parece uma leitura equivocada do ponto de Raz, que é conceitual em vez de normativo e se refere à orientação da conduta e ao papel da autoridade mais do que à busca de certeza). E, terceiro, observando que o argumento de Raz a partir da função tende a exagerar a certeza que pode ser obtida de regras baseadas na fonte, em contraste com normas morais. Todas essas são críticas pouco persuasivas a Raz, na medida em que, nele, o argumento a partir da função só ganha seu pleno sentido se associado ao argumento a partir da autoridade. Waluchow identifica mal o ponto de Raz, que é conceitual em vez de normativo e se refere ao papel da autoridade mais do que à busca de qualquer certeza.

No tocante, em seguida, ao argumento a partir da autoridade, Raz, sempre segundo a análise de Waluchow, acrescenta os argumentos de que o Direito reivindica autoridade para si para orientação exclusiva da conduta e de que essa reivindicação só pode ser justificada ou legítima se o sujeito está provavelmente melhor, no que se refere à observância das razões (morais) para a ação que se aplicam a ele, seguindo o Direito em vez dos ditados de seu próprio juízo. Isso levaria à tese das fontes, e portanto ao

Positivismo exclusivo, na medida em que, para isso, o sujeito deveria ser capaz de identificar uma norma jurídica independentemente das razões (morais) aplicáveis que abertamente a justificam.

Waluchow oferece nova bateria de contra-argumentos contra essa visão de Raz. Primeiro, ele afirma que, nas "sociedades de carta" (*charter societies*), isto é, sociedades cujas constituições submetem as leis a limites morais corporificados em cartas ou declarações de direitos, tais limites morais serão com frequência diversos das razões dependentes entre as quais as leis cuja constitucionalidade tenha sido desafiada tinham pretendido decidir (WALUCHOW, 1994, 139) (um ponto semelhante ao levantado por Coleman, mas dito dez anos antes).

Segundo, Waluchow argumenta que o Direito pode perfeitamente ter autoridade mesmo se os juízes atribuírem a suas diretivas peso ora maior, ora menor, em vez do caráter peremptório, tudo ou nada, que Raz parece exigir (WALUCHOW, 1994, 134), o que, para Waluchow, é possível sustentar em vista da afirmação, feita nos primeiros capítulos do livro (Cap. 3), de que as normas podem ter força institucional variável a depender do contexto institucional em que são aplicadas.

Para Waluchow, Raz se concentra num único tipo de autoridade, a autoridade peremptória, que afasta as razões que se tinham antes e decide entre pretensões como um árbitro entre partes rivais, deixando Raz de notar, desse modo, primeiro, que há formas não-peremptórias de autoridade que, em vez de afastarem as razões anteriores, interferem no peso com que tais razões devem ser tomadas; segundo, que a autoridade do Direito, frequentemente não-peremptória, nada tem de incompatível com critérios morais, os quais funcionam justamente para, entre todas as razões para agir que o sujeito tinha antes, destacar algumas, as quais fornece ao sujeito razão adicional para tratar com mais peso. Esse tipo de autoridade não peremptória é necessário ainda, segundo Waluchow, para explicar os casos em que, em vista de circunstâncias excepcionais ou consequências inaceitáveis, os juízes afastam a aplicação normal das normas jurídicas, a despeito da autoridade que elas carregam.

Em resposta, Raz insistiu no caráter preemptivo da autoridade, na ausência do qual o exercício de autoridade se transforma em outra coisa: aconselhamento, deliberação conjunta etc. Admitiu que pode haver razões de segunda ordem não preemptivas, que aumentam ou diminuem peso às razões anteriores sem substituí-las por uma razão determinante, mas reafirmou que tais razões não ilustram o modo como o Direito reivindica ser tratado (RAZ, 1994, 214). Essa talvez seja uma daquelas disputas em que diferentes intuições soam mais atraentes a diferentes pessoas, o que ou teria que ser resolvido, como sugere Perry, com base em argumentos

morais, ou não teria que ser resolvido, pois qualquer suposta solução, como sugere Leiter, só pode refletir a dominância de certo grupo sobre os demais em certa subdisciplina (BIX, 2021, 363).

Notas

¹ Professor Adjunto IV de Teoria do Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA, 2005), Mestre e Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, 2012, 2017), com dissertação sobre soberania popular e direitos humanos em Habermas e tese sobre o processo judicial em Habermas. Doutorado Sanduíche de um ano na Goethe Universität Frankfurt, sob supervisão do Prof. Dr. Klaus Günther.

Referências

BIX, B. H. Joseph Raz's Approach to Legal Positivism. In: MINDUS, P. & SPAAK, T. (eds.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. 349–370.

COLEMAN, J. L. et al. *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

PERRY, S. R. Method and principle in legal theory. In: *Yale Law Journal*, 2002, 111: 1757–1813.

PERRY, S. R. The Varieties of Legal Positivism: Critical Notice: Inclusive Legal Positivism by W. J. Waluchow. In: *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 9(02), 1996, 361–381.

RAZ, J. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

RAZ, J. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, J. *The morality of freedom*. Clarendon Press, 1986.

RAZ, J. The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception. In: 90 MINN. L. REV. 1003, 2006.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

Received/Recebido: 22/11/2022
Approved/Aprovado: 29/12/2022