

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

F723

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior, Rogerio Luiz Nery Da Silva, Heron José de Santana Gordilho, Lucas Catib De laurentiis – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-074-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e cátedra Luís Alberto Warat. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF
FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS
ALBERTO WARAT

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) realizou, no segundo semestre de 2024, o seu tradicional CONGRESSO NACIONAL, desta vez sediado em Brasília e com foco na temática UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS.

No âmbito do Grupo de Trabalho FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT I foram realizadas apresentações de trabalhos relevantes, com discussões interessantes, sobre temas atuais e relevantes para a Pós-graduação em Direito brasileira. Tivemos a honra de coordenar os trabalhos dessa sessão de apresentação de trabalhos e de apresentarmos aqui os resultados desta relevante atividade acadêmica.

Tendo em vista a diversidade de temas e sua íntima relação com a temática dos direitos fundamentais, os artigos foram dispostos considerando a ordem de apresentação no evento. Salientamos que as discussões ocorridas nas apresentações representaram atividades de pesquisa que não só tem relação direta com a comunidade acadêmica e a sociedade, mas também geram frutos para o a implementação de mecanismos e formas de proteção de direitos humanos de grupos vulneráveis e/ou marginalizados. Indicam ainda novos horizontes para a teoria e filosofia do Direito.

Nesse sentido, os temas abordados revelam desafios e anseios atuais da sociedade por uma renovação dos compromissos da pesquisa jurídica brasileira e a preservação de direitos, da dignidade da pessoa humana e do aperfeiçoamento do regime democrático.

Os coordenadores do GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT I agradecem os pesquisadores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou-nos novas reflexões e ponderações favoráveis para a amadurecimento intelectual e de desenvolvimento social, característica essencial dos eventos do CONPEDI.

Coordenadores do GT:

José Alcebiades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul e
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Rogério Luiz Nery Da Silva – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Heron José de Santana Gordilho - Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis – PUC-CAMPINAS.

**RULE OF LAW E A MORALIDADE: PERSPECTIVAS DE JOSEPH RAZ E
GERALD J. POSTEMA**

**RULE OF LAW AND MORALITY: PERSPECTIVES FROM JOSEPH RAZ AND
GERALD J. POSTEMA**

Franciele Coutinho Vizzotto De Barros ¹

Resumo

RESUMO: O artigo se dedica à concepção do Rule of Law realizada pelos filósofos Gerald J. Postema e Joseph Raz. O objetivo além de compreender o conceito dos dois autores, também é trazer um panorama histórico político contemporâneo do termo, demonstrar as críticas de Postema à Joseph Raz acerca daquilo que o filósofo entende por concepção “fraca” do termo, suscitar eventuais refutações à Postema, sugerir uma crítica pessoal sobre o debate, e, por fim, demonstrar por meio de algumas decisões das cortes brasileiras a forma pela qual o termo está sendo empregado. Examina, para tanto, a passagem política do uso do Rule of Law até a sua presença em discursos mundiais. Essa notoriedade desemboca em juristas do século XX. Por se tratar de conceito ainda em construção, há um esforço na empreitada de construir uma concepção que se ajuste, possivelmente, á valores universais. Por meio da obra Law’s Rule Gerald Postema desenvolve a ideia de um Rule of Law robusto com principal objetivo de restringir o abuso de poder. Por outro lado, Joseph Raz critica por meio da obra The Authority of Law o valor moral político excessivo atribuído ao termo. A metodologia que se utiliza é a pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que não seria possível construir a concepção do Rule of Law descartando premissas morais. O envolvimento de responsabilidades recíprocas (ethos da fidelidade), necessárias ao Rule of Law robusto, não está conectado apenas com a lei, mas com apelo a valores morais individuais.

Palavras-chave: Palavras chaves: filosofia do direito, Joseph raz, Gerald j. postema, Rule of law

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT: This article focuses on the conception of the Rule of Law as developed by philosophers Gerald J. Postema and Joseph Raz. The objective is not only to understand the concept as articulated by both authors but also to provide a contemporary political-historical overview of the term. It aims to demonstrate Postema's criticisms of Joseph Raz's "weak" conception of the term, provoke potential rebuttals to Postema, suggest a personal critique of the debate, and finally, illustrate through selected decisions of Brazilian courts how the term is being employed. The article traces the political journey of the Rule of Law from its political usage to its presence in global discourse. This prominence extends to 20th-century

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Nove de Julho com especialização na Univesidade Estadual de Londrina.

jurists. As an evolving concept, there is an effort to construct a conception that aligns possibly with universal values. Drawing from Postema's work "Law's Rule," the article develops the idea of a robust Rule of Law primarily aimed at curbing the abuse of power. Conversely, Joseph Raz critiques, through his work "The Authority of Law," the excessive moral and political value attributed to the term. The methodology employed includes bibliographic and documentary research. The conclusion suggests that constructing a conception of the Rule of Law cannot disregard moral premises. The involvement of reciprocal responsibilities (ethos of fidelity), crucial for a robust Rule of Law, is not merely connected to the law but also appeals to individual moral values.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: legal philosophy, Joseph raz, Gerald j. postema, Rule of law

Introdução

A teoria do direito vem trazendo grandes desafios aos juristas sobretudo após a sua ampliação com a filosofia em geral. Especialmente junto a epistemologia e a filosofia da linguagem, moral e política, há um diálogo que se tornou mais intenso a partir da década de sessenta. Apesar de sua ausência no debate brasileiro, Joseph Raz é um dos principais filósofos desse diálogo e conhecido principalmente por suas contribuições ao positivismo jurídico.

