

1. INTRODUÇÃO

A teoria normativa da autoridade de Joseph Raz é a conta mais influente no mercado atual filosofia política e jurídica. O escopo da teoria é amplo, mas normalmente é usado para explicar para a legitimidade putativa das autoridades políticas para impor requisitos moralmente vinculativos sobre os sujeitos e assim afetar sua situação normativa por mero dizer. Aqui, deve-se ter em mente que para Raz a legitimidade política implica uma obrigação de obedecer e também que Raz argumenta que não há obrigação geral de obedecer à lei como uma questão de fato empírico. (RAZ, 2005, p. 233-249)

A teoria normativa de Raz possui várias virtudes, que contribuem para explicar seu destaque no panorama filosófico jurídico-político analítico contemporâneo. Um traço característico de seu relato é sua estreita relação com a análise do próprio Raz requisitos de autoridade afetam o raciocínio prático. De acordo com essa análise, os requisitos introduzidos pelas autoridades antecipam outras razões que teriam sido suficientes para justificar um curso de ação na ausência de comandos autoritários. Nisso sentido, Raz fornece uma teoria unificada de autoridade, que articula em um único relato elementos conceituais e normativos. Outra virtude da teoria normativa da autoridade de Raz é o uso de conceitos normativos centrais, incluindo razões, deveres, “deveres”, etc.

Por exemplo, a conta desenvolvida por Raz afirma que as diretivas autoritárias levam em consideração as razões que os sujeitos já têm para agir de uma forma ou de outra e transforma essas razões em requisitos moralmente vinculativos. Por fim, um traço característico do discurso normativo de Raz teoria da autoridade é o seu caráter instrumental, que a distingue das teorias tradicionalmente usadas para explicar a legitimidade das autoridades políticas, como diferentes formas de teorias do consentimento.¹

Segundo Raz, a característica crucial que justifica a imposição de requisitos autoritários é sua capacidade de ajudar os sujeitos a se conformarem com as razões que já se aplicam a eles. Nesse sentido, a teoria normativa de Raz evita completamente a crítica padrão de que apenas um número muito limitado de sujeitos consentiu com a autoridade do Estado.

Apesar de seus méritos, a teoria normativa da autoridade de Raz foi submetida a crítica importante. Por exemplo, Thomas Christiano argumenta que o relato de Raz “ignora a significado moral do desacordo entre cidadãos iguais sobre a organização adequada de suas comunidades políticas. (CRISTIANO, 2008, p. 234). No entanto, Christiano diz que a política

¹ Apontamos apenas as teorias do consentimento por sua proeminência histórica.

democrática tem tudo a ver com tomar decisões, quando houver divergências sérias sobre os assuntos a serem decidido. (CRISTIANO, 2008, p. 235).

Assim, a teoria normativa de Raz (pelo menos quando usada para justificar moralmente políticas autoridades) estariam insuficientemente sintonizadas com os procedimentos adequados e, portanto, seriam falhos. No entanto, Raz parece pronto para morder a bala neste ponto, concedendo o caráter não democrático de sua teoria, mas negando que seja realmente um problema. (RAZ. 2005, p. 153)

Neste artigo, seguiremos uma maneira diferente de criticar a teoria normativa de Raz autoridade. Em vez de argumentar que é incompatível com intuições amplamente compartilhadas (como o valor intrínseco da tomada de decisão democrática quando ocorrem divergências sérias), desenvolverá uma crítica interna do relato de Raz. Argumentaremos que em sua teoria normativa da autoridade, quando devidamente compreendida, inclui um conjunto inconsistente de teses normativas. Para conseguir isso, mostraremos que há mais na teoria normativa de Raz do que a análise concepção “de autoridade” ou seja, a teoria que afirma que o traço característico de moralmente autoridades justificadas é que eles permitem que os sujeitos se conformem com as razões que se aplicam a eles de forma mais eficiente do que se agirem em sua própria avaliação do mérito do caso. Para Raz a visão também inclui observações adicionais sobre quando os sujeitos são obrigados a cumprir diretivas de autoridade equivocadas, que introduzem considerações normativas adicionais em toda a teoria normativa.

As observações adicionais de Raz sobre os erros. Toda a teoria é, portanto, inconsistente: implica que, em algumas circunstâncias, os sujeitos têm e não têm o dever de obedecer aos requisitos.

