

5

J. Raz: as normas como razões protegidas

5.1

Sobre a estrutura geral das razões para a ação

Pelo que se expôs até o presente momento, talvez ainda existam dúvidas sobre o exato sentido do vocábulo “norma” e da expressão normativa “disposição jurídica”. Como se trata de tese autoral, será utilizada no que segue a terminologia de Raz. Segundo ele, é necessário distinguir, de um lado, normas imperativas; e, de outro, normas não-imperativas. Imperativas são as que instituem obrigações e proibições; não imperativas são aquelas que instituem permissões ou conferem poder normativo (Raz, 2002, p. 49). Embora o vocábulo “norma” possa ser utilizado para fazer referência àquelas entidades normativas dotadas ou não de generalidade, como, aliás, já se viu acima, no que segue serão consideradas somente as que possuem o traço da generalidade.

A tarefa de explicar como o direito se relaciona com razões para a ação envolve dois aspectos distintos. Em primeiro lugar, envolve uma investigação sobre a natureza das razões para a ação. Essa análise tem por fim apontar quais são seus traços característicos e o papel desempenhado por elas no raciocínio prático. A investigação de seu papel no raciocínio prático levará Raz a propor a distinção entre razões de *primeira* e de *segunda ordem*. O segundo aspecto da questão diz respeito às normas jurídicas propriamente ditas. A pergunta que deve ser feita aqui é a seguinte: se normas são razões para a ação (ou se relacionam com elas), que tipo de razões elas são (ou com que tipo de razões elas se relacionam). Os próximos itens têm por escopo fornecer uma resposta a essas duas perguntas.

5.1.1 O papel das razões

Assim como existem razões para a ação, também existem razões para crenças, desejos, emoções, atitudes, para normas e instituições etc (Raz, 2002, p. 15). De todas elas, as duas primeiras são as mais importantes, pois explicam como as demais derivam ou dependem delas. De acordo com Raz (2002, pp. 15-16), as razões desempenham uma tarefa teórica e prática: teórica, porque se prestam a explicar determinado comportamento; e prática, porque podem ser utilizadas para valorá-lo ou guiá-lo. A análise de sua dimensão prática deverá ser capaz de explicar o papel das normas no raciocínio jurídico.

A natureza das razões para a ação não é algo de consensual. Embora em seu uso corrente elas sejam tomadas normalmente como motivos, fundamentos ou causas que servem para explicar determinada ação ou para justificar uma ação ainda não realizada – e isso não seja fonte de desentendimento entre falante e ouvinte – uma investigação dos diferentes contextos em que aparecem demonstra a ambigüidade do termo estudado. Os autores abordaram de forma diferente a questão da natureza das razões. Grice, por exemplo, afirma que razões para a ação são enunciados:

“It will save verbiage if I speak of the proposition as a reason for acting, and this device will be adopted frequently. (...) I must now try to make clear my view upon what kinds of proposition can be reasons for acting” (1978, pp. 173 e 174).

De acordo com Raz, o motivo para vê-las como enunciados é que estes possuem uma estrutura lógica, o que possibilita sua análise lógica no marco do raciocínio prático (2002, p. 17). Dois argumentos, porém, sugerem a inadequação do ponto de vista de Grice. Em primeiro lugar, também as crenças e os fatos podem ser analisados logicamente – pelos menos o *enunciado de um fato* e o *enunciado de uma crença* podem, isso pelo simples fato de serem enunciados. Em segundo lugar, o uso comum da linguagem parece não tolerar tal interpretação. Afinal, é o fato de que irá chover ou a crença nesse fato (e não o enunciado de que choverá) que é para alguém uma razão para levar o guarda-chuva (Raz, 2002, p. 17).

A opção pelos fatos ou pelas crenças como bons candidatos para explicar a natureza das razões irá depender do contexto em que se usa o termo, ou como já se disse logo acima, da função desempenhada por elas. Se a tarefa é teórica, sua função é explicar, e a razão é, portanto, uma razão explicativa (“explanatory reason”). Tal é o caso quando se pretende explicar uma ação já realizada. Nesse contexto, razões podem ser identificadas com crenças ou desejos. A crença de que irá chover e o medo da punição são, nesse sentido, razões para explicar por que alguém levou um guarda-chuva ao sair de casa e por que alguém obedeceu a lei (Raz, 1978, p. 3). Razões explicativas nada mais são do que estados da mente de uma pessoa cuja ação se quer explicar. Metas, desejos, crenças factuais e convicções morais são exemplos de razões que podem explicar determinado comportamento (Raz, 1978, p. 4). Se, contudo, a tarefa é prática, sua função é guiar ou valorar determinado comportamento. Será chamada de razão-guia (“guiding reason”) toda razão utilizada para guiar um comportamento. Em tal contexto, razões devem necessariamente ser identificadas com fatos. É o fato de que irá chover, e não a crença nele, que é uma razão para levar o guarda-chuva ⁵⁸.

“I should take this medicine because it will alleviate my pain, not because I think that it will do so. The fact that it will help is a reason for me to do so even if I do not believe that it will – that is precisely why my G. P. informs me that it will alleviate my pain – so that I shall know that there is a reason for me to take the medicine. *But his bringing this fact to my knowledge does not create the reason. It merely informs me of its existence and makes it possible for me to take it into account.* Contrariwise, if my belief that the medicine will help would have been by itself a (guiding) reason for taking it then there would have been no gain in telling me that I am mistaken and that in fact it will harm me. If belief is by itself a reason, then even though had I come to believe that it will harm me I would then have had reason for avoiding it; so long as I believed it to be beneficial I had all the reasons I could have had for taking it and was in no way wrong in doing so.” (Raz, 1978, p. 3, grifo meu).

Por fato se deve entender aqui tudo aquilo de que falamos quando fazemos afirmações do tipo “é um fato que...” (Raz, 2002, p. 18). Nesse sentido, processos, performances, atividades, a ocorrência de certos eventos e mesmo valores são fatos. Para ser mais breve, no sentido amplo que Raz lhe confere, tanto os fatos sobre o mundo quanto a validade de certos princípios morais são fatos (Raz, 1978, p. 4).

⁵⁸ De acordo com Raz, o fato de que podemos utilizar razões em um terceiro contexto, especificamente para avaliar uma ação, não dá azo à criação de um terceiro tipo de razão (que não seja nem explicativa, nem guia). Afinal, quando avaliamos uma ação, é a referência às razões que serviram como guia que nos autoriza a classificá-la como boa ou ruim. Por outro lado, é com referência a razões explicativas que julgamos a racionalidade do agente, que pode ser medida à luz de suas crenças e objetivos (Raz, 1978, p. 3)

A referência a uma razão para a ação é, normalmente, uma referência a uma razão para uma pessoa praticar uma ação, caso ocorram certas condições (Raz, 2002, p. 19). Se razões são fatos, e se a prática de certa ação pode ser vista também como um fato, pode parecer plausível afirmar que razões são relações entre fatos. Essa interpretação, porém, dificulta a explicação da utilização de razões para acessar casos hipotéticos e para guiar comportamentos. Para que sirvam a esse propósito, teríamos que descrevê-las como relações entre fatos atuais ou entre fatos possíveis. Por isso, uma interpretação mais adequada ao uso corrente da linguagem deverá considerá-las relações entre fatos e pessoas (Raz, 2002, p. 19).

5.1.2

Razões completas, razões operativas e razões auxiliares

Em uma conversa normal, dificilmente enunciamos de forma completa as razões para certa ação. Confira-se o seguinte exemplo ⁵⁹: se perguntam a John por que vai à estação de trem, as seguintes respostas podem ser imaginadas: [a] James chegará lá; ou [b] James ficará feliz se John for encontrá-lo na estação; ou [c] John gostaria de agradar James. Embora não se espere de John a enunciação dessas três razões – caso perguntado sobre o por quê de ter ido à estação – podemos afirmar, ao menos de forma intuitiva, que, conjuntamente consideradas, elas aproximam-se do enunciado de uma razão completa. Suponha-se que, indagado de forma sucessiva sobre seus motivos, John forneça primeiro a resposta “a”, depois “b”, depois “c”; e que então afirme que [d] prometeu a James encontrá-lo na estação; que [e] as promessas devem ser cumpridas; e que [f] se deve procurar agradar os amigos. Ao que parece, existem relações lógicas diferentes entre essas afirmações, e entre elas e a ação de John ir à estação. [a], [b] e [c] enunciam partes de uma razão que John tem para ir à estação. [d], por sua vez, enuncia parte de uma segunda razão para a mesma ação. Por um lado, [a] pode também ser parte da segunda razão, mas não podem sê-lo [b] ou [c]. [e] e [f] não são razões para John ir à estação, mas sim *razões para as razões* para ir à estação. Ambas explicam de duas formas

⁵⁹ O exemplo é de Raz (2002, pp. 22 e 23).

diferentes por que John tem, ou se considera como tendo duas razões para ir à estação.

A explicação do que é uma razão completa consiste na explicação da diferença entre, de um lado, completar a afirmação de uma razão e, de outro, enunciar uma segunda razão para a prática da mesma ação pela mesma pessoa ou prover uma razão para aquela razão (Raz, 2002, p. 23). De acordo com o exemplo, o fato de James ficar feliz ao ser encontrado na estação [b] e o desejo de John de agradar James [c], acrescidos à chegada de James à estação [a], completam uma razão que John tem para praticar a ação de ir à estação. Contudo, é possível que essa não seja a única razão que o leve à estação. Pode ser que John tenha também prometido a James encontrá-lo [d]. Já [e] (o dever de manter as promessas) é uma razão para que a promessa feita seja vista efetivamente como uma razão para ir à estação (portanto, uma razão para outra razão, e não para uma ação); [f] (o dever de agradar os amigos), igualmente, é uma razão para considerar [a], [b] e [c] uma boa razão para ir à estação. Como afirma Raz (2002, p. 24),

“o fato de que p é uma razão completa para Φ para uma pessoa x se, e somente se (a) necessariamente, para qualquer pessoa y que entenda a afirmação de que p e a afirmação de que x pratica Φ , [pode-se dizer que] se y acredita que p ele acredita que existe uma razão para que x pratique Φ , desconsideradas outras crenças que y tenha; ou (b) $R(\Phi)p,x$ ⁶⁰ requer $R(\Phi)q,y$, que, por sua vez, é uma razão completa. Contudo, o fato de que p não é uma razão completa se a afirmação de que p satisfaz a definição somente porque requer que alguém conheça algum fato s , e s satisfaça a definição”

Ou, ainda seguindo o exemplo, o fato de que [a] (James chegará na estação); [b] (James ficará feliz se John for encontrá-lo lá); e [c] (John gostaria de agradar James) é uma razão completa para John ir à estação se, e somente se, necessariamente, qualquer outra pessoa que entenda a afirmação do fato citado e a afirmação de que John vai à estação acredita que existe uma razão para ir à estação porque acredita no fato citado, desconsideradas outras crenças que possua.