Foi em larga medida o principal herdeiro da teoria de Hans Kelsen e se opôs a H.L.A. Hart e Ronald Dworkin por meio de vasta obra bibliográfica considerada positivista exclusivista. Considerado da mesma forma positivista hermenêutico em sua concepção do direito, dado que abordara a produção do sentido da ação como um elemento para o seu conhecimento. Há a análise, nesse sentido, de critérios para identificar a existência e o conteúdo de normas jurídicas.

O conceito de *Rule of law* passou por alterações, implementações e manobras ao longo dos séculos. Já não se tem a mesma ideia dos gregos do século V a.c. para os quais leis e processos jurídicos deveriam governar as ações de governantes e governados. Atualmente o conceito ainda é contestado em razão da ampla variedade de circunstâncias políticas, culturais e valores morais que foram agregados ao termo, inclusive sua ampliação a nível global. Em relação ao termo não há tradução direta para nosso idioma, o mais próximo que se pode arriscar seria “um governo por meio de leis” ou “Estado de Direito”, por essa razão o trabalho manterá o termo no idioma inglês.

A concepção do *Rule of Law* constituída por Joseph Raz traz uma análise formal que enfatiza que o direito deve ser capaz de guiar o comportamento de seus sujeitos, mas sem a incorporação de valores morais. De outro lado Gerald Postema, faz críticas ao positivismo jurídico, especialmente às teorias de Raz, dado que em sua análise no *Rule of Law* há integralização de uma dimensão moral robusta. É neste cenário que o tema do presente artigo está inserido. Seu objeto é o *Rule of Law*, especificamente a crítica realizada por Gerald Postema por meio da obra *Law's Rule* acerca do conceito estabelecido por Joseph Raz em uma de suas coleções de ensaios filosóficos sobre a natureza do Direito. Enquanto para Postema o ideal do *Rule of Law* inclui moralidade política em Raz a instrumentalidade do direito é suficiente para se governar.

O debate sobre direito e moral é central na filosofia do direito, porque aborda questões fundamentais sobre a natureza do direito, sua autoridade, sua relação com valores éticos e sociais, dentre outros temas. Diante desse debate a problemática que se pretende responder é: quais as concepções de Joseph Raz e Gerald Postema acerca do *Rule of Law* e quais os

benefícios de incorporar uma dimensão moral robusta, conforme sugerido por Postema? A hipótese é a de que é necessário identificar na lei algum proveito para que então haja uma disposição de respeitar seus limites, mas isso é possível apenas com a integração de valores morais.

Os objetivos, dessa forma, serão: esboçar o contexto político geral do *Rule of Law* contemporâneo; analisar de forma geral o conceito de *Rule of Law* anunciado por Joseph Raz; examinar as principais críticas de Gerald Postema a concepção de Joseph Raz, bem como eventuais refutações e, por fim, trazer uma posição acerca do debate. A metodologia empregada para desenvolver os objetivos será a análise bibliográfica.

Para tanto, serão abordados os seguintes tópicos: 1) Desenvolvimento político contemporâneo do *Rule of Law*; 2) Estrutura geral do pensamento de Joseph Raz acerca do *Rule of Law*; 3) Crítica de Gerald Postema à concepção fraca de obediência à lei; 4) Crítica de Gerald Postema à ausência de Direitos Fundamentais no cerne no *Rule of Law*; 5) Fidelidade mútua e Moralidade Política: base das críticas e 6) Decisões dos tribunais brasileiros envolvendo o termo do Rule of Law

1. Desenvolvimento político contemporâneo do *Rule of Law*

O período do século XIX e início do século XX é marcado com características de Estado constitucional. Durante o intervalo do início do século XX até a primeira Guerra Mundial a ideia principal do Estado constitucional no plano político caracterizou-se pela soberania de base popular ou nacional e pela centralização da produção jurídica. Da mesma forma, o Estado constitucional foi denominado de Estado liberal de direito ou Estado representativo. Isso é, uma concepção de Estado limitado pelo Direito em oposição ao Estado Absoluto.

Durante o período do Estado constitucional houveram várias contribuições significativas para o *Rule of Law* no mundo todo. As principais como as Declarações de Direitos da Revolução Francesa, as constituições modernas (francesa, mexicana, alemã), o desenvolvimento do poder judiciário dentre outras. Mas, foi a partir das primeiras décadas do século XXI que o direito passou a compartilhar valores universais. O grande movimento surgido na França de 1789, hoje considerado uma revolução, foi de fato uma mudança semântica de 180 graus (COMPARATO, 2019, p. 138).

Ocorreu durante este período uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, do regime político e toda relação de poder que existia na sociedade. A revolução gerou várias declarações, constituições e documentos importantes com influencia global. A mensagem principal que compôs esses documentos, após uma das maiores consulta popular de todos os tempos, foi a limitação institucional de poderes dos governantes. Já a Constituição francesa (1791) afirmou a limitação de poderes e foi estabelecida sobre princípios que anularam de vez as instituições ou feriam a liberdade e igualdade de direitos (COMPARATO, 2018, p.167).

No que toca a Carta Política mexicana de 1917 vale o destaque da elevação dos direitos trabalhistas (sociais) para o mesmo nível dos direitos fundamentais, liberdades individuais e direitos políticos. Mas, o ponto que serve ao *Rule of Law* certamente foi a afirmação do princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho. As características fundamentais da democracia social traçadas na Constituição mexicana tiveram reflexos, mas de forma mais elaborada, na Alemanha de 1919. A Constituição de Weimar, apesar de suas fraquezas e ambiguidades marcantes, estabeleceu instrumentos de defesa contra o Estado. Eram delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual onde os Poderes Públicos não estavam autorizados a invadir (RANIERI, 2018, p. 38).