Inicialmente, vale lembrar que tradicionalmente, as teorias foram agrupadas em teorias descritivas e prescritivas (JIMÉNEZ, 2008.p.40); (BIX. 2006, p. 17). Ora, Bix distingue quatro tipos de teorias do direito: as puramente descritivas ou empíricas (elas procuram determinar qual é o caso, oferecendo um levantamento de práticas ou concepções)² analíticos ou conceituais (fazem proposições sobre a natureza necessária ou intrínseca de alguma prática ou instituição)³ aqueles que estão entre a descrição e a prescrição e, os puramente prescritivos, normativos ou críticos (discutem sobre como as práticas ou opiniões devem ser reformuladas). (BIX. 2006, p. 17-22)

2 As teorias puramente descritivas visam apenas descrever, expor ou explicar seu objeto, “oferecendo uma apreciação global das observações sobre ele”. (JIMÉNEZ, 2008.p.41).

3 Assinalou-se que não são puramente descritivas, na medida em que ao procurar o geral da natureza ou essência, de um conceito ou prática, os teóricos não simplesmente relatam ou informam dados e observações, mas sim analisar as coisas com que lidam (JIMÉNEZ, 2008.p.41).

No entanto, Bix considera que os três primeiros tipos podem ser incluídos na categoria das teorias descritivas. As teorias descritivas podem então ser subclassificadas em teorias puramente descritivas ou empíricas e teorias analíticas ou conceituais. Os primeiros procuram exclusivamente descrever ou explicar seu objeto, oferecendo depoimentos ou avaliações gerais das observações sobre ele; para os quais eles são geralmente associados a abordagens sociológicas, antropológicas ou psicológicas do jurídico, ou melhor, a teorias históricas que lidam com as causas e processos que levaram determinados sistemas jurídicos a se desenvolverem da maneira que eles se desenvolveram. (JIMÉNEZ, 2008.p.40) As teorias analíticas ou conceituais, por outro lado, também eles pretendem ser descritivos, mas tentam dar conta da “natureza” ou “essência” de um conceito ou prática (BIX. 2006, p. 20). Essa característica (a pretensão de dar conta da natureza ou da essência), justamente, torna controversa a caracterização das abordagens conceituais como abordagens descritivas, na medida em que é possível tirar conclusões normativas a partir de premissas conceituais (BIX. 2006, p. 98) Ou seja, a questão de uma teoria conceitual não seria sobre quais são as práticas associadas ao termo “direito”, mas sobre quais são as práticas que fazem parte da natureza do direito.

Outro aspecto controverso das abordagens conceituais está ligado à natureza dos limites do conceito, especialmente se o conceito relevante estiver conectado com as práticas sociais. Sobre, Bix observa que reivindicações tradicionalmente associadas ao positivismo jurídico (como a existência da lei é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra” ou “a teoria trata da lei que é e não do direito que deveria ser”) como um rival do direito natural se aproxima, de alguma forma eles supõem que já sabemos, com algum grau de certeza, o que é e o que não é lei. Em outras palavras, pode-se objetar que parece um empreendimento teórico complexo (se se trata de construir uma teoria descritiva, valor neutro) constroem uma teoria sobre o que é a lei quando isso (a lei ou a prática de compreensão da lei) pode estar mudando o tempo todo (BIX. 2006, p. 99) Para isso, Raz refere-se à reivindicação de autoridade legítima como uma característica necessária ou como a natureza do direito. (BIX. 2006, p. 99)

2. ANÁLISE E DISCUSSÃO

Seguindo a proposta de Bix (2006), dos tipos de teorias do direito como prática social e dos propósitos que cada uma persegue. Como acabamos de ver, uma divisão geral das teorias sobre as práticas sociais consiste em distinguir teorias descritivas, teorias analíticas ou conceituais e teorias normativas, prescritivas ou críticas (BIX. 2006, p. 18)

As teorias descritivas do direito, em termos gerais, são geralmente apresentadas como visões sociológicas, antropológicas ou psicológicas sobre o modo como as pessoas se comportam em situações jurídicas ou de acordo com as normas jurídicas, ou, como revisões históricas sobre desenvolvimentos de sistemas jurídicos particulares. A perspectiva de Hart visa construir uma teoria do direito que conceba a prática, pelo menos em parte, do ponto de vista interno ou perspectiva do participante que aceita o sistema jurídico como provedor de razões para agir (BIX. 2006.p, 19; HART 200.p, 79-91).

A teoria do direito é o estudo de uma forma específica de organização social, que inclui o estudo sobre a identidade e estrutura dos sistemas jurídicos, o tratamento da questão de saber se existe algum conteúdo necessário para o direito, bem como o estudo das categorias do normativo como os de validade e eficácia do direito. O direito é um aspecto de um sistema político (Estado, tribo, Igreja, etc.) e, portanto, sua existência e identidade estão ligadas à existência e identidade do sistema político do qual faz parte (RAZ. 1986, p. 253). Um sistema jurídico pode ser concebido como um sistema de razões para a ação e, com base nisso, a questão da identidade de um sistema é a questão de quais razões são legais (RAZ. 1986, p. 253).