Essa explicação de razões completas, dada por Raz em “Practical Reason and Norms”, é interessante porque fornece um critério, com base no qual se pode separar fatos que são razões para determinadas ações de fatos que não o são. Um fato é uma razão para certa ação quando é visto por todos como uma

⁶⁰ O enunciado $R(\Phi)p,x$ deve ser lido da seguinte forma: p é uma razão para que x pratique Φ .

razão para tal. Contudo, ela não provê nenhum critério, com base no qual se possa dizer se um conjunto de fatos é uma razão completa ou somente parte de uma razão completa. Uma explicação mais sofisticada e precisa pode ser encontrada na introdução de “Practical Reasoning”. O argumento seguinte é uma explicitação das premissas assumidas, porém não externadas por Raz nessa segunda explicação. A chave para a compreensão de uma razão completa encontra-se na idéia de inferência prática válida. Uma inferência prática é um raciocínio formado por premissas que enunciam que determinados fatos são uma razão para que certa ação seja praticada e por uma conclusão consistente em um enunciado que fornece razões (“reason-giving statement”) ou um enunciado de dever (“ought-statement”) (Raz, 2002, p. 28). Uma inferência prática é válida se sua conclusão apóia-se de forma adequada nas premissas (Raz, 1978, p. 5). Suponha-se um agente, um conjunto qualquer de fatos e uma ação realizada por esse agente. A justificação dessa ação nada mais é do que a reconstrução do raciocínio levado a cabo pelo agente. A reconstrução irá requerer do agente a identificação das premissas e a demonstração de que a conclusão apóia-se adequadamente nelas. Uma conclusão será adequada quando as premissas enunciarem fatos que sejam necessários e suficientes para se chegar à conclusão; será inadequada quando, alternativamente, as premissas enunciarem fatos que sejam necessários, porém não suficientes, ou fatos que sejam suficientes, porém não necessários. Se os fatos forem necessários, mas insuficientes para se chegar à conclusão, então a inferência é inválida; se forem suficientes, mas não necessários, então a inferência é inadequada porque contém premissas redundantes⁶¹. Se, por outro lado, os fatos forem suficientes e necessários para se chegar à conclusão, então as premissas enunciam uma razão completa. Uma razão completa atômica, portanto, é o conjunto formado por todos os fatos enunciados pelas premissas de uma inferência prática válida que não contenha premissas redundantes (Raz, 1978, p. 5).

Raz sustenta que toda razão completa inclui uma razão operativa, e que toda razão operativa é uma razão completa para uma ou outra ação (Raz, 2002, p. 33). O que vem a ser uma razão operativa requer alguma atenção. No exemplo de John, [a], [b] e [c] são enunciados de fatos cuja conclusão é um enunciado de razões. Especificamente: porque James chegará à estação, porque John quer agradar James e porque James ficará feliz ao ser encontrado

⁶¹ De acordo com Raz (1978, p. 5), uma premissa é redundante quando sua omissão não invalida a inferência.

na estação, John tem uma razão para ir buscá-lo. Voltemos nossa atenção para a premissa [b], de acordo com a qual John quer agradar James. Como se percebe, trata-se de um desejo de John. O desejo de alguém é sempre uma razão para a prática de certa ação ⁶². Portanto, enunciados que expressam desejos são enunciados que fornecem razões. Uma característica singular desses enunciados (e também dos enunciados de dever) é que eles implicam uma *atitude crítica* para com crenças que se conformam ou que conflitam com ela, manifestadas, por exemplo, em atitudes críticas em relação a pessoas; e ainda outra, chamada por Raz de *atitude crítica prática*, direcionada a outros aspectos do mundo, diferentes das crenças. Suponha-se que Adam, sócio de John, não acredite nas intenções do colega e pense que sua ida à estação tem por único objetivo servir de desculpa para chegar mais tarde ao escritório. Ao saber da opinião de Adam, é possível que John tome o sócio como um cético (*atitude crítica*) e que reflita sobre as conseqüências do ceticismo extremado para a manutenção harmônica de uma sociedade (*atitude crítica prática*).

Um razão é operativa se a crença na sua existência requer uma atitude crítica prática (Raz, 2002, p. 33). Tanto [a] (a chegada de James à estação), quanto [c] (sua felicidade ao ser encontrado) não requerem nenhuma atitude crítica. Afinal, não são mais do que constatações fáticas. Porque não são operativas essas razões são chamadas de auxiliares. A função de uma premissa que enuncia uma razão auxiliar é justificar a transferência da atitude crítica prática da razão operativa para a conclusão (Raz, 2002, p. 33). Isso pode ser feito de diversas maneiras, a depender do tipo de razões auxiliares em questão. Dois deles são particularmente importantes. O primeiro consiste naquilo que Raz denomina *razão identificadora*: sua função é ajudar a identificar o ato para cuja prática existe uma razão (Raz, 2002, p. 34). No exemplo citado, são razões identificadoras as premissas [a] e [c]. O segundo tipo é formado por razões que ajudam a determinar qual razão é mais forte em uma situação de conflito. São chamadas de *razões que afetam o peso*. Suponha-se que alguém queira ajudar Jim ⁶³, e que existam duas coisas que o ajudariam. Suponha-se, ainda, que essa pessoa só possa fazer uma delas, e, portanto, tenha que escolher entre dois possíveis cursos de ação. Nesse caso, ela deveria pensar no quanto uma e outra ação ajudariam Jim, vale dizer, qual delas seria para ele mais benéfica.

⁶² Em sentido contrário, Grice (1978, p. 172): "(...) Reasons are independent of desires, and this is one of the ways in which the concepts of reason for acting and motive differ. It may be objected to this thesis that 'I want to do x' is itself a reason for doing x. But the truth is that is not"

⁶³ O exemplo é de Raz (2002, p. 35).

Esses fatos servirão para determinar o peso das duas razões conflitantes: prevalecerá aquela que trazer mais benefícios a Jim.

5.1.3 A dimensão de peso das razões

O exemplo de Jim aponta para uma característica importante do raciocínio prático: é natural que existam razões conflitantes. Se é natural que razões diferentes podem apontar para ações diferentes; e se, mesmo nesses casos, acabamos por optar por um curso de ação e não por outro; então, é possível dizer que nossa escolha indica que uma ou mais razões tiveram um peso maior no nosso processo deliberativo, ou seja, uma ou mais razões prevaleceram sobre outra ou outras razões. A questão que então se coloca é: dada uma situação de conflito, qual razão deve prevalecer, ou, dito de outra forma, qual razão possui peso maior? Como o peso de uma razão é determinado pelo número de razões conflitantes que ela supera, convém, em primeiro lugar, definir conflito de razões e superação. De acordo com Raz (2002, p. 25),

- p conflita em sentido estrito com q relativamente a x e Φ se, e somente se $R(\Phi)p, x$ e $R(\text{não } \Phi)q, x$.
- p supera q relativamente a x e Φ se, e somente se p e q são razões conflitantes em sentido estrito relativamente a x e Φ e $R(\Phi)p \& q, x$ e não $R(\text{não } \Phi)p \& q, x$.

Ou, dito de outra forma, ocorre conflito em sentido estrito se, e somente se p é uma razão para que x faça Φ e q é uma razão para que x não faça Φ . Da mesma forma, p supera q se, e somente se p e q são razões conflitantes em sentido estrito relativamente a x e Φ , e p e q, conjuntamente consideradas, requerem que x faça Φ , ao passo que jamais p e q, conjuntamente consideradas, requerem que x não faça Φ ⁶⁴. Como se viu, uma razão supera a outra porque possui um peso maior do que ela. Essa situação deve ser

⁶⁴ Ou, como explica Bittner (2003, p. 18), "reasons are in conflict if the one is a reason for doing, and the other is a reason for not doing, the same thing. And one conflicting reason overrides the other if the conjunct of the two is a reason to do what the *overriding* one by itself is a reason to do; whereas the conjunct is not a reason to do what the *overridden* one by itself is a reason to do" (o grifo não está no original).

distinguida de outra, em que uma razão é cancelada por uma condição de cancelamento (Raz, 2002, p. 27).

“Uma razão pode ser superada somente por um fato que é, ele mesmo, uma razão para uma ação contraditória. Entretanto, às vezes nós temos $R(\Phi)p,x$ e não $R(\Phi)p \& q,x$, e ainda não $R(\text{não } \Phi)q,x$. De fato, q pode não ser uma razão para qualquer ação. A necessidade de levar um homem machucado ao hospital no momento em que prometi encontrar um amigo no Carfax é uma razão para não comparecer ao encontro, razão essa que supera a promessa, que é uma razão para comparecer. O fato de meu amigo ter me desobrigado de minha promessa não é uma razão para nada, mas ainda assim cancela a razão para ir ao Carfax, criada pela promessa.” (Raz, 2002, p. 27)

Importante notar que como o cancelamento não envolve o conflito de razões, ele não afeta seu peso relativo. Assim, “o fato de que uma razão seria cancelada por certa condição, enquanto outra razão não seria, não significa que a segunda é mais forte do que a primeira” (Raz, 2002, p. 27). Compreendido o significado de uma razão completa e de sua dimensão de peso, pode-se inserir os seguintes conceitos:

- *Razão conclusiva*: p é uma razão conclusiva para que x faça Φ se, e somente se p é uma razão para que x faça Φ (a qual não foi cancelada) e não existe um q , tal que q supera p .
- *Razão absoluta*: p é uma razão absoluta para que x faça Φ se, e somente se não possa haver um fato que a supere; ou seja, para todo q nunca é o caso de que q , q supera p .
- *Razão prima facie*: é uma razão que não é conclusiva nem absoluta. (Raz, 2002, p. 27).

5.1.4

Razões de primeira ordem e razões de segunda ordem

Pelo que se viu até agora, pode parecer que sempre agimos de acordo com o sopesamento de razões (excetuados, é claro, os casos em que aparece uma condição de cancelamento) – vale dizer, tomamos ciência das razões envolvidas, identificamos eventuais conflitos entre elas e os resolvemos de

acordo com o princípio, segundo o qual prevalece a razão mais forte. Essa concepção de conflito e resolução pode ser expressa no seguinte princípio prático (Raz, 2002, p. 36):

P1: é sempre o caso de que se deve, tudo considerado, fazer aquilo que se deve fazer de acordo com o balanceamento de razões.

Uma análise mais cuidadosa, porém, irá sugerir que diferentes razões pertencem a níveis diferentes e que, em virtude disso, seu impacto em situações de conflito será diferente. Ou, como afirma Raz (2002, p. 36), nem todos os conflitos de razões são do mesmo tipo. Se isso for verdade, P1 não pode valer. Raz irá sustentar que devemos distinguir razões de primeira e de segunda ordem, e que o conflito entre as primeiras é resolvido pelo peso relativo (ou força, o que dá no mesmo) das razões envolvidas, o que não se aplica ao conflito entre uma razão de primeira e outra, de segunda ordem. Vale anotar que, no uso comum da linguagem, fazemos referência a razões para explicar e guiar certas ações. Faz parte do cotidiano de todos fornecer razões para justificar atos que praticamos. Contudo, não é comum ouvir de um agente qualquer referência a razões de segunda ordem. E não é comum porque “razões de segunda ordem” simplesmente não fazem parte do discurso ordinário. Como bem observou Searle (1978, p. 81), se um termo estranho ao uso comum da linguagem é introduzido para fins de discussão de problemas filosóficos, ao menos duas perguntas devem ser formuladas (e respondidas): o que motiva o filósofo a introduzi-lo; e que outro termo se opõe a ele. Como será demonstrado, ambas as questões são formuladas e respondidas por Raz. Começemos com um exemplo ⁶⁵.

