XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-072-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;

b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;

c) política como fator complicador do direito;

d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;

e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;

f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;

g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e. portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

TEORIA DO DIREITO, RACIOCÍNIO JURÍDICO E MORALIDADE

JURISPRUDENCE, LEGAL REASONING AND MORALS

Aline Oliveira de Santana

Resumo

Este estudo argumenta que o momento hartiano da obra de Neil MacCormick é caracterizado por duas teses no que concerne às relações entre direito e moral. Do ponto de vista da teoria do direito, direito e moral são conceitualmente distintos e seus conteúdos coincidem apenas de modo contingente. Do ponto de vista daqueles que trabalham com o direito, entretanto, direito e moral são conceitualmente distintos, mas o raciocínio jurídico é subordinado ao raciocínio moral. O raciocínio jurídico, no entanto, se diferencia dos raciocínios morais comuns precisamente por levar em conta aspectos estruturais do direito. Em relação a este último ponto, o trabalho procura mostrar que a estrutura do raciocínio jurídico exposta por Carlos Santiago Nino esclarece a ideia de MacCormick das razões subjacentes para a aplicação de regras jurídicas.

Palavras-chave: Teoria do direito, Razão prática, Argumentação jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The paper argues that the Hartian phase of Neil MacCormicks work is characterized by two theses about the relations between law and morals. From the point of view of analytical jurisprudence, law and morals are conceptually distinct and their contents are the same only accidentally. From the point of view of lawyers and judges, however, law and morals are conceptually distinct but the former is subordinated to the latter as a branch of practical reasoning. Nevertheless, legal reasoning differentiates itself from ordinary moral reasoning because the former takes into account structural aspects of legal systems. Concerning this last point, the paper argues that MacCormicks account of the underpinning reasons for applying legal rules is clarified by Carlos Santiago Ninos account of the structure of legal reasoning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Analytical jurisprudence, Practical reasoning, Legal argumentation

1. Introdução

O objetivo deste estudo é compreender as relações entre direito e moral no primeiro momento da obra de Neil MacCormick, representado pela leitura que o autor (1994, 2008a) faz da obra de Herbert Hart (1994). Nesta perspectiva, o direito e a moral são abordados enquanto práticas sociais cuja função é reduzir conflitos e facilitar a cooperação. Enquanto tais, são conceitualmente distintos do ponto de vista da teoria do direito e seus conteúdos coincidem apenas de modo contingente. A razão da separação é um argumento moral: reconhecer como direito ordenamentos, decisões ou regras que atendam aos critérios de validade não significa necessariamente que há razões morais para obedecê-lo. Do ponto de vista daqueles que trabalham com o direito, entretanto, há uma conexão entre direito e moral. O raciocínio jurídico, enquanto raciocínio prático, é sempre um raciocínio moral, pois a razão prática hierarquiza razões para agir de modo que nenhuma razão de outra índole pode prevalecer sobre razões morais em situações nas quais a ação de um indivíduo gera consequências para outro. Ainda que seja um raciocínio moral, o raciocínio jurídico deve levar em conta características estruturais do direito, como a origem e a validade formal das normas. Desta maneira, a correção do raciocínio depende não apenas do conteúdo das normas e sua relação com valores morais, mas também da legitimidade das fontes do direito. Em relação ao ponto do raciocínio jurídico como raciocínio moral, utilizo a obra de Carlos Santiago Nino (1968, 1985, 2007) e procuro mostrar sua compatibilidade com a obra de MacCormick.

O segundo momento da obra de MacCormick (2005, 2007 e 2008b) é marcado pelo rompimento com as teses acima enunciadas. Do ponto de vista da teoria do direito, o autor passa a defender uma teoria do direito em sentido focal, apresentando os ordenamentos jurídicos a partir dos valores gerais (e morais) que conferem sentido à existência destas práticas.[1] Do ponto de vista daqueles que trabalham com o direito, os raciocínios moral e jurídico são sub-espécies do raciocínio prático e apresentam semelhanças relevantes, mas não mantém uma relação de subordinação (a tese dos casos especiais do raciocínio prático).[2] Embora escape aos objetivos deste artigo discutir o segundo momento, a interpretação oferecida para o primeiro momento

[1] O conceito de direito em sentido focal vem da obra de John Finnis (1980).
[2] Neste sentido, como o próprio MacCormick reconhece, sua teoria compartilha da tese de Robert Alexy (1989; 1999) sobre o raciocínio prático.

pode ser útil em trabalhos que pretendam entender como e porque MacCormick modificou suas posições, ou mesmo discutir se a mudança foi adequada. Espera-se também que o caminho aqui percorrido conduza a uma melhor compreensão da atividade que desempenhamos enquanto juízes, advogados, legisladores, formuladores de políticas públicas e pesquisadores ou professores de direito.

Este artigo está dividido em quatro partes além desta introdução. Na segunda parte, apresento a teoria hartiana das regras sociais da qual é derivada a visão de MacCormick. Na terceira parte, desenvolvo a tese da separação conceitual entre direito e moral na teoria do direito e, na quarta parte, a tese da conexão na razão prática. A quinta parte traz as considerações finais.

2. Regras sociais e sistemas jurídicos

A instituição política e social conhecida como direito tem características formais e estruturais que de maneira geral estão presentes em diferentes sociedades do mundo moderno:

> Poder-se-á esperar que qualquer homem instruído seja capaz de identificar estes aspectos salientes de uma forma esquemática, como a seguir se indica. Elas compreendem: (i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que as pessoas compensem aqueles que por si são ofendidos de certas maneiras; (iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confiram direitos e criem obrigações; (iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando foram violadas e que estabeleçam o castigo ou compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas.[3] (Hart 1994: 7)

Em relação aos três primeiros elementos, ou as regras, duas perguntas são cruciais para a explicação do direito. A primeira é "Qual é a diferença entre um hábito e uma regra?"". A segunda, dependente da resposta à primeira, é "Como reconhecer regras jurídicas?" ou, em outras palavras, "O que diferencia regras jurídicas de outras regras sociais?". Essa segunda pergunta, naturalmente, está associada aos dois últimos elementos (Hart 1994: 9-10).