Referente ao poder judiciário, instituição com papel crucial na aplicação do *Rule of Law*, dado sua incumbência da aplicação prática na defesa dos direitos fundamentais limitando o abuso de poder, pode se dizer que a sua independência e supremacia surgiu com maior peso na

Inglaterra e mais a frente com o *Act of Settlement* de 1701 onde foi definido que os juízes seriam elementos da *Rule of Law*, assim como nos EUA, França, Portugal entre outros.

Por fim, o desenvolvimento contemporâneo do *Rule of Law*, antes uma ideia obscura dos juristas atualmente, está presente em apelos internacionais, à exemplo do discurso do secretário da ONU em 2012 sobre a proteção advinda do *Rule of Law* (BRASIL, 2012). Atualmente o *Rule of law* ainda é um conceito disputado por filósofos e teóricos do direito. É uma ideia política forte, porque está associada com limites de leis e instituições, além de ocupar um lugar central em nosso repertório de valores e princípios de moralidade política ao lado da democracia, justiça, direitos humanos fundamentais dentre outros (Postema, 2022, p.ix). Contudo, apesar da ideia de amplitude ser controversa, a concepção mais importante subjacente à um *Rule of Law* robusto é sua oposição ao exercício do poder arbitrário.

2. Estrutura geral do pensamento de Joseph Raz acerca do *Rule of Law*

Em uma de suas coleções de ensaios filosóficos sobre a natureza do Direito especificamente na segunda edição de *The Authority of Law* Joseph Raz apresenta argumentos para o positivismo jurídico preenchendo o conteúdo daquilo que o aluno de H.L.A. Hart entende por ideia básica, princípios, valor e essência do *Rule of Law*. Apoiado com algumas ressalvas em uma das formulações do ideal do *Rule of Law* para a defesa da liberdade descritas por F.A. Hayek, Raz declara que prefere se desprender do tratamento de importância suprema ao *slogan* do *Rule of Law* e tece críticas acerca dos muitos valores dados a este ideal político (RAZ, 2009, p.210).

Defende primeiramente que o uso original deve ter como base a percepção de que um sistema jurídico em conformidade com o *Rule of Law* dispõe de ações governamentais vinculadas por regras que sejam possíveis de prever como a autoridade usará seus poderes coercitivos. Todavia, para Raz não se deve contrastar *Rule of Law* com poder arbitrário, dado que muitas formas de governança arbitrária podem ser totalmente compatíveis com ele, assim como um sistema jurídico não democrático baseado em negação de direitos humanos certamente poderá adaptá-lo.

A ideia básica, portanto, é de que o *Rule of Law* consiste em uma das muitas virtudes que um sistema jurídico pode ter, isto é, um atributo claramente importante e que pode estar em conformidade com a lei em maior ou menor grau (RAZ, 2009, p. 211). Raz ao expandir modestamente o conceito, além de seu sentido expresso, defende que o *Rule of Law* tem como

premissa a obediência e a governança por meio da lei. E se a lei deve ser obedecida deve ser capaz de orientar comportamentos.

Para tanto Joseph Raz (2009, p.218) defende que, apesar da premissa modesta, o conteúdo base tem muito a dizer e passa para o próximo passo trazendo alguns princípios que devem ser considerados em um sistema jurídico que tenha como o escopo a nitidez nas orientações das condutas. Os princípios resumidamente têm como objetivo assegurar que a lei se alinhe a padrões desenhados para sua capacitação no sentido de torná-la eficaz em relação a orientação de ações, por exemplo, leis devem ser abertas e claras, ter estabilidade, leis específicas devem ser provenientes de leis válidas, etc.

Estes princípios também privam aplicação de leis distorcidas, supervisionam a conformidade com o *Rule of law* e oferecem remédios eficazes nas situações de desvios. Um sistema jurídico para estar em conformidade com o *Rule of Law*, por exemplo, deve ter um poder judiciário que seja submetido somente a leis e não a pressões externas, deve observar os princípios da justiça (imparcialidade, audiências abertas, etc.), deve ter revisões feitas por tribunais, tribunais acessíveis e a proibição de desvirtuação da lei realizada por órgão de prevenção de crimes.

No que diz respeito ao valor do *Rule of Law*, Raz defende que, apesar de ser apenas uma das muitas virtudes de um sistema jurídico, quando um sistema jurídico o adere, manifestações comuns de poder arbitrário (uso de poderes públicos para fins privados), mudança de lei abrupta ou secreta para favorecer interesses próprios, bem como o uso de leis específicas que favorecem injustificadamente determinado grupo ou pessoa são cenários reduzidos drasticamente (RAZ, 2009, p.2019).

Ademais, um sistema jurídico em harmonia com o *Rule of Law* consegue estabilizar relacionamentos sociais de forma previsível, controla a lei para que se consiga ter uma base segura para o planejamento individual. Raz também observa que o desrespeito deliberado ao *Rule of Law* viola a dignidade humana. Leis instáveis trazem incertezas sobre o futuro, desrespeita a autonomia e frustra expectativas.