Ann possui algumas reservas e está à procura de um bom investimento. Tarde da noite, recebe o telefonema de um amigo, que diz conhecer um ótimo investimento para ela. Porque se tratava de uma operação complexa, e que teria que ser decidida ainda naquela noite, Ann agradece, mas resolve não investir. Argüida sobre os motivos da recusa, afirma que está cansada e que não pode tomar uma decisão racional naquele momento. Como se percebe, Ann recusa a oferta, não porque, consideradas as razões contra e a favor, julga mais racional não investir, mas sim porque, àquela hora, não é capaz de confiar no seu próprio julgamento. Como se percebe, Ann agiu por uma razão que não foi considerada

⁶⁵ Exemplo retirado de Raz (2002, p. 37).

em P1. Como aponta Raz (2002, p. 38), o traço diferencial desse caso é que ela não considerou seu estado mental uma razão para a ação, mas sim uma razão para desconsiderar outras razões para a ação.

Se uma razão de primeira ordem é uma razão para praticar ou abster-se de praticar certa ação, uma razão de segunda ordem será toda razão para agir ou abster-se de agir com base em outra ou outras razões (Raz, 2002, p. 39). Será chamada de razão excludente toda razão para *não* agir com base em certas razões (Raz, 2002, p. 183). Porque o conflito entre uma razão de primeira ordem e outra, de segunda, resolve-se de acordo com um princípio do raciocínio prático, segundo o qual uma razão excludente sempre prevalece, P2 precisa ser formulado (Raz, 2002, p. 38):

P2: não se deve agir de acordo com o balanceamento de razões se as razões que afetam o balanceamento são excluídas por uma razão excludente não derrotada.

E porque P2 conflita com P1, P3 se faz necessário (Raz, 2002, p. 38):

P3: é sempre o caso de que, tudo considerado, deve-se agir com base em uma razão não derrotada⁶⁶.

Se retomarmos as questões formuladas por Searle, podemos dar as seguintes respostas: o que motiva a inserção das expressões “razões de segunda ordem” e “razões excludentes” no discurso filosófico é a insuficiência do termo “razões” para explicar certas situações corriqueiras. Como se pôde observar no exemplo de Ann, uma explicação de sua decisão de não investir que não faça referência a uma classe distinta de razões é incapaz de descrever de forma fiel o modo como se deu a deliberação. Se perguntarmos ainda a que se opõe a expressão “razões de segunda ordem”, descobriremos que ela se opõe às razões de primeira ordem (ou simplesmente razões para uma ação). Quanto às razões excludentes, se consideradas no gênero a que pertencem (razões de segunda ordem), opõem-se às de primeira ordem; consideradas, porém, como uma classe distinta de razões, opõem-se às razões includentes (razões para se agir com base em outras razões).

⁶⁶ O termo “derrotada”, aqui, é utilizado em seu sentido amplíssimo e compreende os casos em que uma razão é superada por uma outra mais forte, aqueles outros em que uma razão é excluída por uma razão excludente e ainda aqueles em que uma razão é cancelada por uma condição de cancelamento.

A idéia de razões excludentes é particularmente importante porque será com base nela que Raz irá explicar decisões e normas jurídicas. Na verdade, Raz irá sustentar que somente com referência a elas esses conceitos poderão ser efetivamente compreendidos (Raz, 2002, p. 41). Contudo, antes de considerar a maneira como é possível representar os diversos tipos de normas e suas relações, em termos de razões para a ação, convém delinear de forma esquemática o que se altera no raciocínio prático em virtude da inclusão das chamadas razões de segunda ordem. Admitida sua existência, três tipos de conflitos práticos se afiguram:

- *Conflitos entre razões de primeira ordem* (ou simplesmente conflitos de primeira ordem): esse tipo de conflito, como já se viu, envolve somente razões de primeira ordem para a ação e é resolvido com base no peso relativo das razões envolvidas.

- *Conflitos entre razões excludentes e razões de primeira ordem*: aqui estão envolvidas uma razão de primeira ordem para se praticar ou deixar de se praticar certa ação e outra, de segunda ordem, para que não se aja com base na primeira (Raz, 2002, p. 46). Três considerações precisam ser feitas: em primeiro lugar, muito embora o peso da razão de primeira ordem não desempenhe nenhum papel na resolução do conflito, é possível que a razão excludente seja cancelada por uma condição de cancelamento (Raz, 2002, p. 46); em segundo lugar, a só existência de uma razão excludente não é suficiente para se afirmar que ela exclui toda e qualquer razão conflitante. Como explica Raz, uma razão excludente pode excluir toda e qualquer razão de primeira ordem ou somente uma classe delas (2002, p. 46). Finalmente, é possível que a extensão de uma razão excludente (consistente na classe de razões que exclui) seja alterada por aquilo que Raz chama de razões que afetam a extensão (2002, p. 46).

- *Conflitos entre razões de segunda ordem*: somente uma classe desses conflitos é referida por Raz, especificamente o conflito entre uma razão para agir com base em certa razão e outra, excludente, para se abster de agir com base na mesma razão. Nesse caso, prevalecerá a razão de maior peso, tal como se dá no caso das razões de primeira ordem (Raz, 2002, p. 47).

5.1.5 Normas como razões para a ação

5.1.5.1 Normas imperativas

Sob o ponto de vista das razões para a ação, uma norma imperativa é o conjunto formado por uma razão de primeira ordem para praticar o ato normativo e uma razão excludente para não agir com base em certas razões conflitantes (Raz, 2002, pp. 58 e 59). A essa combinação sistemática entre uma razão de primeira ordem para determinada ação e uma de segunda ordem para não agir com base em certas razões Raz dá o nome de razão protegida (Raz, 2002, p. 191). Toda norma imperativa é uma razão protegida. Essa ideia, inicialmente intuitiva, pode ser demonstrada a partir de uma análise sobre como se justificam regras empíricas⁶⁷ (“rules of thumb”) e regras emitidas por autoridades. A natureza da justificação irá tornar claro o fato de que a norma justificada não irá atingir seu propósito a não ser que seja tratada como uma razão protegida (Raz, 2002, p. 62).

Uma regra empírica justifica-se na medida em que serve como um esquema para [1] poupar tempo; [2] reduzir o risco de erro ao se decidir o que fazer; e [3] poupar trabalho. As duas primeiras formas de justificação foram descritas por Mill (“A system of Logic”, apud Raz, 2002, p. 59); a última, por Raz (2002, p. 59). De acordo com esse modelo, uma regra determina o que se deve fazer com base no balanceamento de razões previamente conhecidas (Raz, 2002, p. 59). Suponha-se a seguinte regra empírica: “sempre que trocar uma fralda use pomada”. Suponha-se, então, um pai de primeira viagem diante da filha chorosa. Ao apalpar a fralda, identifica imediatamente a causa da mancha. Antes de substituí-la, resolve ponderar: é ou não o caso de se aplicar pomada? No seu modo ingênuo de pensar, se lembra que [a] a filha detesta que lhe passem pomada; lembra-se da [b] conta da farmácia e da [c] sua falta de habilidade para, ao mesmo tempo, segurar as pernas da criança e aplicar o produto; por outro lado, pondera, [d] o uso freqüente de pomada não é prejudicial

⁶⁷ Por regra empírica deve-se entender, aqui, uma generalização obtida por meio da observação comum. Exatamente porque lhes falta o rigor científico, são regras imprecisas e facilmente derrotáveis.

e evita o surgimento de assaduras; [e] assaduras são ferimentos extremamente doloridos; [f] crianças choram quando sofrem; e [g] o sofrimento dos filhos causa também sofrimento nos pais. Depois de perder algum tempo para acessar todas essas razões (a criança não parou de chorar nem por um minuto), lembra-se de que [h] o médico lhe informou que assaduras podem ser eficazmente combatidas se identificadas logo no começo. Portanto, uma análise detalhada da superfície da pele poderia indicar a necessidade ou não de se aplicar pomada. [a], [b], [c] e [h] são razões para não aplicar a pomada de forma impensada a toda troca de fralda. [d], [e], [f] e [g] são razões para se fazer a aplicação em toda e qualquer troca. Se é certo que um pai pode, a cada fralda, ponderar e decidir com base nas razões conflitantes pela aplicação ou não do produto, a existência da regra empírica (que inclui uma razão excludente para desconsiderar razões conflitantes) lhe poupa tempo (pois não se faz necessário o inventário de todas essas razões), reduz riscos (pois, ao excluir a possibilidade de ação com base no balanceamento de razões, elimina as chances de uma ponderação equivocada) e economiza trabalho (o pai não terá, por exemplo, de examinar cuidadosamente a pele da criança para se decidir sobre a aplicação da pomada). Se o pai entende o enunciado “sempre que trocar uma fralda use pomada” como uma regra (e não como uma mera sugestão), ele deverá visualizar aí uma razão de primeira ordem para a ação (especificamente, uma razão para a aplicação da pomada em qualquer troca) e outra, de segunda ordem, que exclui toda razão (ou, ao menos, algumas delas) contrária à aplicação (especificamente, uma razão para não agir com base em [a], [b], [c] e [h]).

Se o marco explicativo é seu papel desempenhado no raciocínio prático, as normas ditadas por autoridades – assim como as regras empíricas – só podem ser compreendidas em termos de razões excludentes. A estratégia para demonstrar essa afirmação será a mesma utilizada no caso das regras empíricas: a análise da sua justificação deverá tornar claro que, se não forem compreendidas como razões excludentes, as normas emitidas por autoridades não servem a seu propósito inicial. Parte-se da premissa de que uma norma está justificada quando é produzida por alguém que possui autoridade para tanto. Nesse passo, a questão da justificação de normas é a própria questão da justificação da autoridade.

Uma autoridade prática justifica-se na medida em que é baseada [1] no conhecimento e na experiência; ou [2] em exigências de coordenação social

(Raz, 2002, p. 63). O respeito por alguém com maior conhecimento ou experiência numa determinada área deve ser distinguido da autoridade. O critério para se fazer essa distinção consiste na reação de quem pede o conselho. Diante de informações recebidas, quem pede um conselho pode agir de duas formas: ou toma o que lhe foi dito como uma indicação indutiva de que talvez esteja errado, e assim é o caso de refazer a análise das razões conflitantes envolvidas; ou as toma como um ponto de vista que deve ser seguido, a despeito de sua capacidade de perceber a consistência do informado. No primeiro caso, o conselheiro não é visto como uma autoridade. Afinal, seu conselho é simplesmente mais uma razão a ser acrescentada na ponderação ou, no máximo, uma razão para refazer seu raciocínio. No segundo caso, porém, o conselho é uma instrução autoritativa porque consiste em uma razão excludente para desconsiderar outras razões, assim como uma razão de primeira ordem para fazer Φ (Raz, 2002, p. 63).