Podemos afirmar que um grupo tem um hábito se observamos comportamentos convergentes entre seus membros. O hábito pode ser compreendido como a existência de uma

[3] No original, p. 3: Any educated man might be expected to be able to identify these salient features in some such skeleton way as follows. They comprise (i) rules forbidding or enjoining certain types of behaviour under penalty; (ii) rules requiring people to compensate those whom they injure in certain ways; (iii) rules specifying what must be done to make wills, contracts or other arrangements which confer rights and create obligations; (iv) courts to determine what the rules are and when they have been broken, and to fix the punishment or compensation to be paid; (v) a legislature to make new rules and abolish old ones.

regra se estão presentes duas características adicionais: (i) o desvio em relação ao comportamento convergente gera críticas por parte dos demais membros do grupo e (ii) os demais membros do grupo consideram a crítica justificada ou, em outras palavras, consideram correto o comportamento convergente. Para compreender o comportamento convergente como expressão de uma regra, é preciso entender o ponto de vista interno, ou seja, o ponto de vista daqueles que são parte do grupo e aceitam a regra enquanto razão tanto para adotar o comportamento quanto para criticar seu desvio. Entender o ponto de vista interno não significa adotá-lo, mas requer alguma capacidade de "pôr-se no lugar" de quem o adota. Sem compreender o ponto de vista interno, um observador do grupo pode, no máximo, perceber regularidades. Ele não é capaz de captar o funcionamento das regras: não as vê como guias de conduta, fundamentos para demandas ou razões para agir. Para que assim funcionem, as regras são gerais tanto em relação à conduta que preconizam quanto em relação aos seus destinatários. (Hart 1994: 55-58)

A partir da ideia de compreender o ponto de vista interno sem adotá-lo, Neil MacCormick distingue três pontos de vista sobre o fenômeno jurídico na obra de Hart: o externo extremo, o interno e o hermenêutico. O primeiro apenas é capaz de observar regularidades nas condutas e, a partir delas, pode realizar predições ou calcular probabilidades. O ponto de vista interno é composto por dois elementos: um cognitivo e um de vontade. Um indivíduo que adote este ponto de vista é capaz de reconhecer padrões, isto é, formular e reconhecer enunciados gerais e sua correlação com ações ou estados de coisas. O indivíduo também é capaz de classificar ações ou estados de coisas como conformes ao padrão, divergentes do padrão ou irrelevantes para o padrão. O elemento volitivo é a aceitação do padrão. Esta aceitação pode ocorrer num sentido forte, que indica a crença do indivíduo na justificação do padrão e a intenção de que o padrão se mantenha; pode ocorrer num sentido fraco, que indica a percepção do indivíduo sobre a aplicabilidade da regra ao grupo a que pertence, além da percepção de que eventuais divergências serão alvo de crítica. No sentido fraco, o elemento volitivo pode ser considerado como uma aceitação sem o endosso do padrão. Ainda em relação ao elemento volitivo, MacCormick nota que outros sentidos do ponto de vista interno podem ser adotados. O grupo de cidadãos de um Estado não é necessariamente composto de voluntários, e certamente há membros que percebem, porém rejeitam os padrões aplicáveis a eles enquanto cidadãos, ou os padrões jurídicos. Estes indivíduos teriam apenas razões prudenciais para evitar serem descobertos desviando dos padrões. Finalmente, há o ponto de vista hermenêutico, ou o ponto de vista não-extremo: quem

adota este ponto de vista compartilha o elemento cognitivo do ponto de vista interno e pressupõe a existência do elemento volitivo, embora não necessariamente aceite ou rejeite os padrões que examina. (MacCormick 2008a: 47-55)

Em relação ao caráter dos enunciados que podem ser articulados a partir destes três pontos de vista, distinguem-se os enunciados externos, os quais estão limitados a descrever regularidades e delas inferir probabilidades ou fazer predições; os enunciados internos, por sua vez, fazem referência a um padrão (Hart 1994: 102-103). A verdade ou falsidade de enunciados que reconheçam a existência de um padrão pode ser aferida seja do ponto de vista hermenêutico, seja do ponto de vista interno. A diferença consiste no fato de o ponto de vista hermenêutico pressupor ou postular a existência do ponto de vista interno. Além disso, enunciados normativos do ponto de vista interno podem apresentar também o sentido de exortações ou críticas, por exemplo. (MacCormick 2008a: 54)

As regras estão presentes em práticas sociais como jogos, moral e direito. Hart dedica especial atenção a estas duas últimas. As regras jurídicas somente podem ser identificadas como tais através da aplicação de outras regras. O autor constrói uma tipologia de regras que atendem a diferentes funções e cuja interação determina o caráter sistêmico do Direito existente em sociedades modernas. A primeira delas é a regra de reconhecimento, a qual fornece os critérios que determinam a validade das regras, ou seja, seu próprio *status* enquanto regras de direito. Estes critérios normalmente dizem respeito às fontes do direito, ou às características e à origem das regras jurídicas (por exemplo, o costume, a promulgação por um órgão legislativo, o precedente judicial). A regra de reconhecimento compreende critérios de hierarquização das diferentes fontes de direito e estipula o dever de aplicar as regras jurídicas para aqueles que a reconhecem. Por ser uma regra que determina a validade de outras regras, não há sentido em perguntar por sua validade. É nesse sentido que é possível afirmar que a regra de reconhecimento é a regra última em um sistema jurídico (Hart 1994: 94-95).

A regra de reconhecimento desempenha uma dupla função: reduzir a incerteza em relação à aplicação do direito e criar o dever de aplicação das regras que atendem aos critérios estipulados pela própria regra de reconhecimento. Este dever se aplica a todos que exercem poderes definidos pela regra de julgamento, conforme explicaremos mais adiante.

Outro tipo de regra, denominado por Hart de alteração, dispõe sobre o poder de criar, modificar ou eliminar regras jurídicas válidas. Assim, regras de alteração distribuem competências a pessoas, órgãos ou instituições e estipulam procedimentos para o exercício das competências. Estas podem prever limites substantivos para a criação, modificação ou extinção das regras jurídicas. Desempenham a função de tornar o sistema dinâmico, permitindo mudanças deliberadas e instantâneas das regras jurídicas. O terceiro tipo são as regras de julgamento. Elas definem os poderes para emitir juízos vinculantes sobre a existência ou não de violações às regras em relação a situações concretas. De modo similar às regras de alteração, definem quem recebe as atribuições de adjudicar e quais os procedimentos para que estas atribuições sejam cumpridas. Sua função também é reduzir incertezas no âmbito da prática jurídica (Hart 1994: 95-97).