Raz usa a expressão “uma teoria do direito em sentido restrito”, referindo-se a uma explicação da natureza da lei. E ele entende que o sucesso de uma teoria do direito depende de ela satisfazer os seguintes critérios: 1) que a teoria consiste em proposições necessariamente verdadeiras sobre o direito e, 2) que essas proposições explicam o que é a lei (RAZ. 2005, p. 47-48). Por outro lado, a natureza do direito refere-se às características ou propriedades do direito que compõem sua essência (que o tornam o que é). As propriedades essenciais são características universais do direito, porque não há direito sem elas. Isso não significa que não existam outras instituições sociais que compartilhem com o direito certas propriedades, mas não as essenciais, de modo que, embora em muitas sociedades ao longo da história existam sistemas normativos que se assemelham ao direito, se lhes faltam as propriedades essenciais, obviamente, não são sistemas jurídicos (RAZ. 2005, p. 57).

Bix argumenta que desenvolver uma teoria sobre a natureza do direito é uma tarefa difícil, na medida em que “O direito parece ser uma combinação do imutável e do contingente, da instituição social e do raciocínio prático, da vontade política e da elaboração racional”. (BIX. 2006, p.15). Com base nessa dúvida, ele levanta a relevância de afirmar que as teorias sobre a natureza do direito são necessariamente parciais, e que a complexidade do direito só pode eventualmente ser capturada pela combinação de teorias (NINO. 2014,p. 39-44).

Para determinar qual é o objeto da teoria do direito de acordo com a posição de Raz (BOUVIER. et al. 2007, p. 36-39), as seguintes afirmações podem ser apresentadas:

1. A tarefa da teoria do direito é explicar a natureza do direito, que está intimamente ligada (embora não se esgote) à explicação do conceito de direito (esclarecimento conceitual). Note-se que o autor distingue entre o conceito de um objeto e a natureza do objeto ao qual o conceito se refere.

2. Os conceitos estão localizados entre as palavras e o mundo; ou melhor, entre as palavras e seus significados, por um lado, e a natureza da coisa a que se aplicam, por outro.

3. Um conceito é uma forma de conceber aspectos do mundo. Raz sustenta que deve ser feita uma distinção entre o manejo completo de um conceito (o que equivale a conhecer todas as propriedades essenciais (necessárias) do objeto ao qual o conceito se refere) e o manejo das condições mínimas de posse (que pode envolver e propriedades não necessárias do objeto). A alusão a dirigindo (completo ou incompleto) dos conceitos nos permite aproximar Raz da concepção que vincula conceitos com habilidades.

4. É preciso distanciar-se de posições que associam a análise de um conceito à análise apenas do significado de expressões ou palavras. Explicar um conceito consiste em explicar sua posse e compreensão, enfatizando as habilidades envolvidas no manuseio dele.

Admitir que o conceito de direito é o produto de uma cultura específica, um conceito que não estava disponível para membros de culturas anteriores, não mostra que essas culturas careciam de direito (RAZ. 2005.p, 78). Para Raz, a acusação de que “uma teoria do direito deve ser local na medida em que se aplica apenas a países que têm nosso conceito de direito, ou a países que têm algum conceito de direito, está errado” (RAZ. 2005.p, 79). De fato, o direito pode existir em culturas que não consideram suas instituições jurídicas como tais, e o que uma teoria do direito propõe é, justamente, explicar o direito onde quer que ele se encontre, mesmo em comunidades que não possuem o conceito de direito. (RAZ. 2005.p, 79)

Recordemos que Dworkin (1986) parte do pressuposto de que o conhecimento do conceito de direito é necessário para a existência do direito em uma comunidade: o direito é uma prática interpretativa que só existe em comunidades que estão cientes da natureza dessa prática e de sua interpretação e, portanto, têm o conceito de direito. Raz, nesse ponto, segue o argumento de Hart de que ter o conceito de direito não é uma pré-condição para que a sociedade seja regida pelo direito (RAZ. 2005.p, 77)

Em suma, que o conceito de direito seja local não implica que a teoria do direito seja. A teoria do direito só pode ser desenvolvida em culturas que tenham o conceito de direito, “mas suas conclusões, se são válidas em qualquer sentido, se aplicam a todos os sistemas jurídicos, inclusive aqueles que, se existem tais sistemas, ocorrem em sociedades que não têm nosso conceito de direito. (RAZ. 2005.p, 79)

O escopo que Raz atribui ao qualificador "local" não é totalmente claro. Se se refere ao fato de que o conceito de direito surge dentro de uma cultura específica ou no quadro de uma situação histórica específica, então todos os conceitos são locais e não existem conceitos universais (BULYGIN. 2006.p, 108). Agora, Raz sustenta que no uso de conceitos, as pessoas podem ignorar alguns aspectos relacionados a eles e também podemos usá-los incorretamente; na medida em que, embora as regras que regem o uso dos conceitos sejam regras da comunidade, o pleno entendimento dessas regras pode iludir algumas pessoas ou mesmo todos.