O mesmo raciocínio vale para normas que se justificam pela necessidade de coordenação social. Como uma autoridade só consegue assegurar a coordenação se os indivíduos envolvidos acatarem seu julgamento e agirem com base em suas instruções – o que garante que todos participem em somente um plano de ação – uma instrução autoritativa não pode ser vista simplesmente como mais uma razão para integrar o balanceamento. Se fosse assim, seria possível que indivíduos diferentes conferissem pesos diferentes à razão fornecida pela autoridade, o que poderia conduzir a resultados diferentes e, portanto, a cursos de ações desencontrados (Raz, 2002, p. 64).

5.1.5.2 Normas não-imperativas

5.1.5.2.1 Permissões

Dizer que alguém tem a permissão de praticar um ato pode significar coisas distintas. Fala-se em permissão como a ausência de razões para não

praticar um ato; como ausência de razões, tanto para praticar, quanto para não praticar um ato; como ausência de razões outras, que não as suas próprias para praticar um ato. Comum a todas essas explicações é a inexistência de uma norma que garanta a permissão. Porque lhes falta o suporte normativo, podem ser chamadas de permissões fracas. Permissões fortes, por outro lado, são todas aquelas permissões conferidas por normas (Raz, 2002, pp. 85 e 86).

Distinções só podem ser consideradas verdadeiras ou falsas em um contexto muito restrito. Somente se o padrão de referência for o uso comum da linguagem é que se pode afirmar que certa distinção é verdadeira (ou seja, existente, já que utilizada) ou falsa (vale dizer, inexistente, já que não utilizada). Como o objetivo aqui não é catalogar os usos que se fazem da língua em uma dada comunidade, interessa analisar as distinções quanto à sua funcionalidade. Uma distinção é funcional ou útil quando se baseia em um critério tal, que se possa separar o material em análise de forma razoavelmente precisa e extrair dessa separação conseqüências relevantes para a compreensão de um problema qualquer.

Tal como tem sido feita, a distinção entre permissões fracas e fortes não faz muito sentido. A ela subjaz a crença de que permissões fracas têm uma força normativa menor do que permissões fortes. Essa intuição não pode ser explicada da forma tradicionalmente proposta, isto é, em termos de lacunas e de poder subordinado. De acordo com a primeira proposta de explicação, uma permissão fraca consiste em uma lacuna do direito e, portanto, sua força normativa fica restringida por uma teoria sobre a colmatação de lacunas. Com base na segunda, uma permissão fraca acarreta a delegação de poder normativo para uma autoridade subordinada, de tal forma que cabe a ela regular o caso. Ambas as tentativas falham porque se baseiam na existência contingente de normas que distinguem os diversos tipos de permissão (Raz, 2002, p. 88). Por outro lado, se for encontrado um critério de separação para tipos diferentes de permissões, a questão de se tratar de uma permissão fraca ou forte se torna mera questão de interpretação. A proposta de Raz pretende dar conta de identificar permissões fracas, permissões baseadas em razões excludentes e permissões excludentes, e assinalar a cada uma delas uma força normativa específica. Vejamos.

Como já se falou, o critério para distinguir diversos tipos de permissões residia no fato de possuírem ou não um suporte normativo. Eram fortes aquelas permissões que existiam porque conferidas por normas; e fracas as que existiam porque inexisiam normas que exigissem o contrário. Raz pretende substituir o critério diferenciador. Em vez de normas, razões. Dessa forma, alguém terá uma *permissão fraca* para Φ se não existirem razões conclusivas para não- Φ . Será o caso de uma *permissão forte* para Φ se existirem razões (excludentes), em virtude das quais alguém, alternativamente, *deva* ou *possa* desconsiderar as razões para não- Φ . Uma permissão forte, por sua vez, será uma *permissão baseada em razões excludentes* para Φ se alguém *tiver que (dever)* desconsiderar todas as razões para não- Φ (ou ao menos parte delas, de tal forma que aquelas não excluídas não superem as razões para Φ); e será uma *permissão excludente* para Φ se alguém *puder* desconsiderar todas as razões para não- Φ (ou ao menos parte delas, de tal forma que aquelas não excluídas não superem as razões para Φ) (Raz, 2002, p. 90).

Essa redefinição traz alguma luz sobre a relevância das permissões para o discurso prático. Permissões fracas não contribuem da mesma forma que as permissões fortes para o raciocínio prático. Afinal, porque não contêm razões não podem influenciar o resultado de uma inferência prática (embora possam ser, elas mesmas, o resultado dessa inferência) (Raz, 2002, p. 90). Por outro lado, porque são compostas por razões excludentes permissões fortes influenciam o resultado de inferências práticas. O caso das permissões baseadas em razões excludentes é menos importante. Uma razão excludente é quase que invariavelmente acompanhada de uma razão de primeira ordem para que algo seja feito, e a existência desse conjunto normalmente significa que determinado curso de ação é exigido. Embora seja correto afirmar que aquilo que é exigido é logicamente permitido, e que, portanto, a afirmação de que algo é permitido por uma permissão baseada em uma razão excludente pode ser verdadeira, certas convenções pragmáticas sugerem a inadequação do seu uso. Afinal, é mais informativa a afirmação de que Φ é exigido do que aquela de que Φ é permitido, embora sejam ambas verdadeiras no caso de uma permissão baseada em uma razão excludente.

Particularmente relevantes são as permissões excludentes. Como se viu logo acima, elas diferenciam-se da outra espécie de permissões fortes na medida em que possibilitam (ao contrário das outras, que exigem) a exclusão de

certas razões. Dessa forma, elas contribuem para o raciocínio prático – porque interagem com outras razões – e veiculam uma quantidade de informações compatível com o uso comum da linguagem. O seguinte esquema deve esclarecer um pouco mais: permissões fracas podem ser definidas (alguém tem uma *permissão fraca* para Φ se não existem razões conclusivas para não- Φ), mas não contribuem em nada para a determinação da conduta do agente (como significam simplesmente a ausência de razões, não influenciam o sopesamento realizado para determinar um curso de ação) e, portanto, não são importantes para o raciocínio prático. Permissões (fortes) baseadas em razões excludentes também podem ser definidas (alguém tem tal permissão se deve, em virtude de uma razão excludente, desconsiderar razões contrárias), contribuem para a determinação da conduta do agente (porque exigem a exclusão de um grupo ou de todas as razões contrárias e afetam, assim, a determinação das razões válidas), mas, em virtude de convenções pragmáticas, não informam o tanto que se espera delas (embora correto do ponto de vista da lógica, afirmar que aquilo que é devido também é permitido é seguramente desorientador do ponto de vista da utilização corriqueira da linguagem). Permissões (fortes) excludentes podem igualmente ser definidas (alguém tem tal permissão se pode, em virtude de uma razão excludente, desconsiderar razões contrárias), também contribuem para a determinação da conduta do agente (porque autorizam a exclusão de um grupo ou de todas as razões contrárias e afetam, assim, a determinação das razões válidas) e transmitem exatamente o tanto de informações que se espera delas (vale dizer, atestam tão somente a existência de uma autorização para que certas razões contrárias sejam desconsideradas, sem qualquer referência a um dever de desconsideração).

Como foi visto, a referência a uma norma imperativa (ou melhor, ao fato da existência de uma norma imperativa) serve para assertar a existência de uma razão de primeira ordem para certa ação e de uma razão excludente, de acordo com a qual certas razões conflitantes não devem ser levadas em conta no momento da tomada da decisão. Ou, dito de outra forma, a referência a uma norma imperativa como um ente independente, individualizável e, portanto, passível de análise se faz necessária na medida em que ela cumpre a função de transmitir, de forma abreviada, um conjunto de informações sobre como devemos raciocinar diante de certos fatos. Nesse sentido, a afirmação de que existe uma norma N, que prescreve Φ , coincide com a afirmação de que existe

uma razão para Φ e uma razão para desconsiderar certa classe de razões para não- Φ .

O mesmo argumento pode ser utilizado no caso das normas permissivas. A referência a uma norma permissiva é uma forma abreviada de afirmar a existência de uma autorização para desconsiderar razões contrárias a certa ação, vale dizer, a existência de uma permissão excludente. É nesse sentido que podemos afirmar que uma norma imperativa *prescreve* e que uma norma permissiva *garante* uma conduta qualquer. Da mesma forma, a justificação e a criação da razão excludente no primeiro caso e da permissão excludente no segundo passam a ser vistas como a justificação e a criação, respectivamente, da norma imperativa e da norma permissiva (Raz, 2002, p. 95). Finalmente, vale dizer que a estrutura das normas permissivas é a mesma das normas imperativas. Ambas diferenciam-se somente pelo operador deôntico. Se a afirmação de uma norma permissiva significa que certos sujeitos normativos *possuem uma permissão excludente para* praticar o ato normativo quando certas condições estão presentes (Raz, 2002, p. 96), a afirmação de uma norma imperativa significa que certos sujeitos normativos *devem* praticar o ato normativo quando certas condições estão presentes.

5.1.5.2.2 Normas que conferem poder

No discurso jurídico, a utilização do termo “poder” envolve, via de regra, a regulação de certos institutos. Fala-se em poder para celebrar contratos, poder para vender bens, poder para criar normas etc. Alguns desses institutos só existem no direito; outros são comuns a outros sistemas normativos. Parece, portanto, plausível tomar o “poder jurídico” como uma espécie do gênero “poder normativo” (Raz, 2002, pp. 97 e 98). A filosofia tentou explicar a natureza do poder normativo em termos de *habilidade* para praticar certas ações e de *influência*, entendida esta como habilidade de afetar o comportamento e a sorte de certas pessoas. Da mesma forma, o discurso jurídico passou a explicar o poder jurídico como *habilidade* para praticar um ato normativo ou como *influência*, aqui entendida como a habilidade de ocasionar uma mudança nos

direitos e deveres de alguém (Raz, 2002, p. 98). A explicação deixa a desejar tanto no âmbito geral da filosofia como no contexto específico do direito, isso porque não dá conta de diferenciar um ato que é o exercício de um poder de outro que é exigido por alguma razão. Dois exemplos fazem prova do afirmado⁶⁸. Suponha-se uma norma que exija de certa classe de pessoas o pagamento de um imposto, e um indivíduo, pertencente a essa classe, que paga o referido tributo. O pagamento realizado corresponde ao ato normativo e seguramente não deve ser visto como o exercício de um poder, mas sim como o cumprimento de um dever. Se por poder jurídico se entender a habilidade para praticar um ato normativo, nosso indivíduo exercitou um poder jurídico, ao mesmo tempo em que cumpriu um dever. A concepção de poder jurídico como habilidade não dá conta, portanto, de estabelecer a diferença entre cumprir um dever e exercitar um poder.