Estas são as regras que Hart denomina "secundárias". As regras primárias, ou "regras primárias de obrigação"" são aquelas que, retomando a síntese do início do item 2.1, (i) proíbem ou exigem certos tipos de comportamento, prescrevendo penalidades em caso de descumprimento; (i) exigem reparação de danos causados a outrem; (iii) especificam o que deve ser feito para testar, contratar, ou criar direitos e obrigações. As regras primárias desempenham duas funções: fornecer razões prudenciais para agir de acordo com os comportamentos desejados ou deixar de agir conforme proibido; e fornecer estruturas para que as pessoas realizem seus interesses dentro dos limites do direito e com o apoio do poder coercitivo do Estado.

É da interação de todas estas regras que emerge o direito de uma sociedade, e é nesse sentido que podemos falar em sistema jurídico. A validade das regras jurídicas é determinada pela regra de reconhecimento, regras jurídicas são criadas, modificadas ou eliminadas conforme as regras de alteração, regras jurídicas são aplicadas mediante a observação das regras de julgamento. Duas observações devem ser feitas, ainda, sobre o funcionamento do sistema jurídico.

A primeira delas é o fato de que o exercício dos poderes conferidos por uma regra secundária determina o conteúdo de outra e vice-versa. O exercício do poder de legislar determina o conteúdo de regras de julgamento; o exercício de poderes adjudicatórios pode modificar ou eliminar regras de alteração ou mesmo regras primárias. Há, ainda, a possibilidade de o exercício de poderes de alteração ou adjudicatórios determinarem o conteúdo da própria regra de reconhecimento (Hart 1994: 97). Estas possibilidades decorrem, segundo Hart, do fato

de a natureza da linguagem limitar a capacidade das regras de garantir certeza em sua aplicação (1994: 124-136). Estes aspectos da interação entre as regras de um sistema jurídico levaram alguns autores a apontar um círculo lógico no sistema jurídico de Hart: se as regras determinam-se umas às outras, não é possível identificar uma regra última.

A esta objeção é possível responder que a regra de reconhecimento é última no sentido de que não faz sentido perguntar por sua validade ou não. Além disso, esta circularidade é própria do Estado de Direito, no sentido de que todo o exercício de poder estatal (e a própria constituição desse poder) é realizado segundo regras jurídicas. Portanto, o círculo lógico não é um problema para a teoria hartiana do direito, mas antes uma característica dos modernos sistemas jurídicos que é captada pela teoria (Raz 1994: 289).

Neste momento já é claro que aspecto do sistema jurídico que conceitua, Hart associa um valor ou função. Uma objeção que pode ser levantada a este ponto é a de que Hart não apresenta uma teoria neutra e desinteressada do direito, pois justifica os aspectos estruturais presentes nos sistemas jurídicos modernos.

A resposta é que os valores e funções atribuídos às estruturas e conceitos jurídicos não são valores morais substantivos, mas valores profissionais (MacCormick 2008a: 203). No Pós-escrito, Hart afirma que seu trabalho é descrever a justificação, o que não demanda a aceitação da justificação (1994: 242). Esta posição é também defendida por Carlos Santiago Nino, o qual esclarece que

> [o conceito de Hart] é um conceito puramente descritivo de direito, que pode ser empregado de forma direta para fazer referência a certos padrões, sem que isso implique no reconhecimento de que os padrões devam ser obedecidos ou reconhecidos. Não se trata de um conceito normativo que identifique as regras que denota por propriedades deônticas ou valorativas. (1985: 180, tradução nossa)[4]

Podemos, então, perguntar por que adotar uma visão do sistema jurídico que não esteja comprometida com os valores e objetivos morais a ele associados. Por que descrever a justificação? Estaremos em condições de responder a essa pergunta após examinar como Hart compreende a moral.

[4] No original: "Éste es un concepto puramente descriptivo de derecho, que puede ser empleado en forma directa para hacer referencia a ciertos estándares, sin implicar que ellos deban ser obedecidos o reconocidos. No se trata de un concepto normativo que identifique a las reglas que denota por propiedades deónticas o valorativas (como el que las reglas en cuestión tengan fuerza obligatoria o sean justas)."

3. A separação entre direito e moral na teoria do direito

Seguindo autores como Thomas Hobbes e David Hume, Hart identifica uma série de circunstâncias que fornecem ao direito e à moral problemas com os quais lidar. O autor apresenta cinco truísmos que refletem fatos generalizados a respeito da natureza humana e do mundo.

Ao primeiro deles Hart denomina vulnerabilidade humana. Os homens são tanto ocasionalmente propensos quanto normalmente vulneráveis a ataques físicos. O segundo é a igualdade aproximada. Os homens diferem uns dos outros em força física, agilidade e, ainda mais, na capacidade intelectual. No entanto, nenhum indivíduo é mais poderoso que os outros a ponto de ser capaz de, sem cooperação, dominá-los ou subjugá-los, exceto por um curto período. O terceiro é o altruísmo limitado. Os homens não são demônios dominados por um desejo de exterminar uns aos outros. Não se pode dizer que os homens são predominantemente egoístas e não têm um interesse altruísta na sobrevivência e no bem-estar de seus semelhantes. Na realidade, o altruísmo humano é intermitente e tem um alcance limitado, e as tendências à agressão são suficientemente frequentes para serem fatais à vida social se não forem controladas. O quarto é a limitação dos recursos. Os seres humanos precisam de alimento, roupa e abrigo; estes não estão disponíveis em abundância ilimitada, mas são escassos e têm que ser cultivados ou tomados à natureza, ou construídos com o esforço humano (Hart 1994: 193-199).

Finalmente, há limitações na compreensão e na força de vontade humanas. Os homens são limitados em conhecimento, pensamento e capacidade de julgar. Seu conhecimento é necessariamente incompleto, seus poderes de raciocínio, memória e atenção são limitados, e seus juízos são propensos a distorções em razão de ansiedade, parcialidade e preocupação com os próprios interesses.[5]

Sendo o que são e vivendo no mundo onde vivem, os humanos tendem tanto a entrar em conflito quanto a se envolver em esquemas de cooperação. Práticas como o direito e a moral existem com a finalidade de evitar ou controlar os conflitos interpessoais, bem como facilitar e incentivar a cooperação entre os seres humanos. Em razão dessa convergência funcional, os conteúdos da moralidade positiva e do direito coincidem parcialmente. Ambos dizem respeito a como agir em circunstâncias comuns na vida em sociedade. A moralidade positiva é determinada

[5] Em relação a este último truísmo, sigo Rawls 1999: 109-110.

tanto por necessidades específicas de um grupo quanto por superstições ou ignorância.