Outro ponto trazido no referido capítulo é a sua defesa acerca da tese da separabilidade entre direito e moral. Raz contesta a afirmação de *Lon Fuller* acerca da necessidade de existência mínima de princípios do *Rule of Law* (seus oito *desiderata*) para que o direito exista. Para Fuller, o *Rule of Law* é uma virtude moral ideal. O Direito deve estar em conformidade com o *Rule of Law* ao menos em algum nível mínimo (RAZ, 2009, p. 223).

Contudo, ainda que Raz concorde que a maioria dos princípios defendido por ele (próprio Raz) sejam essenciais para o direito e ao mesmo tempo condizentes com violações ao

Rule of Law, não podem ser violados de forma radical por qualquer sistema jurídico. Entretanto, não seria este o tipo de consideração a estabelecer algum valor moral.

Na concepção do filósofo israelense (RAZ, 2009, p.223) a destruição radical não ocorreria em razão da essência moral, mas porque o sistema jurídico tem como base instituições jurídicas que foram formadas por regras gerais que foram claras, prospectivas e instruíram as instituições. Em outras palavras, em algum momento na escala de destruição do sistema jurídico, não haverá avanço, uma vez que o entrave será a própria regra que em algum momento encontrou coerência com o sistema. Esta para virar regra um dia encontrou uma identidade jurídica em um fato social.

Outro argumento trazido é que o *Rule of Law* é substancialmente um valor negativo, seu papel é minimizar e prevenir o perigo provocado pela própria lei que pode, por exemplo, criar leis instáveis, obscuras, retrospectivas, bem como violar a liberdade e a dignidade (RAZ, 2009, P. 224). Raz defende que há dois sentidos negativos em relação a virtude do *Rule of Law* a serem considerados. O primeiro é que a conformidade com o *Rule of Law* não causa nenhum bem a não ser quando impossibilita o mal, o segundo é que “o mal evitado é um mal que só poderia ter sido causado pela própria lei .” (RAZ, 2009, p.224)

Por fim, Joseph Raz defende que o *Rule of Law* é essencial para garantir os propósitos diretos que a lei projetou para alcançar. Esta sim seria a conexão essencial entre o Direito e o *Rule of Law*. Um valor instrumental, não um valor com importância exagerada para além do que se pode esperar desta conexão. Estes propósitos, para tanto, podem ser separados em dois tipos, tanto os propósitos garantidos pela consonância entre o *Rule of Law* e a própria lei, bem como “as consequências adicionais dessa conformidade ou do conhecimento de sua existência que o Direito pretende assegurar.” (RAZ, 2009, p.225) Nesse sentido, o argumento é de que enxergar o *Rule of Law* como uma virtude inerente ou específica do Direito é perceber sua compreensão instrumental. Mas, há uma ressalva de que o *Rule of Law* é também um requisito moral quando oportuno para que o Direito proporcione funções sociais úteis.

2.1. Um contra exemplo

No capítulo em que Joseph Raz traz o conteúdo sintetizado acima há um exemplo citado expressamente de como Hayek, segundo Raz, enaltece de forma exagerada a proteção da liberdade por meio do *Rule of Law*. Para Hayek há a proteção da liberdade em um governo que está em conformidade com o *Rule of Law*, uma vez que o *Rule of Law* exige que um sistema jurídico dispõe de normas abertas e gerais. Logo, se não há normas direcionadas de forma discriminada, há liberdade. Mas, no mesmo exemplo Raz observa que Hayek acaba por

escorregar em uma armadilha quando conclui que a gestão econômica de determinado governo não deveria ser regulada por lei específicas e discriminatórias em contradição ao *Rule of Law*, mas pelo próprio mercado. Contudo, para Raz o problema não está nas leis específicas, mas na forma como foram elaboradas (RAZ, 2009, p. 227).

Este exemplo capta a necessidade de governança por meio de leis que devem ser capazes de orientar comportamentos, mas não vai além da obediência à estas normas. Um contraexemplo que servirá ao conteúdo proposto pelo trabalho é trazido por Gerald J. Postema acerca de regras discriminatórias que foram obedecidas, mas que foram revisadas depois de um tempo, porque houve uma reflexão e um senso de responsabilidade mútua.

Ele narra uma história que ocorreu em Greensboro na Carolina do Norte (EUA). Membros da Ku Klux Klan e do Partido Nazista Americano mataram cinco pessoas e deixaram dez feridas. Estas pessoas eram ligadas ao Partido dos Trabalhadores Comunistas e estavam fazendo uma manifestação em um bairro de baixa renda em Greensboro. Ocorre que após os julgamentos todos réus da Klan e dos nazistas foram absolvidos. Contudo, havia uma tensão racial e cívica e um grupo de cidadãos com apoio financeiro do conselho local e de instituições privadas persistiram com a revisão do caso e conseguiram responsabilizar oficialmente vinte e cinco anos depois vários órgãos do sistema de segurança (POSTEMA, 2022, p.71).

O exemplo foi usado para explicar a tese da *fidelidade*, tema que será discutido mais a frente, mas servirá também para apoiar a crítica feita por Postema acerca da concepção fraca de *Rule of Law*, especificamente no que toca a exclusão de valores morais em algumas partes da lei.

2.2 Crítica de Gerald Postema à concepção fraca de obediência à lei

De forma resumida Gerald Postema (2022) traz uma proposta central ao *Rule of Law*: promete proteção de recursos contra o exercício arbitrário do poder por meio do uso diferenciado das ferramentas do Direito. Em sua obra *Law's rule* Postema constrói uma concepção e a ideia central do *Rule of Law* para além de uma concepção formal e defende que para se obter um *Rule of Law* robusto é necessária a inclusão de uma moralidade política. Há várias críticas tecidas tanto a Joseph Raz (Postema, 2022, p. 99), como a Hayek acerca de suas concepções “fracas” do *Rule of Law* em vários sentidos, assim como a outros filósofos que insistem em um grupo de parâmetros mais robusto sem arcar com seus custos e clarificar as controvérsias.