Concedendo a possibilidade de ignorância parcial da natureza de nossos conceitos, Raz acrescenta, estamos reconhecendo que são entidades sociais e que devem suas características ou propriedades a uma comunidade de falantes. Em suma, embora existam conceitos comuns, podemos não conhecer todas as suas características (RAZ. 2005.p, 148)

3. RAZ E O NOSSO CONCEITO DE DIREITO

Raz desenvolve uma teoria do direito que consiste na análise conceitual e tenta explicar “nosso conceito de direito” como uma teoria que trata da natureza do direito é geral no sentido formal, isto é, no sentido de que seu método de investigação e as conclusões a que chega são aplicáveis a todos os sistemas jurídicos. Vale lembrar, nesse ponto, que Jiménez aponta que é duvidoso que a teoria do direito possa ser geral em um sentido material, isto é, no sentido de tentar oferecer as características essenciais ou necessárias do direito em todas as tempo e lugar (JIMÉNEZ. 2008.p, 72).

Aqueles que existiram ou poderiam existir, incluindo sociedades que, apesar de não possuírem um conceito de direito, usufruem do fenômeno jurídico (RAZ. 2005, p. 67 e 84-86). A generalidade a que se faz referência, então, tem a ver com o fato de que as conclusões da pesquisa teórica podem ser estendidas a qualquer sociedade, não no sentido de que seus resultados sejam válidos para todos os fenômenos jurídicos de qualquer sociedade, mas no sentido de que “a pesquisa sobre a natureza do direito juntamente com a comparação de conceitos ou a extrapolação dos nossos podem ser realizadas em qualquer época e sociedade” (JIMÉNEZ. 2008.p, 72).

Por sua vez, Raz sustenta que não devemos esquecer que, assim como o conhecimento sobre as diferentes culturas cresceu, também cresceu a interação de algumas culturas com outras. Este fenômeno junto com o multiculturalismo tem permitido nosso o conceito de direito é cada vez mais inclusivo e, portanto, cada vez mais geral. (RAZ. 2005.p, 68)

Explicar os conceitos pode ser feito explicando o que é tê-los e compreendê-los, ou seja, estabelecendo quais são as condições em que é verdade afirmar que se tem um conceito e o compreende. Por sua vez, um conceito se distingue de outro em virtude das informações necessárias para possuí-los e compreendê-los, bem como pelas habilidades que estão envolvidas em sua posse.

São duas suposições que Raz faz sobre conceitos. Por outro lado, considera que o domínio completo de um conceito consiste em conhecer e compreender todas as características necessárias (propriedades essenciais) dos objetos aos quais o conceito se aplica. A posse completa de um conceito difere, por sua vez, da posse incompleta ou mínima; portanto, Raz sustenta que na explicação de um conceito há quatro partes: 1) estabelecer as condições para conhecer as características essenciais (domínio completo); 2) explique que tipo de entendimento está envolvido no domínio completo de um conceito; 3) explicar as condições para a posse mínima ou incompleta de um conceito (propriedades essenciais e não essenciais daquilo de que o conceito é um conceito); 4) explicar as capacidades que são necessários para a posse mínima ou incompleta de um conceito. (RAZ. 2005.p, 53)

Em suma, explicar um conceito é uma tarefa próxima de explicar a natureza do que é um conceito. Nesse sentido, explicar a natureza do direito é a principal tarefa de uma teoria do direito. Explicar o conceito de direito é, em todo caso, uma tarefa secundária da teoria jurídica, na medida em que explicar como as pessoas entendem e percebem o direito faz parte da tarefa de explicar a natureza do direito. As propriedades essenciais do direito são aquelas propriedades (universais) sem as quais o direito não seria direito; de modo que se um sistema normativo compartilha algumas das características do direito, mas não possui as características essenciais, não é um sistema jurídico.

O que conta em última análise é a natureza da instituição social (sistema normativo) que o conceito de direito designa. Agora, o conceito de direito (nosso conceito de direito) é local, na medida em que nem todas as sociedades têm; enquanto isso, a teoria do direito que Raz oferece é universal, na medida em que trata da natureza do direito “quando e onde concebivelmente quer estar, e sua existência não pressupõe a existência de seu conceito. (RAZ. 2005.p, 72- 74).

De acordo com o exposto, na teoria do direito há uma tensão entre o local e o universal: a teoria é local porque entre seus propósitos está explicar uma instituição social designada por um conceito local (produto da civilização ocidental moderna) e, por outro lado, a teoria é universal na medida em que pretende explicar a natureza do direito onde quer que exista um sistema jurídico incluindo sociedades que não possuem o conceito de direito.