Suponha-se também um indivíduo que tenha razões para tomar determinado medicamento e, portanto, o toma. Se entendermos por mudança normativa toda mudança nas razões que alguém tem para agir, não será errado afirmar que aqui se deu uma mudança normativa. Se entendermos por poder a habilidade de ocasionar uma mudança normativa, seremos forçados a assumir que nosso paciente exercitou um poder normativo, pois, depois de tomar seu medicamento, não teve mais razões para tomar novamente o remédio. A concepção de poder normativo como influência, entendida como habilidade de ocasionar uma mudança nas razões para ação que alguém possa ter (vale dizer, no comportamento ou na sorte dessa pessoa), não consegue diferenciar, igualmente, o exercício de um poder normativo de uma ação requerida por razões. Diante desse problema, faz-se necessário redefinir o conceito de poder normativo. Essa redefinição irá tomar como modelo a concepção de poder como influência e será feita em dois passos. Primeiramente, Raz substituirá “direitos e deveres” por “razões protegidas”. Assim, poder normativo será a habilidade de afetar razões protegidas (Raz, 1983d, p. 18). Finalmente, Raz qualificará a afetação empreendida pelo exercício do poder normativo como afetação *resultante* e não como *conseqüente* do ato. Um ato será o exercício de um poder normativo quando seu resultado (e não sua conseqüência) for uma mudança normativa.

⁶⁸ Os dois exemplos foram retirados de Raz (2002, pp. 98 e 99).

Razão protegida é todo fato que, ao mesmo tempo, é uma razão para uma ação e uma razão excludente para desconsiderar certas razões conflitantes. O exercício de um poder normativo significa, como se disse, a alteração de razões protegidas, o que pode ser feito de três maneiras: 1) através de uma instrução autoritativa; 2) através de um enunciado de poder (“power utterance”) que garanta uma permissão para praticar uma ação até então proibida; ou 3) através da conferência de poder a outrem. Uma instrução autoritativa é vista como uma razão de primeira ordem para certa ação e outra, excludente, para não agir com base em todas ou algumas razões contrárias (Raz, 1983d, p. 18). Tal instrução nada mais é do que o enunciado de uma norma imperativa. Como a criação de uma norma imperativa implica a alteração das razões protegidas que alguém possa ter, seu enunciado será o exercício de um poder normativo. Um enunciado de poder que garanta uma permissão para algo que até então era proibido (ou, o que dá no mesmo, o enunciado de uma norma permissiva) também implica a alteração de razões protegidas. Afinal, dizer que uma ação é proibida significa afirmar que existe uma razão protegida para não praticá-la. Se essa ação deixa de ser proibida, deixa de existir para alguém uma razão protegida para se abster de praticá-la. Finalmente, o ato de conferir poder a alguém também deve ser visto como o exercício de poder normativo. Mesmo que tal ato não altere razões protegidas, ele habilita alguém a fazê-lo (porque autoriza a criação de normas imperativas ou permissivas) e deve, por isso, ser compreendido como exercício de poder normativo (Raz, 1983d, p. 18). Em suma: constitui exercício de poder normativo toda alteração de razões protegidas, o que pode se dar pela criação (ou exclusão) de normas imperativas, normas permissivas e normas que conferem poder.

Da mesma forma que se fala em poder normativo em referência à produção e revogação de normas, também é correta sua utilização no caso de modificação da forma como se aplicam normas pré-existentes. Na primeira hipótese, afirma-se a existência de um poder de criar normas (“norm-creating power”); na segunda, de um poder regulativo (“regulative power”) (Raz, 2002, p. 103). É a existência de poderes regulativos que leva Raz a dar o segundo passo em sua redefinição. Começemos com um exemplo ⁶⁹: ao se mudar do Rio de Janeiro para Juiz de Fora, Augusto alterou seu domicílio e, conseqüentemente, a aplicação de inúmeras normas já existentes. Se antes devia, por exemplo,

⁶⁹ O exemplo é uma adaptação de outro, fornecido por Raz (2002, pp. 102 e 103).

recolher o Imposto sobre Serviços com base na legislação fluminense, agora está sujeito às exigências juizforanas. Não é errado afirmar que certas razões protegidas que se aplicavam a ele não mais se aplicam, e que outras, que antes não eram aplicadas, agora o são. Se poder normativo for simplesmente a habilidade de alterar razões protegidas, também não será errado falar que Augusto exerceu um poder normativo ao alterar seu domicílio. Não será errado se tomarmos como ponto de referência o conceito fornecido, mas se nos guiarmos pelo uso comum da linguagem, perceberemos a impropriedade de sua utilização nesse caso. Como se falou, é comum a referência a poder normativo no caso de contratos, casamentos ou produção de normas gerais e abstratas, mas não quando alguém muda seu domicílio. Ninguém duvida que quem cria uma lei age no exercício de poder normativo, mas ninguém seria capaz de dizer que quem se muda exercita, neste ato, um poder normativo.

É com base nessa intuição que Raz prossegue e acrescenta um segundo elemento à sua redefinição. Agora já não é suficiente definir poder normativo como simples habilidade de alterar razões protegidas. Um ato, dirá Raz, será o exercício de um poder normativo se houver razão suficiente para considerá-lo ou como uma razão protegida ou como razões protegidas canceladoras, e se a razão para considerá-lo assim é que é desejável capacitar pessoas a mudar razões protegidas por meio de atos como este se elas assim o desejarem (Raz, 1983d, p. 18).

“An act is the exercise of a power only if the reason for recognizing it as affecting norms and their application is that it is desirable to enable people to affect norms and their application in such a way if they desire to do so for this purpose. Since the application of some norms depends on residence one can affect it by changing residence. But the justification for making residence a condition for the application of the norms concerned was not to enable people to change their rights and duties by changing residence. Sale, on the other hand, is recognized as affecting the application of property laws precisely because it is, or is thought to be, desirable to enable people to change their rights and duties by sale if they so desire.” (Raz, 2002, pp. 102 e 103)

Em suma: há casos em que determinada ação é elevada a condição para que certas normas sejam aplicadas ou para que deixem de ser aplicadas. Essa ação será o exercício de um poder normativo somente se a principal justificativa para que se tenha feito depender a aplicação da norma em questão de uma condição qualquer for habilitar o agente a modificar direitos e deveres se assim o desejar. Isso fica mais claro ao traçarmos a diferença entre resultado e consequência. “O resultado de um ato é o estado final da mudança pelo qual o

próprio ato é definido. Quando o mundo muda de certa forma, outras mudanças devem se seguir...” (Kenny, apud Raz, 2002, p. 103). Nesse segundo caso, se trata de uma conseqüência e não de um resultado.

“The exercise of normative power affects the existence or application of a norm normatively and not causally. (...) The relation between an act and its results is an intrinsic relation, and that between an act and its consequences is a causal relation. An act affects a norm causally if its consequences effect a normative change. It affects a norm normatively if the act or its result affects the existence or application of the norm” (Raz, 2002, p. 103).

O que foi dito possibilita falar que o fato de que certas razões excludentes deixam de ser aplicadas a alguém quando essa pessoa altera seu domicílio é a conseqüência desse ato e não seu resultado. Por outro lado, o fato de que certas razões excludentes deixam de ser aplicadas a alguém quando essa pessoa celebra um contrato de compra-e-venda é o resultado desse ato e não sua conseqüência. Se, no primeiro caso, a alteração deixa-se explicar causalmente, só acessamos o significado do segundo caso normativamente. Porque o exercício de um poder normativo afeta a existência ou a aplicação de uma norma (que é formada por uma razão de primeira ordem e uma razão excludente) normativamente, só posso reconhecer como tal o segundo caso.

Normas que conferem poder estipulam que a performance do ato normativo pelo sujeito normativo tem certas conseqüências normativas (Raz, 2002, 104). As razões para reconhecer tais normas como autônomas (e não como partes de outras normas) diferem conforme o tipo de poder envolvido, vale dizer, conforme se trate de um poder regulativo ou de um poder de criar normas. Pode-se dizer que a existência de um poder regulativo pressupõe a existência de uma norma cuja aplicação ele regula (Raz, 2002, p. 104). A questão que se coloca, então, é se esse poder é conferido pela própria norma que ele afeta ou por uma norma diferente.

“Are we to say that there is one norm forbidding all to handle the property without the consent of the owner, while other laws, some of them power-conferring, stipulate how ownerships acquired? Or are we to read all the ways of acquiring ownership into each law stipulating the consequences of ownership, such as that people are not allowed to handle the property without the owner’s consent?” (Raz, 2002, p. 104)

Conquanto existam vários motivos para se considerar que o poder regulativo é conferido por outras normas, que não aquelas afetadas pelo poder, Raz sustenta que somente um precisa ser mencionado: se o propósito geral do

discurso sobre normas é facilitar a referência a considerações que guiam o comportamento humano; se os atos que são o exercício de um poder são guiados por normas (seja pela norma que é afetada pelo poder ou pela norma que o confere); e se a norma afetada pelo poder guia também outra ação; então, é preferível sustentar que cada norma guia um e somente um ato (Raz, 2002, pp. 104 e 105). Os problemas que envolvem poderes de criar normas são diferentes. Porque as normas que podem ser criadas ou revogadas no uso desse poder ainda não existem, não cabe falar que o referido poder é conferido por elas. Na verdade, a pergunta que se faz é se esse poder é, ao fim e ao cabo, conferido por uma norma qualquer (Raz, 2002, p. 105). De acordo com Raz (2002, p. 105), “se existem razões capazes de guiar a ação de quem detém o poder, às quais nos referimos sem que ao mesmo tempo seja necessário qualquer referência às circunstâncias que justificam essas razões, então podemos considerar o poder como conferido por normas”.

5.2

Avaliação crítica do caráter peremptório das razões protegidas: F. Schauer x J. Raz

5.2.1

Excursus sobre o conceito de autoridade: Hobbes e Raz

Pelo que se viu até o momento, pode-se dizer que um sistema jurídico é um conjunto formado por todas aquelas disposições jurídicas identificadas pelos órgãos primários de aplicação do direito, segundo aquilo que Raz chamou de critério do “reconhecimento autoritativo”. Foi dito, ainda, que disposições jurídicas são as unidades básicas, nas quais se divide o material normativo identificado como jurídico. Tais disposições podem ou não ser normas. Serão consideradas normas aquelas que instituírem obrigações ou proibições (normas imperativas), bem como aquelas que instituírem permissões ou conferirem poderes (normas não-imperativas). Também se viu que as normas ditas imperativas são estruturas complexas, formadas por uma razão de primeira

ordem, para se agir ou deixar de se agir de certo modo, e por uma razão excludente, para não se levar em conta razões que eventualmente possam indicar cursos de ação distintos daquele indicado pela norma. Uma norma é, portanto, uma razão protegida, ou seja, um conjunto formado por uma razão de primeira ordem e outra, de segunda ordem, de caráter excludente.