Todavia, para o que importa ao presente trabalho são alguns pontos da crítica que acreditam que os valores morais são essenciais para enxergar a ambição do *Rule of law*. A

primeira crítica se refere a declaração simplificada sobre a obediência a lei. De acordo com a tese, os membros de uma comunidade precisam compartilhar um compromisso em cumprir a lei, não basta assegurar que haja lei e ordem ou que todos cumpram a lei. Aqui a defesa de Postema é que “o governo da lei” só consegue governar quando todos os membros de uma comunidade se submetem e participam de uma rede de responsabilidade mútua. Esta é a *tese da fidelidade* (Postema, 2022, p. 100). Essencial para a realização do *Rule of Law* em uma comunidade política.

Postema defende que para alcançar um *Rule of law* robusto não basta existir um sistema de normas que sejam abertas, claras, gerais, prospectivas e que orientem comportamentos (mesmo que de forma eficiente) se a obediência consistir apenas em conveniência. Mas, estar sujeito a lei envolve submeter-se ao *Rule of Law* e assumir o compromisso de incorporá-lo no dia a dia. Este comprometimento tem ao menos dois tipos de ônus: o primeiro é submeter-se ao julgamento de outros e o segundo é ser responsabilizado.

É da mesma forma uma prestação de contas recíproca, porque ao mesmo tempo que se pode cobrar obrigações pode ser responsabilizado pelos atos. Mas há benefícios. A conformidade recíproca de ser governado pela lei, bem como estar sujeito a responsabilização pública, livre de favorecimento, independe da posição em alguma escala hierárquica de poder, assim o proveito é o controle arbitrário do poder (Postema, 2022, p.49).

A responsabilização, no entanto, deve ser realizada de maneira apropriada e com responsabilidade. Dividir os ônus do governo da lei abrange fazer parte do empreendimento cooperativo de responsabilidade. Cada um suporta essa obrigação, mas a justiça é também compartilhada por todos. (Postema, 2022, p.73). Além disso a responsabilidade que cada um deve buscar deve ser em primeiro lugar a responsabilidade pelo bem de todos, assim como no exemplo de Greensboro, ou seja, o bem buscado é público, é um bem para cada um que estará disponível quando ocorrer a proteção do exercício arbitrário do poder.

Evidentemente, as obrigações de fidelidade podem falhar. Postema considera que a falha em obedecer a lei pode ser oriunda de um sistema jurídico que deu lugar a outro sistema de normas, ainda que informal, porque a fidelidade mútua não está conectada com a lei do governo, mas com os membros entre si em relação a algumas normas de governança (Postema, p.74).

Pode-se alegar, entretanto, sobre a dispensável presença da moral ao *Rule of Law* que a obediência às normas por governantes e governados reduz o controle de poder arbitrário. Que o poder também pode ser previsto por meio de regras estabelecidas e anunciadas antecipadamente. Que a conformidade do sistema com o *Rule of Law* garantiriam os propósitos para os quais a lei foi projetada a alcançar (RAZ, 2009, p.223). A este argumento Postema

responderia, sem embargo, que apesar do Direito oferecer a própria lei como ferramenta particular de controle do exercício de poder, o objetivo do *Rule of Law* não seria apenas minimizar os perigos trazidos pela própria lei (*Rule of Law* no sentido negativo).

O *Rule of Law* para Postema tem como finalidade constranger, oferecer proteção e proporcionar recursos mais eficazes contra o exercício de poder arbitrário. Mas, a demanda por obediência a lei agregada com a fidelidade é moralmente política, porque a lei ou o sistema jurídico nem sempre é confiável e necessariamente justo com grande potencial de fazer o mal e uma de suas falhas pode ser justamente a conformidade com o *Rule of Law*. (Postema, 2022, p.81).

2.3. Crítica de Gerald Postema à ausência de Direitos Fundamentais no cerne no *Rule of Law*

A desaprovação se refere mais uma vez a concepção de um *Rule of Law* formal adotada por Joseph Raz, mais especificamente a ausência de alguns direitos fundamentais que por algumas razões devem fazer parte da concepção do *Rule of Law*. A visão de Gerald J. Postema vai além da concepção de que a lei deve ser capaz de guiar comportamentos. Postema dispõe de duas linhas argumentativas para defender a inclusão dos direitos fundamentais ao *Rule of Law*. A primeira linha evidencia as consequências que se pode esperar de um ideal do *Rule of Law* que incorpore alguns direitos fundamentais e a segunda linha demonstra os motivos principiológicos pelos quais se faz importante a introdução de alguns direitos fundamentais como base do governo da lei (Postema, 2022, p.101).

As consequências positivas da inclusão de alguns direitos fundamentais são vistas, de acordo com Postema, até mesmo por autores que possui uma concepção fraca do *Rule of Law*. O argumento não é de que desfrutar de um sistema em conformidade com o *Rule of Law* tenha como resultado algum grau de justiça, mas certamente a ausência de uma injustiça radical (Postema, 2022, p.102). Além disso, a conformidade com o *Rule of Law* possui muitas demandas, mas se por qualquer motivo um governo opta por governar seguindo as exigências do *Rule of Law* em alguma medida haverá o reconhecimento de alguns dos direitos fundamentais.