Em suma, o objetivo da teoria do direito de Raz é fornecer uma explicação da natureza (características ou propriedades essenciais) do tipo de instituição social designada por nosso conceito de direito, com o qual, apesar de centrar a atividade da teoria na explicação da natureza ou da essência, sua teoria não envolve uma metafísica platônica.

A compreensão raziana da teoria jurídica como análise conceitual pressupõe que o objetivo da teoria é explicar nosso conceito de direito, não um conceito universal ou atemporal (platônico) de direito (BIX. 2003.p, 20).

A universalidade da teoria não é afetada pelo fato de que o conceito de direito é local e eventualmente não compartilhado por todas as culturas e pessoas que vivem sob a lei. É um conceito que capta uma instituição social que pode existir mesmo em sociedades que carecem do conceito de direito. Essa tensão entre o local e o universal está implícita na compreensão de que a análise conceitual é parte fundamental da teoria jurídica.

Raz, assumindo uma concepção antiplatônica, sustenta que os conceitos “eles estão entre as palavras em que são expressos e seus significados, por um lado, e a natureza das coisas às quais são aplicados, por outro. (RAZ. 2005.p, 50), ou seja, estão entre as palavras e o mundo. Levando em conta que a questão que fundamenta a discussão sobre o alcance da análise conceitual na teoria de Raz é a relação entre mente, linguagem e mundo. Nosso conceito de direito faz parte dos conceitos que estruturam nossa compreensão de nós mesmos e de nossa sociedade, ao mesmo tempo em que moldam a realidade que buscamos compreender. Nesse sentido, falar do nosso conceito de direito é falar do conceito de direito que temos como comunidade cultural. Os conceitos, como já referi, são entidades sociais, as suas características são o produto de uma construção social (GAIDO. 2010.p, 154).

Dessa forma, o propósito da filosofia do direito seria estabelecer as normas que regem o uso correto do conceito de direito, oferecendo uma ferramenta para sua melhor compreensão (GAIDO. 2011.p, 47). Da mesma forma, a tarefa de analisar o conceito de direito inclui o estabelecimento de relações com outros conceitos, a localização do conceito de direito em uma rede conceitual mais ampla, bem como a determinação de quais são as habilidades ou competências vinculadas à posse mínima de o conceito e à sua gestão finalizada (GAIDO. 2011.p, 49).

A elucidação do conceito de direito contém uma tarefa avaliativa na medida em que requer justificar por que certos traços são considerados como sendo os traços essenciais; e isso porque se espera que o teórico do direito identifique, com base em boas razões, os elementos necessários para que haja um direito.

Nesse sentido, na medida em que a argumentação avaliativa exigida do teórico é diferente da argumentação moral, argumenta-se que o caráter avaliativo da teoria raziana é fraco (GAIDO. 2011.p, 50). No entanto, se o ponto de vista dos participantes (ponto de vista interno) for considerado como tendo, para fins teóricos, privilégio conceitual, então, a teoria teria um forte caráter avaliativo, na medida em que está comprometida com um argumento moral. E isso porque, no contexto da prática jurídica, os participantes estão comprometidos com a ideia de que a lei tem autoridade legítima.

A seguir abordaremos a tradicional caracterização do positivismo jurídico como uma teoria descritiva e geral do direito e tentarei mostrar em que medida a de Raz é uma teoria que se enquadra no arcabouço teórico positivista, caracterizando inclusive a elucidação conceitual do conceito de autoridade legítima, como explicativo e normativo.

4. O POSITIVISMO JURÍDICO COMO UMA TEORIA DESCRITIVA E ORDINÁRIA

O positivismo jurídico surgiu no momento em que a mudança de paradigma científico implicada pela consolidação do positivismo científico e filosófico ocorreu no Ocidente (ao longo do século XIX e até o século XX). Não obstante, a suposição de que há uma sobreposição entre o positivismo jurídico e o positivismo científico e filosófico, não é unanimemente aceita no campo teórico do direito. Nesse sentido, numerosos autores têm considerado que são correntes autônomas.

Ao positivismo jurídico são atribuídas duas características como teoria do direito, que são a atitude geral e a descritiva. Agora, não é fácil distinguir entre as diferentes teorias ou escolas que foram chamadas de positivistas nos séculos XIX e XX. Nesse sentido, o positivismo jurídico continental do século XIX caracteriza-se por ser formalista e prescritivo. Embora tenha pretensões de generalidade na medida em que se concentra na construção de conceitos gerais aplicáveis aos diferentes ordenamentos jurídicos, suas intenções também têm forte componente dogmático.