O que Raz chama de “razão protegida” equivale ao que Schauer denomina “generalização entrincheirada”. Ambos referem-se às normas jurídicas (gerais, no caso de Schauer) como entidades que excluem a possibilidade de sopesamento de outras razões (morais ou religiosas, por exemplo) no cálculo decisório (Struchiner, 2005, p. 153). No caso de Raz, restou demonstrado que a exclusão da possibilidade de sopesamento é absoluta, isso em vista do caráter peremptório das razões excludentes. Se elas são peremptórias, então jamais se dará o caso de afastá-las e levar em conta razões eventualmente relevantes para a tomada de decisão, mesmo diante de experiências recalcitrantes.

Embora não tenha sido dito expressamente, a tese do caráter peremptório das razões excludente é tida por Raz como corolário da pretensão de autoridade que todo sistema jurídico erige. Essa tese pode ser formulada da seguinte maneira: porque sistemas jurídicos clamam por autoridade, suas normas devem ser vistas como efetivas manifestações de autoridade. Isso significa que uma norma não é uma simples sugestão, um conselho, enfim, algo que possa ser desprezado sempre que parecer conveniente. Uma norma recebe esse nome na exata medida em que é uma manifestação autoritativa. Em que pese o que já se disse logo acima sobre o ponto, parece ser o caso de examinar com mais cuidado o que vem a ser uma autoridade. É o que se fará.

A noção de autoridade está longe de ser tranqüila na filosofia política e jurídica. Muito embora autores diferentes, em momentos distintos, já tenham gastado alguma tinta com o tema, a controvérsia se mantém; e isso se deve, em grande parte, ao papel central que a autoridade desempenha na discussão sobre formas legítimas de organização social e de ação política (Raz, 1983, p. 03). No que segue, será estudado o conceito de autoridade cunhado por Hobbes. Como restará demonstrado, esse conceito conduz a um dilema, capaz de destruir o próprio conceito ou de retirar certas capacidades dos súditos. Diante desse quadro, será proposta, com base em Raz, uma nova forma de se conceber a autoridade, imune aos efeitos danosos do dilema suscitado.

O problema da autoridade é, a rigor, a questão da obediência. Uma investigação do conceito de autoridade deve ser capaz de proporcionar respostas às perguntas sobre quem *pode exigir* e quem *deve* obediência em determinado contexto. Uma resposta à questão da autoridade política deve, portanto, procurar fornecer as condições sob as quais alguém pode pretender a qualidade de autoridade legítima e quais são as conseqüências do reconhecimento de alguém como tal. Inicialmente, serão apontados os principais traços característicos do conceito de autoridade desenvolvido por Hobbes. Por certo que existem divergências sobre o fundamento do dever de obediência em sua obra. Se para alguns a obediência deriva do consenso, para outros ela vem diretamente das leis da natureza, que, por sua vez, derivam da vontade de Deus. Por fundamentar a obediência sem qualquer referência a Deus, aquela interpretação foi chamada de secularista. A análise que será feita de Hobbes partirá dessa forma de enxergar sua obra, não só porque ela é a forma mais tradicionalmente aceita pela teoria política, mas por parecer mais consistente com o pensamento do autor ⁷⁰.

O conceito de autoridade soberana em Hobbes requer alguns esclarecimentos iniciais. Primeiramente, vale lembrar que ele é o resultado da assunção de uma série de premissas. É o caso de explicitá-las. Como contratualista que é, Hobbes sustenta que a origem do Estado e da sociedade encontra-se no consenso dos homens que, por viverem sem poder e organização, decidem firmar um pacto e estabelecer as regras de convívio social e de subordinação política (Ribeiro, 2003, p. 54). Por serem em grande medida iguais, não podem os homens, no estado de natureza, triunfar de maneira total sobre os outros. E, por não conseguirem enxergar aquilo que os outros desejam, o mais razoável é se antecipar e atacar. Afinal, como, aos olhos do restante dos homens, um indivíduo também é opaco, é possível que eles se antecipem e o ataquem antes. Como se percebe, sem um Estado capaz de controlar e reprimir, o homem, agindo racionalmente, acaba por desencadear aquilo que Hobbes chama de guerra de todos contra todos. Em um estado como este, não poderá haver para nenhum homem a segurança de viver todo o tempo que a natureza geralmente permite viver (Hobbes, 2003, p. 109). Se for aceito o preceito geral

⁷⁰ Como não é objeto desse estudo discutir as possíveis interpretações da teoria de Hobbes, vale remeter o leitor interessado no assunto ao livro de Thamy Pogrebinski, "*O problema da obediência em Thomas Hobbes*". Nesse livro a autora irá discutir exaustivamente os argumentos a favor e contra a interpretação secularista da obra de Hobbes.

da razão, segundo o qual “todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra” (*Idem, Ibidem*), a saída racional para a sobrevivência de todos é a celebração do contrato social, por meio do qual se institui uma autoridade soberana capaz de garantir a segurança pretendida. De acordo com Hobbes,

“a única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo assim sua vontade à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão.” (Hobbes, 2003, p. 130)

Ao que tudo indica, a instituição de uma autoridade soberana com poderes ilimitados ⁷¹ sobre os súditos é a saída racional para um problema que diz respeito especificamente à natureza humana. Porque esta é a única maneira de garantir a paz e a segurança desejadas, o ser humano, naturalmente mau e belicoso, no uso de sua racionalidade, celebra o contrato social e institui o Estado e a autoridade soberana. De acordo com Hampsher-Monk (1995, p. 41), o súdito está obrigado a obedecer ao soberano porque (i) acordou em agir assim; (ii) concordou em autorizar suas ações, sendo estas, portanto, ações do próprio súdito; e (iii) sujeitou-se à punição imposta pelo soberano.

Estar sujeito à autoridade soberana significa, assim, apoiar-se tão-somente nas razões levantadas pela autoridade, sem conduzir nenhum balanceamento pessoal de razões a favor de, ou contra determinado curso de ação. Vista sob esse ângulo, a noção de autoridade afigura-se um tanto paradoxal, pois parece indicar uma suposta incompatibilidade entre a ideia de autoridade e as ideias de razão ou autonomia. Se a razão requer a todos que ajam sempre de acordo com o balanceamento das razões conhecidas (e eventualmente conflitantes), estar submetido a uma autoridade significaria abdicar da razão, pois seria da própria natureza da autoridade exigir submissão, mesmo naqueles casos nos quais quem se submete acredita que está agindo de forma irracional. Do mesmo

⁷¹ É certo que em alguns casos, Hobbes admite a possibilidade de desobediência ao comando do soberano. As hipóteses em que isso pode acontecer serão discutidas mais abaixo.

modo, como às vezes uma autoridade requer uma forma de ação contrária ao julgamento daquele que a ela se submete, e como a idéia de autonomia consiste justamente na possibilidade de agir de acordo com seu próprio julgamento acerca daquilo que é moralmente mais correto, admitir a possibilidade de existência de qualquer autoridade resultaria no necessário abandono da autonomia moral (Raz, 1983, p. 3). Como é fácil de perceber, argumentos como esses não dizem nada contra a coerência do conceito de autoridade, mas sim contra a possibilidade de uma autoridade legítima.

Pelo que foi dito até aqui, parece razoável supor que entender a autoridade como uma instância que se faz substituir aos súditos no sopesamento e na aplicação de razões para a ação implica necessariamente uma negação da possibilidade de existência de autoridades legítimas, pois a idéia de autoridade conduziria sempre a uma negação do conceito de razão e do conceito de autonomia moral. De acordo com Raz, é possível conceber a autoridade dessa forma, sem que necessariamente haja uma redução de racionalidade ou de autonomia moral. Nessa perspectiva, duas perguntas orientam a solução do problema: como pode ser racional (justificável) suspender o julgamento de alguém sobre o que (consideradas todas as coisas) se deve fazer em certas ocasiões e acatar o julgamento de outra pessoa sobre a questão; e por que uma autoridade prática não é sempre irracional e, portanto, ilegítima na sua aparente pretensão de que nós devemos agir contrariamente àquilo que o balanceamento de razões indica que devemos fazer (Moore, 1989, pp. 830-831)?

Segundo parece, Hobbes procurou responder a ambas as questões com base na idéia de consenso. Segundo ele, tendo em vista certas características comuns aos homens, a decisão racionalmente mais correta é abdicar de toda capacidade de ponderação (até porque o homem agiria sempre tendo em vista o próprio interesse) e deixar a cargo da autoridade soberana o balanceamento das razões envolvidas no julgamento de questões práticas. Dessa forma, o acordo acerca de quem deverá decidir tem a finalidade de garantir a legitimidade do julgador. Para Raz, o recurso a um acordo não pode, sozinho, justificar a legitimidade da autoridade. Muito embora se recorra eventualmente à ideia de consenso, essa ideia possui o status de uma razão secundária para justificar a legitimidade da autoridade, ou seja, de uma razão que só pode ser aduzida conjuntamente com outras razões.

No que segue, serão expostos os argumentos utilizados por Raz para descrever e legitimar uma autoridade. Uma vez compreendido como ele o faz, restará claro que o papel desempenhado pelo consenso na justificação da autoridade em sua obra é substancialmente diferente daquele conferido por Hobbes. A explicação que Raz pretende fornecer do conceito de autoridade baseia-se na ideia de razão. Sua estratégia não exclui a possibilidade de outras explicações que não se fundem nesse conceito, mas justifica-se sob o argumento de que as razões propiciam a base última para o esclarecimento de conceitos práticos (Raz, 1983, p. 12). Se tiver sucesso, sua explicação deve ser capaz de mostrar a relevância do conceito de autoridade para inferências práticas.

Como já foi visto, autoridade, segundo Raz, é a “habilidade de alterar razões”. Para que se compreenda bem o que ele pretende dizer com isso, e, para que se possa prosseguir e inserir novos elementos nessa definição, é necessário lembrar algumas distinções. Uma razão é um fato normativamente significativo para alguém. Razões de primeira ordem são razões para praticar determinadas ações ou para se abster de praticar determinadas ações; razões de segunda ordem são razões para agir com base em outras razões ou para se abster de agir com base em certa, ou certas razões. Ao primeiro tipo de razões de segunda ordem Raz dá o nome de razões positivas de segunda ordem; ao segundo, razões negativas de segunda ordem, ou razões excludentes. Ao conjunto formado por uma razão de primeira ordem e uma razão excludente dá-se o nome de razão protegida.

Exemplos costumam ser bem-vindos. O fato de estar frio é uma razão (de primeira ordem) para Pedro usar seu casaco. O fato de Pedro não gostar de seu casaco é uma razão (também de primeira ordem) para ele se abster de usá-lo. Se o pai de Pedro diz que ele deve obedecer a sua mãe, isso é uma razão (positiva de segunda ordem) para ele agir com base nas razões dadas por sua mãe. Se seu pai afirma que ele não deve obedecer a sua mãe, isso é uma razão (negativa de segunda ordem) para ele abster-se de agir com base nas razões dadas pela mãe. Se, partindo do princípio de que está frio e de que existe a autoridade materna, sua mãe lhe diz para usar o casaco, isso é uma razão (protegida) para ele usar o casaco. Nesse último caso, trata-se de uma razão protegida, pois ela contém uma razão para usar o casaco e ainda outra, para abster-se de agir em conformidade com outras razões que o levem a um

comportamento diferente – como o fato de Pedro não gostar do casaco, que pode ser uma razão (nesse caso excluída) para que ele não o use.