Hart aponta duas características que distinguem a moralidade positiva de outras práticas.[6] A primeira é a importância, refletida na pressão social por comportamentos moralmente corretos. Segundo Hart, há um "reconhecimento geral de que, se os padrões morais não fossem geralmente aceitos, ocorreriam desagradáveis alterações de largo alcance na vida dos indivíduos.[7]" (Hart 1994: 188) Em razão disso, há um esforço em ensinar a todos os membros do grupo padrões morais e reações a comportamentos destoantes que podem variar de lembretes da imoralidade do comportamento ao isolamento social do indivíduo considerado imoral. A segunda é que a responsabilidade por comportamentos imorais é voluntária, ou seja, a moralidade ou imoralidade de uma ação só faz sentido se ela é intencional.

Hart afirma que a moralidade positiva de uma sociedade não necessariamente é a melhor maneira de facilitar e incentivar a cooperação entre os humanos, promovendo seus interesses e necessidades. Em razão disso, ele examina a proposta de adicionar critérios de racionalidade e generalidade à moral, de modo que poderíamos falar numa moral crítica ou esclarecida, a dizer, a moralidade resultante de um escrutínio crítico que leva em conta sua função. Para Hart, a tarefa de criticar e racionalizar a moral é necessária,[8] mas não à custa de desconsiderar padrões que, apesar de serem na verdade inimigos dos interesses e necessidades humanas, apresentam as características distintivas da moralidade. Excluir os padrões que não sobreviveriam a um escrutínio critico nos forçaria "a dividir de uma forma muito irrealista elementos de uma estrutura social que funcionam de maneira idêntica nas vidas daqueles que se regem por essa estrutura.[9]" (Hart 1994: 175)

Hart argumenta também que racionalidade, generalidade e o objetivo de promover interesses e necessidades humanas são compatíveis com concepções radicalmente diferentes de moralidade crítica. Isto porque os valores que atendem à função da moral podem ter diferentes

---

[6] Na verdade, Hart distingue quatro características: importância, imunidade à alteração deliberada, caráter voluntário dos delitos morais e forma de pressão moral. Simplificamos a exposição hartiana em atenção às considerações de MacCormick sobre a existência de regras morais que podem ser mudadas de maneira deliberada (2008a, cap. 5) e por considerarmos a forma de pressão moral uma dimensão de sua importância.

[7] No original, p. 174: "general recognition that, if moral standards were not generally accepted, far-reaching and distasteful changes in the life of individuals would occur."

[8] Neil MacCormick destaca a atuação de Hart em criticar e promover reformas nos meios jurídicos e morais em que viveu. V. 2008a, caps. 2, 12 e 13.

[9] No original, p. 182: "would force us to divide in a very unrealistic manner elements in a social structure which

pesos e hierarquias, o que pode resultar em visões irreconciliáveis da sociedade ideal. Nesse sentido, a democracia se justifica por estar aberta a experimentar com estas diferentes visões, desde que defendidas por partidos políticos. Como a democracia tem mecanismos de renovação do poder, ela também permite a revisão e a substituição de propostas e concepções de sociedade (Hart 1994: 183-184).

De maneira similar ao paralelo entre moralidades, Hart discute a conexão entre sistemas jurídicos e moralidade, crítica ou positiva, conforme defendida por seis teses. Como veremos, o autor concorda com duas delas, aceita outras duas com alguma reserva e rejeita as demais.

Uma primeira tese diz respeito ao mínimo de justiça formal em instituições e regras como as que caracterizam o sistema jurídico do Conceito de Direito. Seguindo a distinção estrutural aristotélica,[10] Hart afirma que há sentido em falar do justo e do injusto em duas situações, que mencionaremos muito brevemente. A primeira diz respeito à distribuição de benefícios ou encargos a classes de indivíduos. A segunda está relacionada à compensação de danos causados por um indivíduo a outro. Ambas as situações, afirma Hart, são informadas pelo princípio geral da igualdade, ou pelo dever de tratar igualmente casos iguais. Claramente, tanto o princípio quanto suas duas situações típicas são formais: são incompletas assim como as regras vagas e, portanto, incapazes de guiar ações enquanto não forem preenchidas. Qualquer grupo de pessoas apresenta semelhanças e diferenças entre si em ao menos algum aspecto, de modo que preencher a exigência de tratar igualmente casos iguais depende de dizer que semelhanças e que diferenças são relevantes (Hart 1994: 159-160).

Ocorre que, bem ou mal do ponto de vista de uma racionalidade crítica, as regras jurídicas dizem quais são as semelhanças e diferenças relevantes. Como vimos, é característica tanto do ponto de vista interno quanto do ponto de vista hermenêutico a capacidade de reconhecer e aplicar padrões gerais em relação a indivíduos e condutas, e as regras apresentam estas características. Em razão disso, Hart destaca a conexão entre a justiça formal e a própria atividade de aplicar regras:

> Pode na verdade dizer-se que aplicar o direito de forma justa a diferentes casos é simplesmente levar a sério a asserção de que aquilo que deve ser aplicado em diferentes

---

function in an identical manner, in the lives of those who live by it."

[10] V. Livro V da Ética a Nicômaco.

casos é a mesma regra geral, sem preconceito, interesse ou capricho.[11] (1994: 175)

Portanto, há um mínimo de justiça em sistemas jurídicos modernos e em sua combinação de regras primárias e secundárias. Este mínimo formal de justiça é perfeitamente compatível com um sistema absolutamente perverso do ponto de vista da moral substantiva.