A esse positivismo pode ser atribuída a crença de que a única coisa que não muda na realidade jurídica é sua forma, de modo que somente ela pode ser considerada válida em termos gerais ou universais. Portanto, a teoria do direito é uma teoria geral das formas, entendendo por “forma” tanto os “princípios superiores” do direito quanto um “sistema conceitual” elaborado para a explicação do direito ou, como “formas puras de consciência” (GONZÁLEZ 1961.p, 47): (JIMMÉNEZ. 2008.p, 34).

O direito não era mais, para os positivistas do século XIX, o direito natural entendido como um conjunto de princípios universais e imutáveis dos quais era possível deduzir outros princípios e normas, mas os juristas trabalhavam com um direito que vinha dos acordos sociais que mudou geográfica e temporariamente.

Diante do exposto, o positivismo jurídico oitocentista pode ser caracterizado nos termos que Bobbio apresenta ao “positivismo teórico”, que sustenta as seguintes teses fundamentais: a) o direito é um fenômeno coercitivo; b) a norma jurídica é imperativa e tem estrutura de mandato; c) supremacia do direito como fonte do direito; d) o direito como sistema é completo e coerente, para o qual não apresenta lacunas nem contradições; e) a função judicial é uma atividade mecânica e dedutiva. Agora, é importante ter em mente que essas características do direito não são consequência da consideração metodológica do direito como um fato, mas a consequência de ter identificado em determinado momento histórico (coincidindo com a concentração da produção normativa nos órgãos estatais) o fenômeno jurídico com o complexo de normas produzidas pelo Estado (BOBBIO. 1965.p, 46). Nesse sentido, o positivismo jurídico como teoria é o reflexo, no pensamento dos juristas, da formação do Estado moderno.

O modelo do legislador racional faz parte da tese da completude e coerência do direito, de modo que, para a dogmática, as normas jurídicas são um dogma racional, produto da vontade legítima de um legislador racional.

Dessa forma, segundo a dogmática, se o legislador é racional (ou deveria ser), as leis não têm (ou não deveriam ter) contradições, insuficiências ou lacunas. Apesar da pretensão descritiva declarada, a dogmática do século XIX tinha um forte componente prescritivo que não foi explicitado. A racionalidade do legislador, somada à teoria mecanicista da aplicação do direito, fazia parte da defesa dogmática de certos valores associados à separação dos poderes como doutrina política.

Conclui-se que:

(...) os juízes, por sua vez, devem limitar-se a aplicar mecanicamente a lei e, em nenhum caso, criá-la. A realidade jurídica, independentemente de ser assim, deveria ser assim. A lei, então, não deve conter lacunas ou contradições, pois senão os juízes estariam em condições de criar lei. Essa separação de funções deu legitimidade ao poder do Estado e sua criatura mais direta: a lei” (JIMÉNEZ. 2008.p, 36). (Tradução nossa)

Juntamente com a separação dos poderes, acrescenta Jiménez, a certeza do direito e a segurança jurídica constituem os valores por excelência no condicionamento ideológico-jurídico do século XIX.

A segurança era garantida por leis gerais, abstratas, claras e simples. A certeza, por sua vez, dava autoridade moral ao direito positivo, na medida em que o direito entendido como coerente, pleno e certo assegurava a justiça, a ordem, a paz social.⁴ Essa avaliação positiva da lei devia, então, ser observada pelo jurista em sua tarefa de explicação e reconstrução dos materiais normativos, mas, além disso, exigia adesão moral à lei; para o qual o jurista dogmático positivista devia obediência legal e moral à lei, característica do chamado “positivismo ideológico” (BOBBIO 1993.p, 229).

A passagem da teoria à ideologia, então, é a passagem da verificação de um fato (por exemplo, que a fonte principal é o direito) para considerá-lo valioso (o critério para julgar a justiça do direito coincide com aquele adotado para determinar sua validade).

Até meados do século XX (com a teoria de Hart), a literatura sobre o tema encontrou uma versão do positivismo jurídico que aceitava a caracterização, sem maiores dificuldades, de ser uma teoria geral e descritiva sem pretensões ideológicas. A jurisprudência analítica inglesa combina a epistemologia empirista e um método analítico que talvez um dos problemas do positivismo jurídico para ser uma teoria efetivamente descritiva resida no fato de estar situado entre dois modelos teóricos: o jurisprudência Anglo-americana e a teoria geral do direito na Europa continental. Enquanto o primeiro:

(...) busca as noções comuns do ordenamento jurídico por meio de um procedimento indutivo que geralmente parte do Common Law e, nesse sentido, é uma teoria que nasce do empírico, a teoria geral do direito, por sua vez, é mais idealista na medida em que desce por um procedimento dedutivo da ideia de direito (...) aos elementos comuns a tudo o que se apresenta como direito (...), mas não a todos os direitos empíricos” (LOSANO 1978: 315-318). (Tradução nossa)

Posteriormente, Austin (1861) diferenciou entre um modo descritivo ou ponto de vista de abordar o direito e um modo normativo, prescritivo, crítico, moral ou político de fazê-lo. A primeira, relativa à jurisprudência, tratava do direito positivo de uma empresa; enquanto o segundo, relacionado à ciência da legislação, tratou do direito que deveria estar, sobretudo na existência da lei, como uma coisa, e seu mérito ou demérito como outra coisa. Nesse sentido as leis mais perniciosas e, portanto, as que mais se opõem à vontade de Deus, foram e são continuamente aplicadas como leis pelos tribunais de justiça.