Os motivos pelos quais um governante entende ser conveniente adotar as reivindicações do *Rule of Law* podem ser os mais variados, desde não ser visto como um tirano e ter uma imagem negativa até autenticar sua legitimidade. Todavia, para Postema, o que importa é saber se mesmo motivado por interesses próprios a prática ainda pode possibilitar algum tipo de estabilidade, previsibilidade e proteção contra abusos de poder.

A resposta é positiva. Apesar de ressaltar que os argumentos propostos por *Lon Fuller* e *Paul Gowder* não capturam de forma eficaz a relação entre o *Rule of Law* e os direitos

fundamentais (Postema, 2022, p.105). Postema concorda com a premissa fundamental de *Fuller* de que uma das consequências de se governar conforme as exigências do *Rule of Law* robusto, ainda que o governante tenha como objetivo a necessidade de ser visto como legítimo, é a dificuldade de seguir com políticas brutais e extremamente injustas. A busca para alcançar a legitimidade faz com que haja demandas básicas de justiça e respeito pelos direitos.

Já para *Gowder* a tese utilizada para promover os direitos fundamentais como consequência de um governo que adota o *Rule of Law*, é a “teleologia da igualdade do *Rule of Law*”, isso significa que a finalidade intrínseca de um *Rule of Law* robusto gera um impulso para promover mudanças nas condições sociais, econômicas e políticas em direção a uma igualdade maior. Tal porque o *Rule of Law* persevera em uma comunidade apenas se seus membros tiverem motivos que bastem para se comprometer com prática da responsabilização contra os poderosos, bem como se esta comunidade preencher as condições para a participação da prática. Estas condições estão relacionadas com a igualdade de tratamento na responsabilização. Leis e ações oficiais para *Gowder* não passam no teste da generalidade, a resposta, portanto, é a criação de instituições sociais e econômicas por meio da lei que trará maior igualdade substantiva (Postema, 2022, p.105).

Todavia, para Gerald J. Postema a resposta para a pergunta: “porque os direitos fundamentais necessariamente devem fazer parte do *Rule of Law*?” veio da afirmação da Comissão de Veneza acerca da união entre *Rule of Law*, democracia e direitos humanos (Postema, 2022, p. 106). Postema contorna o argumento exposto pelo conselho europeu, faz ressalvas e modela o ideal que ele chama de paroquial e ao mesmo tempo uma verdade universal. O professor emérito da Carolina do Norte (EUA) fala sobre a Democracia em mais de um momento em sua obra, mas explora nesta tese o entrelaçamento e a sobreposição entre o *Rule of Law* e os direitos humanos.

O entrelaçamento é a relação simbiótica entre os dois valores principais da moralidade política: o *rule of law* e os direitos humanos. Acredita-se ser este seu valor principiológico. A função de cada um é servir aos valores morais mais fundamentais aos quais estão fundados e dependem um do outro para cumprir suas funções (Postema, 2022, p.106). Nesse sentido, só haverá direitos fundamentais se houver deferência ou *Rule of Law*, assim como só haverá um *Rule of Law* se houver respeito aos direitos fundamentais. Há direitos que dependem do *Rule of Law* à exemplo dos direitos morais que necessitam de elaboração de leis para preencherem lacunas, assim como há dependência do *Rule of Law* em relação a certos direitos.

Este vínculo está relacionado com as formas moralmente repugnante de abuso (tortura, escravidão, etc) que são destacadas por meio de direitos humanos universalmente reconhecidos.

É necessário que o *Rule of Law* reconheça esses direitos como lei, proteja e ofereça recursos as pessoas contra eventuais violações. Não basta proteger as pessoas apenas contra o abuso de poder. Há uma reivindicação moral das instituições que exigem o reconhecimento dos direitos humanos tornando o *Rule of Law* moralmente inseparável destes direitos (Postema, 2022, p.107).

Pode-se alegar, todavia, a impossibilidade da incorporação de direitos fundamentais e princípios ao conceito de *Rule of Law*. O conceito de direito seria nessa hipótese criterial e não interpretativo (RAZ, 2009, p.212). A esta indagação Postema alegaria ser necessário o uso do conceito interpretativo para definir o ideal do *Rule of Law*, dado que o ideal de moralidade política consiste em interpretação de valores que envolve justiça, igualdade, democracia, abusos etc (Postema, 2022, p.18).

Já a sobreposição dos direitos fundamentais em relação ao *Rule of Law* ocorre quando há motivos morais que defendem direitos humanos. Nestes casos, esses valores fazem parte dos princípios gerais do *Rule of Law*, mas são sobrepostos em razão de sua importância. São exemplos as execuções justas e imparciais por motivos morais independentes. Outros direitos humanos que tem como escopo tornar eficaz redes de responsabilidade mútua por meio de instituições eficazes também fazem parte do núcleo de uma democracia liberal, mas são sobrepostos porque são necessários para o funcionamento eficaz de instituições que implementam o *Rule of Law* (Postema, 2022, p.109).

3. Fidelidade mútua e Moralidade Política: base das críticas

As críticas de Gerald J. Postema tecidas à Joseph Raz acerca da ideia central do *Rule of Law* consiste basicamente na sua concepção fraca de construir o que ele chama de ideal político. Postema incorpora o ideal incluindo a moralidade política. Para conceber a ideia de um *Rule of Law* robusto acrescenta um ingrediente para compreensão da obediência as regras. O *ethos* da fidelidade. (Postema, p.19). Não é suficiente para Postema que haja compreensão das características essenciais da lei para que ela seja obedecida, mas é necessário identificar na lei algum proveito para que então sobrevenha uma disposição de se submeter a norma e respeitar seus limites. O ganho é o controle do exercício de poder arbitrário tanto na dimensão horizontal quanto vertical. A ferramenta é a fidelidade mútua e o poder de responsabilização entre todos os membros de uma comunidade (Postema, p.66).