A segunda tese diz respeito à influência da moralidade positiva no direito. Em razão das similaridades funcionais entre as práticas, o direito incorpora padrões morais e sua estabilidade depende, em parte, dessa incorporação. Uma terceira tese afirma que a conexão necessária entre direito e moral se manifesta no uso de critérios morais para interpretar as regras e aplicá-las a casos concretos. A decisão judicial pode ser informada por valores morais aos quais é atribuído o propósito das regras a serem aplicadas. A decisão pode também depender de uma escolha ou de um balanço entre valores morais conflitantes, o que ocorre com frequência na jurisdição constitucional. Finalmente, a decisão judicial normalmente é informada pelo princípio da justiça formal, ou pelo dever de tratar casos igualmente, de maneira imparcial. A imparcialidade, enquanto virtude moral, também se manifesta nas exigências procedimentais de ouvir e considerar os interesses de todos os afetados. Em relação a esta tese, a afirmação de Hart é de que há outros métodos de interpretação do direito que consistem exatamente em procurar isolá-lo de questões e argumentos morais. (Hart 1994: 203-205)

Uma quarta tese é a afirmação de que um bom sistema jurídico deve atender a padrões de moralidade, ao menos em certos pontos. Como discutido anteriormente, Hart defende a crítica moral de qualquer sistema jurídico, mas destaca que há divergências sobre os padrões morais apropriados, a que aspectos do sistema jurídico a crítica é aplicável e se a moralidade a que deve atender um bom sistema jurídico é a positiva ou a resultante de um escrutínio crítico (Hart 1994: 205-206)

Uma quinta tese defende que a eficácia de um sistema jurídico depende do comprometimento dos cidadãos e oficiais com a justificação moral do conteúdo do direito. Hart nega esta tese respondendo que a aceitação e a obediência a um sistema jurídico podem ocorrer por motivos e justificações das mais diversas: cálculos sobre como a obediência promove

[11] No original, p. 161: "Indeed, it might be said that to apply a law justly to different cases is simply to take seriously the assertion that what is to be applied in different cases is the same general rule, without prejudice, interest or caprice."

interesses de longo prazo, interesse desinteressado nas outras pessoas, atitudes tradicionais ou irrefletidas, ou o desejo puro e simples de agir como os demais agem. Segundo Hart, pessoas que tenham examinado criticamente o direito e tenham concluído que ele é moralmente iníquo podem aceitar sua autoridade por outros motivos. A conclusão de que um direito é moralmente justificável não é a única motivação ou justificativa possível para sua aceitação (Hart 1994: 202-203).

Por que, então, insistir tão veementemente na separação entre direito e moral? A resposta é similar ao argumento a favor do conceito de moral positiva. Deixar de denominar direito as regras e instituições que podem ser consideradas válidas, mas que não resistem à crítica moral é criar uma divisão que confunde, em lugar de esclarecer, como funciona o controle social presente no sistema jurídico resultante da interação de regras primárias e secundárias (Hart 1994: 208-209).[12]

Hart apresenta, ainda, um argumento moral em favor da tese da separação.[13] Perceber que há regras promulgadas na forma correta, gerais e claras em seus enunciados, em suma, que atendem a todos os requisitos de validade, mas que são moralmente perversas levanta complexas questões morais que perdem a clareza ao tratarmos tais regras como "não-direito":

> O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é que preservem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema oficial possa ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral.[14] (Hart 1994: 226-227)

Em relação a essa postura de Hart, MacCormick esclarece que aquele autor era crítico em relação a concepções morais inteiramente baseadas na escolha autônoma do agente. Para Hart, as concepções morais são construídas socialmente, daí a importância atribuída à explicação da moralidade e do direito positivo, no sentido de que é preciso conhecer o que a sociedade produz em termos de padrões e instituições para então fazer críticas. Da mesma maneira, regras

---

[12] Este argumento enfatiza o valor epistêmico da tese da separação: uma teoria do direito que aceite esta tese tem maior poder explanatório que uma que a rejeite. Ver também o Pós-escrito (Hart 1994: 139-244)

[13] Para MacCormick, a ênfase conferida ao valor epistêmico ou científico da tese da separação no Pós-escrito indica que Hart desautoriza leituras morais dessa mesma tese como as mais adequadas (MacCormick 2008a: 15).

[14] No original, p. 210: what surely is most needed in order to make men clear-sighted in confronting the official abuse of power, is that they should preserve the sense that the certification of something as legally valid is not conclusive to the question of obedience, and that, however great the aura of majesty or authority which the official system may have, its demands must in the end be submitted to a moral scrutiny.

jurídicas (enquanto regras sociais) têm fontes sociais baseadas, por sua vez, nas práticas cotidianas dos indivíduos. Nesse sentido, as regras derivam apenas de práticas sociais, e não de uma condição natural ou pré-existente da conduta humana (MacCormick 2008a: 212-213).

4. A conexão entre moral e direito na razão prática

Embora a teoria do direito seja capaz de apresentar uma visão desinteressada do direito, é inegável que direito e moral tratam da ação e de sua justificação, o que os torna parte do domínio da razão prática. É preciso, no entanto, levar em consideração que o raciocínio prático jurídico não era a preocupação central da obra de Hart. Embora o autor dedique um capitulo às incertezas e às dificuldades na aplicação de regras, o objetivo era discutir as teses sobre o formalismo e o ceticismo em relação às regras, que são elementos centrais para a análise estrutural e sistemática do direito.[15] Por tais razões, MacCormick adverte que

> é um tanto injusto ler o seu livro [de Hart] como se este abordasse centralmente questões que são relativamente periféricas a seus principais interesses – é injusto mesmo que o crítico ache que essas são as questões mais prementes que a teoria geral do direito deveria estudar.[16] (2008a: 229)

A tarefa de construir um a teoria do raciocínio jurídico à luz da teoria do direito de Hart é levada a cabo por MacCormick em *Legal Reasoning and Legal Theory* (1994: xiv). Após apresentar uma estrutura do raciocínio jurídico com base no autor e em Carlos Santiago Nino (1968, 1985 e 2007), explicando como o direito é utilizado para justificar decisões e como esse uso está ligado com a justificação moral, argumento que a teoria de MacCormick adota a tese de que o raciocínio jurídico é uma sub-espécie do raciocínio moral.

A justificação moral, aqui, é apresentada no sentido da moral crítica. Por sua vez, a moral crítica deve ser entendida como um discurso, isto é, uma prática argumentativa. Tal prática "está dirigida a obter uma convergência em ações e atitudes, através de uma livre aceitação por parte dos indivíduos, de princípios para guiar suas ações e suas atitudes frente às ações de

---

[15] Apesar disso, dois argumentos de Hart sugerem o que ele esperaria, de modo geral, de uma teoria do raciocínio jurídico. Primeiro, a defesa da ideia de que há um amplo espaço para a discrição e, portanto, para a atividade criativa dos juízes. Segundo, Hart não parece acreditar na existência de soluções definitivas para questões que envolvam valores e princípios conflitantes. Diferentes respostas, todas solidamente fundamentadas, podem surgir. A tarefa do raciocínio jurídico seria, portanto, escolher entre estas diferentes respostas, da mesma forma que, através da democracia, é escolhida uma entre várias concepções ideais de sociedade.