4 Algumas posições contrárias à incorporação da moralidade no direito, na medida em que supõem que, se o direito emprega predicados ou conceitos morais avaliativos, os comportamentos obrigatórios ou proibidos permanecerão indeterminados. Nesse sentido, a redução da margem de discricionariedade dos juízes ou, em outras palavras, reduzir o alcance do desacordo e discrepância é o objetivo de diferentes posições contrárias às teses incorporacionistas.

Por sua vez, Austin distinguiu também uma jurisprudência particular ou nacional e uma jurisprudência geral ou filosofia do direito positivo, sendo esta última aquela que deveria ser praticada pelos filósofos que lidavam com o direito de forma geral e descritiva.

Por outro lado, o positivismo jurídico caracterizado como uma abordagem geral e descritiva do fenômeno jurídico surge, em 1934, representado por Hans Kelsen, que entendia que a teoria pura do direito se preocupava em dar conta de sua natureza e determinar sua estrutura e suas características típicas. formas, abstendo-se de julgar axiologicamente o conteúdo do direito positivo.

Contemporaneamente à teoria de Hart, Bobbio aponta que a atitude ou abordagem metodológica do positivismo em relação ao direito consiste em formular juízos descritivos e não de valor. Nos últimos anos, no marco dos desenvolvimentos do positivismo inclusivo, (COLEMAN. 1982.p, 34) argumenta que o positivismo tem uma pretensão analítica ou conceitual sobre o direito, em virtude da qual não pode ser confundido com interesses normativos, apesar de alguns positivistas o fazerem.

Em relação à abordagem conceitual de Raz, já mencionei que o autor elabora uma teoria do direito que consiste na análise conceitual e tenta explicar “nosso conceito de direito. É uma teoria que trata da natureza do direito e é geral no sentido formal; isto é, que seu método de pesquisa e as conclusões acima são aplicáveis a todos os sistemas. Assim, Raz assume, por outro lado, que a tese de separar a descrição do direito em termos avaliativamente neutros de sua avaliação é uma característica definidora da tradição positivista; de modo que a tarefa da teoria jurídica é descrever a natureza do direito, em termos gerais ou universais. (RAZ. 2005.p, 67 e 84-86).

Esse ponto exige dedicar alguns parágrafos deste trabalho ao tratamento do assunto do ponto de vista teórico na concepção de Raz, levando em conta os antecedentes da tradição positivista em que se insere e, nesse sentido, as diferenças entre sua proposta e Hart. Essa questão é significativa para compreender a abordagem da normatividade do direito e, com ela, as especificidades que consideram a pretensão de autoridade legítima como propriedade necessária ou essencial do direito. Dedicarei, portanto, a segunda parte deste trabalho a aprofundar a importância do ponto de vista interno do participante na prática como uma perspectiva que - do ponto de vista teórico – deve ser privilegiada, a fim de atingir o objetivo da contabilidade para os regulamentos de natureza do direito.

CONCLUSÃO

Raz é um representante do positivismo jurídico como teoria do direito e, além disso, sem afetar a natureza positivista de sua teoria, entende que não há ponto de vista jurídico diferente do ponto de vista moral. Um dos propósitos de sua teoria do direito é fornecer uma explicação da natureza (características ou propriedades essenciais) do tipo de instituição social designada por nosso conceito de direito.

A compreensão raziana da teoria jurídica como análise conceitual pressupõe que o objetivo da teoria é explicar nosso conceito de direito, não um conceito universal ou atemporal de direito. A universalidade da teoria não é afetada pelo fato de que o conceito de direito é local e eventualmente não compartilhado de todas as culturas e pessoas que vivem sob a lei. As nuances ou grandes distâncias entre muitos teóricos do direito estão ligadas às suas diferentes estratégias para explicar as três características mais relevantes do direito, quais sejam: sua natureza coercitiva, sua natureza institucionalizada e sua normatividade.