Embora Raz defenda que para a lei governar é crucial que incorpore virtudes, isto é, um atributo que potencializa a instrumentalidade da lei para que um dano pela própria lei seja minimizado, bem como auxilia na busca de objetivos indiretos projetados pela lei, a narrativa

de Postema faz sentido já que esta virtude *negativa* talvez não seja suficiente para despertar a compreensão de que compromissos coletivos possam ser eficazes para o controle de exercício de poder arbitrário.

Em primeiro lugar, porque Raz adota a concepção de regra de *reconhecimento* desenvolvida por Hart a qual uma regra não tem aprovação valorativa. Isso significa que as razões para obedecer a uma regra é apenas por reconhecê-la como regra, bem como as razões que constituíram sua existência, mas não as razões de sua aprovação, ou seja, a aceitação da regra não envolve a aprovação moral ou a análise das obrigações morais que o Direito cria (RAZ, 2009, p. 223), .

Contudo, para que o sistema de freios e contrapesos intragovernamental sugerido por Postema funcione, o uso de um maior potencial de instrumentalidade da lei não basta, porque o comprometimento de responsabilidades recíprocas não está relacionado com a lei ou com o governo. A lei no exemplo de Greensboro foi reconhecida e cumprida, mas foi também por meio de obrigações morais que a responsabilização ocorreu (Postema, 2022, p.72). Não se enxerga uma submissão “valorizada” à uma norma se o reconhecimento de sua existência também foi ausente de valores.

Em segundo lugar a teoria da *autoridade* desenvolvida por Joseph Raz demonstra que a obediência ao direito depende da existência de razões exclusionárias. Ou seja, a razão para obediência se dá por motivos de conveniência de algum tipo de paz, pretexto que basta para que não se questione a respeito de outras razões para sujeitar-se as normas (RAZ, 2009, p.17). Todavia, a sujeição a lei com a assimilação de que o resultado será um bem comum é uns dos aspectos principais para se obter o *ethos* da fidelidade.

Isso porque, há necessidade de primeiramente entender que estar sujeito a lei é estar sujeito ao julgamento de outro. Antes de saber o motivo pelo qual a pessoa obedece a uma determinada norma, é preciso antes ainda refletir que há pessoas por trás das normas para que então concorde em participar de uma rede de responsabilidade. Uma vez que houve acordo em participar é importante ponderar que sujeitar-se a lei e se envolver na empreitada de responsabilidade mútua implicará em benefício recíproco da proteção da lei em relação ao exercício de poder arbitrário. Não há, portanto, nesta teoria a submissão a um sistema de normas que tenha reflexões e como consequência a responsabilização mútua e obrigações recíprocas (Postema, 2022, p.74)

No tocante a defesa de Postema acerca da ideia central do *Rule of Law* necessariamente incorporar Direitos Fundamentais, a tese do *entrelaçamento* desenvolvida pela Comissão de Veneza condiz com o lógico. Novamente, para Joseph Raz o *Rule of Law* tem como intuição

básica o fato de que a *lei deve ser capaz de guiar o comportamento de seus sujeitos* (RAZ, 2009, p.213). E, como ele mesmo declara, esta concepção formal não diz nada acerca dos direitos fundamentais, mas o conteúdo do *Rule of Law* antes de passar a significar todas as virtudes do Estado tem como base esta ideia fundamental (RAZ, 2009, p.214).

Novamente, enxergar o *Rule of Law* incorporado aos direitos fundamentais mais uma vez inclui valores da moralidade política e sabe-se que até certo ponto o positivismo jurídico incluiu princípios no sistema jurídico demonstrando sua consistência interna. Mas, o ponto a ser considerado relevante para esta discussão é o fato de Gerald Postema defender a existência de uma simbiose entre o *Rule of Law* e alguns direitos fundamentais (Postema, 2022, p.106). Se, conforme Raz defende, a concepção formal do *Rule of Law* nada diz acerca dos direitos fundamentais, como combater formas moralmente repugnantes de abuso como tortura, escravidão sem utilizar valores e princípios morais?

Se os abusos são reconhecidos por meio de valores morais as melhores ferramentas para combatê-los também estará no campo dos valores morais. É por meio de reflexões com apelo valorativo que se consegue refletir sobre comportamentos e práticas que podem ser abandonadas ou promovidas. Certamente, no exemplo de Greensboro não haveria responsabilização dos órgãos de segurança se valores como justiça, igualdade perante a lei e publicidade não estivessem presente no Direito.

4. Decisões dos tribunais brasileiros envolvendo o termo do *Rule of Law*

A expressão do *Rule of Law* foi utilizada no sentido demonstrar a adesão do Brasil ao Estado de Direito. O ministro relator cita matéria que aborda o desempenho do Brasil no Índice Mundial de Justiça (*Rule of Law Index*) durante o período de 2017/2018 onde o país ficou na 52º posição entre 113 países avaliados. A citação diz respeito ao inconformismo do ministro acerca da não obediência a lei. Tratava-se do caso de uma mulher foi denunciada pelo Ministério Público Federal pelo crime de descaminho, devido à posse de mercadorias estrangeiras sem documentação fiscal, com tributos iludidos totalizando aproximadamente R\$ 16.054,59 e R\$ 5.110,14.