[16] No original, p. 213: "it is a bit perverse to read this book as though it centrally addressed questions that are somewhat peripheral to his main concerns — and this is perverse, even if the critic thinks these are the most urgent issues jurisprudence should address."

outros."[17] (Nino 2007: 109, tradução nossa)

A partir dessa definição, é possível destacar duas importantes características de como opera a moral. Em primeiro lugar, a moral nos fornece razões para agir, isto é, ela justifica ou não nossas ações. Examinaremos esta característica mais detalhadamente na próxima subseção. Em segundo lugar, a moral é intersubjetiva. O discurso moral se preocupa com nossas ações enquanto capazes de afetar outras pessoas. Na subseção seguinte, discutiremos as características que os padrões morais apresentam para promover a livre convergência de comportamentos.

A terceira subseção reconstruirá o argumento de que todo raciocínio prático jurídico, ao menos quando oficial, é, em última análise, um raciocínio moral. Mas é um raciocínio moral que precisa levar em conta aspectos estruturais do direito, como a origem das normas jurídicas, e portanto é diferente do raciocínio que considera apenas a norma enquanto conteúdo e os valores morais que ela busca promover.

4.1. Um pequeno glossário de termos justificatórios

Neil MacCormick chama a atenção para a existência de diferentes tipos de padrão que desempenham a função atribuída por Hart às regras, qual seja, fornecer razões para agir. Seguindo MacCormick, chamaremos de padrão um termo que abrange regras, princípios, padrões e valores. Valores ou ideais são razões que precedem outras razões relacionadas a ações, ao aprovar ações ou estados de coisas, ao escolher entre possibilidades de ação e estados de coisas. Valores são, também, padrões no sentido de que julgamentos podem ser feitos referindo-se diretamente a eles, sem o recurso a razões intermediárias como as que discutiremos a seguir (2008a: 56).

Um primeiro tipo de padrão intermediário são os princípios, que servem para fomentar a realização de valores de uma maneira racional, isto é, de modo coerente e que revele o que contribui para a materialização dos valores, o que não contribui e o que impede ou prejudica sua promoção. A formulação de princípios torna explícito e articula o conjunto de valores que fundamenta nossas escolhas, conferindo clareza aos nossos procedimentos de justificação de decisões e garantindo, ainda, o controle racional de nossas atitudes. Os princípios e valores têm,

[17] No original: "El discurso moral está dirigido a obtener uma convergência em acciones y actitudes, a través de uma aceptacion libre por parte de lós indivíduos, de princípios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de

ainda, caráter geral, no sentido de que levam em conta propriedades e relações genéricas, aplicáveis a qualquer conduta ou indivíduo que apresente os aspectos relevantes (MacCormick 2008a: 56-57).

Os padrões são formulados de modo menos claro: são revelados a partir de entendimentos convencionais sobre condutas que promovem ou desrespeitam valores. Finalmente, as regras são formulações relativamente claras e precisas de como agir. O ganho em precisão decorre, em geral, de um elemento arbitrário e convencional no enunciado da regra. MacCormick nos fornece o exemplo da regra britânica de que o assento do motorista fica no lado esquerdo do veículo. É arbitrário porque poderia ser do lado direito, embora seja claro o valor envolvido em escolher um lado: a segurança no trânsito. É também convencional porque, para que seja promovido o valor, todos os componentes do grupo devem adotar o comportamento de dirigir do lado escolhido (2008a: 57).

A diferença entre os tipos de padrões descritos acima está relacionada ao grau de vagueza e, portanto, à amplitude de interpretações, ações e estados de coisas logicamente compatíveis com o padrão. No âmbito de práticas sociais como o direito e a moralidade positiva, essa diferença reflete também "o grau em que as pessoas compartilham a concepção de um 'padrão de comportamento' razoavelmente preestabelecido como o *standard* ou algo mais vago".[18] (MacCormick 2008: 63) Além disso, naturalmente, estes padrões são formulados em linguagem natural e estão sujeitos a incertezas e limitações.[19]

A diferenciação entre regras e outros padrões mais vagos lança luz sobre um aspecto retratado por Hart em sua explicação estrutural dos sistemas jurídicos modernos: a existência de instituições e procedimentos destinados a formular, de maneira relativamente clara, precisa e dotada de autoridade os padrões de conduta juridicamente relevantes. Em outras palavras, as instituições jurídicas convertem padrões mais vagos em regras (MacCormick 2008a: 57).

4.2. Características dos argumentos morais

As ações são justificadas através do recurso a padrões. Estes, por sua vez, somente

---

otros."

[18] No original, p 57. "the degree to which people share in conceiving a reasonably cut-and-dried 'pattern of behaviour' as the standard or something altogether vaguer".

[19] Estas incertezas e limitações são tratadas em Hart 1994, c. 7; MacCormick 2008a: 212; MacCormick 2008b: 26.

podem fazer parte do discurso moral se satisfizerem um conjunto de condições que permitem a desejada convergência de ações. Padrões morais devem ser públicos, isto é, seu conhecimento deve ser acessível a todos. Devem ser gerais, levando em conta propriedades e relações genéricas, de modo a estabelecer expectativas fundadas em regularidades. Essas propriedades e relações genéricas, por seu turno, devem ser verificáveis por todos, o que leva os padrões morais a serem supervenientes em relação às circunstâncias de fato (Nino 2007: 109-110).

Por fim, os padrões morais são universais no seguinte sentido:

> se admitimos que alguém pode justificar suas ações e atitudes sobre a base de um certo princípio aplicável ao caso, então qualquer participante em potencial do discurso moral também pode justificar suas ações e atitudes sobre a base do mesmo princípio, observado o fato de que seu caso não difere do outro no que diz respeito a propriedades que o principio em questão recolhe como relevantes.[20] (Nino 2007: 110, tradução nossa)

No âmbito do discurso moral, estas condições mínimas dos princípios morais funcionam como restrições argumentativas. Ou seja, fornecem razões para rejeitar possíveis "candidatos a padrão moral". Tais restrições possibilitam a livre convergência de ações, pois elas estão justificadas por crenças coincidentes na existência de determinadas razões para atuar. Há ainda uma outra maneira de explicar as condições que os padrões morais devem atender. É conceber o discurso moral como uma tentativa de chegar à decisão de um árbitro ideal, isto é, decidir a partir de uma perspectiva imparcial ou desinteressada.