O problema da normatividade do direito pode ser apresentado como consistindo em explicar o modo como dois conceitos ou sentidos se relacionam em que falamos de “normas” ou em que afirmamos que “há uma norma”, isto é, normas como fenômenos sociais e regras como julgamentos de dever. (BAYON 1991a: 19-20)

Em última análise, uma teoria sobre a natureza do direito deve explicar o direito, para o qual precisa explicar que os juízes (e outros) consideram o direito como justificativo e como o direito está presente em seu raciocínio prático. E isso porque é uma característica essencial do direito reivindicar ser uma razão de ação e porque, se nos referirmos a qualquer sistema jurídico vigente, essa pretensão é reconhecida pelas instituições jurídicas.

Segundo Raz e o positivismo jurídico excludente, a absorção pelo direito de elementos avaliativos não modifica nem perturba a teoria positivista do direito. Nesse sentido, o direito é um sistema de regras para orientar e decidir juridicamente que reivindica autoridade suprema em uma sociedade e que, além disso, onde é eficaz, tem autoridade efetiva. O caráter institucional da lei está associado à implementação de instituições judiciárias para solucionar as controvérsias geradas pela aplicação dos dispositivos do sistema, ao fato de ser aceita por parcelas significativas da sociedade e, ao seu caráter autoritário, ou seja, com supremacia dentro do sistema da sociedade e, portanto, afirma ter o poder de legitimar ou proscriver outras instituições sociais (STOLTZ. 2008.p, 28).

De acordo com o exposto, a existência e o conteúdo do direito de uma sociedade dependem unicamente (exclusivamente) de um conjunto de fatos sociais, que podem ser descritos sem recorrer a considerações morais. Em sua interpretação mais ampla, sustenta Raz a tese das fontes assim expressas, não só se aplica à existência e conteúdo das normas jurídicas,

mas também é aplicável para determinar o valor de verdade de cada declaração legal. Que a lei seja um sistema normativo institucional implica que seja um sistema constituído por normas que se originam em fontes que os órgãos primários (jurisdicionais) são obrigados a reconhecer e aplicar de acordo com suas normas de identificação.

Uma das funções básicas do direito é fornecer padrões publicamente determináveis pelos quais os membros da sociedade estão vinculados que permite distinguir na atividade de adjudicação- as circunstâncias em que os tribunais aplicam o direito (usando padrões publicamente determináveis que vinculam os destinatários independentemente de qualquer argumento moral) das circunstâncias em que os tribunais desenvolvem o direito, baseando suas decisões sobre considerações morais ou outros elementos extralegais.

REFERÊNCIAS

BAYÓN, Juan Carlos. **Razones y reglas: sobre el concepto de ‘razón excluyente’ de Joseph Raz**, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Ed. 10. (1991).

BIX, Brian. **Raz on necessity**, Law and Philosophy 22, Kluwer Academic Publisher, pp. 537-559. 2003.

BIX, Brian. **Teoría del derecho: ambición y límites**, Marcial Pons, Madrid. 2006.

BOBBIO, Norberto. **El Problema del Positivismo Jurídico**, Fontamara, México, 2004.

BULYGIN, Eugenio. **El positivismo jurídico**, Fontamara, México. 2006.

CRISTIANO, Thomas. **The Constitution of Equality: Democratic Authority and its Limits** (Oxford: Oxford University Press), 2008.

COLEMAN, Jules. **Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law**, Oxford University Press, New York. 2001.

DWORKIN, Ronald. **El imperio de la justicia**, Gedisa, Barcelona, 1988.

GAIDO, Paula. **El privilegio conceptual de los participantes en la teoría del derecho de Joseph Raz**, Isonomía. 2010.

GAIDO, Paula. **Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz**, Marcial Pons, Madrid. 2011.

GONZÁLEZ Vicén, Felipe. **Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo**. Anuario de Filosofía del Derecho, tomo VIII, pp. 47-75. 1961

HART, H.L.A. **El Concepto de Derecho**, trad. Genaro Carrió, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998.

HART, H.L.A. (1994); **Postscript, Penélope Bulloch y Joseph Raz (eds.), Oxford University Press, Oxford [Post Scriptum al Concepto de Derecho, Penélope Bulloch y Joseph Raz (eds.)**, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México D.F., 2000.

JIMÉNEZ Cano, Roberto. **Una metateoría del positivismo jurídico**, Marcial Pons, Madrid. 2008.

LOSANO, Mario. **Los grandes sistemas jurídicos**. Madrid: Debate. 1978.

NINO, Carlos S. **Derecho, Moral y Política. Una revisión general de la teoría del derecho**, Siglo XXI, Buenos Aires. 2014.

RAZ, Joseph. **La ética en el ámbito público**, trad. María Luz Melon, Gedisa, Barcelona. 2011

STOLTZ da Silveira, Sheila. **El positivismo jurídico exclusivo. Una introducción a la teoría de Joseph Raz**, Revista Jurídica CCJ/FURB, v.12, No.23, maio/jun 2008, pp. 25-43.