Inicialmente, ela foi condenada a 2 anos de reclusão, substituídos por penas restritivas de direitos. Contudo, ao apelar, a decisão foi revertida com base no princípio da insignificância, pois os tributos iludidos eram inferiores a R\$ 20.000,00, levando à sua absolvição. Contudo, a decisão mostra uma divergência entre o STJ e o Supremo Tribunal Federal (STF), que, em decisões recentes, tem aplicado o parâmetro de R\$ 20.000,00 mesmo para fatos ocorridos antes da vigência das Portarias que o estabeleceram (BRASIL, 2017).

Em outro caso o *Rule of Law* foi citado no sentido de “todos estarem submetidos às leis, governantes e governados (nesse caso, tanto a pessoa jurídica quanto o órgão). A empresa Samsung contestou uma multa de R\$ 11.086,42 aplicada pelo Procon/ES, alegando desproporcionalidade e que já havia ressarcido a consumidora. O Tribunal decidiu suspender a exigibilidade da multa, considerando-a desproporcional e reconhecendo que a Samsung havia cumprido com suas obrigações de ressarcimento (BRASIL, 2012).

O *Rule of Law* também foi citado em decisão de ADPF com objetivo de fundamentar a importância de limitação do poder de Estado. O STF, por unanimidade, declarou a Lei Municipal nº 10.553/2016 de Fortaleza inconstitucional. A lei proibia o transporte privado individual de passageiros por aplicativos, o que foi considerado uma violação da competência federal para legislar sobre transportes e dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. A decisão aborda a proteção das atividades econômicas e profissionais contra a coerção arbitrária do Estado, destacando que a fiscalização dos limites do poder regulador deve ser feita por uma instância independente para evitar o surgimento de poder hegemônico (BRASIL, 2019).

O objetivo desse item foi escolher algumas decisões de forma pincelada para examinar a forma pela qual o *Rule of Law* é usado nas cortes brasileiras. Desde a área do direito do consumidor (ou tribunal de segunda instância) até as cortes superiores (STJ/STF), observa-se o uso de diversas concepções do *Rule of law* para fundamentar e demonstrar a adesão do Brasil ao Estado de Direito quando as cortes descartam leis que estão em vigor.

O emprego da expressão do mesmo modo foi utilizado com objetivo de postular que todos sejam submetidos a leis, tanto governantes como governados. E, por fim, a aplicação do termo para memorar a limitação de poder do Estado. Em todos os casos, o uso da compreensão do *Rule of Law* estão em consonância, tanto com a concepção de Joseph Raz no sentido da premissa de obediência e a governança por meio da lei, quanto para Gerald Postema no sentido de apresentar recursos contra o exercício de poder arbitrário.

CONCLUSÃO

Se por um lado Joseph Raz defende que o *Rule of Law* é como uma virtude inerente do direito. Tem como objetivo minimizar e prevenir o perigo provocado pela própria lei à exemplo de leis instáveis e obscuras, por outro lado para Gerald Postema o *Rule of Law* robusto, na perspectiva de uma ciência deontológica, comporta mais do que normas gerais e claras que orientam comportamentos. O “governo da lei” governa apenas quando todos os membros de uma comunidade se submetem e participam de uma rede de responsabilidade mútua, denominada *ethos* da fidelidade.

Incorporar essa dimensão robusta da moral significa ganho do controle do exercício do poder arbitrário tanto na dimensão horizontal quanto vertical. Levantou-se, por meio das decisões a relevância de análise da liberdade (iniciativa profissional), a transparência do governo e a participação da sociedade civil (desempenho do *Rule of law* pelo Index), interpretação das normas, dentre outros temas de natureza valorativa. Em outras palavras não seria possível construir a concepção do *Rule of Law* descartando premissas morais. Além disso, o uso do *Rule of Law* apenas como potencial de instrumentalidade da lei não basta, porque o envolvimento de responsabilidades recíprocas, conforme defendido, tanto por Postema, quanto nas decisões das esferas privadas, não está conectado apenas com a lei, mas com apelo a valores morais como igualdade perante a lei e justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Nações Unidas. **Em cúpula da ONU, líderes mundiais apelam para que todos os países respeitem o Estado de Direito**, 2012. Disponível em: <https://encurtador.com.br/svCEN>. Acesso em 06/04/2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça 3.^a Seção. Recurso Especial 1.688.878-** SP. Ministro: Sebastião Reis Júnior. Data do Julgamento 28/11/2017. Diário da Justiça Eletrônico. Dez / 2017. Revista dos Tribunais, vol. 991, p. 738, JRP\2017\762495

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. AgIn 0018604-21.2012.8.08.0024** - 4.^a Câmara Cível. Julgado por: Eliana Junqueira Ferrera. Data do Julgamento: 03/09/2012 Diário da Justiça Eletrônico. Dez / 2017. Revista dos Tribunais, vol. 991, p. 738, JRP\2017\762495

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 449** - Tribunal Pleno. Julgado por Luiz Fux - DJe 2/9/2019 - Diário da Justiça Eletrônico | Set / 2019 | JRP\2019\769397

COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553607884. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607884/>. Acesso em: 07 abr. 2024.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Editora Manole, 2018. E-book. ISBN 9788520455791. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455791/>. Acesso em: 23 mar. 2024.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford University Press, 2009.

POSTEMA, Gerarld J. Law's Rule. **The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law**. Oxford University Press, New York, 2022.