4.3. Organizando razões

É preciso ressaltar, no entanto, a existência de diferentes tipos de razão para agir além das morais, como as prudenciais. Isto nos leva a um novo passo antes de decidir. É preciso hierarquizar razões de diferente natureza, de modo a haver critérios para solucionar eventuais conflitos entre razões. É este o papel da razão prática. Do contrário, os indivíduos poderiam agir recorrendo à justificativa que lhes fosse mais conveniente, o que minaria qualquer possibilidade de convergência de atitudes e, portanto, impediria direito e moral de cumprirem suas funções (Nino 2007: 111).

Diante disso, cabe perguntar se é possível conceber uma hierarquia entre sistemas

[20] No original: “Si se admite que alguien puede justificar sus acciones y actitudes sobre la base de un cierto principio aplicable al caso, entonces cualquier potencial participante en el discurso moral puede también justificar sus acciones y actitudes sobre la base del mismo principio, con tal que su caso no difiera del otro respecto de propiedades que el

normativos que seja inteligível e aceitável por qualquer indivíduo racional. Considerando as características das razões e princípios morais, é possível concluir que estes constituem as razões últimas na justificação de uma ação. Razões conflitantes de outra natureza são excluídas pela moral. Por se tratar de um sistema normativo que opera através do consenso e do livre convencimento, ele só cumpre sua função se ocupar o topo da hierarquia (Nino 2007: 112).

Assim como a moral, o direito fornece razões para agir. Mas aqui falamos de razões de outra natureza. Através da possibilidade da coação, que provém da autoridade instituída pelo próprio direito, somos incentivados a cooperar e a evitar entrar em conflitos uns com os outros. As regras jurídicas incentivam ou desincentivam condutas atribuindo-lhes consequências, além de organizar os próprios mecanismos através dos quais estas consequências são realizadas. Assim, quando ponderamos sobre adotar um curso de ação, devemos levar em conta eventuais consequências previstas pelo direito sobre esta ação. Isto significa que o direito nos fornece, enquanto cidadãos, razões prudenciais para agir (Nino. Como visto no item (indicar), o Estado não é uma comunidade de voluntários, de modo que seus membros podem aceitar regras sociais espontaneamente ou rejeitá-las (Nino 2007: 99-101).

Enquanto juízes, no entanto, encaramos o direito como moralidade pública em nome da qual se age. Deste modo, as regras e princípios jurídicos são razões para agir por si sós, conforme apresentem as características dos argumentos morais vistas anteriormente. Mas em que sentido falamos em regras e em que sentido falamos em razões para agir?

Razões podem ser explicativas ou justificatórias. As razões explicativas, ou motivos, revelam antecedentes causais das ações, ou seja, crenças ou desejos que explicam porque alguém agiu. Razões justificatórias, por sua vez, são utilizadas para avaliar ações a partir de diferentes critérios ou pontos de vista. Ambos os tipos de razão estão conceitualmente conectados, no sentido de que a aceitação de uma razão justificatória pode gerar o desejo de agir corretamente (Nino 1985: 126).

As razões justificatórias são premissas em raciocínios práticos cuja conclusão também é um juízo de valor. Isto ocorre em razão da exigência lógica de que os elementos da conclusão estejam contidos nas premissas. Como aqui tratamos de enunciados normativos, ao menos uma

---

mismo principio recoge como relevantes."

das premissas deve ser normativa. Se nosso raciocínio nos conduzisse a uma conclusão descritiva, criaríamos um problema: os juízos descritivos são neutros a respeito de decisões e cursos de ação a tomar. Em outras palavras, a vigência de uma norma que prescreva A não é razão para fazer A.

Resta responder em que sentido uma regra jurídica pode fazer parte de um raciocínio prático. Para Nino, a norma jurídica apresenta as características de uma premissa normativa quando o intérprete enuncia, em termos gerais e universalizáveis, o seu significado.[21] Nessas condições, a norma perde as referências sobre sua origem ou vigência. Como vimos, uma teoria do direito como a de Hart foi bem-sucedida ao indicar circunstâncias externas que diferenciam as normas jurídicas de outros enunciados.[22] As normas jurídicas têm origem própria, seguem um procedimento específico para serem formuladas, são reconhecidas e obedecidas por dada comunidade, etc. No entanto, distinguir as normas através de tais circunstâncias é reintroduzir elementos descritivos em nossa premissa. Como, então, nosso raciocínio poderá ser considerado jurídico?

O único caminho seguro seria distinguir enunciados jurídicos pelo conteúdo, o que não é possível. Não há duas classes de juízos prescritivos que correspondam ao direito e à moral, como explicaremos a seguir, examinando dois exemplos de raciocínio moral.

Primeiro, suponhamos que um homem que enxerga mal peça a uma mulher com visão perfeita que leia para ele o rótulo de um produto no supermercado. É possível identificar um valor moral a ser promovido (consideração), formular uma premissa normativa que promova este valor (é expressão de consideração fazer pelas pessoas algo que elas precisam fazer, mas não podem), estabelecer uma razão auxiliar[23] (o homem que não pode ler o rótulo pediu à mulher que o fizesse), conectar a premissa normativa à razão auxiliar (se a mulher lê o rótulo para o homem, o trata com consideração), para então concluir que é correto ler o rótulo em voz alta.

---

[21] A premissa normativa é resultado de interpretação. Quanto mais vago for o padrão a ser interpretado, nos termos da terminologia de MacCormick, mais a interpretação se afasta de um raciocínio silogístico e se aproxima do que Will Kymlicka afirma sobre a argumentação política: "Political philosophy is not like logic, where the conclusion is meant to be already fully present in the premisses. The idea of moral equality is too abstract for us to deduce anything very specific from it. (…) The question is which form of equal treatment best captures the deeper ideal of treating people as equals. That is not a question of logic." (Kymilicka 2002: 46).

[22] Observe-se que Hart formula sua teoria em termos de regras, de modo que todos estes aspectos "externos" poderiam surgir no raciocínio como premissas normativas.

[23] Razões auxiliares são juízos de fato que indicam um meio para satisfazer uma premissa normativa.

Suponhamos agora que nossa premissa normativa seja o enunciado de uma regra jurídica. A vida humana é valiosa, de modo que a premissa "aqueles que matam devem sofrer penas" promove esse valor. Naturalmente, nossa razão auxiliar é a existência de um assassinato e concluiremos que o assassino deve sofrer a pena.