Se autoridade é a habilidade exigida para se alterar certos tipos de razões, poder normativo é a habilidade de alterar um tipo especial de razões, a saber, razões protegidas (Raz, 1983, p. 19). Ao partir do princípio de que a autoridade é uma espécie de poder normativo (1983, p. 25), Raz pode redefini-la como habilidade de alterar razões protegidas. Aqui vale lembrar mais uma vez que uma razão protegida é um conjunto formado por uma razão de primeira ordem e uma razão excludente. Ou seja: uma razão protegida fornece, ao mesmo tempo, uma razão para que o súdito aja ou se abstenha de agir de determinada maneira, e outra para que ele se abstenha de decidir com base em outras razões que ele possa conhecer. Redefinida como habilidade para alterar razões protegidas, a noção de autoridade está apta a superar o dilema da irracionalidade de se submeter ao julgamento de outra pessoa. Como se viu mais acima, o principal problema concernente à autoridade legítima era a suposta irracionalidade de se submeter a ela. De acordo com essa ideia, todo ato de submissão à autoridade era um ato irracional na medida em que implicava uma renúncia à razão e à autonomia moral. Sob esse prisma, afirma Raz,

“the commands of legitimate authority are facts of the world that are reasons for action. They are essentially like the weather and the stock exchange in being facts that are reasons for certain actions and against others. One no more abandons reason or forfeits one’s autonomy if one follows the commands of authority than if one follows the commands of authority than if one follows trends on the stock exchange” (Raz, 1983, p. 25).

A compatibilidade entre os conceitos de autoridade e de razão só se faz possível na medida em que o primeiro é reduzido a uma espécie do gênero “poder normativo”. Vistos sob esse ângulo, os comandos emanados pela autoridade são razões protegidas, ou seja, conjuntos formados por uma razão de primeira ordem para a ação e por uma razão excludente. Dessa forma, assumir-se que a atitude do súdito de se abster de se guiar com base em razões que ele mesmo conheça para agir de uma ou de outra maneira é uma atitude racional, na medida em que é fruto do reconhecimento de uma razão excludente. Afinal, agir racionalmente é agir com base no reconhecimento de razões. Conceber as manifestações de autoridades como razões protegidas não significa inviabilizar o julgamento com base nas próprias razões.

Como já restou demonstrado, razões protegidas não são razões absolutas. De acordo com Raz, uma razão excludente que compõe uma razão protegida pode excluir a possibilidade de se considerar algumas razões contrárias, mas não precisa, necessariamente, excluir a possibilidade de se considerar todas as razões que possam incidir sobre o caso. Assim, é possível que, em certas circunstâncias, uma ordem seja “desobedecida” com base na consideração de outras razões não levantadas pela autoridade (razões canceladoras ou razões sobre a extensão de outras razões). Segundo Raz, para que uma ordem seja uma ordem, deve haver um mínimo de razões que sejam excluídas, muito embora, na grande maioria das vezes, uma ordem exclua muito mais do que esse mínimo (1983, p. 23). De todo modo, às vezes, o descumprimento de uma ordem pode ser justificado com base na afirmação de que, consideradas as razões relevantes, não seria o caso dessa manifestação específica (Raz, 1983, p. 24).

A hipótese mencionada assemelha-se em certa medida à afirmação de Hobbes, segundo a qual, em algumas circunstâncias, o súdito pode desconsiderar a autoridade do soberano e desobedecer a sua ordem. Esse direito se manifesta em Hobbes como (i) um direito de resistir à morte; (ii) um direito de resistir a ferimentos e aprisionamentos; e (iii) um direito de se abster do serviço militar (Pogrebinschi, 2003, p. 185). Como se percebe, o direito de resistência em Hobbes justifica-se como uma forma de garantir a vida e a paz ⁷². Entretanto, ao que parece, o direito de resistência em Hobbes possui um conteúdo específico e liga-se diretamente ao objetivo perseguido pelos homens ao instituir o contrato social. Quanto a Raz, não se observa nenhuma menção a um conteúdo específico que justifique o direito de resistência. Ao que tudo indica, este autor contenta-se em descrever a estrutura do raciocínio prático. Se em dado sistema um comando de uma autoridade será formado por uma razão de segunda ordem que exclua mais ou menos casos, é algo que dependerá do próprio sistema. De qualquer forma, os limites à contestação com base no balanceamento pessoal de razões é algo que será determinado pelo próprio comando.

De acordo com Raz, para responder à questão de como é possível haver uma autoridade legítima, é preciso adotar uma concepção funcional de

⁷² *Idem, idem.*

autoridade (“service conception”). Como o próprio nome indica, uma autoridade – funcionalmente considerada – é legítima na medida em que ela nos serve. E as autoridades nos servem quando promulgam diretivas que, uma vez seguidas, produzem em nós um comportamento que se conforma melhor com o que nós devemos fazer de um jeito ou de outro (independentemente de qualquer diretiva da autoridade) do que o comportamento que resultaria se nós ponderássemos diretamente o que deveríamos fazer (Moore, 1989, p. 831). Partindo dessa ideia, Raz afirma que uma autoridade política está justificada se (i) serve para promover soluções para problemas de coordenação (Raz, 1986, p. 75); (ii) serve para resolver situações que configuram “dilema dos prisioneiros” (1986, pp. 50-51); e (iii) certas instituições governamentais em certos momentos possuem, comparativamente aos cidadãos, mais conhecimento, imunidade perante chantagem ou extorsão etc, o que poderia desviar os cidadãos daquilo que eles deveriam fazer com base no balanceamento de razões (1986, p. 75). Além das razões que justificam a concepção funcional de autoridade, podem ser aduzidas outras, como o consenso dos governados e o respeito pelo direito. De qualquer forma, por serem estas últimas razões secundárias, não podem justificar sozinhas a legitimidade da autoridade. Para que cumpram sua função é necessário que acompanhem a justificação com base na concepção funcional de autoridade.

O objetivo desse excurso sobre a concepção de autoridade legítima é tão-somente utilizar o instrumental fornecido por Raz para criticar o conceito hobbesiano de autoridade. Com esse fito, procurou-se descrever os argumentos utilizados por Hobbes para justificar o dever de obediência ao soberano, para, logo em seguida, apontar que sua concepção implicava uma renúncia à racionalidade e à autonomia moral. Diante desse impasse, tentou-se reconstruir os argumentos aduzidos por Raz para afirmar que o paradoxo da racionalidade era ilusório, desde que se entendesse que os comandos emanados pela autoridade consistiam em razões protegidas, ou seja, em um conjunto formado por uma razão de primeira ordem para a ação e uma razão para não agir de acordo com o balanceamento pessoal de razões (razão excludente). Aceita a validade das razões excludente, não resta outra saída a não ser admitir que a renúncia ao sopesamento pessoal de razões baseia-se no reconhecimento de uma razão excludente; e, partindo do princípio de que uma ação racional é uma ação que se fundamenta em razões, o ato dos súditos de se submeterem à autoridade soberana é necessariamente um ato racional.

5.2.2

Sobre o caráter peremptório das razões excludentes

Os últimos parágrafos dão conta de explicar sob que condições o exercício da autoridade pode ser visto como legítimo e, indiretamente, explicam por que as razões excludentes não podem ser afastadas. Afastá-las é reconhecer o caráter não autoritativo da manifestação que as expõem. Será esse realmente o caso? Ou seja: será que a melhor maneira de conceber o direito é entendê-lo como um conjunto de razões tão protegidas que jamais podem ser afastadas? Duas razões militam em favor da tese de que as razões excludentes não precisam ser vistas como tendo caráter peremptório. Em primeiro lugar, vê-las dessa forma parece distorcer o modo como normalmente são compreendidas as regras; de mais a mais, afastar o caráter peremptório de tais razões não compromete a pretensão de autoridade que o direito erige. Vejamos mais de perto cada um desses dois argumentos.

Foi dito no capítulo 4 que é possível conceber diferentes modelos de tomada de decisões. Schauer trata do tema com profundidade em seu “Las reglas en juego”. De acordo com ele, a depender do modo como tomamos as normas ao decidir, é possível falar em quatro diferentes modelos de tomada de decisão: um modelo particularista; um modelo chamado particularista sensível às regras; um modelo formalista e, finalmente, aquilo que Schauer irá chamar de positivismo presumido. Vejamos no que consiste cada um deles.

Começemos pelo particularismo puro. Já se viu que as normas gerais são generalizações prescritivas, criadas para atender a determinados propósitos ou justificativas, e que, por serem instrumentos imperfeitos, produzem potencialmente resultados subótimos – vale dizer, resultados que não atendem à justificativa da norma. Em um sistema que adota um modelo particularista de tomada de decisão, as normas não são tomadas propriamente como normas, já que podem ser afastadas nas hipóteses em que a consideração de outras razões indica um curso de ação diferente daquele exigido pela regra, se considerarmos o propósito que se pretende atingir (Struchiner, artigo inédito “b”,

p. 9). Elas são tidas como simples razões que, ao lado das demais razões existentes no mundo, podem ser usadas para a tomada de decisão. Nas palavras de Struchiner,

“Neste modelo, nenhuma consideração do caso em jogo é excluída *a priori*. Qualquer fato, argumento ou razão que seja importante ou relevante para alcançar o melhor resultado é incluído dentro do cálculo decisório. As regras funcionam apenas como sugestões. Quando indicam resultados contrários àqueles aos quais se chegaria caso se fizesse uma análise que levasse em consideração todos os fatores relevantes, não é necessário aplicá-las. O modelo particularista não só admite a possibilidade de correção, mas clama pela correção da regra sempre que a mesma não é capaz de gerar o resultado correto” (Artigo inédito “b”, p. 9).

No extremo oposto encontra-se o modelo formalista. Em tal modelo, as regras são efetivamente levadas a sério. Sua existência é, ao mesmo tempo, uma razão para agir de determinado modo e para desconsiderar outras razões pertinentes. Esse é o modelo adotado por Raz como representativo daquilo que realmente significa decidir com base em regras. Nele, as normas são totalmente opacas ou entrincheiradas (Struchiner, 2005, p. 159) – vale dizer, são insuscetíveis de serem afastadas, caso sua existência comprometa a realização de seu propósito subjacente. Mesmo naqueles casos em que a consideração de outras razões indique um curso de ação distinto daquele exigido pela norma, o julgador deve ater-se à norma e agir da maneira exigida por ela.

Entre os modelos formalista e particularista existem outros dois, digamos, intermediários. No particularismo sensível às regras, as normas também podem ser afastadas, mas isso não se dá com a mesma facilidade. Se no modelo particularista, para além das diversas razões que não são normas, são levadas em conta somente as razões substanciais que se encontram por detrás de toda regra, no particularismo sensível a regras, as razões para a existência de regras (razões geradoras de regras) são também consideradas no cálculo decisório (Struchiner, 2005, pp. 159-160). Em suma: na hora de decidir, o julgador particularista sensível a regras considera as razões substanciais que não são normas, as normas, as razões substanciais que subjazem às normas e também as razões para a existência de normas (tais como a certeza, segurança e previsibilidade geradas pela só existência de normas).