O raciocínio acima é tão moral quanto o anterior. Sua validade independe de existir ou não um corpo legislativo que tenha exercido seu poder para emitir uma norma que prescreva penas aos assassinos. Como tornar este aspecto determinante para a validade do raciocínio?

Nino nos apresenta a seguinte solução: o valor a ser promovido nos raciocínios práticos jurídicos é a legitimidade das fontes do direito.[24] Isto nos permite reformular o raciocínio sobre o assassinato. Nossa premissa normativa, agora, se torna a de que os juízes devem aplicar as normas emitidas pelos órgãos competentes na forma prescrita pelas regras de mudança. O poder legislativo, na forma prescrita pela Constituição, emitiu norma cujo significado pode ser enunciado como "aqueles que matam devem sofrer penas", e assim por diante até o juízo conclusivo individual.[25]

A conclusão desse raciocínio é denominada por Nino *juízo de adesão normativa* (*juicio de adhesión normativa*). Este tipo de juízo

> pressupõe não somente um princípio geral de índole moral, como também outros juízos de valor sobre ações humanas e um juízo fatual sobre a vigência de certa prescrição ou norma jurídica a cujo reconhecimento e observância o juízo em questão atribui valor positivo. De tal modo, este tipo de juízo pode ser atacado não somente com argumentos axiológicos, mas também sobre a base de que não ocorre seu pressuposto fático característico, serve também como critério distintivo.[26] (Nino 1968: 361, tradução nossa)

Se a razão última deste juízo for o valor que a norma promove, diz Nino, o juiz estará apenas fazendo um raciocínio moral ordinário, tal como fariam os legisladores ao emitir a norma. O raciocínio prático jurídico é aquele que não é feito pelos legisladores: "para que uma norma

---

[24] Nino atribui a este valor caráter *prima facie*, isto é, pode haver razões morais superiores que substituam a legitimidade das fontes e modifiquem o raciocínio. (1985: 141)

[25] Para uma exposição mais completa de um raciocínio como esse, na qual todas as premissas estão explícitas, v. Nino 1985: 138-143.

[26] No original: "Los juicios de esta clase se caracterizan porque presuponen no sólo un princípio general de índole moral, como otros juicios de valor acerca de acciones humanas, sino también un juicio fáctico acerca de la vigencia de cierta prescripción o norma jurídica cuyo reconocimiento u observancia el juicio en cuestión valora positivamente. De este modo, el que este tipo de juicios puedan ser atacados no sólo con argumentos axiológicos sino también sobre la base de que no se da su presupuesto fáctico característico, sirve también como criterio

seja aplicada enquanto norma jurídica, as razões de que dispõe o juiz para considerá-la em sua decisão devem ser diferentes das razões que adotou o legislador para ditá-la.[27]" (Nino 1985: 142, tradução nossa)

O argumento do juízo de adesão normativo justifica e esclarece a tese de que o raciocínio jurídico é uma sub-espécie do raciocínio moral. A mesma tese, nos parece, é adotada por Neil MacCormick em *Legal Reasoning and Legal Theory*. Após abordar como funciona a aplicação de regras válidas, o autor indica a existência de razões para justificar a decisão de aplicar regras válidas. No caso de regras legisladas por uma democracia, a razão poderia ser o valor do Parlamento eleito pelo povo, ou seja, um argumento sobre a justiça do sistema político como um todo:

> "O [argumento da legitimidade do parlamento] é peculiarmente apropriado a um sistema político mais ou menos democrático, e enquanto tal mescla valores jurídicos com valores políticos gerais; o [argumento de que o sistema constitucional é justo] envolve um julgamento político geral sobre a justiça do sistema." (MacCormick 1994: 64, tradução nossa)

5. Considerações finais

Tentamos argumentar através deste trabalho que a atividade do jurista é intimamente relacionada à argumentação moral. Isto quer dizer que o fato de o direito ser uma prática argumentativa o coloca, inevitavelmente, sujeito à avaliação moral tanto se pretendemos a reforma do direito posto quanto quando argumentamos a partir do direito posto. Assim, não nos basta o ponto de vista hermenêutico e o conhecimento do direito (ou o elemento cognitivo do ponto de vista interno). A avaliação moral das regras jurídicas não diz respeito somente a seu conteúdo. Tratando-se do moderno direito estatal, a legitimidade política das instituições encarregadas de criar e impor regras em determinada comunidade é igualmente relevante.[28]

Referências

---

distintivo."

[27] No original: "para que una norma sea acatada como norma jurídica, las razones que tiene el juez para tomarla em cuenta en su decisión deben ser diferentes de las razones que tuvo el legislador para dictarla."

[28] Carlos Santiago Nino formulou uma teoria sobre a legitimidade das leis emitidas por instituições democráticas. Em resumo, seu argumento é de que a democracia é o sistema de governo capaz de produzir algo muito próximo do discurso moral ideal e, portanto, capaz de produzir um direito justo. V. Nino 2007, c. IX, e Nino 1996.

ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation*. Translated by R. Adler and Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.

_____. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, vol. 12, n. 4, pp 374-384. Oxford: Blackwell, dez. 1999.

FINNIS, John M. Natural Law and Natural Rights. Oxford: Clarendon Press, 1980.

HART, H. L. A. *The Concept of Law.* Oxford: Clarendon Press, 1994 (2a edição, Ed. P. Bulloch e J. Raz). Edição traduzida: *O Conceito de Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KYMLICKA, Will. *Contemporary political philosophy*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2002.

MACCORMICK, D. N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York Oxford University Press, 1994.

_____. *Rhetoric and the Rule of Law*: a Theory of Legal Reasoning. New York: Oxford University Press, 2005.

_____. *Institutions of Law*: an Essay in Legal Theory. New York: Oxford University Press, 2007.

_____. *H. L. A. Hart, Second Edition*. Stanford: Stanford University Press, 2008a. Edição traduzida: *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Practical Reason in Law and Morality. New York: Oxford University Press, 2008b.

NINO, Carlos Santiago. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULGYIN, E.; FARRELL, M. D.; NINO, C. S.; RABOSSI, E. A. (Comps.). *El lenguaje del derecho*: homenaje a Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, pp. 339-370.

_____. *La validez del derecho.* Buenos Aires: Astrea, 1985.

_____. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven e London: Yale University Press, 1996.

_____. *Ética y derechos humanos:* un ensayo de fundamentación. 2. Ed., Buenos Aires: Astrea, 2007.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Revised Edition.

RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain.* Oxford: Clarendon Press, 1994.