Finalmente, cumpre explicar o modelo do positivismo presumido, defendido por Schauer. Nele, as normas são levadas a sério, posto que afastam a possibilidade de consideração de outras razões no cálculo decisório (seja elas

razões substanciais, sejam razões geradoras de regras), mas não o fazem de forma definitiva. Segundo Struchiner (2005, p. 162),

“No positivismo presumido, as regras jurídicas (...) têm uma força presumida, mas não são necessariamente conclusivas. Elas elevam o limiar de força requerido para que sejam capazes de serem derrotadas, mas esse limiar é constante e a força da regra não varia em cada caso novo, conforme ocorre no particularismo sensível às regras. Em outras palavras, as regras identificadas pela regra de reconhecimento constituem um domínio limitado, mas não inexorável. Elas funcionam como razões excludentes, mas não razões excludentes peremptórias, incapazes de serem derrotadas pelas próprias considerações que excluem”

No positivismo presumido, as normas são razões que excluem a consideração de outras razões, que não a existência da própria norma, mas não o fazem de forma peremptória. Se restar demonstrada a existência de uma razão forte o suficiente para afastar a aplicação da norma, isso pode ser feito sem comprometer sua validade.

Pois bem. Feitas essas considerações, é o caso de perquirir qual dos modelos acima expostos se mostra mais adequado para explicar o modo como as normas jurídicas são efetivamente vistas dentro de um sistema jurídico. O modelo particularista puro não parece desempenhar bem essa função. Como foi visto, nesse modelo, as normas são tomadas como meras sugestões, que podem ser sopesadas com quaisquer outras razões pertinentes. Por certo que as normas jurídicas são vistas pelas autoridades e pela comunidade de um modo geral como algo que é mais do que meras sugestões. O modelo particularista sensível às regras também não se mostra como um bom candidato. Isso porque também nele, as regras não se impõem com a autoridade que se costuma experimentar nos sistemas jurídicos. Mesmo que se diga que em tal modelo, são consideradas também as razões para se ter regras, o fato é que também nele, as normas não passam de guias facilmente substituíveis para a tomada de decisão.

Restam, ainda, os modelos formalista e do positivismo presumido. Foi visto que em ambos as normas são levadas a sério, posto que impõem barreiras reais para a consideração de outras razões, que não a existência da própria norma. E isso parece ser uma boa razão para considerar ambos como bons candidatos para explicar o modo como as decisões jurídicas são tomadas. Afinal, dispensa prova o fato de que o direito é mais do que um simples conjunto de sugestões sobre como agir na vida. O que merece exame é se a maneira mais adequada de enxergar as normas é concebê-las como guias intransigentes ou como guias

rígidos, porém passíveis de afastamento em casos extremos. Em suma: partindo do princípio de que as normas são razões protegidas ou entrincheiradas, a questão que se coloca diz respeito à *força* das razões excludentes. Como sustenta Schauer (2004, p. 149),

“El enfoque que ofrece RAZ de las reglas como comprensivas de razones excluyentes es en gran medida consistente con las conclusiones que acabo de señalar. La principal inconsistencia parece encontrarse en la manera en la cual RAZ concibe a las razones excluyentes como insusceptibles de ser superadas, al afirmar que una razón excluyente ‘siempre prevalece’ en los casos de conflicto con una razón de primera orden”

Raz acredita que conferir às razões excludentes um caráter peremptório é necessário para assegurar a autoridade do direito. Afinal, “se o direito possui uma pretensão de autoridade, então ele necessariamente tem que excluir a possibilidade de se levar em consideração, no cálculo decisório final, outras razões possíveis” (Struchiner, artigo inédito “b”, p. 11). Para ele, se o direito erige uma pretensão de autoridade, é porque ele pretende se fazer substituir às razões que nós possamos ter para decidir nesse ou naquele sentido. Admitir que nem sempre as razões jurídicas (entenda-se: as normas jurídicas) prevalecem equivale a dizer que o direito nem sempre prevalece, o que lhe parece incompatível com a natureza mesma do próprio direito.

Pois bem. Se aceitarmos que as razões excludentes que integram a estrutura das normas jurídicas possuem caráter peremptório, tal como defende Raz, teremos alguma dificuldade para explicar certos casos corriqueiros. Suponhamos uma norma jurídica, nos termos da qual seja proibido parar e estacionar veículos em determinada via. Tomar essa norma proibitiva como uma razão protegida significa reconhecê-la como uma razão de primeira ordem para não parar ou estacionar veículos naquela via, bem como uma razão de segunda ordem (excludente) para desconsiderar razões que indiquem um curso de ação diverso. Suponhamos ainda um condutor que, na iminência de desmaiar por conta de uma súbita queda de pressão, decida parar seu veículo e efetivamente pare no local proibido. Das duas, uma: ou bem é o caso de se reconhecer que o condutor violou a norma e, por isso, deve se sujeitar à sanção prevista; ou bem é o caso de se aceitar que ele agiu em conformidade com o direito e não deve, portanto, sofrer nenhum tipo de repreensão. A primeira postura parece não refletir adequadamente a maneira como normalmente consideramos o direito. Isso porque insistir em que, mesmo diante da possibilidade real de desmaiar, o condutor deve continuar em movimento equivale a dizer que, aos olhos do

legislador, o melhor a se fazer neste caso é colocar a vida de vários motoristas (entre eles, o próprio condutor) em perigo, o que não parece nem um pouco razoável. Segundo parece, uma norma com esse teor não deve ser vista como uma exigência absoluta, válida sob qualquer condição.

A segunda postura consiste em aceitar que não houve no caso nenhuma violação do direito. Sem dúvida, tal postura se mostra mais verossímil. A questão é saber por que, a despeito de se ter agido de forma contrária à exigida pela norma, não é correto falar em descumprimento do direito. Pode-se dizer, por exemplo, que as razões excludentes que integram a norma em exame não são absolutas e, portanto, não excluem toda e qualquer razão que indique um curso de ação diferente daquele exigido pela norma. De acordo com esse ponto de vista, certas razões de primeira ordem não seriam excluídas pela razão excludente e, portanto, poderiam ser levadas em conta no cálculo decisório. Em suma: seria o caso de dizer que nossa norma não proíbe que se pare ou estacione, caso o condutor do veículo esteja na iminência de um desmaio. Ou melhor: o caso da iminência de desmaio estaria fora do campo de incidência da norma.

Aceitar tal ponto de vista, conquanto tentador, não é tão simples quanto pode parecer. Nós, seres humanos, somos naturalmente falíveis. Por mais que tentemos, jamais conseguimos antecipar todos os casos que podem se apresentar à nossa consideração. Essa é uma das razões que explicam por que criamos normas imperfeitas, exigências que não se mostram adequadas para satisfazer seus propósitos subjacentes. Sendo o mundo naturalmente complexo, surgirão casos impensados, situações que demandarão um natural reexame das razões que nos levaram a formular a norma naqueles termos. Admitir tal possibilidade não se mostra inviável do ponto de vista lógico – afinal, é sempre possível reformular a norma, de modo que certo caso de descumprimento seja visto como um caso não alcançado pela norma (Schauer, 2004, p. 151).

Não obstante, as consequências advindas de sua adoção sugerem seu afastamento. A questão é saber por quê? Em primeiro lugar, porque é mais condizente com o uso comum da linguagem conceber as normas como exigências certas acerca do que se deve fazer, do que como requerimentos flexíveis, que podem ser reformulados a todo momento por seus destinatários. Em segundo lugar, porque enxergamos as normas como entidades não

absolutas que possuem um alcance amplo, e não como seres complexos de alcance restrito (Schauer, 2004, p. 151). Mesmo que enxerguemos as normas como exigências certas, não absolutas e de alcance amplo, tal como sugerido, ainda assim resta entender por que não se pode falar em descumprimento do direito no caso sob análise. Afinal, é inegável que nosso condutor, ao parar seu veículo no local proibido, não praticou a ação normativa.

Segundo parece, a demonstração de que não se dá o descumprimento do direito em casos como tais só pode ser feita de forma indireta. Vejamos. Como restou demonstrado no capítulo 3, Raz parece estar comprometido com a tese de que as características que individualizam o direito em face de outras ordens normativas não são características que se encontram presentes em cada uma de suas unidades básicas, tal como sustentado por Kelsen e Bentham. Por outro lado, também restou demonstrado logo acima, neste capítulo, que, segundo Raz, sistemas jurídicos erigem uma pretensão de autoridade – vale dizer, sua existência é tida como um conjunto formado por uma razão para se portar da forma prescrita por ele e por outra razão, excludente, para não levar em conta razões que indiquem cursos de ação diferentes. Ora, sustentar que cada disposição jurídica (entre elas, as normas) é necessariamente uma razão protegida de caráter peremptório parece ser o resultado da assunção da tese de que as características que individualizam o direito perante outras ordens normativas são propriedades que estão presentes em cada uma de suas unidades básicas, tese rechaçada pelo próprio Raz.

Sendo assim, é o caso de indagar: ou bem Raz se equivocou ao criticar as teorias sobre a individualização do direito propostas por Kelsen e Bentham, e então a autoridade do direito é uma propriedade que precisa estar presente em cada uma de suas unidades; ou bem ele está correto ao criticá-los, e então a característica do direito de erigir uma pretensão de autoridade não é uma propriedade que pode ser encontrada em cada uma de suas disposições. Como restou demonstrado no capítulo 3, não há boas razões para supor que as unidades básicas do direito tenham presentes em si todas as características que normalmente se atribui aos sistemas jurídicos. É por isso que a visão de Schauer de que as razões excludentes não possuem caráter peremptório mostra-se mais adequada do que o ponto de vista de Raz para dar conta de explicar a natureza das disposições jurídicas.

Não bastasse o que foi dito, ainda há outra razão para preferir o caráter não peremptório das razões excludentes. Foi visto no capítulo 3 que uma das críticas de Raz à teoria da individualização do direito de Bentham e Kelsen aponta a desnecessária complexidade das disposições jurídicas identificadas segundo os princípios de individualização desses autores. O próprio Raz foi expresso ao defender que uma das balizas para a avaliação crítica dos princípios de individualização é sua simplicidade. As disposições jurídicas devem ser simples, de modo que possam ser transmitidas sem dificuldade. Ora, a prevalecer a tese de que as razões excludentes podem ter seu alcance reformulado, de forma a excluir de seu campo de incidência certos casos de descumprimento do direito, tese presumivelmente adotada por Raz, segundo Schauer (2004, pp. 150 e segs), então será forçoso assumir que as disposições identificadas deverão conter em si todas as suas exceções. Tais disposições serão, sem dúvida, altamente complexas e de difícil compreensão. Das duas, uma: ou bem Raz abandona o princípio da simplicidade; ou bem ele aceita que as razões excludentes não têm caráter peremptório.